



Korrekturflüssigkeit

BGH, Urt. v. 4. März 1982 - I ZR 19/80 - OLG Frankfurt a.M.
LG Frankfurt a.M.

18

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 19/80

URTEIL

Verkündet am
4. März 1982
Mehrhof,
Justizangestellte

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Firma I [REDACTED] GmbH,
R [REDACTED]straße [REDACTED], W [REDACTED] bei H [REDACTED],
vertreten durch ihre Geschäftsführer,
die Herren E [REDACTED] und Günter P [REDACTED], daselbst,

Beklagten, Revisionsklägerin und
Anschlußrevisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma T [REDACTED] V [REDACTED] GmbH & Co. KG,
E [REDACTED] I [REDACTED]straße [REDACTED], F [REDACTED],
vertreten durch ihre persönlich haftende Gesellschafterin,
die T [REDACTED] V [REDACTED] GmbH, diese vertreten durch ihren
alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer, Herrn O.W. C [REDACTED],
daselbst,

Klägerin, Revisionsbeklagte und
Anschlußrevisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

18

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. März 1982 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Frhr. v. Gamm und die Richter von Albert, Dr. Piper, Dr. Erdmann und Dr. Teplitzky

für Recht erkannt:

Auf Revision und Anschlußrevision wird unter deren Zurückweisung im übrigen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt vom 25. Oktober 1979 im Kostenausspruch und insoweit aufgehoben, als es über den Schadensersatzanspruch wegen Marktverwirrung und für entgangenen Gewinn entschieden hat.

In dem Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revisionsinstanz, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Parteien streiten über einen Schadensersatzanspruch wegen wettbewerbswidrigen Verhaltens der Beklagten.

Die Klägerin vertreibt die Korrekturmittel der Marke "T" und hält in der Bundesrepublik Deutschland für diese Korrekturmittel den größten Marktanteil,



nach ihrem Vortrag etwa 80 % bis 90 %. Die Beklagte vertreibt Waren für Büro, Industrie und Schule, unter anderem die Korrekturflüssigkeit eines US-amerikanischen Wettbewerbers der Klägerin unter der Bezeichnung "liquid paper". In dem "Katalog 82" vom März 1976 führte die Beklagte in Bezug auf diese Korrekturflüssigkeit aus:

- "Liquid Paper - die Weltmarke des Korrigierens",
- "Liquid Paper (= flüssiges Papier)"
- "Diese Korrekturflüssigkeit ... dringt in das Papier ein" und
- "Von jetzt ab können Briefe, Durchschläge, Kartei- und Kontokarten, Hefter, Fakturen usw. in der Originalfarbe korrigiert werden".

Die Klägerin ließ die Beklagte wegen dieser als irreführend beanstandeten Werbebehauptungen am 23. April 1976 anwaltlich abmahnen mit dem Ergebnis, daß die Beklagte am 29. April 1976 eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgab. In weiterem Schriftwechsel verlangte die Klägerin Ersatz des Schadens aus der Zuwiderhandlung. Mit Fernschreiben vom 14. Oktober 1976 erklärte die Beklagte gegenüber dem Anwalt der Klägerin, daß sie sich zum Ersatz jeglichen Schadens verpflichte, der der Klägerin aus der den Gegenstand der Unterwerfungserklärung bildenden Werbung entstanden sei.

Mit der Klage begehrt die Klägerin die ihr entstandenen Anwaltskosten in Höhe von 3.249,40 DM (zwei 5/10-Gebühren nach einem Streitwert von 200.000,-- DM zuzüglich einer Vergleichsgebühr), ihren Mehraufwand an Werbung und den entgangenen Gewinn.

118

Sie hat vorgetragen:

Um der fortwirkenden wettbewerbswidrigen Verlautbarung in dem "Katalog 82" entgegenzutreten, habe sie im Jahre 1976 insgesamt drei Werbe-Sonderaktionen durchgeführt, die einen zusätzlichen Aufwand von 40.000,-- DM erfordert hätten. Diesen Betrag verlange sie als Ersatz eines Marktverwirrungsschadens. Der ihr außerdem entgangene Gewinn sei zu schätzen, da die Beklagte nicht gezwungen werden könne, Auskunft über ihre Umsätze in "liquid paper" zu geben. Als Schätzungsgrundlage seien die Kosten der Katalogwerbung der Beklagten heranzuziehen. Diese Kosten beliefen sich bei über 7.000 Katalogen auf 110.000,-- DM bis 120.000,-- DM. Der Anteil der Kosten für die wettbewerbswidrige Verlautbarung sei auf 20.000,-- DM zu schätzen.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin Schadensersatz in Höhe eines vom Gericht gemäß § 287 ZPO zu ermittelnden, gegebenenfalls zu schätzenden Geldbetrages nebst 7 % Zinsen auf diesen Betrag vom Tag der Klageerhebung an zu zahlen.

Die Beklagte hat Anwaltskosten in Höhe von 234,73 DM anerkannt. Insoweit haben die Parteien den Rechtsstreit für in der Hauptsache erledigt erklärt und widerstreitende Kostenanträge gestellt.

Die Beklagte hat vorgetragen:

Der Auskunftsanspruch sei schon vor der Einschaltung der Anwälte der Klägerin erfüllt gewesen; für das Schadens-

ersatzfeststellungsbegehren sei ein sehr viel geringerer Streitwert als 200.000,-- DM anzusetzen. Ein Marktverwirrungsschaden sei nicht entstanden. Die Klägerin habe ihre Werbeaktion nicht zur Beseitigung einer solchen angeblichen Marktverwirrung durchgeführt; ihre Gegenwerbung befasse sich nicht einmal mit der beanstandeten Werbung. Ihr Katalog habe auch keine Marktverwirrung verursacht, da - was unstreitig ist - schon einen Monat nach Erscheinen der Kataloge die noch nicht versandten Exemplare auf Seite 25 geschwärzt worden seien. Ein Gewinn sei der Klägerin nicht entgangen; sie, die Beklagte, habe nämlich bis zum 31. August 1976 nur "liquid paper" im Wert von 1.916,02 DM umgesetzt. Sie habe erst nach Versendung des neu gestalteten Katalogs nennenswerte Umsätze mit "liquid paper" erzielt.

Das Landgericht hat nach Beweiserhebung über den Umsatz der Beklagten und über den Anlaß der Sonderwerbeaktion der Klägerin die Beklagte zur Zahlung des Ersatzes weiterer Anwaltskosten von 485,33 DM, eines Marktverwirrungsschadens von 1.000,-- DM sowie eines Gewinnausfalls von 95,80 DM verurteilt und die Klage im übrigen abgewiesen. Die Kosten hat es - ausgehend von einem Streitwert der Klage von 70.000,-- DM - im Verhältnis 24/25 zu 1/25 zu Lasten der Klägerin verteilt.

Gegen das Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt. Die Klägerin hat damit die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung eines vom Gericht zu schätzenden höheren Ersatzbetrages und die Beklagte die volle Abweisung der über den anerkannten Betrag hinausgehenden Klage verfolgt.

18

Das Berufungsgericht hat das angefochtene Urteil teilweise abgeändert und die Beklagte zur Zahlung von (unter Einbeziehung der vom Landgericht bereits ausgesprochenen Verurteilung) insgesamt 8.000,-- DM verurteilt, davon 1.300,-- DM als Rechtsverfolgungskosten, 6.520,-- DM als Marktverwirrungsschaden und 180,-- DM als Gewinnausfall.

Mit ihren - zugelassenen - Revisionen verfolgen beide Parteien ihre im Berufungsrechtszug gestellten Anträge, soweit ihnen das Berufungsgericht nicht bereits entsprochen hat, weiter. Sie beantragen außerdem die Zurückweisung der gegnerischen Revisionen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat offen gelassen, ob der geltend gemachte Schadensersatzanspruch aus Vertrag oder aus den §§ 1, 3, 13 Abs. 2 UWG herzuleiten sei, weil die Parteien nicht über den Grund, sondern nur über die Höhe des Schadens stritten.

Dies begegnet aus Rechtsgründen ebensowenig Bedenken wie die Dreiteilung des Schadens in vorprozessuale Abmahnkosten, Marktverwirrungsschaden und entgangenen Gewinn, von der das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit dem Landgericht bei der Schadensberechnung bzw. -schätzung ausgegangen ist und gegen die im Grundsatz auch die Revisionen keine Einwendungen erheben.

1. a) Bei der Berechnung der vorprozessualen Abmahnkosten ist das Berufungsgericht von einem Streitwert von 30.000,-- DM (25.000,-- DM für das Schadens-

ersatzverlangen und 5.000,-- DM für den Auskunftsanspruch) ausgegangen, von dem es zwei 7,5/10-Gebühren (eine Geschäftsgebühr nach § 118 Abs. 1 Nr. 1 BRAGO und eine Besprechungsgebühr nach § 118 Abs. 1 Nr. 2 BRAGO zuzüglich 200,-- DM Auslagenpauschale, zusammen 1.535,-- in Ansatz gebracht hat. Die Besprechungsgebühr hat es trotz einer bereits vor Inanspruchnahme des Rechtsanwalts erteilten telefonischen Auskunft, mit der die Klägerin sich nach Rücksprache mit ihrem Anwalt abgefunden hat, auch für den Auskunftsanspruch angesetzt, weil es auch insoweit noch der Abklärung der etwaigen Ansprüche durch eine Besprechung bedurft habe.

b) Diese - im wesentlichen auf tatrichterlichen Feststellungen beruhende und daher vom Revisionsgericht nur begrenzt nachprüfbare - Beurteilung läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Mit ihren dagegen gerichteten Angriffen versucht die Anschlußrevision lediglich, die Streitwertschätzung und die Würdigung der anwaltlichen Tätigkeit - letztere im Blick auf die von der Klägerin zusätzlich beanspruchte Vergleichsgebühr - durch das Berufungsgericht durch eigene Schätzung bzw. Würdigung zu ersetzen. Damit kann sie im Revisionsverfahren keinen Erfolg haben.

2. a) Das Berufungsgericht hat weiter angenommen, daß der Klägerin als Folge der unzulässigen Werbung ein Marktverwirrungsschaden entstanden sei, den die Beklagte ebenfalls zu ersetzen habe. Dazu hat es ausgeführt:

Die von der Klägerin im Mai 1976 - zu von ihr angegebenen Kosten von 50.000,-- DM - durchgeführte

Werbeaktion sei wegen des zeitlichen Zusammenhangs mit der beanstandeten Werbung der Beklagten geeignet gewesen, den durch die unlautere Katalogwerbung entstandenen (Ansehens- und Marktverwirrungs-) Schaden auszugleichen. Auch wenn diese Aktion nicht direkt auf die Verletzerwerbung Bezug genommen, sondern nur allgemein dazu beigetragen habe, den nachteiligen Eindruck der gegnerischen Werbung wieder zu "neutralisieren", seien ihre Kosten vom Schädiger grundsätzlich - wenngleich nur anteilig - zu ersetzen.

Die Ermittlung des ersatzfähigen Anteils des Kostenaufwands sei in solchen Fällen jedoch von Natur aus sehr schwierig und nur im Wege größter Schätzung möglich. Deshalb ziehe das Berufungsgericht zur Bestimmung des ersatzfähigen Kostenanteils eine fiktive Größe heran, nämlich die Höhe der Kosten, die entstanden wären, wenn sich die Klägerin darauf beschränkt hätte, in geeigneter und kostensparender Weise ausschließlich der Verletzerwerbung entgegenzutreten.

Bei Anwendung dieser Grundsätze ergebe sich ein Schadensersatzanspruch in Höhe von 6.520,-- DM, der sich aus den - vom Berufungsgericht im einzelnen detailliert dargelegten bzw. geschätzten - Kosten für ein Rundschreiben an die Abnehmer der Beklagten (4.000,-- DM), für eine ganzseitige Anzeige in der "Fachzeitung für Bürohandel" (1.440,-- DM) und für eine erneute anwaltliche Beratung, nämlich des Textes von Rundschreiben und Anzeige, (1.080,-- DM), zusammensetze.

b) Diese Beurteilung wird von der Revision mit Erfolg angegriffen.

aa) Das Berufungsgericht ist allerdings rechtsfehlerfrei und in Übereinstimmung mit der höchst-richterlichen Rechtsprechung davon ausgegangen, daß der Verletzer dem Geschädigten nicht nur die auf Umsatzschmälerungen beruhenden Gewinneinbußen, sondern auch denjenigen Schaden zu ersetzen hat, der durch eine etwaige Minderung des geschäftlichen Ansehens oder durch eine Marktverwirrung entstanden sein kann (RG GRUR 1935, 175, 180; BGH GRUR 1954, 457, 458 - Irus-Urus -; 1957, 222, 223 - Sultan -; 1961, 535, 538 - Arko -; 1966, 92, 95 - Bleistiftabsätze -).

Es begegnet auch keinen rechtlichen Bedenken, daß das Berufungsgericht die Entstehung eines solchen Schadens im vorliegenden Fall angenommen hat. Die Beklagte hat die unrichtigen Alleinstellungs- bzw. Neuheitsbehauptungen in einem Katalog aufgestellt, von dem 7.000 Exemplare gedruckt und zum großen Teil gezielt an die für den Bezug in Betracht kommenden Einzelhändler versandt worden sind. Es entspricht der Lebenserfahrung, daß dadurch das geschäftliche Ansehen der Klägerin beeinträchtigt worden ist; denn die unrichtigen Werbebehauptungen stellen gegenüber der Vielzahl ihrer Adressaten sowohl die marktführende Rolle der Klägerin als auch ihre Fähigkeit in Frage, auch ihrerseits technisch dem neuesten Stand entsprechende Erzeugnisse anzubieten.

bb) Das Berufungsgericht hat weiter angenommen, daß auch ein allgemeiner, nicht speziell gegen die unlautere Werbung gerichteter Werbeaufwand insoweit anteilig als Schaden zu ersetzen ist, als er geeignet erscheint, die schädlichen Wirkungen der Verletzungshandlung auszugleichen.

Dies begegnet in dieser Allgemeinheit rechtlichen Bedenken. Der Bundesgerichtshof hat zwar diesen Ausgangspunkt für die Errechnung eines Marktverwirrungsschadensersatzes in seinem (nicht veröffentlichten) Urteil vom 2.10.1959 - I ZR 1/58 - Lungenautomatik - (auf Seite 20 des Urteilsabdrucks) als rechtlich unbedenklich angesehen; (vgl. weiter auch BGH GRUR 1954, 457, 459 - Irus-Urus - und GRUR 1965, 313, 315 - Umsatzauskunft -). Er hat die Voraussetzungen eines solchen Ersatzanspruches jedoch in späteren Entscheidungen dahin präzisiert, daß grundsätzlich ein erkennbarer Bezug der aufklärenden Werbemaßnahme zur Verletzungshandlung erforderlich sei (BGHZ 70, 39, 44 f - Alkoholtest -; BGH GRUR 1979, 804, 806 - Falschmeldung -), auf den allenfalls ganz ausnahmsweise, nämlich dann verzichtet werden könne, wenn eine Richtigstellung schädigender Äußerungen auf der Ebene rationaler Argumente nicht mehr möglich sei (BGHZ 70, 39, 45 - Alkoholtest -).

Dies hat das Berufungsgericht nicht hinreichend beachtet, da es weder einen konkreten, für den Adressaten erkennbaren Bezug der "Gegenwerbung" zur Verletzungshandlung noch das Vorliegen der Voraussetzungen eines Ausnahmefalles im Sinne der vorstehenden Ausführungen festgestellt hat.

Schon aus diesem Grunde kann seine Entscheidung insoweit keinen Bestand haben.

3. a) Das Berufungsgericht hat weiter geprüft, in welchem Umfang der Klägerin auch ein Schadensersatzanspruch wegen Gewinneinbußen zusteht. Dazu hat es ausgeführt:

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme müsse von den Umsatzangaben der Beklagten ausgegangen werden, wonach bis zum 31.8.1976 "liquid paper" nur im Wert von 1.916,02 DM umgesetzt worden sei und erst danach nennenswerte Umsätze zustande gekommen seien. Zugunsten der Klägerin werde unterstellt, daß die Umsätze bis 31.8.1976 ausschließlich auf die irreführende Einführungswerbung der Beklagten zurückzuführen seien, daß die Klägerin einen Marktanteil von 80 % halte, so daß ihr 80 % dieser Umsätze zugute gekommen wären, und daß sie mit einem Gewinn von 10 % bis 15 % arbeite. Bei einem durch die unlautere Werbung der Beklagten veranlaßten Umsatz von etwa 1.900,-- DM wären der Klägerin bei einem Marktanteil von 80 % Umsätze in Höhe von etwas mehr als 1.500,-- DM entgangen, woraus sich bei einer Gewinnspanne von 10 % bis 15 % ein Betrag von etwas mehr als 150,-- DM, geschätzt: 180,-- DM ergebe.

Zu Unrecht berufe die Klägerin sich auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach Schadensersatz wegen Gewinnausfalls auch zugesprochen werden könne, wenn die Umsatzentwicklungen nichts über eine Umsatzverschiebung aussagten. Denn dadurch könne nicht ausgeschlossen werden, daß ein Schadensersatzanspruch wegen Gewinnausfalls entfallen müsse, wenn aufgrund des Nachweises fehlenden Verletzerumsatzes positiv feststehe, daß der verletzenden Partei Umsätze nicht entzogen worden seien.

b) Diese Beurteilung ist nicht frei von Rechtsirrtum.

aa) Mit Recht rügt die Beklagte, daß das Berufungsgericht bei der Schätzung des Schadens mehrfach von

Unterstellungen zugunsten der Klägerin ausgegangen ist.

Zwar ist das Gericht im Rahmen des § 287 ZPO in seiner Schätzung frei; es ist namentlich nicht verpflichtet, das Ergebnis dieser Schätzung durch Angabe jeder einzelnen für die Schadensbemessung maßgebenden Tatsache zu begründen. Soweit die Schätzung sich jedoch auf bestimmte, im Urteil aufgeführte Tatsachen stützt, müssen diese in rechtlich einwandfreier Weise festgestellt sein; Unterstellungen sind nicht zulässig (BGH vom 2.10.1959 - Lungenautomatik -, Urteilsabdruck S. 10).

Diesen Anforderungen wird das Berufungsgericht nicht gerecht. Es hat unzulässigerweise zugunsten der Klägerin unterstellt, daß die Umsätze, die die Beklagte bis zum 31.8.1976 mit ihrem "liquid paper" erzielt hat, ausschließlich auf die irreführende Werbung zurückzuführen seien, daß die Klägerin einen Marktanteil von 80 % halte und daß sie mit einem Gewinn von 10 % bis 15 % arbeite.

bb) Auch die Angriffe der Anschlußrevision der Klägerin sind begründet, soweit sie sich dagegen richten, daß das Berufungsgericht bei seiner Schadensberechnung ausschließlich von den Umsätzen ausgegangen ist, die die Beklagte nach ihren eigenen Angaben bis zum 31.8.1976 gemacht haben will.

Es erscheint schon nicht unbedenklich, überhaupt die Umsatzentwicklung beim Verletzer als alleiniges Kriterium für die Schadensschätzung zu verwenden. Diese kann in den Fällen, in denen sie überhaupt geeignet ist,

etwas über die Gewinneinbußen auszusagen, regelmäßig nur als Anhaltspunkt, nicht aber als alleinige Berechnungsgrundlage für letztere verwertet werden (vgl. BGH GRUR 1965, 313, 315 - Umsatzauskunft -).

Entscheidend ist jedoch, daß das Berufungsgericht auch den Umsatz der Beklagten, von dem es ausschließlich ausgegangen ist, nur begrenzt in Ansatz gebracht hat. Es hat nicht begründet, warum es ihn lediglich bis zum 31.8.1976 berücksichtigt und angenommen hat, daß der nach diesem Zeitpunkt deutlich ansteigende Umsatz der Beklagten abrupt überhaupt nicht mehr auf Kosten der Klägerin gegangen sein soll. Dazu hätte Veranlassung bestanden, da das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang, nämlich bei der Erwägung, ob im Herbst 1976 eine weitere Werbeaktion der Klägerin zur Behebung der Marktverwirrung notwendig gewesen sei, selbst eine Fortwirkung der beanstandeten Katalogwerbung bis zur Ausgabe eines neuen Katalogs im Frühjahr 1977 festgestellt hat und da die Lebenserfahrung auch für, nicht aber gegen die Richtigkeit dieser Feststellung spricht.

II. Die Revision der Beklagten ist danach insoweit erfolglos, als sie sich gegen die Verurteilung der Beklagten zum Ersatz des errechneten Schadens aus dem Gesichtspunkt vorprozessualer Abmahnkosten wendet. Da dieser Teil des Schadens ziffernmäßig und in der Begründung von den rechtsfehlerhaft festgestellten anderen Schadenspositionen klar abgegrenzt ist, hat das Berufungsurteil in diesem Umfang Bestand. Im übrigen ist es auf die Revision und Anschlußrevision aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das auch über die Kosten der Revisionsinstanz zu befinden haben wird.

Das Revisionsgericht kann selbst die erforderliche neue Schätzung nicht vornehmen, da hinreichende tatrichterliche Feststellungen sowohl für die Annahme eines Marktverwirrungsschadens als auch zu den lediglich unterstellten Tatsachen und zum möglicherweise relevanten Umsatz der Beklagten in der Zeit zwischen dem 1.9.1976 und der Auslieferung des neuen Katalogs im Frühjahr 1977 fehlen.

1. Sollte das Berufungsgericht bei seiner erneuten Prüfung wiederum zu dem Ergebnis gelangen, daß ein Schadensersatzanspruch aus dem Gesichtspunkt der Marktverwirrung dem Grunde nach besteht, so wird es diesen Schaden anders als in der aufgehobenen Entscheidung zu berechnen haben.

Die Heranziehung fiktiver Kosten einer auf die Beseitigung der Marktverwirrung gerichteten und hierfür geeigneten Werbung als Schätzungsgrundlage begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Sie widerspricht dem Grundsatz, daß der eingetretene Schaden konkret zu berechnen ist und demzufolge auch eine gem. § 287 ZPO erfolgende Schadensschätzung auf konkrete, nicht aber auf nur fiktive Schäden abzustellen hat.

Für eine Aufgabe oder eine Durchbrechung des Prinzips der konkreten Schadensberechnung, wie sie von Leisse/Traub (GRUR 1980, 1, 7 ff) für die Berechnung des Marktverwirrungsschadens allgemein vorgeschlagen wird, sieht der Senat keine - im Hinblick auf die dogmatische Bedenklichkeit einer solchen Berechnungsweise - zureichenden Gründe.

2. Bei seiner Entscheidung wird das Berufungsgericht auch die gesamte Kostenentscheidung erneut zu überprüfen haben (vgl. Revisionsbegründung S. 12 f). In Anbetracht des Verhältnisses des im aufgehobenen Urteil bislang zugrunde gelegten wirklichen Schadens zu den von der Klägerin ausgesprochenen und im Rechtsstreit nirgends eingeschränkten Höhevorstellungen liegt mindestens die Belastung der Beklagten mit den ganzen erstinstanzlichen Kosten außerhalb des Rahmens des durch § 92 Abs. 2, 2. Alternative, ZPO dem Gericht gewährten Ermessensspielraums.

v. Gamm

Erdmann

von Albert

Teplitzky

Piper