

I ZR 56/59

Verkündet

am 27. September 1960
Grunau, Justizhauptsekretär,
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

2118 010

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Firma G. G. [REDACTED] OHG., Medizin- und Dental-
Export-Import, N. [REDACTED], B. [REDACTED] Platz [REDACTED] - [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin,
Anschlußberufungsbeklagten
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma D. [REDACTED], Heinrich und Bernhard
D. [REDACTED], L. [REDACTED], M. [REDACTED] Allee [REDACTED] - [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte,
Anschlußberufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

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

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 27. September 1960 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Prof. Dr. h. c. Wilde und
der Bundesrichter Dr. Krüger-Nieland, Dr. Löscher, Jung-
bluth und Ebel

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düs-
seldorf vom 20. Februar 1959 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der Revision,
an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin vertreibt u.a. von ihr hergestellte Lachgas-Analgesie-Geräte, die namentlich in der Praxis von Zahnärzten verwendet werden.

Die Beklagte hatte den Generalvertrieb des Universal-Dental-Lachgasapparates Socsil "S" für Analgesie und Narkose einer schweizerisch-italienischen Herstellerin übernommen. Merkmale dieses Gerätes sind Gegenstand einer deutschen Patentanmeldung, die zur Zeit der letzten Tatsachenverhandlung noch nicht bekanntgemacht war.

Im September 1954 hat die Beklagte für das Gerät Socsil "S" einen vierseitigen Prospekt herausgebracht, der folgende Überschrift trägt:

Universal-Dental-Lachgasapparat Socsil "S"
für Analgesie und Narkose (DPa)
mit Lachgas-Sauerstoff-Luft
und wenn gewünscht bei Narkose mit Ätherdoseur.

Auf der ersten Seite befindet sich neben einer Abbildung der schräg und farbig gedruckte, zum Teil auch durch die Typengröße hervorgehobene Text:

Keine Diskussion mehr
ob "patientengesteuert"
oder "opérateur-gesteuert"
da der Universal-Lachgasapparat
Socsil "S" für Analgesie und Narkose
(DPa) beide Möglichkeiten wahlweise
zuläßt.

Auf Seite 3 heißt es:

Vollkommen neu und zum Patent angemeldet ist
beim Socsil "S": bei entsprechender Umschaltung
kann der Socsil "S" sauerstoffseitig als Dauer-

fließend eingestellt werden unter Überdruck, während Lachgas "rein patientengesteuert" verbleibt.

Auf ihrem "Preisblatt II/55" hat die Beklagte ferner das Gerät an zwei Stellen in Fettdruck als

Universal-Lachgas-Apparat SOCSIL "S" für
Analgesie und Narkose DPa.

bezeichnet. Außerdem war auf dem Typenschild des Geräts u.a. der Vermerk "D.P.a." angebracht.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Bezeichnung "DPa" dürfe für das Gerät Socsil "S" nicht verwendet werden, weil sie einen Hinweis auf ein bereits erteiltes Patent enthalte und zudem den unrichtigen Eindruck hervorrufe, dieses Patent schütze das Gerät als Ganzes, während die Patentanmeldung sich in Wahrheit nur auf einen unbedeutenden Teil des Gerätes beziehe.

Nachdem sie die Beklagte gemäß § 55 PatG ohne Erfolg zur Auskunft über die Patentanmeldung aufgefordert hatte, hat die Klägerin mit der Klage zunächst beantragt:

I. die Beklagte zu verurteilen,

1. der Klägerin Auskunft zu erteilen darüber, auf welches Schutzrecht bzw. welche Schutzrechtsanmeldungen sich ihre Angabe "DPa" in ihren Werbeschriften betreffend den "Universal-Lachgas-Apparat Socsil "S" bezieht;
2. es bei Vermeidung einer vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Geldstrafe in unbegrenzter Höhe oder Haftstrafe bis zu sechs Monaten zu unterlassen, bei dem Vertrieb von Lachgas-Geräten für Analgesie und/oder Narkose die Bezeichnung "DPa" zu verwenden;



3. der Klägerin Auskunft zu erteilen über den Umfang der unter I, 2 gekennzeichneten Handlungen, und zwar unter Vorlage eines Verzeichnisses;

II. festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtlichen Schaden zu ersetzen, der ihr durch die unter I, 2 gekennzeichneten Handlungen entstanden ist und noch entsteht.

Die Beklagte hat die Anträge zu I, 1 - 3, in der ersten mündlichen Verhandlung, in der sie gestellt wurden, unter Verwahrung gegen die Kostenlast anerkannt. Insoweit ist darauf ein Teil-Anerkenntnisurteil gegen sie ergangen. Sie hat alsdann erklärt, sie habe bis zum 30. September 1955, dem Tage der Zustellung des Teil-Anerkenntnisurteils, 419 Socsil "S"-Geräte mit dem erwähnten Typenschild verkauft und etwa 16 000 Prospekte und Preislisten mit den beschriebenen Angaben verteilt. Darauf hat die Klägerin statt des ursprünglichen Feststellungsantrages zu II beantragt:

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin einen in seiner Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellten Schadensersatz nebst 8 % Zinsen vom Tage der Zustellung des Schriftsatzes vom 17. Januar 1956 an zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt:

diesen Klageantrag abzuweisen und der Klägerin die gesamten Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen.

Sie bestreitet, daß der Verkehr durch die Bezeichnung "Dpa." irregeführt worden und daß durch die Verwendung

dieser Bezeichnung der Klägerin ein Schaden entstanden sei. Jedenfalls, so macht sie geltend, treffe sie kein Verschulden; die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen mit der Bezeichnung "DPa" geworben werden dürfe, sei nämlich umstritten und nicht abschließend geklärt. Zu den von ihr anerkannten früheren Anträgen habe sie keine Veranlassung gegeben.

Das Landgericht hat die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 8.000 DM nebst 8 % Zinsen seit dem 18. Januar 1956 zu zahlen, und ihr die Kosten des Rechtsstreits auferlegt.

Die Berufung der Beklagten und die Anschlußberufung der Klägerin gegen dieses Urteil blieben erfolglos.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Abweisungsantrag weiter.

Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, daß die Werbung für das Gerät Socsil "S" mit der Bezeichnung "DPa" mit oder ohne Hinzufügen von Punkten eine unrichtige Angabe enthalte, die geeignet sei, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen (§ 3 UWG). Es hat dargelegt, der Verkehr werde den Buchstaben "a" vielfach übersehen oder seine Bedeutung im Sinne von "angemeldet" nicht erkennen und dann irrtümlich annehmen, es sei bereits ein Patent erteilt; darüber hinaus werde auch derjenige getäuscht, der die Bezeichnung richtig als "Patent angemeldet" verstehe; denn viele seien der Meinung,

schon durch die Entgegennahme der Anmeldung sei die Patentwürdigkeit der angemeldeten Erfindung bejaht und ein vorläufiger Patentschutz begründet worden; außerdem deute die Bezeichnung ohne weitere Einschränkung darauf hin, daß die Anmeldung den ganzen Gegenstand oder doch wesentliche Teile davon - bei dem Prospekt der Beklagten zumindest die auf Seite 1 besonders herausgestellte wahlweise Operateur- oder Patientensteuerung - umfasse, während nach der eigenen Angabe der Beklagten auf Seite 3 des Prospektes, die aber den Leser insoweit nicht hinreichend aufkläre, sondern auf eine zusätzliche Vorrichtung neben dem patentierten Gesamtapparat bezogen werden könne, der erstrebte Patentschutz bei dem Gerät Socsil "S" sich auf die Kombination der Lachgas-Steuerung durch den Patienten einerseits mit der automatischen Sauerstoffzufuhr andererseits habe beschränken sollen. Das mit dem Vermerk "DPa" versichene Angebot, so hat das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang weiter ausgeführt, erscheine dem Interessenten deshalb besonders günstig, weil er glaube, eine wesentliche und bereits für gut befundene Neuerung zu erhalten, die bei anderen Erzeugnissen der gleichen Art nicht verwirklicht sei; denn es sei allgemein bekannt, daß ein Patent nur für einen neuen und fortschrittlichen Gegenstand erteilt werde.

2. Die Revision wendet sich zunächst gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, daß die Beklagte durch die Werbung mit dem Hinweis "DPa" (oder - was dem gleichsteht - "DPa" bzw. "D.P.a.") gegen § 3 UWG verstoßen habe. Dieser Angriff ist unbegründet. Aus den von der Revision angeführten Stellen in Schrifttum und Rechtsprechung (Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 3. Aufl. S. 620; Süner GRUR 1951 S. 188 ff; Heydt in Mitteilungsblatt der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz 1956 S. 82; Tetzner, Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. § 3 Anm.

108; OIG Stuttgart in WRP 1955, 249) läßt sich gegen die Auffassung des Berufungsgerichts nichts herleiten. Es bedarf keiner Prüfung, wie der dort hauptsächlich behandelte Fall zu beurteilen wäre, daß in dem Hinweis das Wort "angemeldet" - wie in der vom OIG Stuttgart aaO entschiedenen Sache, die ein Herstellungsverfahren betraf - nicht lediglich mit dem Buchstaben "a" abgekürzt, sondern ganz - oder, sofern dies in unmißverständlicher Form geschieht, auch teilweise - ausgeschrieben wird (Tetzner aaO, Heydt aaO; vgl. dazu aber auch BGH GRUR 1956, 276 - "DRP angemeldet"); denn im vorliegenden Rechtsstreit ist allein über die Bezeichnung in der nur mit den Anfangsbuchstaben abgekürzten Schreibweise ("DPa" bzw. "DPa." oder "D.P.a.") zu befinden. Ebenso kann dahingestellt bleiben, ob diese vollständig abgekürzte Schreibweise vielleicht unbedenklich wäre, wenn das Angebot ausschließlich an einen engen Kreis von technisch vorgebildeten und mit dem patentamtlichen Verfahren vertrauten Fachleuten, beispielsweise an technische Direktoren großer Unternehmen gerichtet ist, die häufiger mit der Prüfung und dem Ankauf neuer und teurer Maschinen befaßt werden (Reimer und Sünner aaO). Die Revision irrt, wenn sie diesen äußerst seltenen Fall (Reimer aaO) dem hier gegebenen Sachverhalt gleichstellen will, daß es sich bei den Endabnehmern um Zahnärzte, d.h. um medizinisch vorgebildete Personen handelt, die den angebotenen Gegenstand erwerben, um ihn bei der Behandlung von Patienten zu benutzen. Auch nach der Rechtsansicht, auf welche die Revision sich beruft, würde es nämlich nicht darauf ankommen können, ob der Kaufinteressent infolge seiner beruflichen Vorbildung den Verwendungszweck und die Wirkungsweise des Gerätes kennt und die im Gerät sich abspielenden technischen Vorgänge zu erfassen vermag. Vielmehr könnte danach allein entscheidend sein, ob die angesprochenen Personen wegen ihres häufigen Umgangs mit Angeboten patentierter oder zum Patent angemeldeter Gegenstände, Vorrichtungen oder Verfah-

ren und wegen der dadurch erlangten patentrechtlichen Kenntnisse eine Bezeichnung wie "DPa" richtig zu deuten wissen. Das Berufungsgericht hat dies für den Personenkreis, an den die Beklagte sich mit der Werbung für das Gerät Socsil "S" gewandt hatte, ohne Rechtsirrtum verneint. Wenn es daraufhin zu dem Ergebnis gelangt ist, daß ein zumindest nicht unbeachtlicher Teil dieses Personenkreises durch den Gebrauch der Bezeichnung für eine nur formell eingereichte, ungeprüfte Anmeldung irregeführt werde und daraus auf einen in Wahrheit nicht vorhandenen Vorzug, sei es auf ein bereits erteiltes Patent, sei es doch wenigstens auf die amtliche Anerkennung der Patentwürdigkeit schließe, so hat es hiermit eine tatsächliche Feststellung getroffen, die keinen Rechtsfehler erkennen läßt, namentlich weder dem Vortrag der Parteien noch der Lebenserfahrung widerspricht und deshalb mit der Revision nicht angegriffen werden kann. Ob die Ankündigung der Beklagten - wie das Berufungsgericht angenommen hat - auch aus dem weiteren Grunde unrichtig ist, weil die Patentanmeldung nicht das Gerät als Ganzes und auch nicht den auf der ersten Prospektseite hervorgehobenen Vorzug der wahlweisen Operator- und Patientensteuerung, sondern die Kombination der patientengesteuerten Lachgaszufuhr mit der automatischen Sauerstoffzufuhr zum Inhalt hat, braucht bei dieser Sachlage nicht erörtert zu werden und wäre zudem für den vorliegenden Klageanspruch, der auf die Unzulässigkeit des Vermerks "DPa" schloßthin gestützt wird, nicht entscheidungserheblich.

II.

1. Zu Unrecht beanstandet die Revision ferner, daß das Berufungsgericht den ursächlichen Zusammenhang zwischen der Werbung der Beklagten mit dem Hinweis "DPa" und einer Umsatzeinbuße auf seiten der Klägerin bejaht hat. Sie meint, wegen des Bildungsgrades der angesprochenen Abnehmer und wegen des Verwendungszwecks des Geräts sei dieser Hinweis für den Kauf-

entschluß im Einzelfalle ohne jede Bedeutung. Wie das Berufungsgericht indessen zutreffend erkannt hat, setzt die Vorschrift des § 3 UWG nicht voraus, daß die unrichtige Angabe jeweils den ausschlaggebenden Beweggrund für den vollzogenen Kauf bildet; es genügt vielmehr, daß der Kaufinteressent durch die Angabe angelockt und geneigter gemacht wird, sich mit dem Angebot näher zu befassen, welches er anderenfalls möglicherweise unbeachtet gelassen hätte (vgl. dazu das Urteil des erkennenden Senats vom 2. Oktober 1959, I ZR 1/58 - Lungenautomatik). Es ist weder denkgesetzlich noch nach der Lebenserfahrung auszuschließen, daß die durch den Vermerk "DPa" geweckte Vorstellung einer patentwürdigen Neuerung wenigstens einen Teil der Käufer des Gerätes Socsil "S" veranlaßt oder doch mitbestimmt hat, dem Angebot der Beklagten näherzutreten. Durch die Werbung mit dem Vermerk hat die Beklagte sich auf diese Weise einen Vorsprung im Wettbewerb verschafft. Damit ist der ursächliche Zusammenhang zwischen der Werbung und etwaigen späteren Kaufabschlüssen hergestellt, auch wenn einzelne Käufer sich dabei endgültig nicht wegen der vermeintlichen Patentwürdigkeit des Geräts, sondern aus anderen Gründen zum Kauf entschlossen haben sollten (vgl. das Urteil vom 2. Oktober 1959; ferner BGH GRUR 1955, 251, 252 - Silberal).

Entgegen der Ansicht der Revision ist es deshalb unerheblich, daß nach der vom Berufungsgericht eingeholten Auskunft des Verbandes des Deutschen Dental-Medizinischen Großhandels 15 hierüber befragte Großhändler die Ansicht geäußert haben, der Vermerk "DPa" oder "DPa!" habe auf die Entschließung der Käufer keinen Einfluß. Wie in dem angefochtenen Urteil mit Recht ausgeführt wird, ist damit nicht gesagt, daß der Vermerk nicht gleichwohl zunächst eine anlockende Wirkung entfaltet, die dem alsdann zum Geschäftsabschluß führenden Verkaufsgespräch erst den Boden bereitet. Aus demselben Grunde

hat das Berufungsgericht die Grenzen des ihm in § 287 ZPO eingeräumten Ermessens nicht überschritten, wenn es über die Tatsache, auf welche die Verbandsauskunft sich bezog, nicht noch die von der Beklagten erbotenen Beweise durch Einholung von Auskünften weiterer Zahnwaren-Großhändler und durch Vernehmung von 30 als Zeugen benannten Zahnärzten erhoben hat, was die Revision daher zu Unrecht bemängelt. Das Berufungsgericht hat im übrigen rechtlich einwandfrei, wenn auch in offenkundiger Abweichung von der seinem Beweisbeschluss zugrunde liegenden Auffassung dargelegt, daß Auskünfte aus Händlerkreisen ohnehin keinen zuverlässigen Rückschluß auf die Erwägungen gestatten, die der einzelne Käufer aufgrund eines Prospektes bei sich selbst anstellt und die keineswegs immer nach außen in Erscheinung treten müssen. Daß zudem auch nach der Meinung der Händler ein etwaiger Patentschutz bei diesen Erwägungen eine nicht unwesentliche Rolle spielt, hat das Berufungsgericht an anderer Stelle ohne Rechtsirrtum vor allem daraus gefolgert, daß die Werbung mit Hinweisen auf einen solchen Schutz sehr beliebt sei und mithin von den werbenden Unternehmen als erfolgversprechend angesehen werde. Was die Abnehmer selbst anbetrifft, so hat das Berufungsgericht schließlich noch das von der Beklagten vorgetragene Ergebnis einer von ihr veranstalteten Umfrage bei einem Teil der Ärzte gewürdigt, die ein Socsil "S"-Gerät erworben und von denen immerhin zwei von insgesamt 83 die Frage, ob die Bezeichnung "DPa" für ihren Kauf mitbestimmend gewesen sei, offen bejaht und mehrere diese Frage unbeantwortet gelassen haben. Wenn das Berufungsgericht hierin eine Bestätigung dafür erblickt hat, daß der Vermerk "DPa" für die Kaufinteressenten nicht bedeutungslos war, so kann dem aus Rechtsgründen um so weniger entgegengetreten werden, als die werbemäßige Wirkung eines solchen Vermerks dem angesprochenen Interessenten nicht selten unbewußt bleibt und überdies damit gerechnet werden muß, daß nicht jeder, der sich durch den Vermerk hat beeinflussen lassen, dies hinterher eingestehen wird, worauf

das angefochtene Urteil mit Recht hinweist.

Ansichts des Ergebnisses der erwähnten Umfrage kann auch die weitere Verfahrensrüge der Revision nicht durchdringen, das Berufungsgericht habe im vorliegenden Rechtsstreit nicht seine Feststellung aus dem früher entschiedenen Parallelprozeß 2 O 139/56 (= I ZR 1/58) verwerten dürfen, daß bei Geräten der vorliegenden Art die Bestellung häufig ohne vorherige Vorführung erteilt werde. Die Verwertung der entsprechenden Unterlage aus dem früheren Rechtsstreit, der übrigens inzwischen auf die Revision der dortigen Beklagten, der Firma Noris-Dental Grötsch OHG, durch das schon erwähnte Urteil des Senats vom 2. Oktober 1959 an das Berufungsgericht zurückverwiesen worden ist, war zwar nicht unbedenklich. Es handelte sich dabei um eine Liste der Kaufabschlüsse über den von der damaligen Beklagten vertriebenen amerikanischen Lachgas-Apparat "EASOR", in der auch die Daten von Bestellungen und etwaigen Vorführungen angegeben waren. Diese Angaben, die hiernach bestimmte, datenmäßig erfaßte Vorgänge beim Absatz eines ganz anderen Gerätes betrafen, konnten nicht ohne weiteres auf das Gerät Socsil "S" übertragen werden. Indessen geht aus der von der Beklagten überreichten und zum Gegenstand ihres Vorbringens gemachten Übersicht über die Ergebnisse ihrer Umfrage bei den Abnehmern des Socsil "S" hervor (Anlage zum Schriftsatz vom 16. Januar 1959, GA Bl. 337 a, Frage 28), daß auch von diesen Abnehmern ein nicht unerheblicher Teil vor dem Kauf keine Demonstration gesehen hatte. Die Feststellung, die das Berufungsgericht dem früheren Verfahren entnommen hat, entspricht hiernach dem eigenen Prozeßvortrag der Beklagten. Bei dieser Sachlage durfte das Berufungsgericht sie seiner Beurteilung zugrunde legen. Da der Vortrag der Beklagten sich auf den Absatz gerade der Socsil "S"-Geräte bezieht, für welche die Beklagte mit dem unrichtigen Hinweis "DPa" geworben hatte und auf die es mithin hier allein ankommt, bestand für das Berufungsgericht auch kein Anlaß, dem Beweiserbieten der Beklagten zu

entsprechen, wie "grundsätzlich" beim Kauf von Geräten der vorliegenden Art verfahren wird. Der Vernehmung der hierfür gleichfalls benannten 30 Zahnärzte und der Einholung von Auskünften bedurfte es daher nicht. Ob es allerdings gerechtfertigt war, die Fälle der Bestellung ohne vorherige Vorführung als "häufig" zu bezeichnen, wie dies in dem angefochtenen Urteil geschieht, erscheint zweifelhaft. Das Berufungsgericht hat daraus jedoch keine Folgerungen für die Bemessung des Schadensersatzes, sondern nur den allgemeinen Schluß hergeleitet, daß die Wirkung der Prospektwerbung für Geräte der vorliegenden Art nicht zu unterschätzen sei. Dieser Schluß ist rechtlich nicht zu beanstanden.

III.

Daß die Beklagte die durch den Vermerk "DPA" hervorgerufene irreführende Wirkung wenn nicht kannte, so doch zumindest kennen mußte, hat das Berufungsgericht mit dem Hinweis auf die insoweit bestehende gefestigte Rechtsauffassung, über welche die Beklagte sich ohne unzumutbare Schwierigkeiten unterrichten konnte, zutreffend bejaht. Die Revision hat hiergegen auch keine selbständigen Angriffe erhoben. Die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch der Klägerin nach §§ 3, 13 Abs. 2 Ziff. 1 UWG sind daher erfüllt.

IV.

Die Revision wendet sich schließlich gegen die Schätzung der Schadenshöhe. In diesem Punkte hält das Berufungsurteil einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Die Rüge allerdings, das Berufungsgericht habe bei der Erhebung des Sachverständigenbeweises über die Gewinnspannen, die Absatzentwicklung und den Werbeaufwand der Klägerin gegen die Vorschriften der §§ 357, 397, 402, 411 ZPO verstoßen, kann im Ergebnis keinen Erfolg haben. Der

Revision ist zuzugeben, daß die von ihr beanstandete Auflage an den mit der Erstattung eines schriftlichen Gutachtens beauftragten Sachverständigen, die absoluten Gewinne und Werbeausgaben der Klägerin geheimzuhalten und nur die für die Jahre 1954 - 1956 festgestellten Verhältniszahlen mitzuteilen, durch die vom Berufungsgericht dafür angeführte Entscheidung BGHZ 10, 385 nicht gedeckt war. Diese Entscheidung wiederholt lediglich den in der Rechtsprechung schon früher entwickelten Grundsatz, wonach die Überprüfung einer vom Beklagten geschuldeten Rechnungslegung nach Treu und Glauben auf die Unterlagen zu beschränken ist, die für die Ermittlung des nachfolgenden Zahlungsanspruchs notwendig sind (vgl. dazu auch RGZ 108, 1, 7; RGZ 127, 243, 245; RG Seuff.Arch. 89, 25; OLG Dresden Seuff.Arch. 72, 17). Im vorliegenden Falle dagegen sind den Parteien und dem Gericht die Grundlagen eines zu Beweis Zwecken von Amts wegen erforderlichen Sachverständigen Gutachtens unzugänglich geblieben, dessen Ergebnisse damit jeder Nachprüfung, auch derjenigen durch das Gericht, entzogen waren. Gegen dieses Verfahren, dem die Beklagte von vornherein widersprochen hatte, bestehen starke Bedenken (vgl. dazu RG JW 1927, 2416; RG JW 1931, 1759). Mit den Vorschriften der §§ 397, 402, 411 ZPO war es ferner nicht zu vereinbaren, daß das Berufungsgericht den Antrag der Beklagten auf Vernehmung des gerichtlichen Sachverständigen als verspätet zurückgewiesen hat, obwohl er im ersten Verhandlungstermin (23. Januar 1959) nach der Übersendung des Gutachtens an die Parteien (28. November 1958) gestellt war und die Einwände, welche die Beklagte gegen das Gutachten erhob, in ihrer allgemeinen Richtung schon aus der Stellungnahme der Beklagten zu dem vorausgegangenen Beweisbeschuß entnommen werden konnten (vgl. dazu RG HRR 1937, 1344; BGH vom 10. Juli 1952 - IV ZR 15/52, in BGHZ 6, 398 nur teilweise abgedruckt; ferner BGH vom 27. Februar 1957 - IV ZR 290/56 = BGHZ 24,

9, 14; BGH vom 30. April 1958 - V ZR 142/56). Die von der Revision hier gerügten Verfahrensmängel können indessen nicht zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen, weil das Urteil nicht auf ihnen beruht. Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht nämlich der Schätzung des Schadens nicht die in dem Sachverständigengutachten mitgeteilten Verhältniszahlen, sondern allgemeine Erwägungen zugrunde gelegt, bei denen diese Zahlen ersichtlich keine Rolle gespielt haben. Im Zusammenhang mit der von ihm angenommenen Absatzminderung auf seiten der Klägerin hat es das Gutachten nur nebenbei erwähnt, um darzulegen, daß sich ebenso wie die Gewinnberechnung des Landgerichts auch die Angaben der Klägerin beanstanden ließen. Es hat überdies hinzugefügt, daß weder die Rechenfehler, die dem Landgericht unterlaufen seien, noch diejenigen, welche die Beklagte in dem Sachverständigengutachten zu finden glaube, ins Gewicht fallen könnten, weil der Ausgangspunkt der gerichtlichen Schadensbemessung, nämlich die Zahl der Geräte der Klägerin, die infolge der Werbung der Beklagten mit dem Vermerk "DPa" weniger verkauft worden seien, auf reiner Schätzung beruhe. Daraus geht hervor, daß das Berufungsgericht wegen der Unmöglichkeit, die der Klägerin entgangenen Geschäfte zahlenmäßig genau zu erfassen, von der rechnerischen Ermittlung des Schadens anhand der Umsatzziffern und Werbeausgaben der Klägerin abgesehen und daher auch die von dem Sachverständigen errechneten Verhältniszahlen und Bruchteile nicht verwertet hat, die dementsprechend in den Gründen des Urteils nirgends genannt sind. Bei der Festsetzung des der Klägerin weiterhin zugebilligten Ersatzes für einen Marktverwirrungsschaden, die von der Revision entgegen der Meinung der Klägerin ebenso wie die des Gewinnausfalls angegriffen wird, hat das Berufungsgericht sich nur insoweit auf das Gutachten bezogen, als darin festgestellt ist, daß die Erhöhung des Werbeaufwands der Klägerin in den Jahren 1955 und 1956 vor allem auf den Einsatz von Ärztopropa-

gandisten zurückzuführen sei; das Berufungsgericht fährt dann aber sogleich fort, die Klägerin habe wegen der allgemeinen Marktentwicklung diese Propagandisten in jedem Falle einsetzen müssen und könne deshalb die Kosten hierfür nicht der Beklagten zur Last legen. Auch in diesem Punkte hat das Gutachten danach nicht die Grundlage für eine Schadensermittlung zu Ungunsten der Beklagten abgegeben. Daß es sich nicht auf das Gutachten hatte stützen wollen, hat das Berufungsgericht schließlich noch bei der Ablehnung des Antrages auf Vernehmung des Sachverständigen zum Ausdruck gebracht, wo gesagt wird, aus den Urteilsausführungen ergebe sich, daß die Einwendungen der Beklagten gegen das Gutachten nicht entscheidungserheblich seien. Diese Bemerkung ist in Verbindung mit den darin in bezug genommenen Ausführungen so zu verstehen, daß es für die Bemessung der Schadenshöhe auf das Gutachten nicht entscheidend ankomme und die Erörterung der dagegen gerichteten Einwände sich mithin erübrige.

Nach alledem sind die beanstandeten Verfahrensverstöße bei der Erhebung des Sachverständigenbeweises für die Entscheidung ohne Belang.

2. Die Erwägungen, mit denen das Berufungsgericht die Schadensbemessung begründet, begegnen indessen nach anderer Richtung rechtlichen Bedenken.
 - a) Zwar hält das Berufungsgericht sich im Rahmen des in der Revisionsinstanz nicht nachprüfbaren tatrichterlichen Ermessens, wenn es in Abweichung von dem Urteil des Landgerichts davon ausgeht, daß im vorliegenden Falle keine genaue ziffernmäßige Berechnung möglich sei, sondern die Bedeutung der unzulässigen Werbung mit dem Vermerk "DPa" in ihrem Verhältnis zu der übrigen Werbung für das Gerät und den sonstigen für den Kaufentschluß maßgebenden Faktoren gewürdigt werden müsse. Die Revision irrt, wenn sie an-

nimmt, die Schätzung des Schadens setze voraus, daß die Klägerin durch Bekanntgabe von Zahlen ihre Umsatzentwicklung in der in Betracht kommenden Zeit offenlege, und ohne diese Offenlegung müsse die Klage daher abgewiesen werden. Der Gewinnausfall, für den die Klägerin Schadensersatz verlangt, mußte nicht notwendig durch den Rückgang früher erreichter Umsätze verursacht sein; er konnte auch darin liegen, daß sich bei weiterhin steigenden Umsätzen die Zahl der Abschlüsse gleichwohl nicht in dem Maße erhöhte, in dem dies ohne die zulässige Werbung der Beklagten geschehen wäre. Umgekehrt konnte ein Umsatzrückgang auf andere Ursachen als auf die beanstandete Werbung der Beklagten zurückzuführen sein. Die Umsatzentwicklung bei der Klägerin hätte hiernach keinen zuverlässigen Rückschluß darauf erlaubt, welche Nachteile der Klägerin durch die Ankündigung des Socsil "S"-Geräts mit dem Vermerk "DPa" entstanden sind, mag das Berufungsgericht auch bei Erlass des Beweis- und Auf-lagenbeschlusses vom 9. November 1956 einen solchen Rück-schluß zunächst für möglich gehalten haben.

Es ist ferner aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht auch die Zahl der von der Beklagten verkauften Socsil "S"-Geräte (419) nicht als sichere Grundlage für die Schätzung des Schadens betrachtet hat, weil - wie es ausführt - die Möglichkeit bestehe, daß nach Ent-fernung des "D.P.a."-Vermerks auf den Typenschildern noch Käufer durch den entsprechenden Vermerk auf den Prospekten beeinflußt worden seien, die der Interessent vielfach längere Zeit aufbewahre, erst bei Bedarf wieder hervorhole und dann genauer lese. Da das Berufungsgericht hier ersichtlich das Verhalten ernsthafter Interessenten, vor allem das von Zahnärzten im Auge hat, die sich über Analgesie-Geräte un-terrichten wollen, beruhen diese Erwägungen nicht, wie die Revision geltend macht, auf einer lebensfremden Unterstel-lung, sondern auf einer durch den Sachverhalt nahegelegten

tatrichterlichen Beurteilung. Daß die naturgemäß begrenzte Fortwirkung der Prospekte dabei überschätzt worden ist, läßt das angefochtene Urteil nicht erkennen. Ebenso wenig ergeben die Urteilsgründe, daß das Berufungsgericht sich etwa die willkürliche Annahme des Landgerichts zu eigen gemacht hat, alle 419 Käufer des Socsil "S"-Gerätes hätten in jedem Falle ein Analgesie-Gerät erworben und wären deshalb als Abnehmer der Klägerin in Betracht gekommen, wenn das Socsil "S"-Gerät nicht auf dem Markt erschienen wäre.

- b) Bei der Abwägung der nach seiner Ansicht maßgebenden Umstände hat das Berufungsgericht in dem Vermerk "DPa" vor allem ein Anlockungsmittel erblickt und demgegenüber die näheren Angaben über die medizinisch-technischen Eigenschaften des Gerätes - wahlweise Patienten- oder Operateursteuerung, ständige Frischluftzufuhr und dergl. - als für den fachlich vorgebildeten Abnehmer wichtiger angesehen. Es hat weiter bemerkt, der Verkaufserfolg der Beklagten sei weitgehend nicht mit Hilfe des unzulässigen Vermerks, sondern durch die zulässige Werbung mit tatsächlich vorhandenen Eigenschaften und mit dem verhältnismäßig niedrigen Preis erzielt worden. Das angefochtene Urteil läßt indessen nicht erkennen, ob und in welcher Weise das Berufungsgericht diese sehr allgemein gehaltenen, wenn auch rechtlich nicht angreifbaren Überlegungen bei der ziffernmäßigen Festsetzung der Schadensbeträge verwertet, insbesondere, welchen Anteil es hierbei der Werbung mit dem Vermerk "DPa" beigemessen hat. Bei dieser Festsetzung hat das Berufungsgericht vielmehr seinen Ausgangspunkt, die Abwägung des Verhältnisses der unzulässigen Werbung zu den sonstigen für den Kaufentschluß maßgebenden Umständen, verlassen und nunmehr einen völlig anderen Faktor, nämlich die Schadensberechnung aus dem früheren Rechtsstreit 2 U 139/56 (= I ZR 1/58) zum Maßstab genommen. In jenem Rechtsstreit verlangte die Klägerin

Schadensersatz, weil die damals beklagte Noris-Dental Grötsch OHG das Lachgas-Analgesie-Gerät "EASOR" unzutreffend als "vollkommen lungenautomatisch" angepriesen hatte. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, diese Anpreisung sei in ihrer Werbewirkung höher zu bewerten gewesen als die Anpreisung "DPa". Unter diesem Gesichtspunkt hat es in der vorliegenden Sache den Schadensbetrag von 6.000,-- DM für den Gewinnausfall, den das Landgericht auf andere Weise errechnet hatte, für angemessen gehalten, weil er etwa zwei Drittel der Summe (9.240,-- DM) ausmache, die der Klägerin seinerzeit wegen der Bezeichnung des "EASOR"-Geräts als "vollkommen lungenautomatisch" zugebilligt worden war. Auf dieser Grundlage kann die angefochtene Entscheidung schon deshalb keinen Bestand haben, weil das in dem früheren Rechtsstreit ergangene Berufungsurteil wegen fehlerhafter Ausübung des richterlichen Ermessens aufgehoben und jenes Verfahren an das Berufungsgericht zurückverwiesen worden ist. Sollte das Berufungsgericht dort aufgrund der erneuten Verhandlung demnächst zu einer anderweiten Schätzung gelangen, so würde seine Entscheidung in der vorliegenden Sache schon von seinem eigenen Standpunkt aus mit der bisherigen Begründung nicht zu halten sein; denn der Bruchteil von zwei Dritteln würde alsdann einen anderen als den jetzt errechneten Endbetrag ergeben. Daß das Berufungsgericht etwa denselben Betrag auch ohne Rücksicht auf das frühere Verfahren festgesetzt hätte, läßt sich dem angefochtenen Urteil nicht entnehmen. Die Urteilsgründe geben keinen Aufschluß darüber, welche anderweitige Schätzungsmethode nach der Auffassung des Berufungsgerichts gerade zu diesem Betrage hätte führen können, dessen Festsetzung mithin ohne die Anknüpfung an das Ergebnis des anderen Prozesses willkürlich erschiene. Das Berufungsgericht hat sich namentlich nicht, wie die Klägerin meint, die Schätzungsgrundlagen des Landgerichts zu eigen gemacht, die es deshalb ungeachtet der dagegen erhobenen Beanstandungen auch nicht näher überprüft hat. Es hat im Gegenteil ausdrücklich hervorgehoben, daß die Gewinn-

berechnung des Landgerichts sich ebenso angreifen lasse, wie dies hinsichtlich der Angaben der Klägerin der Fall sei, und daß dem Landgericht Rechenfehler unterlaufen seien. Den Schaden hat es dann auf die beschriebene, d.h. auf eine von der des Landgerichts grundlegend abweichende Weise berechnet. Diese Berechnungsweise liegt ersichtlich auch der anderweitig nicht begründeten Schätzung des Marktverwirrungsschadens (2.000,-- DM) zugrunde, dessen Betrag sich gleichfalls auf zwei Drittel des entsprechenden Schadensbetrages aus dem früheren Prozeß (3.000,-- DM) beläuft. Da die Revision die Übernahme von Feststellungen aus jenem in das vorliegende Verfahren ausdrücklich gerügt hat, muß das angefochtene Urteil hiernach aufgehoben und die vorliegende Sache gleichfalls an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Auch abgesehen hiervon stellt die Ermittlung des Schadensbetrages in Anlehnung an den im Vorprozeß geltend gemachten Schaden einen im Revisionsrechtszuge nachprüfbaren Verstoß gegen die Grundsätze des richterlichen Ermessens dar. In den beiden Verfahren handelte es sich, worauf schon an anderer Stelle hinzuweisen war, um verschiedene Geräte, die sich in der Konstruktion, in der Wirkungsweise und auch im Preis nicht unwesentlich voneinander unterschieden. Die Werbung für das Gerät Socsil "S" lief nicht gleichzeitig mit der für das Gerät "EASOR", sondern nach den bisherigen Feststellungen im Abstand von mindestens einem Jahr hinterher, was darauf hindeutet, daß die Geräte erst nacheinander auf den Markt gekommen sind. Beide Geräte unterlagen daher unterschiedlichen Absatzbedingungen. Ob ihnen auf Seiten der Klägerin jeweils dasselbe Wettbewerbserzeugnis gegenüberstand, ist nicht geklärt. Auch die Werbeangaben selbst, einmal der allgemeine Vermerk "DPa", zum anderen die einen einzelnen, besonders wesentlichen Vorzug verlaufbarende Anpreisung der vollkommenen Lungenautomatik sind ihrer Art nach so unterschiedlich, daß sich hinsichtlich

ihres Einflusses auf den Wettbewerb keine Beziehung zwischen ihnen herstellen läßt. Unter diesen Umständen ist kein sachlicher Grund ersichtlich, der es hätte rechtfertigen können, den Schaden, der durch die Werbung für das Gerät Socsil "S" mit dem Vermerk "DPa" entstanden ist, an dem Schaden zu messen, den die Bezeichnung des Geräts "EASOR" als "vollkommen lungenautomatisch" verursacht hat.

- c) Bei der erneuten Prüfung wird das Berufungsgericht von seinem ursprünglichen Ausgangspunkt aus nähere Feststellungen darüber treffen müssen, mit welchem Gerät oder mit welchen Geräten der Klägerin das Gerät Socsil "S" der Beklagten im Wettbewerb stand und wie die Vorzüge und Nachteile der danach in Betracht kommenden Wettbewerbserzeugnisse - insbesondere hinsichtlich des Preises, der technischen Einrichtung, der Wirkungsweise und der Bedienung - sich zueinander verhielten. Hierdurch wird eine Grundlage für die Schätzung gewonnen werden können, welcher - vom Berufungsgericht zu bestimmende - Anteil an den von der Beklagten erzielten Verkaufserfolgen auf etwa tatsächlich vorhandene Vorzüge des Gerätes Socsil "S" entfiel, ohne daß dabei der Vermerk "DPa" eine Rolle spielte. Alsdann wird es darauf ankommen, wie hoch der Anteil ist, der auf die Werbung mit diesem Vermerk zurückzuführen war. Dieser Anteil wird sich naturgemäß wiederum nur durch Schätzung ermitteln lassen. Danach ist die Frage zu klären, wieviele Geräte, welche die Beklagte nach der Schätzung des Berufungsgerichts aufgrund dieser Werbung verkauft hat, ohne den Vermerk "DPa" bei der Klägerin gekauft worden wären. Dies wird nicht schlechthin für alle diese Geräte bejaht werden können. Vielmehr wird zu berücksichtigen sein, daß nicht jeder Abnehmer, der sich aufgrund des Angebotes der Beklagten zum Kauf entschlossen hat, auch ohne dieses Angebot ein Lachgas-Analgesie-Gerät erworben, sondern daß mancher ohne das Angebot der Beklagten den Kauf eines solchen Gerätes ganz

unterlassen hätte. In jedem Falle ist zu beachten, daß es allein darauf ankommt, wieviele von denjenigen Geräten die Klägerin verkauft hätte, welche die Beklagte gerade wegen des unzulässigen Patenthinweises abgesetzt hat. Das Berufungsgericht wird dem ursächlichen Zusammenhang zwischen der schädigenden Handlung und der etwaigen Absatzminderung auf Seiten der Klägerin nicht gerecht, wenn es in dem angefochtenen Urteil bemerkt, es sei zwar schwer zu schätzen, wieviele von den 419 abgesetzten Socsil "S"-Geräten aufgrund der Werbung mit "DPa" verkauft worden seien, dagegen sei es leichter zu sagen, wieviele davon die Klägerin verkauft haben würde. Der Revision, die diese Bemerkung mit Recht angreift, ist darin beizutreten, daß es für die Entscheidung belanglos ist, wieviele der 419 Geräte die Klägerin hätte verkaufen können; denn der Klägerin steht kein Anspruch auf Ersatz der Gewinnausfälle zu, die ihr durch den Wettbewerb der Beklagten als solchen erwachsen sein mögen. Bei der Schadensberechnung kann nur darauf abgestellt werden, wieviele von denjenigen Abnehmern ein Gerät der Klägerin erworben hätten, die ohne den Vermerk "DPa" dem Angebot der Beklagten nicht nähergetreten wären. Das Berufungsgericht wird prüfen müssen, ob seine bisherige Schätzung noch Bestand haben kann, wenn es der hieraus sich zwangsläufig ergebenden engeren Begrenzung des Schadensersatzanspruchs Rechnung trägt. Hat die so vorzunehmende Schätzung zur Annahme einer bestimmten Zahl von Geräten geführt, so wird für die Höhe des Umsatzausfalls schließlich die unter den Parteien streitige Gewinnspanne der Klägerin maßgebend sein, über die das Berufungsgericht bisher nichts festgestellt hat. Auch der Marktverwirrungsschaden, dessen Entstehung dem Grunde nach in dem angefochtenen Urteil frei von Rechtsirrtum bejaht worden ist, wird nicht ohne Berücksichtigung der dargelegten ursächlichen Zusammenhänge geschätzt werden können, die auch hier der Ersatzpflicht ihre Grenze ziehen.

V.

Die erneute Verhandlung wird dem Berufungsgericht weiterhin Gelegenheit geben, zu klären, ob die Klägerin mit Bankkredit arbeitet, was zwar naheliegt, aber nicht schon, wie dies im Berufungsurteil geschehen ist, mit der Begründung hätte angenommen werden dürfen, daß die dahingehende Angabe der Klägerin nicht widerlegt sei, was die Revision mit Recht rügt. Wenn diese Angabe sich bestätigt, bestehen allerdings keine rechtlichen Bedenken dagegen, daß das Gericht die Höhe des Zinssatzes aufgrund seiner eigenen Kenntnis und Erfahrung feststellt.

VI.

Nach dem Vorhergehenden war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Wilde Krüger-Nieland Löscher Jungbluth Ebel