

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 66/70

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am
1. Oktober 1971
Zug,
Justizsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Firma V [REDACTED] B [REDACTED] - F [REDACTED] G [REDACTED] & Co.
GmbH, L [REDACTED], S [REDACTED]straße 21 - 29, gesetzlich vertreten
durch ihren Geschäftsführer Karl S [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Hannes M [REDACTED] Sicherheitsbindungen KG, vertreten
durch den persönlich haftenden Gesellschafter Hannes M [REDACTED],
G [REDACTED], H [REDACTED]straße 51 - 53,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. Oktober 1971 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Alff, Dr. Sprenkmann, Dr. Merkel und Dr. Schönberg

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des
6. Zivilsenats des Bayerischen
Oberlandesgerichts München vom
9. April 1970 wird auf Kosten der
Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Beide Parteien stellen Ski-Sicherheitsbindungen her und vertreiben sie als Wettbewerber. Während der Olympischen Winterspiele 1968 hatte die Beklagte insgesamt zwölfmal in einer Reihe von Zeitungen jeweils im äußeren Zusammenhang mit den redaktionellen Berichten über die gerade ausgetragenen alpinen Skiwettbewerbe mit der Anzeige geworben: "GEZE wieder dabei". Tatsächlich war die Bindung der Beklagten bei den Winterspielen nur von einem Rennläufer bei einem Rennen verwendet worden. Deswegen wurde der Beklagten im Vorprozeß durch Urteil des Landgerichts München rechtskräftig verboten, in dieser Form im Zusammenhang mit redaktionellen Berichten über alpine Skirennen zu werben, wenn in dem betreffenden Einzelwettbewerb kein Teilnehmer deren Bindung verwendet habe und es wurde zugleich festgestellt, daß die Beklagte ver-

- 3 -

pflichtet sei, der Klägerin allen Schaden zu ersetzen, der dieser dadurch entstanden sei oder noch entstehe, daß die Beklagte mit dem Werbesatz "GFZE wieder dabei" in der geschilderten Weise geworben habe. In dem nunmehr anhängigen Schadensersatzprozeß hat die Klägerin, die ihren Marktanteil mit 30 % angibt, behauptet, ihr Schaden bestehe in Umsatzausfällen, die auf der wettbewerbswidrigen Werbung der Beklagten beruhten. Diese könnten zwar nicht konkret festgestellt werden, ihr Schaden könne aber nach den Kosten einer an sich notwendigen, allerdings nicht gesondert vorgenommenen, Gegenwerbung berechnet werden. Diese würde mindestens DM 100.000,-- gekostet haben, nachdem die unlautere Werbung der Beklagten bereits Kosten in Höhe von ca. 70.000,-- DM verursacht habe. Die Klägerin hat als Teilbetrag aus dem ihr nach ihrer Annahme in Höhe von 100.000,-- DM entstandenen Schaden 30.000,-- DM eingeklagt.

Die Beklagte hat bestritten, daß der Klägerin ein Schaden entstanden sei, denn die Klägerin habe nicht nur keinen Umsatzausfall nachweisen können, ihr Umsatz sei in der fraglichen Zeit vielmehr deutlich angestiegen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, weil allein auf Grund der Kosten der unzulässigen Werbung der Beklagten die Schätzung eines der Klägerin etwa entstandenen Schadens nicht möglich sei. Mit ihrer Berufung hat die Klägerin ihren Klageantrag weiterverfolgt. Das Oberlandesgericht hat das Urteil des Landgerichts dahin abgeändert, daß die Beklagte an die Klägerin 10.000,-- DM zu zahlen habe, die weitergehende Berufung der Klägerin hat es zurückgewiesen. Die Kosten des Rechtsstreites hat es gegeneinander aufgehoben. Gegen dieses Urteil richtet sich die zugelassene Revision der Beklagten mit dem Ziel der völligen Klageabweisung. Dem tritt die Klägerin entgegen.



Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht führt aus, der Klägerin sei ein Schaden mindestens dadurch entstanden, daß die Beklagte Interessenten auf ihre Ware aufmerksam gemacht und auf diese Weise Abschlüsse erzielt habe, die Mitbewerbern, die sich nicht der mißbilligten Werbebehauptung bedient hätten, entgangen seien; erfahrungsgemäß wirke jede Werbung auf das angesprochene Publikum ein und bringe dieses mindestens dazu, sich mit der Ware näher zu befassen. Das Berufungsgericht hat sich damit für die Frage, ob überhaupt ein Schaden für die Klägerin entstanden ist, auf einen Erfahrungssatz dahin berufen, daß eine Anzeigenwerbung, wie sie hier in Rede steht, in der Regel nicht ohne die gewünschte Wirkung auf die angesprochenen Verkehrskreise bleibt, daß sie also die Aufmerksamkeit auf die angepriesene Ware lenkt und daß für den Regelfall auch eine Umsatzbelebung davon erwartet werden kann. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, denn wenn es auch nahezu erfolglose Werbemaßnahmen geben mag und auch bei erfolgreichen das Ausmaß des Erfolges im Einzelfall sehr unterschiedlich sein kann, so spricht doch allein schon die Tatsache, daß die Werbeaufwendungen in nahezu allen Unternehmen einen festen Platz unter den Betriebsausgaben haben, dafür, daß die Werbung nach dem Urteil der dem Marktgeschehen am nächsten stehenden Unternehmer nicht ohne gewinnbringende Auswirkung auf den Warenumsatz zu bleiben pflegt. Auf diese Erfahrungen durfte sich das Berufungsgericht für seine Beurteilung stützen, ohne Rechts- oder Erfahrungssätze zu verletzen.

Auch daß die durch Werbung erzielten Mehrumsätze auf Kosten von Mitbewerbern, wie hier der Klägerin, gehen, wie das Berufungsgericht annimmt, kann jedenfalls für einen

erheblichen Teil dieser Mehrumsätze ohne rechtliche Bedenken angenommen werden. Denn wenn die Werbung auch zusätzlich darauf ausgehen mag, Kaufinteresse von anderen, nicht im Wettbewerb stehenden Waren auf die eigene Warenart abzulenken, so entfaltet sie ihre wesentliche Wirkung in der Regel doch im Wettbewerb um den Anteil am eigenen Markt.

II. Der Haupteinwand der Revision richtet sich deshalb auch nicht gegen die Annahme, daß die Klägerin einen Schaden erlitten hat, sondern dagegen, daß das Berufungsgericht meint, dieser Schaden lasse sich unter Anwendung des § 287 ZPO mit einer zur Verurteilung ausreichenden Sicherheit der Höhe nach feststellen. Das Berufungsgericht hat dazu an die für die beanstandete Werbung aufgewendeten Kosten angeknüpft, die es entsprechend der Behauptung der Klägerin mit 70.000,-- DM angesetzt hat. Es geht davon aus, daß jeder Werbungtreibende mindestens die für die Werbung aufgewendeten Unkosten durch Gewinne in entsprechender Höhe wieder einbringen wolle und daß dies im Regelfall auch gelinge. Es gelte deshalb dafür der Beweis des ersten Anscheins, den im Streitfall die Beklagte nicht durch ihr mögliche Darlegungen über einen Mißerfolg entkräftet habe. Das Berufungsgericht zieht dann weiter in Betracht, daß auf die Klägerin bei einem Marktanteil von 30 % im Rahmen einer Schätzung auch nur ein entsprechender Anteil an dem die Mitbewerber treffenden Ausfall entfallen könne und schätzt danach den der Klägerin entstandenen Schaden auf 10.000,-- DM.

Die Revision wendet dagegen in erster Linie ein, das Berufungsgericht habe verkannt, daß bei der Schadensschätzung nur derjenige Teil der Wirkung der Werbung herangezogen werden

könne, der auf deren Unlauterkeit beruhe, nicht aber derjenige Teil, der ebenfalls von dieser Werbung ausgegangen, aber nicht auf deren Unlauterkeit zurückzuführen sei. Es dürfe deshalb nicht von einer vom Berufungsgericht auf 70.000,-- DM geschätzten Werbewirkung ausgegangen werden, das Berufungsgericht hätte vielmehr zunächst klären müssen, in welchem Umfang die Werbewirkung dieser Anzeigenserie gerade auf die ihre Unlauterkeit begründenden Merkmale zurückzuführen sei; das bedeute, daß es der Feststellung bedurft hätte, wie viele von den Sicherheitsbindungen, die die Beklagte gerade wegen ihres unzulässigen Hinweises auf die Verwendung ihrer Bindungen bei den Olympischen Spielen abgesetzt habe, sonst von der Klägerin verkauft worden wären, wozu sie sich auf die Grundsätze der Socsil-Entscheidung des Bundesgerichtshofs (GRUR 1961, 241, 244) beruft. Für eine Schätzung dieser Zahl fehle es aber infolge der mangelhaften Darlegung der Klägerin und mangels anerkannter Erfahrungssätze an jedem Anhaltspunkt.

Diese Einwendung geht schon deshalb fehl, weil das Berufungsgericht den geschätzten Wert der Werbewirkung von 70.000,-- DM nicht in voller Höhe auf den Marktanteil der Klägerin aufgeteilt hat, was bei 30%igem Marktanteil zu einem Schaden von 21.000,-- DM geführt hätte, sondern daß es diesen Betrag noch einmal auf 10.000,-- DM mehr als halbiert hat. Mit dieser Herabsetzung wollte es offenbar, wenn das auch nicht ausdrücklich ausgeführt worden ist, dem von der Revision hervorgehobenen Gesichtspunkt gerecht werden. Es kann nach Lage des Falles auch nicht als Rechtsfehler angesehen werden, daß das Berufungsgericht den auf der Irreführung, also der Verbindung der Anzeigen mit den redaktionellen Berichten über diese Skiwettbewerbe beruhenden Teil der

Werbewirkung als jedenfalls nicht geringer als den wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstandenden Teil geschätzt hat, denn der angestrebte Eindruck der Bewährung bei den Olympischen Spielen und der Wertschätzung durch Skiläufer der Spitzenklasse konnte die angesichts ihrer unoriginellen Fassung sonst allenfalls als Erinnerungswerbung wirkende Anzeigenserie erheblich aufwerten. Eher muß sich die Revision entgegenhalten lassen, daß der Werbewert dieser Anzeigenserie die Inserierungskosten wahrscheinlich erheblich überstiegen hat; denn schon wenn die Anzeigenserie ohne den irreführenden Zusammenhang gebracht worden wäre, wäre es wohl nicht rechtsfehlerhaft gewesen, ihre Wirkung im Rahmen der Schadensschätzung nach § 287 ZPO den Inseratkosten gleichzusetzen. Sollte nun die besondere Plazierung im redaktionellen Teil keine zusätzlichen Kosten verursacht haben, was nach dem zugrunde gelegten Kostenvoranschlag naheliegt, so wäre die Werbewirkung wegen der Verbindung mit den Olympia-Berichten erheblich höher, nach den o.a. Erwägungen etwa doppelt so hoch wie der Kostenbetrag, so daß die Schadensschätzung des Berufungsgerichts sich auf ein Viertel der Werbewirkung, soweit der Marktanteil der Klägerin in Frage steht, beschränkt hätte. Doch bedarf das keiner abschließenden Erörterung, weil die Revisionsklägerin durch einen ihr etwa noch zu günstigen Ausgangspunkt für die Schätzung nicht beschwert, sondern begünstigt wäre.

Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht aus den Grundsätzen des genannten Socsil-Urteils. Dort war das Berufungsgericht bei seiner Schadensschätzung von der Frage ausgegangen, welcher Anteil für den Kaufentschluß auf die unrichtige Angabe und welcher auf andere Umstände, wie Preis und besondere konstruktive Merkmale der Ware entfielen und wie es insoweit mit den Eigenschaften und Vorzügen der kon-

kurrierenden Geräte stehe. Weil es diesen Ausgangspunkt verlassen und seine Schätzung schließlich auf einen ganz anderen unrichtigen Gesichtspunkt gestützt hatte, war seinerzeit zwecks erneuter Abwägung das Urteil aufgehoben und waren die von der Revision in Anspruch genommenen Anforderungen gestellt worden. Dagegen ist im Streitfall das Berufungsgericht von einem anderen Gesichtspunkt, dem wahrscheinlichen Werbeerfolg für den Beklagten und den daraus erfahrungsgemäß folgenden Nachteilen für die Mitbewerber ausgegangen. Dieser Ausgangspunkt ist unter den festgestellten Umständen rechtlich nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht hat die sich daraus ergebenden Folgerungen, wie die Verteilung entsprechend dem Marktanteil, irrtumsfrei gezogen, aber auch unter diesem Gesichtspunkt zugunsten der Beklagten in Betracht gezogen, daß die Irreführung nur auf der besonderen Plazierung der Anzeigen beruhte, so daß keine Veranlassung besteht, für die Schadensschätzung im vorliegenden Falle einen anderen Ausgangspunkt, etwa den des Socsil-Urteils samt den sich daraus ergebenden Anforderungen zugrunde zu legen. Damit ist den rechtlichen Anforderungen Genüge getan, denn in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt (vgl. BGHZ 39, 198, 219), daß bei Anwendung des § 287 ZPO dem Tatrichter ein großer Ermessensspielraum zusteht und der Nachprüfung in der Revisionsinstanz enge Grenzen gesetzt sind, wenn der Tatrichter die tatsächlichen Grundlagen seiner Schätzung und ihre Auswertung in den Urteilsgründen dargelegt hat und dabei keine grundsätzlich fehlerhaften Erwägungen angestellt, keine wesentlichen Tatsachen außer acht gelassen und nicht sonstige Rechtsvorschriften oder Denk- und Erfahrungssätze verletzt worden sind (vgl. auch BGH GRUR 1966, 570, 572 - Eisrevue III).

III. Die Beklagte hatte in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht am 5. Februar 1970 ohne nähere Substantiierung bestritten, daß sie für ihre Anzeigenaktion etwa 70.000,-- DM aufgewendet habe, was die Klägerin bereits in der Klageschrift vom 1. August 1969 behauptet und durch einen Kostenvoranschlag einer Werbeagentur im einzelnen dargelegt hatte. Das Berufungsgericht hat dieses Bestreiten mangels Substantiierung als unbeachtlich im Sinne des § 138 ZPO behandelt und ausgeführt, es wäre zum anderen gemäß § 529 Abs. 2 ZPO als verspätet zurückzuweisen, weil seine Berücksichtigung die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde und die Beklagte einen entsprechenden Vortrag in der ersten Instanz aus grober Nachlässigkeit unterlassen habe. Die dagegen gerichteten Rügen der Revision hat der Senat geprüft, jedoch nicht für durchgreifend erachtet; einer gesonderten Begründung bedarf das Revisionsurteil insoweit nicht (vgl. Art. I Ziff. 4 des Gesetzes zur Entlastung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen vom 15. August 1969).

IV. Die Revision beanstandet schließlich die Kostenentscheidung. Das Berufungsgericht hat ungeachtet der Tatsache, daß die Klägerin 30.000,-- DM gefordert und unter Klageabweisung im übrigen nur 10.000,-- DM zugesprochen erhalten hat, die Kosten beider Rechtszüge gegeneinander aufgehoben und diese Kostenentscheidung aus § 92 Abs. 2 (2. Alternative) ZPO hergeleitet. Die dagegen gerichteten Rügen sind nicht begründet. Es trifft nicht zu, daß eine auf § 92 Abs. 2 ZPO gestützte Entscheidung nur in der Weise ergehen darf, daß der einen Partei die gesamten Prozeßkosten auferlegt werden und eine Kostenteilung im Rahmen dieser Vorschrift schlechthin ausgeschlossen ist. Wenn es dort heißt, das Gericht "kann" der einen Partei die gesamten Kosten

auferlegen, dann ist damit nur angezeigt, daß es soweit gehen darf, nicht aber, daß es gehindert ist, insoweit Billigkeit Gesichtspunkte durchgreifen zu lassen, die auch im Rahmen des § 92 Abs. 2 ZPO zu einer Kostenteilung führen können. Zu Unrecht beanstandet die Revision die Anwendung des § 92 Abs. 2 ZPO auch unter dem Gesichtspunkt, es liege hier nicht der Fall vor, daß der Betrag der Klageforderung von der Festsetzung durch richterliches Ermessen abhängig war. Dem steht nicht entgegen, daß die Klägerin einen ziffernmäßig bestimmten Antrag gestellt hat, denn § 92 Abs. 2 ZPO setzt insoweit nicht voraus, daß die Klageforderung ihrer Höhe nach ins Ermessen des Gerichts gestellt wird, sondern daß der Forderungsbetrag in seiner zuerkannten Höhe vom Ermessen des Richters abhängt.

Die Kostenentscheidung beruht, soweit es sich um die Kosten der Revision handelt, auf § 97 ZPO.

Krüger-Nieland

Alff

Sprenkman

Merkel

Schönberg