

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 89/70

URTEIL

Verkündet am

21. Januar 1972

Spengler,
Justizangestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Fabrikanten Waldemar A [REDACTED],
[REDACTED] R [REDACTED], H [REDACTED] Straße 87,

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED] u. [REDACTED] -

gegen

Frau Hertha Z [REDACTED], Witwe des Patentanwalts
Dr. jur. Dr. Ing. O. Z [REDACTED], [REDACTED] H [REDACTED], W [REDACTED] 13,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Januar 1972 unter Mitwirkung der Bundesrichter Alff, Dr. Sprenkman, Dr. Schönberg, Dr. Frhr. v. Gamm und Ochmann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg, 3. Zivilsenat, vom 11. Juni 1970 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Sache befindet sich im zweiten Revisionsrechtszug. Wegen des Sachverhalts wird auf das Urteil des erkennenden Senats vom 8. Oktober 1969 - I ZR 149/67 - (GRUR 1970, 87 ff - Muschi-Blix, insoweit in BGHZ 52, 359 ff nicht abgedruckt) Bezug genommen, durch das das Urteil des Berufungsgerichts aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an dieses zurückverwiesen worden ist.

Im zweiten Berufungsrechtszug hat der Kläger die Klageforderung um 921,89 DM erhöht und beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an ihn 65 621,29 DM zu zahlen.

- 3 -

In Übereinstimmung mit dem ersten Revisionsurteil wird der Erblasser der Beklagten im folgenden als der Beklagte bezeichnet.

Das Berufungsgericht hat nunmehr unter Zurückweisung der Berufung des Klägers im übrigen den Beklagten verurteilt, an den Kläger 605,46 DM nebst Zinsen an den Kläger zu zahlen. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger die Klage weiter, soweit sie abgewiesen worden ist. Der Beklagte bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe

I. Wie der erkennende Senat im ersten Revisionsurteil dargelegt hat (S. 14 zu Ziff. II 2 am Ende), war der Beklagte verpflichtet, Nachforschungen entweder zugleich mit der am 13. Juli 1962 erfolgten Anmeldung des Wortzeichens "Muschi-Blix" oder doch alsbald danach zu veranlassen und den Kläger von deren Ergebnis zu unterrichten, falls sich daraus Bedenken gegen die Aufnahme der Benutzung des angemeldeten Zeichens oder gegen den Aufwand erheblicher Kosten zu deren Vorbereitung ergaben. Solche Bedenken müßten aber aus der älteren Eintragung eines Zeichens "Muschi" für die Q. Nahrungsmittel GmbH hergeleitet werden.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



Das Berufungsgericht führt nunmehr aus, der Beklagte habe unstreitig keine Auskunft der "Treuhandstelle Reichspatentamt Berlin" eingeholt. Eine solche Nachforschung hätte aber das ältere "Muschi"-Zeichen der Firma Q. [REDACTED] zutage gefördert. Denn dieses Zeichen sei am 21. März 1962 für gleichartige Waren in die Warenzeichenrolle eingetragen und die Eintragung am 15. Mai 1962 im Warenzeichenblatt veröffentlicht worden.

Diese Feststellung ist frei von Rechtsirrtum.

Das Berufungsgericht geht ferner davon aus, daß der Kläger von einer Weiterbetreibung der Anmeldung des Wortzeichens und von dessen Benutzung Abstand genommen hätte, wenn der Beklagte ihn auf das Zeichen der Firma Q. [REDACTED] hingewiesen hätte. Hierzu führt es aus, nachdem die Firma Q. [REDACTED] mit Schreiben vom 24. Juli 1963 vom Kläger Unterlassung der Verwendung des angemeldeten Wortzeichens verlangt habe, habe der Beklagte dem Kläger geraten, das Wort "Muschi" nicht ohne deren Einwilligung zu verwenden. In dem Zeitpunkt, in dem die Firma Q. [REDACTED] an den Beklagten herangetreten sei, habe diesem - nachdem er schon die von ihm hergestellte Trockenmilch für Katzen in mit dem "Muschi-Blix"-Zeichen gekennzeichneten Verpackungen abgepackt gehabt habe - die Aufgabe dieses Zeichens viel schwerer fallen müssen, als in dem Zeitpunkt, in dem er - alsbald nach Erteilung des Auftrages an den Beklagten, die Zeichenanmeldung vorzunehmen - vom Beklagten auf das Vorhandensein des Warenzeichens der Firma Q. [REDACTED] hingewiesen worden wäre.

Auch diese Ausführungen lassen einen Rechtsfehler zum Nachteil des Klägers nicht erkennen. Sie stehen im Einklang mit dem ersten Revisionsurteil.

II. 1. Im ersten Revisionsurteil hat der erkennende Senat dargelegt (S. 16 ff zu Ziff. III 3), mangels entgegenstehender Umstände sei anzunehmen, daß dann, wenn der Kläger statt des Warenzeichens "Muschi-Blix" ein anderes Wortzeichen gewählt hätte, im weiteren Verlauf zwar möglicherweise entsprechende, ebenso hohe Vorbereitungskosten, insbesondere für die Herstellung von Verpackungen für die Ware, entstanden wären. Damit allein lasse sich die Verursachung eines Schadens der geltend gemachten Art nicht verneinen, weil der Kläger sich durch die Geltendmachung des älteren Zeichens der Firma Q [REDACTED] vor die Frage gestellt gesehen habe, was mit den verpackten Warenbeständen geschehen könne, die im Zeitpunkt des von ihm zu treffenden Entschlusses noch vorhanden gewesen seien. Selbst wenn man auf Grund des Schreibens des Klägers an den Beklagten vom 14. Februar 1964 mit dem Berufungsgericht davon ausgehe, daß der Vertrieb der Ware bis dahin vom kaufmännischen Standpunkt aus nicht erfolgreich gewesen sei, wäre doch im Falle der Verwendung einer nicht angreifbaren Verpackung unter Umständen die Möglichkeit gegeben gewesen, die vorhandenen verpackten Bestände, gegebenenfalls zu herabgesetzten Preisen, weiter zu vertreiben, selbst wenn damit der Vertrieb ausgelaufen wäre. Wenn dem Kläger diese Möglichkeit genommen worden sei, so sei dies durch das Verhalten des

Beklagten adäquat verursacht. Wie dieser Schaden zu bemessen sei, werde das Berufungsgericht gemäß § 287 ZPO schätzen müssen. Dazu komme der Schaden, der darin bestehe, daß der Kläger Kosten der Rechtsverteidigung gegen das ältere Zeichen der Firma Q [REDACTED] aufgewandt habe.

2. Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist die Unterlassung des Hinweises auf das "Muschi"-Zeichen der Firma Q [REDACTED] für den vom Kläger geltend gemachten Schaden insoweit ursächlich geworden, als er in den Anwaltskosten besteht, die der Kläger anlässlich seiner Auseinandersetzung mit der Firma Q [REDACTED] hat aufwenden müssen.

Diesen Schaden hat das Berufungsgericht mit 605,46 DM errechnet und in dieser Höhe zur Zahlung verurteilt. Inso- weit ist das Urteil rechtskräftig geworden.

Wegen der die Kosten der Rechtsverteidigung betreffen- den Mehrforderung des Klägers in Höhe von 876,43 DM hat das Berufungsgericht die Klage abgewiesen, weil die weite- ren Kosten nicht die Auseinandersetzung mit der Firma Q [REDACTED] betreffen. Hierin ist ein Rechtsirrtum nicht zu er- kennen. Soweit die Revision sich gegen die Abweisung dieses Teiles der Klageforderung richtet, ist sie daher nicht be- gründet.

3. Soweit der Kläger als Schadensersatz den Ersatz der Kosten der das Wortzeichen "Muschi-Blix" enthaltenden Verpackungen sowie der sonstigen Kosten der Vorbereitung des Vertriebes verlangt (Pos. 1-20, 23 u. 24 der Schadensaufstellung gemäß Anlage 4 der Klage), hat das Berufungsgericht die Klage in vollem Umfange abgewiesen.

a) Hierzu führt es aus, insoweit fehle es an einer Ursächlichkeit der Vertragsverletzung des Beklagten für die dem Kläger durch diese Aufwendungen entstandenen Schäden. Diese Aufwendungen wären auch dann erwachsen, wenn der Beklagte den Kläger alsbald nach dem 10. Juli 1962 auf das "Muschi"-Zeichen der Firma Q  hingewiesen hätte. Denn in diesem Falle würde der Kläger, weil er sich Gewinn von der Herstellung und dem Vertrieb der Katzenmilch in Trockenform in Portionspackungen versprochen habe, ein anderes Zeichen für dieses Produkt gewählt haben. Diese Aufwendungen wären aber auch dann Fehlinvestitionen gewesen, wenn der Verwendung des anderen Warenzeichens kein älteres Recht entgegengestanden hätte. Aus dem Schreiben des Klägers an den Beklagten vom 14. Februar 1964 gehe hervor, daß der Umsatz in diesem Erzeugnis seinen Erwartungen so wenig entsprochen habe, daß er sich aus diesem Grunde zur Einstellung der Produktion und des Vertriebs entschlossen habe. Zur Begründung habe er darin angegeben, dieser Artikel könne nur mit außergewöhnlich hohen Geldmitteln, insbesondere für Fernsehreklame, eingeführt werden, diese Einführungskosten könne er sich aber nicht leisten.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung stand.

Die Heranziehung des an den Beklagten gerichteten Schreibens des Klägers vom 14. Februar 1964 durch das Berufungsgericht ist verfahrensrechtlich nicht zu beanstanden. Entgegen dem Vorbringen der Revision hat der Beklagte nicht erst im wiedereröffneten Berufungsrechtszug und gleichsam nur nebenbei vorgetragen, aus diesem Schreiben ergebe sich, daß der die Vorbereitungskosten betreffende Schaden auch dann wegen der Unverkäuflichkeit des Erzeugnisses entstanden wäre, wenn der Kläger ein anderes - nicht angreifbares - Wortzeichen gewählt hätte. Dies hatte der Beklagte bereits in der Klageerwiderung geltend gemacht. Hiermit hat sich der erkennende Senat daher auch schon im ersten Revisionsurteil befaßt (S. 16 ff, 18 zu Ziff. III 3). Eines Hinweises des Berufungsgerichts, daß es im wiedereröffneten Berufungsrechtszug diesen Gesichtspunkt für rechtserheblich halte, bedurfte es daher nicht. Eine Verletzung der ihm gemäß § 139 ZPO obliegenden Aufklärungspflicht ist entgegen dem Vorbringen der Revision zu Ziff. III insoweit nicht gegeben.

Unter Berücksichtigung dieser Ausführungen im ersten Revisionsurteil ist auch die Würdigung des Inhalts dieses Schreibens seitens des Berufungsgerichts rechtlich nicht angreifbar. Dabei kann mit der Revision entsprechend dem Vortrag des Klägers in der Berufungsbegründung davon ausgegangen werden, daß der Kläger sich mit dem Schreiben vom 14. Februar 1964 gegen den Vorschlag des Beklagten

gewehrt haben mag, nicht unbeträchtliche Kosten für einen Löschungsrechtsstreit gegen die Firma Q [REDACTED] bezüglich deren "Muschi"-Zeichens aufzuwenden. Denn in dieser Hinsicht müßte dem Schreiben entnommen werden, daß der Kläger von einem Löschungsprozeß absehe, weil er auch dann, wenn dieser für ihn erfolgreich ausgehen sollte, das Erzeugnis wegen der erforderlichen, jedoch von ihm nicht aufbringbaren hohen Einführungskosten, nicht mehr herstellen und vertreiben wolle und aus diesem Grunde kein Interesse mehr an dem Wortzeichen "Muschi-Blix" habe. Auch wenn dies berücksichtigt wird, ist aber die Annahme des Berufungsgerichts frei von Rechtsirrtum, die in Rede stehenden Aufwendungen des Klägers wären auch dann Fehlinvestitionen gewesen, wenn der Kläger ein anderes Wortzeichen gewählt hätte, dem kein älteres Recht entgegengestanden hätte.

b) Im Einklang mit dem ersten Revisionsurteil geht das Berufungsgericht davon aus, daß bei dieser Sachlage als durch das Verhalten des Beklagten adäquat verursachter Schaden nur der Wegfall der bei Verwendung einer nicht angreifbaren Verpackung unter Umständen gegebenen Möglichkeit in Betracht kommt, die verpackte Ware, gegebenenfalls zu herabgesetzten, aber noch die Kosten deckenden Preisen zu verkaufen, selbst wenn damit der Vertrieb auslaufen sollte.

Hierzu war im ersten Revisionsurteil ausgeführt (Ziff. III 3), das Berufungsgericht werde in Anwendung des § 287 ZPO schätzen müssen, wie dieser Schaden zu

bemessen sei. In diesem Zusammenhang werde es auf das Schreiben des Klägers vom 14. Februar 1964 ankommen und zu prüfen sein, mit welchem wirtschaftlichen Ergebnis, insbesondere unter welchen weiteren Aufwendungen für den Vertrieb, die Ware noch hätte abgesetzt werden können. Bisher bestehe keine Grundlage für die Feststellung, allein schon die weiter aufzuwendenden Vertriebskosten wären so hoch gewesen, daß sie den für die restliche Ware erzielbaren Verkaufspreis überstiegen hätten und daß somit kein durch das Verhalten des Beklagten verursachter Schaden entstanden wäre. Wenn es in dem Schreiben des Klägers heiße, der Vertrieb einer solchen Ware setze den Einsatz hoher Werbungskosten voraus, die ihm nicht zur Verfügung stünden, so würde das nicht ausschließen, daß er die Ware ohne weitere Werbungskosten der in dem Schreiben genannten Art zu einem niedrigeren, die Vertriebskosten aber noch übersteigenden Preise hätte absetzen können.

Das Berufungsgericht führt nunmehr aus, der Kläger sei durch Verfügung des Berichterstatters aufgefordert worden, den Rechtsstreit unter Berücksichtigung der Ausführungen im Revisionsurteil weiter vorzubereiten. Er habe jedoch keine Möglichkeit aufgezeigt, daß er sein Erzeugnis noch hätte zu Preisen absetzen können, welche die Vertriebskosten überstiegen hätten, wenn sich die Ware in einer nicht angreifbaren Verpackung befunden hätte. Hieraus müsse geschlossen werden, daß eine solche Möglichkeit nicht bestanden hätte.

Diese Ausführungen werden von der Revision ohne Erfolg angegriffen.

So hat die Rüge der Revision keinen Erfolg (§ 286 ZPO), diese Behauptung des Klägers ergebe sich aus S. 4 seines Schriftsatzes vom 12. Februar 1970 i. V. m. den dort in bezug genommenen Schriftsatzstellen. Denn in dem genannten Schriftsatz ist bezüglich der Höhe des Schadens auf die Ausführungen in der Klageschrift und im Schriftsatz vom 11. Januar 1966 Bezug genommen. An diesen Stellen ist jedoch lediglich Art und Höhe der vom Kläger aufgewandten Kosten aufgeschlüsselt, deren Ersatz er verlangt. Der die Position 20 "Entgangener Gewinn" der Schadensaufstellung betreffende Beweisantritt auf S. 5 des Schriftsatzes vom 11. Januar 1966 bezieht sich entgegen dem Vortrag der Revision nur darauf, daß der Gewinn mit 6,48 DM je Karton richtig kalkuliert sei, nicht aber darauf, ob die Ware angesichts der im Schreiben des Klägers vom 14. Februar 1964 dargelegten Gegebenheiten noch zu Preisen hätte abgesetzt werden können, welche die bisher aufgewandten Kosten und etwaige für den weiteren Vertrieb erforderlichen weiteren Werbungskosten decken würden.

Die Revision rügt ferner, das Berufungsgericht habe die ihm gemäß § 139 ZPO obliegende Aufklärungspflicht verletzt. Der Kläger würde bei der nach § 139 ZPO gebotenen Belehrung vorgetragen haben, daß der Verkauf der Ware, mit dem im März 1963 begonnen worden sei, gut

angelaufen und der Absatz erst schleppend geworden sei, als dem Kläger aufgrund der Angriffe gegen sein Zeichen "Muschi-Blix" Bedenken gegen den weiteren Vertrieb gekommen seien.

Auch diese Rüge hat keinen Erfolg.

Im ersten Revisionsurteil ist - wie vorstehend wiedergegeben - dargelegt, daß es für die gemäß § 287 ZPO vorzunehmende Schätzung des Schadens unter anderem darauf ankommen werde, ob der Kläger die Ware ohne weitere Werbungskosten der im Schreiben vom 14. Februar 1964 genannten Art zu einem niedrigeren, die Vertriebskosten aber noch übersteigenden Preise hätte absetzen können, wenn sie sich in einer rechtlich nicht angreifbaren Verpackung befunden hätte. Die hiernach für die Schadensschätzung erforderlichen Unterlagen waren vom Kläger darzutun. In Anbetracht der im ersten Revisionsurteil enthaltenen Ausführungen zu den für die Schadensschätzung maßgebenden Umständen ist aber das Berufungsgericht der ihm obliegenden Aufklärungspflicht mit der Aufforderung an den Kläger nachgekommen, den Rechtsstreit unter Berücksichtigung der Ausführungen im Revisionsurteil weiter vorzubereiten. Eines besonderen Hinweises auf einzelne der Ausführungen des Revisionsurteils bedurfte es nicht.

Da der Kläger im wiedereröffneten Berufungsrechtzug zu den maßgebenden Umständen nichts vorgetragen hat, hat das Berufungsgericht den in Rede stehenden Schadensersatzanspruch zu Recht für unbegründet erachtet.

III. Demnach ist die Revision zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Alff

Sprenkmann

Schönberg

v. Gamm

Ochmann