

14
I ZR 1/58

2509 015

Verkündet
am 2. Oktober 1959
Grunau, Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma N[REDACTED]-D[REDACTED], G[REDACTED] OHG., vertreten durch die
persönlich haftenden Gesellschafter Otto und Gretl G[REDACTED],
N[REDACTED], O[REDACTED] R[REDACTED]

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den unter der Firma D[REDACTED] Heinrich Bernhard D[REDACTED]
handelnden Einzelkaufmann Dr. Heinrich D[REDACTED] in D[REDACTED],
M[REDACTED]-Allee [REDACTED]

Kläger und Revisionsbeklagten,

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

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 2. Oktober 1959 unter Mitwir-
kung der Bundesrichter Dr. Bock, Dr. Krüger-Wieland,
Dr. Weiß, Jungbluth und Ebel

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Düsseldorf vom 25. Februar 1957 aufgehoben. Die
Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der Revision,
an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien vertreiben Lachgas-Analgesie-Geräte, die namentlich in der Praxis der Zahnärzte verwendet werden. Die Beklagte hat im Jahre 1953 in etwa 10 000 Werbeschriften und in Werbeanzeigen, die in sieben Fachzeitschriften erschienen sind, von ihrem aus den USA eingeführten Dental-Analgesie-Apparat Modell "E" behauptet, daß er "vollkommen lungenautomatisch" sei. Die Klägerin hat in einem Vorprozeß vor dem Landgericht Düsseldorf - 4 O 250/53 - geltend gemacht, diese Behauptung sei unrichtig; als lungenautomatisch bezeichne der Verkehr nur Geräte, bei denen die Bewegung der Lunge, also die Atmung des Patienten, den Gaszufluß selbsttätig steuere, indem beispielsweise - wie bei dem von ihr, der Klägerin, hergestellten Gerät K 2 - das Gaszuflußventil mittels einer kraftschlüssigen Hebelverbindung beim Zusammenfallen des Atembeutels, aus dem der Patient das Gasgemisch einatme, geöffnet und nach Auffüllung des Beutels wieder geschlossen werde; im Gegensatz hierzu steuere der Patient bei dem Gerät "E" der Beklagten die Gaszufuhr in der Weise, daß er mit der Hand auf einen Gummiball drücke und hierdurch ein Gasventil öffne, welches sich bei nachlassendem Druck auf den Gummiball wieder schließe; eine selbsttätige Steuerung durch die Lungenatmung finde mithin bei diesem Gerät nicht statt.

Die Beklagte hat dem entgegengehalten, es gebe keinen einheitlichen und eindeutigen Begriff der Lungenautomatik; außer den lungenautomatisch gesteuerten Geräten im technischen Sinne, welche die Klägerin im Auge habe, seien im medizinisch-physiologischen Sinne

- 3 -

alle Geräte lungenautomatisch, bei deren Anwendung die natürliche Atmungsautomatik der Lunge nicht unterbrochen werde und der Patient daher ständig sei es Gasgemisch, sei es Frischluft einatmen könne; diesem Erfordernis sei bei dem "E[REDACTED]"-Apparat genügt.

Durch rechtskräftiges Urteil vom 9. März 1954 hat das Landgericht Düsseldorf die Beklagte zur Unterlassung und Auskunfterteilung verurteilt und festgestellt, daß die Beklagte der Klägerin sämtlichen Schaden zu ersetzen hat, welcher der Klägerin durch die Behauptung, das "E[REDACTED]"-Gerät sei oder arbeite vollkommen lungenautomatisch, und durch die Verbreitung des entsprechenden Prospekts der Beklagten entstanden ist und noch entsteht. Das Landgericht hat die Auffassung vertreten, die Bezeichnung "lungenautomatisch" sei nach dem eigenen Vortrag der Beklagten zumindest zweideutig und könne deshalb dahin mißverstanden werden, daß das Gerät "E[REDACTED]" im technischen Sinne lungenautomatisch arbeite, was nicht zutreffe; die Möglichkeit, daß die Klägerin durch das hiernach wettbewerbswidrige Verhalten der Beklagten einen Schaden erlitten habe, liege nicht fern, da die beanstandete Behauptung geeignet sei, Verkaufsgespräche anzuknüpfen, die unter Umständen selbst dann zu einem Kaufabschluß führen könnten, wenn sich bei den Gesprächen herausstelle, daß das Gerät nicht im technischen Sinne lungenautomatisch sei.

Im vorliegenden Rechtsstreit klagt die Klägerin ihren Schaden ein.

Sie hat beantragt:

die Beklagte zu verurteilen, an sie, die Klägerin, einen in seiner Höhe in das Ermessen des



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Gerichts gestellten Schadensersatz nebst
8 % Zinsen vom Tage der Klagezustellung an
zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt:
die Klage abzuweisen.

Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von
12.000.-- DM nebst 8 % Zinsen seit dem 31. Januar 1956
verurteilt. Es hat den Schaden der Klägerin nach § 287
ZPO frei geschätzt. Hierbei hat es angenommen, die Be-
klagte habe innerhalb des von ihrer Werbung beeinflußten
Zeitraums insgesamt etwa 400 "E[REDACTED]"-Geräte abgesetzt
und etwa 40 Käufer für sich gewonnen, die ohne diese
Werbung ein lungenautomatisch arbeitendes Gerät der
Klägerin gekauft hätten; mithin, so hat es dargelegt,
sei der Klägerin, die 10,5 % Gewinn vom Endverkaufsprei-
se (2200,-- DM) kalkuliere, ein Betrag von insgesamt
9240,-- DM entgangen, zu dem noch ein Marktverwirrungs-
schaden von schätzungsweise 2000,-- bis 3000,-- DM hin-
zutrete.

Die Berufung der Beklagten wurde zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klag-
abweisungsantrag weiter.

Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Ebenso wie das Landgericht hat auch das Beru-
fungsgericht seiner Entscheidung zutreffend die Vor-
schrift des § 287 ZPO zugrundegelegt, wonach das Ge-
richt über den Streit der Parteien, ob ein Schaden ent-
standen sei und wie hoch der Schaden sich belaufe, unter

Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu entscheiden hat. Die Revision bemängelt, daß das Berufungsgericht hierbei von rechtlich nicht einwandfreien Erwägungen ausgegangen sei, namentlich, daß es die für die Ausübung des richterlichen Ermessens maßgebenden Tatumstände nicht hinreichend aufgeklärt, sondern sich auf willkürliche Unterstellungen und Vermutungen gestützt habe. Die Angriffe der Revision sind zum Teil gerechtfertigt.

II. 1. Es ist allerdings aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht bei der Prüfung des Ursachenzusammenhangs zwischen der beanstandeten Werbung der Beklagten und etwaigen Umsatzeinbußen auf Seiten der Klägerin ausgeführt hat, es entspreche der Lebenserfahrung, daß Zahnärzte, die den Kauf eines kostspieligen Analgesie-Geräts für ihre Praxis in Aussicht genommen haben, sich vorerst mit den im Handel befindlichen Geräten vertraut zu machen suchen. Entgegen der Meinung der Revision enthält dieser Hinweis auf die Lebenserfahrung keine willkürliche Unterstellung. Das Berufungsgericht bewegt sich damit vielmehr in den Grenzen des ihm durch § 287 ZPO eingeräumten tatrichterlichen Ermessens, dem auch die Beurteilung des ursächlichen Zusammenhangs zwischen Haftungsgrund und Schaden unterliegt (BGH NJW 1951, 405 = LM § 287 Nr. 3; BGHZ 7, 198, 203; BGH GRUR 1959 S.331, 333 - Dreigroschenroman). Der Revision kann ferner nicht beigetreten werden, wenn sie geltend macht, gerade der Kaufinteressent, der sich zunächst mit den vorhandenen Geräten habe vertraut machen wollen, habe durch die Bezeichnung "lungenautomatisch" nicht irreführt werden können; diese Bezeichnung könne wegen ihrer Zweideutigkeit denkgesetzlich nicht für seinen

Entschluß ursächlich gewesen sein, das Gerät der Beklagten und nicht das der Klägerin zu kaufen. Wie das Landgericht in seinen beiden Entscheidungen bereits dargelegt hat, war die Anpreisung des Geräts der Beklagten als "lungenautomatisch" geeignet, bei den Zahnärzten das Interesse für dieses Gerät zu wecken oder zu verstärken und dadurch Verkaufsgespräche herbeizuführen, die nicht stattgefunden hätten, wenn von vornherein bekannt gewesen wäre, daß es sich nicht um ein im technischen Sinne lungenautomatisches Gerät handelte. Wer nämlich den Ausdruck "lungenautomatisch" im technischen Sinne verstand und ein entsprechend arbeitendes Gerät suchte, wurde durch die Werbung der Beklagten dazu verleitet, das Gerät "E[REDACTED]" in Betracht zu ziehen, während er sich bei Kenntnis der Sachlage überhaupt nicht damit befaßt hätte. Es ist denkgesetzlich nicht auszuschließen, daß ein solcher Interessent sich alsdann für das Gerät "E[REDACTED]" entschied, auch wenn er bei näherer Prüfung bemerkte, daß es einem anderen System zuzuordnen war als dem, welches er nach der Ankündigung vermutet hatte. Der ursächliche Zusammenhang zwischen der Werbung mit dem Worte "lungenautomatisch" und dem Kaufentschluß wäre hierdurch nicht aufgehoben worden. Auch bliebe die Möglichkeit bestehen, daß der betreffende Zahnarzt ein Gerät der Klägerin erworben hätte, wenn ihm das Gerät der Beklagten nicht als "lungenautomatisch" angeboten worden wäre; denn es ist durchaus denkbar, daß er sich in diesem Falle von Anfang an nur dem im technischen Sinne lungenautomatischen Gerät der Klägerin zugewandt hätte, die damals als einziges Unternehmen außer der Beklagten Lachgas-Analgesie-Geräte in der Bundesrepublik vertrieb. Für diejenigen andererseits, denen der Begriff der Lungenautomatik noch nicht geläufig war und die daher auch

mit seiner von den Vorinstanzen zugunsten der Beklagten unterstellten Zweideutigkeit nicht rechneten, war aus der übereinstimmenden Verwendung des Wortes in den Ankündigungen beider Parteien zu entnehmen, daß die lungenautomatische Arbeitsweise bei einem Lachgas-Analgesie-Gerät ein funktioneller Vorzug sei und daß das "E-XXXX"-Gerät der Beklagten sich hierin von dem der Klägerin nicht unterscheide. Diese Ansicht konnte gleichfalls zur Folge haben, daß Interessenten dem Angebot der Beklagten näher traten, die ihm bei Kenntnis des in Wirklichkeit dennoch vorhandenen Unterschieds der beiden Fabrikate keine Beachtung geschenkt hätten. Danach ist es kein Verstoß gegen Denkgesetze, wenn das Berufungsgericht angenommen hat, die Beklagte habe durch ihre Werbung mit dem Worte "lungenautomatisch" zumindest in einigen Fällen Abschlüsse erzielt, die andernfalls der Klägerin zugefallen wären. Das Berufungsgericht hat es zudem nicht nur darauf abgestellt, wie sich die Käufer kostspieliger medizinisch-technischer Geräte nach der Lebenserfahrung im allgemeinen verhalten; es hat vielmehr auch die besondere Eindringlichkeit berücksichtigt, mit der in der hier zu beurteilenden Werbung der Beklagten gerade die vollkommene Lungenautomatik des angebotenen Geräts betont worden war. Ferner hat es den Einfluß nicht übersehen, den die von der Revision hervorgehobenen weiteren Umstände - der billige Preis, die Herkunft aus den USA - auf den Kaufentschluß ausüben konnten. Es hat diesen Einfluß jedoch nicht als ausschlaggebend betrachtet, sondern ihm neben der Werbung mit dem Begriff der Lungenautomatik nur eine zusätzliche und verstärkende Wirkung zugesprochen. Dieser Beurteilung kann aus Rechtsgründen jedenfalls hinsichtlich derjenigen Kunden der Beklagten

nicht entgegengetreten werden, die schon vor der Beschäftigung mit dem Angebot des "E-Apparates zum Erwerb eines Analgesie-Gerätes entschlossen waren und gegebenenfalls auch den höheren Preis für das inländische Erzeugnis der Klägerin angelegt hätten.

2. Die Revision meint weiterhin, die Werbung der Beklagten könne sich auf die Umsätze der Klägerin deshalb nicht ausgewirkt haben, weil diese Auswirkung nach der Feststellung des Berufungsgerichts nur bis zum Sommer 1954 andauert, die Klägerin aber nach ihrem eigenen Vortrag ihre Umsätze in Lachgas-Analgesie-Geräten im Jahre 1954 gegenüber dem Jahre 1953 noch um ein Geringes, nämlich von nicht ganz genau 100 % auf genau 100 % gesteigert habe. Dieser Revisionsangriff geht fehl. Die Umsatzeinbuße, wegen deren die Klägerin Schadensersatz verlangt, mußte nicht notwendig in einem Rückgang früher erreichter Umsätze bestehen, sie konnte sich vielmehr auch darin äußern, daß die Zahl der Abschlüsse nicht in dem zu erwartenden Ausmaß anstieg. Wenn die Umsätze der Klägerin sich im Jahre 1954 im Vergleich mit dem Vorjahr leicht verbessert haben, so besagt dies mithin nicht, daß sie sich nicht darüber hinaus noch um Abschlüsse hätten erhöhen lassen, welche die Beklagte der Klägerin durch die Werbung mit dem Worte "lungenautomatisch" vorweggenommen hat. Das Berufungsgericht durfte deshalb ohne Rechtsverstoß davon ausgehen, daß die Klägerin in den Jahren 1953/54 höhere als die von ihr im Hundertsatz mitgeteilten Umsätze hätte erzielen können, wenn sie nicht durch die Werbung der Beklagten behindert gewesen wäre. Dagegen bot der Sachverhalt keinen Anlaß, bei der Ermittlung der Umsatzausfälle auch noch die Marktverhältnisse in den Jahren 1955/56 aufzuklären, wie die Revision dies

für erforderlich hält. Das Berufungsgericht hat ausdrücklich festgestellt, daß die Wirksamkeit der bestandenen Werbung im Laufe des Jahres 1954 allmählich abgenommen hat. Es hat deshalb etwaigen Umsatzminderungen bei der Klägerin in den folgenden Jahren für den Anspruch auf Ersatz für entgangenen Gewinn keine Bedeutung mehr beigemessen. Alsdann brauchte es in diesem Zusammenhang nicht nachzuprüfen, ob die Umsätze der Beklagten in den Jahren 1955/56 ebenfalls erheblich abgesunken sind und ob dies auf die allgemeine Sättigung des Marktes und auf das Auftauchen weiterer Wettbewerbserzeugnisse zurückzuführen war, wofür die Beklagte nach dem Vortrag der Revision auf eine entsprechende Auflage des Berufungsgerichts noch Beweis angetreten hätte. Andererseits läßt sich rechtlich nichts dagegen einwenden, daß das Berufungsgericht die Wirkung, welche die Werbung der Beklagten in den Käuferkreisen hinterließ, nicht schon mit der Einstellung der Werbung am 17. Oktober 1953, sondern erst im Laufe des Jahres 1954 als beendet angesehen hat. Wenn es in der Begründung hierfür u.a. ausführt, man pflege Prospekte über besonders wichtige und teure Geräte nicht sofort wegzwerfen, sondern aufzubewahren, so hat es damit ersichtlich das Verhalten ernsthafter Interessenten, also hier vor allem das von Zahnärzten im Auge gehabt, die sich über Analgesie-Geräte unterrichten wollten. Insoweit beruht die Begründung entgegen der Ansicht der Revision nicht auf einer erfahrungswidrigen Unterstellung, sondern auf einer tatrichterlichen Erwägung, die durch den Sachverhalt nahegelegt war und keinen Rechtsfehler erkennen läßt.

III. Das Berufungsgericht hat nach alledem den ursächlichen Zusammenhang zwischen der unzulässigen Werbung der Beklagten und einer Umsatzeinbuße der Klägerin für einen Zeitraum bis ungefähr zum Sommer 1954 im Grundsatz mit Recht bejaht. Die Erwägungen, die es bei der näheren Schätzung dieser Einbuße angestellt hat, halten dagegen einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Im Rahmen des § 287 ZPO ist das Gericht allerdings in seiner Schätzung frei. Es ist namentlich nicht verpflichtet, das Ergebnis dieser Schätzung durch Angabe jeder einzelnen für die Schadensbemessung maßgebenden Tatsache zu begründen. Auch ist es seinem Ermessen überlassen, ob es angebotene Beweise erheben will oder nicht. An Beweisregeln ist es nicht gebunden. Die dem Gericht hier eingeräumte weitgehende Ermessensfreiheit ist namentlich bei Schadensersatzansprüchen auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes von Bedeutung, die sich oft nur mit Schwierigkeiten und nicht ohne unzumutbare geschäftliche Nachteile für den Verletzten beziffern lassen. Jedoch müssen die Entscheidungsgründe auch hier wenigstens in ihrem Zusammenhang ergeben, daß der Tatrichter die von den Parteien vorgebrachten schätzungsbegründenden Tatsachen und die Beweiserbieten sachentsprechend gewürdigt und daß er die von ihm nicht berücksichtigten Beweiserbieten nach sachlicher Prüfung für unerheblich gehalten hat (RGZ 130, 108, 114; BGHZ 3, 162, 177; BGH LM § 287 Nr. 1). Soweit die Schätzung sich auf bestimmte, im Urteil aufgeführte Tatsachen stützt, müssen diese Tatsachen in rechtlich einwandfreier Weise festgestellt sein, da andernfalls die Gefahr unzulässiger Unterstellungen besteht. Den hiernach zu erfüllenden Anforderungen wird das angefochtene Urteil in mehreren für das Schätzungsergebnis wesentlichen Punkten nicht gerecht.

1. Es begegnet schon rechtlichen Bedenken, wenn das Berufungsgericht davon ausgeht, daß alle oder doch nahezu alle Käufer eines "E[REDACTED]"-Geräts in jedem Falle ein Analgesie-Gerät hätten erwerben wollen. Für diese im Berufungsurteil nicht begründete Auffassung fehlt es an jeder erkennbaren Grundlage. Da nach den Feststellungen der Vorinstanzen der Endverkaufspreis für das Gerät der Klägerin 2200,-- DM, für das neu auf dem Markt erschienene "E[REDACTED]"-Gerät der Beklagten jedoch nur 1195,-- DM betrug, spricht vielmehr die Wahrscheinlichkeit dafür, daß zumindest eine nicht unbeachtliche Zahl von Käufern des "E[REDACTED]"-Geräts erst durch den wesentlich niedrigeren Preis auf den Gedanken gebracht worden war, sich überhaupt einen Analgesie-Apparat zuzulegen, dessen Anschaffung für diese Käufer andernfalls nicht in Betracht gekommen wäre. Das schließt nicht aus, daß ein nicht minder erheblicher Teil die Absicht hatte, sich ein solches Gerät in jedem Falle, also namentlich ohne Rücksicht auf den Preis zuzulegen. Die Annahme indessen, daß diese Absicht bei allen oder doch bei fast allen Käufern der "E[REDACTED]"-Geräte bestanden habe, war durch das dem Gericht in § 287 ZPO eingeräumte Ermessen nicht mehr gedeckt. Das Berufungsgericht hat diese Unterstellung aber der von ihm vorgenommenen Schätzung des Schadens zugrundegelegt. Die Schätzung beruht deshalb auf einer rechtlich nicht einwandfreien Grundlage. Es muß mit der Möglichkeit gerechnet werden, daß sie ohne diese Grundlage anders ausgefallen wäre; denn diejenigen Käufer von "E[REDACTED]"-Geräten, die ein Analgesiegerät nicht in jedem Falle erworben hätten, sondern sich allein wegen des niedrigen Preises des "E[REDACTED]"-Gerätes hierzu bereit fanden, schieden von vornherein als Inte-

ressenten für das fast doppelt so teure Gerät der Klägerin aus, während das Berufungsgericht auch sie in den Kreis dieser Interessenten einbezogen und daher im Zweifel bei der Ermittlung des der Klägerin entgangenen Umsatzes mitberücksichtigt hat. Das Berufungsgericht wird seinen Ausgangspunkt überprüfen, den Kreis der Käufer von "E[REDACTED]"-Geräten, die auch ein Gerät der Klägerin gekauft hätten, enger ziehen und alsdann erneut darüber befinden müssen, wieviele im technischen Sinne lungenautomatische Geräte die Klägerin in dem letzteren Kreise schätzungsweise abgesetzt haben würde, wenn die Beklagte die "E[REDACTED]"-Geräte nicht als "vollkommen lungenautomatisch" angekündigt hätte.

2. Hierbei wird weiterhin das Vorbringen der Beklagten über das von ihr vertriebene zweite Analgesie-Gerät "EU[REDACTED]" zu berücksichtigen sein. Die Revision rügt mit Recht, daß das Berufungsgericht sich über dieses Vorbringen mit unzutreffenden Erwägungen hinweggesetzt habe. Das Berufungsgericht hat dazu ausgeführt, gegenüber den substantiierten Einwendungen der Klägerin im ersten Rechtszuge habe die Beklagte nicht dargelegt, seit wann und in welchem Umfange sie mit dem Gerät "EU[REDACTED]", das über eine Lungenautomatik im Sinne der Klägerin verfügen solle, auf dem Markt sei und welche Werbung sie für dieses Gerät in der fraglichen Zeit betrieben habe.

a) Es ist zunächst zu beanstanden, daß das Berufungsgericht hier die lungenautomatische Arbeitsweise des Geräts "EU[REDACTED]" nicht als Tatsache, sondern im Sinne einer unbewiesenen Parteibehauptung behandelt hat. Die Klägerin hatte nämlich bereits im ersten Rechtszuge (Schriftsatz vom 5. Mai 1956, S. 7) ausdrücklich zugestanden, daß der Analgesie-Apparat

"EU [REDACTED]" mit einer Lungenautomatik ausgerüstet sei, die in ihrer Arbeitsweise den von ihr, der Klägerin, vertriebenen Geräten entspreche. Mithin hätte das Berufungsgericht davon ausgehen müssen, daß das Gerät "EU [REDACTED]" im technischen Sinne lungenautomatisch ist (§ 288 ZPO).

b) Die Beklagte ferner hatte gleichfalls schon im ersten Rechtszuge behauptet, sie habe "im seinerzeitigen Zeitpunkt", womit nach dem eindeutigen Zusammenhang die Jahre 1953/54 gemeint waren, als Alleinvertretung der amerikanischen Herstellerfirma M [REDACTED] mit dem M [REDACTED] - "EU [REDACTED]" einen Apparat liefern können, der sowohl die technische als auch die physiologische Lungenautomatik gehabt habe (Schriftsatz vom 26. März 1956, S. 4/5). Gerade auf diese Behauptung bezog sich das Zugeständnis der Klägerin, daß das Gerät "EU [REDACTED]" im Sinne ihrer eigenen Erzeugnisse lungenautomatisch sei. Im Schriftsatz vom 12. Mai 1956 (S. 5) hat die Beklagte alsdann erneut vorgetragen, "schon damals", d.h. wiederum: in den Jahren 1953/54, in denen nach der Auffassung des Berufungsgerichts die Umsatzausfälle bei der Klägerin entstanden sind, habe von ihr der Apparat "EU [REDACTED]" bezogen werden können. In der Berufungsbegründung (Schriftsatz vom 13. November 1956, S. 3) hat die Beklagte schließlich Beweis dafür erboten, daß sie mit dem "EU [REDACTED]"-Gerät "schon seit Jahren" auf dem deutschen Markt sei und daß dieses im technischen Sinne lungenautomatische Gerät im Preis - nach dem Tatbestand des landgerichtlichen Urteils 2050,-- DM - immer noch erheblich unter den entsprechenden Geräten der Klägerin liege. Die Klägerin hatte dazu lediglich geäußert, ob die Beklagte in der Lage gewesen sei, das Gerät "EU [REDACTED]" in der fraglichen Zeit zu liefern, sei ihr unbekannt

und müsse daher vorsorglich bestritten werden; selbst wenn dies aber zutreffen sollte, ändere sich nichts daran, daß die Parteien die einzigen Wettbewerber auf dem betreffenden Gebiet seien und die unlautere Werbung der Beklagten sich immer zu ihrem, der Klägerin, Nachteil habe auswirken müssen. Bei dieser Stellungnahme handelt es sich nicht um in tatsächlicher Hinsicht substantiierte Einwendungen, die eine entsprechende Entgegnung der Beklagten erfordert hätten, sondern um ein einfaches, zudem nur vorsorgliches Bestreiten mit Nichtwissen. Die Begründung, mit der das Berufungsgericht das Vorbringen der Beklagten über das Gerät "EU [REDACTED]" unberücksichtigt gelassen hat, ist danach mit dem Parteivortrag nicht zu vereinbaren.

c) Hätte das Berufungsgericht dieses Vorbringen in sachlicher Hinsicht geprüft und bestätigt gefunden, so hätte das Ergebnis seiner Schätzung hiervon nicht unberührt bleiben können. Wenn außer der Klägerin auch die Beklagte in den Jahren 1953/54 ein im technischen Sinne lungenautomatisches Gerät anbieten und liefern konnte, so waren gerade die Käufer, die in jedem Falle ein Analgesie-Gerät erwerben wollten und dabei auf die lungenautomatische Arbeitsweise im Sinne der Klägerin Wert legten, nicht auf die Geräte der Klägerin angewiesen, sondern ihnen stand daneben bei der Beklagten das in demselben Sinne lungenautomatische Gerät "EU [REDACTED]" zur Wahl, das zwar erheblich teurer als das Gerät "E [REDACTED]", aber immerhin noch 150,-- DM billiger als das Gerät der Klägerin war. Ein Teil der Interessenten, die sich durch die Ankündigung des Geräts "E [REDACTED]" als "vollkommen lungenautomatisch" zur Anschaffung dieses Geräts haben bestimmen lassen, würde alsdann ohne diese Werbung nicht ein Gerät der Klägerin, sondern einen "EU [REDACTED]"-

Apparat gekauft haben. Die zu schätzende Zahl der Abschlüsse, die der Klägerin infolge der Werbung der Beklagten entgangen sind, hätte sich dadurch weiterhin verringert. Obwohl das Berufungsgericht ersichtlich nicht verkannt hat, daß dieser Umstand für die Schadensermittlung nach § 287 ZPO rechtserheblich war, hat es von einer Aufklärung über den Vertrieb von "EU [REDACTED]"-Geräten durch die Beklagte, die auf Grund des Beweiserbietens der Beklagten möglich gewesen wäre, aus nicht zu billigenden verfahrensrechtlichen Überlegungen abgesehen. Der hierin liegende Verstoß gegen die Grundsätze des richterlichen Ermessens, bei dem eine wesentliche, die Entscheidung bedingende Tatsache außer acht gelassen wurde (BGHZ 3, 162, 176; BGHZ 6, 62, 63), ist im Revisionsrechtszuge nachprüfbar (vgl. RG GRUR 1944, 132, 134) und mußte ebenfalls zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen.

d) Das Berufungsgericht hätte im übrigen die Behauptungen der Beklagten über den Vertrieb des "EU [REDACTED]"-Geräts auch dann nicht ungeprüft lassen dürfen, wenn sie ihm in der vorgebrachten Form noch nicht hinreichend erschöpfend erschienen. Die Beklagte konnte hiermit um so weniger rechnen, als das Berufungsgericht diesen Punkt in seinem Aufklärungsbeschluß vom 1. Februar 1957 überhaupt nicht berührt, die Klägerin andererseits sich dazu trotz der bei ihr vorauszusetzenden Branchenkenntnis lediglich mit Nichtwissen erklärt und auf ein bloßes vorsorgliches Bestreiten beschränkt hatte. Außerdem hatte im Gegensatz zur Beklagten die Klägerin die ihr in dem Beschluß vom 1. Februar 1957 erteilten Auflagen nur zögernd und unvollständig erfüllt. Der Revision ist beizupflichten, wenn sie geltend macht, die Beklagte

habe bei dieser Prozeßlage annehmen müssen, daß das Berufungsgericht die von der Klägerin abgegebenen Erklärungen nicht als genügende Grundlage für eine Schätzung des Schadens nach § 287 ZPO betrachtet habe; sie habe daher die Zurückweisung ihrer Berufung nicht voraussehen können, vielmehr erwarten dürfen, daß das Berufungsgericht die nicht erkennbare Änderung seiner aus dem Auflagenbeschluß zu entnehmenden Ansicht zunächst den Parteien mitteilen werde, um ihnen Gelegenheit zu weiterem sachdienlichem Vorbringen zu geben. Eines gerichtlichen Hinweises hätte es vor allem bedurft, bevor das Berufungsgericht ungeachtet der unzureichenden Beantwortung des Auflagenbeschlusses durch die Klägerin nunmehr einen von der Beklagten vorgebrachten Einwand wegen ungenügender Darlegung zu ihrem Nachteil unberücksichtigt lassen wollte. Aus dem Sachvortrag der Beklagten ging hervor, daß die Beklagte gerade ihre Angaben über den Vertrieb des Geräts "EU [REDACTED]" un-
schwer hätte ergänzen können, wenn das Berufungsgericht sie darauf aufmerksam gemacht hätte, daß ihm trotz der schwachen Entgegnung der Klägerin auf diese Angaben eine solche Ergänzung notwendig erschien. Das Unterlassen entsprechender Hinweise und Auflagen stellt eine Verletzung der gerichtlichen Aufklärungspflicht (§ 139 ZPO) dar, die im Rahmen der weitgehenden Ermessensfreiheit nach § 287 ZPO besonders sorgfältig beachtet werden muß (vgl. BGH LM § 139 ZPO Nr. 3). Im Einklang mit der ständigen, vom Senat übernommenen Rechtsprechung des Reichsgerichts (vgl. RG JW 1931, 1795) hat die Beklagte in der Revisionsschrift im einzelnen mitgeteilt, welche weiteren, die Ankündigung und den Vertrieb des Geräts "EU [REDACTED]" betreffenden Tatsachen sie behauptet und unter Beweis gestellt hät-

te, wenn ihr vom Berufungsgericht auf Grund des § 139 ZPO hierzu Gelegenheit gegeben worden wäre. Sie hat dargelegt, sie habe das Modell "EU [REDACTED]" auf der Internationalen Dental-Schau in Düsseldorf 1953 ausgestellt und in den Jahren 1953 und 1954 mehrere "EU [REDACTED]"-Geräte angeboten und geliefert. Diesen Behauptungen wird das Berufungsgericht nachgehen müssen. Sollte sich dabei ergeben, daß in jenen Jahren der Vertrieb des genannten Modells erst allmählich anlief und die Nachfrage noch nicht voll befriedigt werden konnte, so wird weiterhin zu prüfen sein, innerhalb welchen Zeitraums die damals eingehenden Aufträge jeweils hätten ausgeführt werden können; denn bei Anschaffungen der vorliegenden Art pflegen die Besteller nicht selten eine gewisse Lieferfrist in Kauf zu nehmen, wenn ihnen das angebotene Gerät als solches zusagt. Der Preisunterschied zwischen dem Gerät der Klägerin und dem Gerät "EU [REDACTED]" kann auch hier wiederum eine Rolle spielen.

3. Mit Recht beanstandet die Revision sodann, daß das Berufungsgericht bei der Berechnung der Schadenssumme das Vorbringen der Klägerin als richtig unterstellt hat, ihre Gewinnspanne betrage 10,5 % vom Endverkaufspreise. Die Begründung, daß diese Gewinnspanne sich durchaus im Rahmen des Üblichen halte, ist unzureichend. Es fehlt an jedem Hinweis darauf, woraus das Berufungsgericht die Üblichkeit dieser Spanne sowohl der Höhe des Hundertsatzes als auch der Berechnungsgrundlage nach hergeleitet hat. Die Gewinnkalkulation bei medizinisch-technischen Geräten der vorliegenden Art konnte weder gerichtsbekannt sein noch einem Erfahrungssatz entnommen werden, mit dem das Gericht hätte vertraut sein können. Zu einer nähe-

ren Überprüfung dieser Kalkulation hätte umso mehr Veranlassung bestanden, als die Beklagte die Richtigkeit der Gewinnberechnung ausdrücklich bestritten und Sachverständigenbeweis dafür erboten hatte, daß eine Spanne von 10,5 % ungewöhnlich hoch sei und zudem die Nettogewinnspanne sich nicht vom Endverkaufspreise, sondern vom Nettoerlöse errechne, der 30 bis 40 % unter dem Endverkaufspreise liege. Da das Berufungsgericht die ziffernmäßige Höhe der Gewinnspanne für die Schadensermittlung als wesentlich angesehen und den Schaden auf Grund des erwähnten Hundertsatzes sogar genau errechnet hat, hielt es sich nicht mehr in den Grenzen des pflichtmäßigen Ermessens, wenn es hierbei trotz der entgegenstehenden Stellungnahme der Beklagten ohne hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte den Vortrag der Klägerin übernahm. Auch insoweit beruht die Schätzung des Gewinnausfalls mithin auf einer Verletzung von Verfahrensregeln, die zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen muß.

IV. Außer dem Ersatz für entgangenen Gewinn hat das Berufungsgericht der Klägerin noch als Ersatz für einen Marktverwirrungsschaden einen Betrag von etwa 3000.-- DM zugesprochen. Es hat dazu ausgeführt, wenn auch ein nennenswerter unmittelbarer Einfluß der unlauteren Werbung der Beklagten über die Mitte des Jahres 1954 hinaus zweifelhaft sein möge, so könne doch nicht verkannt werden, daß diese intensive und wirkungsvolle Werbung sich für die Klägerin auch in der folgenden Zeit noch störend und geschäftsschädigend ausgewirkt haben werde; die Zugkraft der Werbung der Klägerin, in welcher der Begriff der Lungenautomatik im technischen Sinne vorher besonders herausgestellt worden sei, habe für längere Dauer geschwächt werden müssen, wenn es

neben dieser Lungenautomatik noch eine andere im Sinne eines physiologischen Gesamtvorgangs habe geben sollen; daher liege es auf der Hand, daß die Klägerin nach Erledigung des Vorprozesses ihre Werbung ab 1955 habe verstärken müssen.

Die Revision macht hiergegen geltend, nach dem Sommer 1954 entstandene Werbeaufwendungen der Klägerin könnten nicht mehr durch die Werbung der Beklagten verursacht sein, da diese Werbung nach den Feststellungen des Berufungsgerichts im Laufe des Jahres 1954 ihre Wirkung verloren habe; in den Jahren 1951 bis 1954 aber seien die Werbeausgaben der Klägerin immer gleich gewesen; durch die Werbung der Beklagten sei die Klägerin daher nicht zu vermehrten Aufwendungen veranlaßt worden.

Diese Auffassung trifft nicht zu. Wenn das Berufungsgericht festgestellt hat, die Wirkung der beanstandeten Werbung der Beklagten habe im Laufe des Jahres 1954 allmählich abgenommen, so hatte es hierbei die Wirkung auf den Kaufentschluß der Kunden im Auge. Es hat damit also lediglich sagen wollen, daß die Beklagte etwa vom Sommer 1954 ab mit dem Gerät "E. [REDACTED]" keine Abschlüsse mehr erzielt habe, die auf die irreführende Werbung mit dem Worte "lungenautomatisch" zurückzuführen waren, und daß auf Grund dieser Werbung der Beklagten dementsprechend von jenem Zeitpunkt an der Klägerin keine Abschlüsse mehr entgangen seien. Dies bedeutete jedoch nicht, daß auch die allgemeine Unsicherheit über den Sinn des Begriffs der Lungenautomatik beseitigt war, welche die Werbung der Beklagten zur Folge haben mußte. Das Berufungsgericht konnte ohne Widerspruch mit seinen sonstigen Feststellungen davon aus-

gehen, daß diese Unsicherheit die Wirkung der Werbung der Klägerin mit dem Begriff der Lungenautomatik auch über das Jahr 1954 hinaus noch beeinträchtigte und daß die Klägerin zum Ausgleich hierfür ihre Werbeanstrengungen ganz allgemein erhöhen mußte. Es ist auch nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht in Abweichung von seiner früheren, in dem Aufklärungsbeschluß zum Ausdruck gelangten Auffassung auf nähere Angaben über die in diesem Zusammenhang ergriffenen Werbemaßnahmen der Klägerin verzichtet hat. Das Berufungsurteil ergibt, daß der geschätzte Betrag von 3000,-- DM nicht bestimmte Aufwendungen, die eigens zur werbemäßigen Klarstellung des Begriffs der Lungenautomatik gemacht worden sind, sondern einen Teil des allgemeinen Mehraufwandes der Klägerin für ihre Werbung abgelten soll, da dieser Mehraufwand durch die unzuverlässige Werbung der Beklagten mitveranlaßt war. Zutreffend hat das Berufungsgericht dabei erwogen, daß eine Aufschlüsselung der Werbeausgaben nach Themen und Kosten praktisch nicht durchführbar sei. Es hat auch nicht verkannt, daß die Klägerin in den Jahren 1955/56 noch durch andere Ursachen, nämlich durch das Auftreten weiterer Wettbewerbserzeugnisse und durch die Sättigung des Marktes, zu gesteigerten Werbeausgaben genötigt war. Wenn es unter Abwägung der gesamten Umstände den Anteil der Aufwendungen, der auf die Beseitigung der von der Beklagten hervorgerufenen Störung entfiel, im Rahmen der ihm durch § 287 ZPO zustehenden Ermessensfreiheit auf etwa 3000,-- DM geschätzt hat, so ist hierin, zumal bei Berücksichtigung der gewöhnlichen Unkosten einer jeden geschäftlichen Werbung, kein mit der Revision angreifbarer Rechtsfehler zu erkennen.

V. Nach dem Vorhergehenden beruht die vom Berufungsgericht vorgenommene Schadensbemessung nur hinsichtlich der Umsatzeinbuße, nicht dagegen hinsichtlich des sog. Verwirrungsschadens auf rechtlich unzutreffenden Erwägungen. Gleichwohl mußte das angefochtene Urteil in vollem Umfange aufgehoben werden, da das Berufungsgericht die beiden Schadensbeträge zu einer einheitlichen Gesamtsumme zusammengefaßt hat, in welcher der ziffernmäßig nicht genau festgelegte Verwirrungsschaden lediglich als Abrundungsbetrag erscheint. Diese Berechnungsweise, bei der die Höhe des Verwirrungsschadens rechnerisch von der des Umsatzausfalls abhängig gemacht ist, läßt die Möglichkeit offen, daß das Berufungsgericht bei einer anderweitigen Schätzung des Umsatzausfalls auch den Verwirrungsschaden innerhalb der von ihm angenommenen oberen Grenze von 3000,-- DM abweichend festgesetzt hätte. Aus diesem Grunde mußte die Aufhebung das gesamte Urteil erfassen. Gemäß § 565 ZPO war die Sache an das Berufungsgericht zur

anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über
die Kosten der Revision, zurückzuverweisen.

Bock Krüger-Nieland Weiss Jungbluth Ebel