BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 6/04

Verkündet am:
21. September 2006
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein
BGHR : ja

Steckverbindergehäuse

UWG § 4 Nr. 9, § 9

a) Die Grundsätze der Gemeinkostenanteil-Entscheidung (BGHZ 145, 366) sind auch für die Bemessung des sog. Verletzergewinns in Fällen des wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes anzuwenden.

b) Bei der Bemessung des Schadensersatzes nach diesen Grundsätzen gehören zu den Kosten, die der Produktion des rechtsverletzenden Gegenstands unmittelbar zugerechnet werden können, neben den Produktions- und Materialkosten und den Vertriebskosten die Kosten des Personals, das für die Herstellung und den Vertrieb des Nachahmungsprodukts eingesetzt ist, sowie bei Investitionen in Anlagevermögen die Kosten für Maschinen und Räumlichkeiten (anteilig bezogen auf ihre Lebensdauer), die nur für die Produktion und den Vertrieb der Nachahmungsprodukte verwendet worden sind.

c) Nicht anrechenbar sind die Kosten, die unabhängig vom Umfang der Produktion und des Vertriebs durch die Unterhaltung des Betriebs entstanden sind. Hierzu zählen allgemeine Marketingkosten, die Geschäftsführergehälter, die Verwaltungskosten sowie die Kosten für Anlagevermögen, das nicht konkret der Rechtsverletzung zugerechnet werden kann. Nicht anrechenbar sind ferner Anlauf- und Entwicklungskosten sowie Kosten für die nicht mehr veräußerbaren Produkte.

BGH, Urt. v. 21. September 2006 – I ZR 6/04 – OLG Stuttgart
LG Stuttgart

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. September 2006 durch die Richter Dr. v. Ungern-Sternberg, Prof. Dr. Bornkamm, Pokrant, Dr. Büscher und Dr. Schaffert

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten und die Anschlussrevision der Klägerin gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 18. Dezember 2003 werden zurückgewiesen.

Die im Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde entstandenen Gerichtskosten fallen der Beklagten zur Last. Die Gerichtskosten des Revisionsverfahrens sowie die außergerichtlichen Kosten des Nichtzulassungsbeschwerde- und Revisionsverfahrens haben die Klägerin zu 2/5 und die Beklagte zu 3/5 zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin nimmt die Beklagte wegen unlauterer Nachahmung von Steckverbindergehäusen auf Schadensersatz in Anspruch.

2 In einem Vorprozess wurde die Beklagte wegen eines Verstoßes gegen § 1 UWG a.F. unter dem Gesichtspunkt des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen

Leistungsschutzes rechtskräftig zur Unterlassung und Auskunftserteilung verurteilt. Außerdem wurde festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin den aufgrund des Wettbewerbsverstoßes entstandenen und noch entstehenden Schaden zu ersetzen.

3 Die Klägerin macht nunmehr – nachdem die Beklagte entsprechend der Verurteilung im Vorprozess Auskunft erteilt hat – einen bezifferten Schadensersatzanspruch geltend, den sie in erster Instanz mit 1.695.726,19 DM berechnet hat. Den Zahlungsantrag hat die Beklagte in Höhe von 25.000 DM anerkannt. Das Landgericht hat die Beklagte entsprechend diesem Anerkenntnis und darüber hinaus zur Zahlung weiterer 142.806,90 € (= 279.306,01 DM) verurteilt. Die weitergehende Klage hat es abgewiesen. Gegen dieses Urteil haben die Beklagte Berufung und die Klägerin Anschlussberufung eingelegt.

4 In zweiter Instanz hat die Klägerin ihre Forderung neu berechnet. Hinsichtlich der Steckverbindergehäuse hat sie die Auffassung vertreten, dass die Beklagte im Verletzungszeitraum (1992 bis 1996) einen Gewinn in Höhe von 701.300 DM erzielt habe. Die Klägerin hat dabei das vom Landgericht eingeholte Sachverständigengutachten zugrunde gelegt, das einen Gewinn in Höhe von 586.500 DM ausgewiesen hatte. Der Gutachter habe aber einen zusätzlichen Umsatz von 195.194 DM nicht berücksichtigt, was abzüglich der anrechenbaren Kosten einen zusätzlichen Gewinn in Höhe von 114.800 DM ergebe. Da es sich um eine identische Nachbildung handele, sei der gesamte Gewinn auf die Verletzung zurückzuführen. Hinzu komme ein Gewinn in Höhe von 19.171,29 DM aus dem Verkauf von Crimp-Flanschen (ein Zubehörteil, um Kabelausgänge vor Zug- und Knickbelastung zu schützen). Ferner müsse die Beklagte die Kosten einer Indienreise des Geschäftsführers der Klägerin in Höhe von 13.392,08 DM erstatten, die dieser unternommen habe, um die Behauptung der Beklagten im Vorprozess widerlegen zu können, eine indische Firma habe die streitgegenständlichen Gehäuse in eigener

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Regie vertrieben. Schließlich hat die Klägerin einen Zinsschaden in Höhe von 5% ab Schadensentstehung geltend gemacht. Nach ihrer Berechnung belaufen sich die Zinsen auf den Verletzergewinn bis zum 21. August 2000 auf 199.414,77 DM, die Zinsen auf die Kosten der Indienreise auf 3.108,66 DM.

5 Die zweitinstanzlich geltend gemachte Forderung der Klägerin setzt sich somit wie folgt zusammen:

Verletzergewinn Steckverbindergehäuse	701.300,00 DM
Verletzergewinn Crimp-Flansche	19.171,29 DM
Kosten Indienreise	13.392,08 DM
Zinsen (Verletzergewinn)	199.414,77 DM
Zinsen (Indienreise)	3.108,66 DM
abzüglich bezahlter	25.000,00 DM

6 Die Klägerin hat zuletzt beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 465.984,35 € nebst 8,41% Zinsen aus 370.815,31 € seit 5. September 2000 zu zahlen.

7 Die Beklagte ist der Klage – abgesehen von dem erwähnten Anerkenntnis in Höhe von 25.000 DM – entgegengetreten. Sie hat die Auffassung vertreten, dass bei der Ermittlung des Verletzergewinns über die vom Sachverständigen anerkannten Kosten hinaus auch die anteiligen Gemeinkosten berücksichtigt werden müssten. Dies gelte insbesondere für Entwicklungs- und Anlaufkosten in Form eines Anteils der Arbeitskraft des Geschäftsführers (142.000 DM), für Materialkosten für nicht verkaufte Ware und Ausschuss (105.000 DM) sowie für Fertigstellungskosten für unveräußerte Lagerbestände (17.400 DM). Daher seien weitere Abschläge in Höhe von 264.400 DM gerechtfertigt. Zudem müsse berücksichtigt werden, dass nur etwa ein Anteil von 5 bis 10% der im Verletzungszeitraum erzielten Erlöse für die Steckverbindergehäuse Folge des Wettbewerbsverstoßes sei, da das Design für die Kaufentscheidung eine untergeordnete Rolle gespielt habe.

Hinsichtlich der Crimp-Flansche bestehe kein Schadensersatzanspruch, da insoweit keine rechtsverletzende Nachahmung vorliege. Die Kosten der Indienreise seien nicht erstattungsfähig, weil es sich um eine allgemeine Geschäftsreise gehandelt habe.

8 Nachdem die Klägerin aus dem erstinstanzlichen Urteil vollstreckt hatte, hat die Beklagte in zweiter Instanz gemäß § 717 Abs. 2 ZPO die Verurteilung zur Rückzahlung des durch die Vollstreckung erlangten Betrages beantragt. Die Klägerin ist dem entgegengetreten. Ein weitergehender Widerklageantrag ist für das Revisionsverfahren ohne Bedeutung.

9 Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten sowie ihren auf § 717 Abs. 2 ZPO gestützten Antrag zurückgewiesen. Auf die Anschlussberufung der Klägerin hat es die Beklagte zur Zahlung weiterer 30.717,96 € – neben dem bereits vom Landgericht zugesprochenen Betrag in Höhe von 142.806,90 € ergibt dies einen Betrag von insgesamt 173.524,86 € – verurteilt.

10 Mit ihrer (vom Senat insoweit zugelassenen) Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung sowie den Antrag nach § 717 Abs. 2 ZPO weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen. Im Wege der Anschlussrevision beantragt sie, die Beklagte zur Zahlung weiterer 215.141,40 € nebst Zinsen zu verurteilen. Die Beklagte beantragt, die Anschlussrevision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

11 I. Das Berufungsgericht hat den Schadensersatzanspruch in Höhe von 173.524,86 € für begründet erachtet. Zur Begründung hat es ausgeführt:

12 Hinsichtlich der Steckverbindergehäuse könne die Klägerin einen Verletzergewinn in Höhe von 143.427,59 € beanspruchen. Bei der Berechnung seien von den erwirtschafteten Erlösen nur diejenigen Kosten der Beklagten abzuziehen, die unmittelbar der Herstellung der verletzenden Gegenstände zugerechnet werden könnten. Nicht in Abzug gebracht werden dürften hingegen sonstige Gemeinkosten, die nicht unmittelbar durch die Herstellung oder den Vertrieb der in Rede stehenden Waren verursacht worden seien. Diese vom Bundesgerichtshof für Geschmacksmusterverletzungen entwickelten Grundsätze seien auf Schadensersatzansprüche wegen Verletzung des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes übertragbar.

13 Auf dieser Grundlage habe der Sachverständige den Gewinn in Höhe von 586.500 DM dem Grunde nach korrekt ermittelt. Allerdings müsse dem noch ein Betrag von 114.800 DM hinzugefügt werden, da der Sachverständige nicht alle Umsätze berücksichtigt habe. Dies ergebe einen Gewinn in Höhe von 701.300 DM. Entgegen der Auffassung der Beklagten seien die Kosten infolge der zu umfangreichen Bevorratung und des Materialausschusses nicht abzuziehen. Diese beruhten auf unternehmerischen Fehlentscheidungen und gingen somit nicht zu Lasten des Verletzten. Gleiches gelte hinsichtlich der Fertigstellungskosten, soweit sie sich auf die unveräußerten Lagerbestände bezögen. Die Entwicklungs- und Anlaufkosten, die die Beklagte in Form eines Anteils des Geschäftsführergehalts geltend gemacht habe, seien nicht abzuziehen, da der Beklagten dadurch Know-how zugewachsen sei.

14 Die Klägerin könne aber nicht den gesamten Gewinn in Höhe von 701.300 DM, sondern nur 280.520 DM (= 143.427,59 €) verlangen, da lediglich 40% des Verletzergewinns in Folge des Wettbewerbsverstoßes erzielt worden sei. Für die Frage, welcher Teil des Gewinns durch das imitierte Aussehen verursacht worden sei, müsse maßgeblich darauf abgestellt werden, ob für den Kaufent-

schluss allein die Gestaltung des Imitats ursächlich gewesen sei oder ob andere Umstände eine wesentliche Rolle gespielt hätten. Insoweit sei zu berücksichtigen, dass für den Hauptkunden der Klägerin das Design keine oder nur eine untergeordnete Bedeutung gespielt habe. Der Gewinn der Beklagten durch die Nachahmung des Produkts der Klägerin habe aber darin gelegen, dass sie dadurch bei deren Hauptkunden die Freigabe aufgrund der betriebsinternen Maßstäblichkeitsprüfung erlangt habe, so dass die Gestalttreue Voraussetzung für den Marktzutritt gewesen sei. Andererseits sei aber zu berücksichtigen, dass dieser Kunde mehrere Bezugsquellen habe eröffnen wollen und an kompatiblen Ausweichprodukten jeder Art interessiert gewesen sei. Deshalb habe der Umstand der Ausweichproduktqualität zumindest einen ebenso hohen Kaufanreiz ausgeübt. Der Anteil, zu dem der erzielte Gewinn auf der Rechtsverletzung beruhe, sei auf 40% zu veranschlagen.

15 Hinsichtlich der Crimp-Flansche bestehe ein Schadensersatzanspruch in Höhe von 13.000 DM. Der mit diesen Teilen erwirtschaftete Gewinn sei vom Feststellungsausspruch erfasst, soweit üblicherweise funktional zusammenhängende Teile in einem zwingenden Anschlussgeschäft mitbestellt würden. Dies sei bei den Crimp-Flanschen anzunehmen. Allerdings sei davon auszugehen, dass die Kunden Flansche auch für andere Produkte als die der Parteien erworben und eingesetzt hätten. Die Zahl der imitierten Steckverbindergehäuse könne deshalb nicht einfach auf das Folgegeschäft mit den Flanschen übertragen werden. Da das Schwergewicht der von der Beklagten im Verletzungszeitraum abgesetzten Crimp-Flansche auf die Steckverbindergehäuse zurückzuführen sei, sei der Verletzergewinn auf den zuerkannten Betrag zu schätzen.

16 Die Kosten für die Indienreise könne die Klägerin in Höhe von 4.780,43 DM ersetzt verlangen. Es habe ein berechtigtes Interesse der Klägerin bestanden, eine Behauptung des Geschäftsführers der Beklagten im Vorprozess abzuklären

und deshalb die Reise nach Indien zu unternehmen. Allerdings sei nicht der gesamte Schaden zu ersetzen, da einzelne Kosten nicht nachgewiesen seien und der geltend gemachte Zeitaufwand des Geschäftsführers der Klägerin nicht berücksichtigungsfähig sei.

17 Ausgehend von den ermittelten Schadensersatzforderungen könne die Klägerin zudem Zinsen in Höhe von 64.925,60 DM auf den Verletzergewinn und 1.159,10 DM auf die Kosten der Indienreise ersetzt verlangen, so dass insgesamt folgende Beträge zu ersetzen seien:

Verletzergewinn Steckverbindergehäuse	280.520,00 DM
Verletzergewinn Crimp-Flansche	13.000,00 DM
Kosten Indienreise	4.780,43 DM
Zinsen (Verletzergewinn)	64.925,60 DM
Zinsen (Indienreise)	1.159,10 DM
abzüglich bezahlter	25.000,00 DM

18 II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision und der – zulässigerweise auf die Schadensposition des Verletzergewinns hinsichtlich der Steckverbindergehäuse beschränkt eingelegten – Anschlussrevision haben keinen Erfolg. Das Berufungsgericht hat zu Recht einen Schadensersatzanspruch der Klägerin in Höhe von 173.524,86 € für begründet erachtet.

19 1. Aufgrund des rechtskräftigen Urteils im Vorprozess steht die Verpflichtung der Beklagten fest, der Klägerin für die unlautere Nachahmung der Steckverbindergehäuse wegen Verstoßes gegen § 1 UWG a.F. Schadensersatz zu leisten.

20 2. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht einen Schadensersatzanspruch hinsichtlich der von der Beklagten verkauften Steckverbindergehäuse in Höhe von 280.520 DM (= 143.427,59 €) angenommen.

21 a) Zu Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Klägerin berechtigt ist, Schadensersatz nach den Grundsätzen des Verletzergewinns zu verlangen. Diese Methode zur Ermittlung des Umfangs des Schadensersatzes ist im Wettbewerbsrecht für die Fälle des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes anerkannt (vgl. BGH, Urt. v. 17.6.1992 – I ZR 107/90, GRUR 1993, 55, 57 = WRP 1992, 700 – Tchibo/Rolex II, insoweit nicht in BGHZ 119, 20; BGHZ 122, 262, 266 f. – Kollektion Holiday). Der von der Rechtsprechung für die Immaterialgüterrechte entwickelte Anspruch auf den so genannten Verletzergewinn ist kein Anspruch auf Ersatz des konkret entstandenen Schadens; er zielt vielmehr in anderer Weise auf einen billigen Ausgleich des Vermögensnachteils, den der Verletzte erlitten hat. Wegen der besonderen Schutzbedürftigkeit soll der Verletzte auch schon bei fahrlässigem Verhalten wie der Geschäftsherr bei der angemaßten Geschäftsführung nach § 687 Abs. 2 BGB gestellt werden (vgl. BGHZ 145, 366, 371 f. – Gemeinkostenanteil, m.w.N.). Um dem Ausgleichsgedanken Rechnung zu tragen, wird dabei fingiert, dass der Verletzte ohne die Rechtsverletzung unter Ausnutzung der ihm ausschließlich zugewiesenen Rechtsposition in gleicher Weise Gewinn erzielt hätte wie der Verletzer (frühere Entscheidungen sprechen von der Annahme, dass der Verletzte „den gleichen Gewinn“ erzielt hätte: BGHZ 60, 168, 173 – Modeneuheit; 68, 90, 94 – Kunststoffhohlprofil; 145, 366, 372 f. – Gemeinkostenanteil; 150, 32, 44 – Unikatrahmen).

22 b) Entgegen der Auffassung der Revision ist die Annahme des Berufungsgerichts, der Verletzergewinn aus dem Verkauf der Steckverbindergehäuse betrage 701.300 DM, aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

23 aa) Das Berufungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass ein pauschaler Abzug anteiliger Gemeinkosten im Streitfall nicht in Betracht kommt.

24 (1) Nach der Senatsrechtsprechung zum Geschmacksmusterrecht ist der Verletzergewinn grundsätzlich in der Weise zu ermitteln, dass vom Erlös lediglich die variablen (vom Beschäftigungsgrad abhängigen) Kosten für die Herstellung und den Vertrieb der schutzrechtsverletzenden Gegenstände abzuziehen sind. Fixkosten sind nur abzuziehen, wenn sie ausnahmsweise den schutzrechtsverletzenden Gegenständen unmittelbar zugerechnet werden können, wobei die Darlegungs- und Beweislast beim Verletzer liegt (vgl. BGHZ 145, 366, 372 f. – Gemeinkostenanteil).

25 (2) Diese Grundsätze hat das Berufungsgericht zu Recht auf die Ermittlung des Verletzergewinns in Fällen des wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutzes (§ 1 UWG a.F., § 4 Nr. 9 UWG n.F.) übertragen. Die Anwendung der Grundsätze der Entscheidung „Gemeinkostenanteil“ auf das Kennzeichenrecht entspricht bereits der Senatsrechtsprechung (BGH, Urt. v. 6.10.2005 – I ZR 322/02, GRUR 2006, 419 Tz 14 f. = WRP 2006, 587 – Noblesse). Für das Urheberrecht geht die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte ebenfalls von der Anwendung dieser Grundsätze aus (OLG Düsseldorf GRUR 2004, 53; OLG Köln GRUR-RR 2005, 247). Dass ihre Anwendung auch außerhalb der Immaterialgüterrechte dort in Betracht kommt, wo die Bemessung des Schadensersatzes nach dem so genannten Verletzergewinn anerkannt ist – insbesondere also für die Fallgruppe des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes –, wird auch im Schrifttum nicht mehr in Frage gestellt (vgl. Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 24. Aufl., § 9 UWG Rdn. 1.45; Ullmann/Koch, UWG, § 9 Rdn. 69; Goldmann in Harte/Henning, UWG, § 9 Rdn. 126; Fezer/Koos, UWG, § 9 Rdn. 32; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Aufl., Kap. 34 Rdn. 33 f.; Runkel, WRP 2005, 968, 969).

26 Für das Geschmacksmusterrecht hat der Senat die Nichtabsetzbarkeit der Gemeinkosten u.a. damit begründet, dass der aus der Rechtsverletzung stam-

mende Gewinn nicht vollständig abgeschöpft würde, wenn auch die Gemeinkosten uneingeschränkt von den Erlösen abgesetzt werden könnten. Dem Verletzer verbliebe dann ein Deckungsbeitrag zu seinen Fixkosten. Dies stünde im Widerspruch zu Sinn und Zweck des Schadensausgleichs in der Form der Herausgabe des sog. Verletzergewinns und zu dem Gedanken, dass der Verletzte bei dem Einsatz des eigenen Unternehmens für die Herstellung und den Vertrieb einen Deckungsbeitrag zu seinen eigenen Gemeinkosten hätte erwirtschaften können (vgl. BGHZ 145, 366, 373 – Gemeinkostenanteil). Der Berücksichtigung der Gemeinkosten stehe außerdem entgegen, dass sich der Verletzer im Verhältnis zum Verletzten so behandeln lassen müsse, als habe er im Rahmen einer angemaßten Geschäftsführung i.S. von § 687 Abs. 2 BGB gehandelt. Aufwendungsersatz könne er daher nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verlangen (§ 687 Abs. 2 Satz 2, § 684 Satz 1 BGB). Den Gemeinkosten, die keinen unmittelbaren Zusammenhang mit der Rechtsverletzung hätten, stehe keine entsprechende Bereicherung des Verletzten gegenüber (BGHZ 145, 366, 373 f. – Gemeinkostenanteil; vgl. auch BGHZ 150, 32, 44 – Unikatrahmen).

27 Diese Erwägungen lassen sich – wie das Berufungsgericht zu Recht ausführt – auf den Schadensersatz für die Verletzung wettbewerbsrechtlich geschützter Leistungen übertragen (zur Vergleichbarkeit der Verletzung von Immaterialgüterrechten mit Verstößen gegen den ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz vgl. auch BGHZ 57, 116, 120 ff. – Wandsteckdose II).

28 (3) Entgegen der Auffassung der Revision rechtfertigt der Umstand, dass die Herausgabe des Verletzergewinns im Geschmacksmusterrecht ausdrücklich als Methode zur Ermittlung des Schadensersatzes geregelt ist (vgl. § 42 Abs. 2 Satz 2 GeschmMG), keine andere Beurteilung. Bei dieser Regelung handelt es sich lediglich um eine Kodifizierung der Grundsätze der Rechtsprechung.

29 (4) Die Berücksichtigung von Gemeinkosten beim ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz ist entgegen der Auffassung der Revision auch nicht deshalb geboten, weil im Wettbewerbsrecht anders als im Geschmacksmusterrecht keine Möglichkeit vorgesehen ist, in Fällen leichter Fahrlässigkeit eine unterhalb des Verletzergewinns anzusiedelnde Entschädigung festzusetzen. Die in § 42 Abs. 2 Satz 3 GeschmMG geregelte Festsetzung einer Entschädigung steht in keinem Zusammenhang mit der Frage der Bemessung des Verletzergewinns. Es handelt sich vielmehr um eine Regelung, die es den Gerichten erlaubt, zu Gunsten des Verletzers in Fällen geringen Verschuldens einen geringeren Betrag als Schadensersatz festzusetzen (vgl. hierzu Eichmann in Eichmann/von Falckenstein, Geschmacksmustergesetz, 3. Aufl., § 42 Rdn. 17). Der Umstand, dass das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb eine solche Regelung nicht enthält, lässt keine Rückschlüsse darauf zu, wie der Verletzergewinn zu bemessen ist.

30 bb) Gegen die nach der Gemeinkosten-Entscheidung zu treffende Unterscheidung zwischen Kosten, die der Herstellung und dem Vertrieb des Verletzungsgegenstands unmittelbar zugeordnet werden können, und anderen Kosten ist eingewandt worden, dass eine solche Unterscheidung im Einzelfall schwer zu treffen und zudem von Zufälligkeiten abhängig sei (vgl. die Diskussion im Schrifttum, insbesondere die Beiträge von Lehmann, BB 1988, 1680, 1684; Rinnert/Küppers/Tilmann, FS Helm, 2002, S. 338, 347 ff.; Pross, FS Tilmann, 2003, S. 881, 883 f.; Haft/Reimann, Mitt. 2003, 437, 438 ff.; Tilmann, GRUR 2003, 647 ff.; Haedicke, GRUR 2005, 529 ff.; Meier-Beck, GRUR 2005, 617 ff.; Rojahn, GRUR 2005, 623 ff.). Dieser Einwand berücksichtigt indessen nicht hinreichend, dass bei der Einordnung der Kosten eine gewisse Typisierung unerlässlich ist, die einerseits den Geboten der Praktikabilität und andererseits den Wertungen des Schadensersatzrechts und dem Ziel Rechnung trägt, mit dem Schadensersatz einen billigen Ausgleich der Vermögensnachteile des Verletzten zu bewirken. Ohnehin

muss bei der Ermittlung des Verletzergewinns häufig auf das Mittel der Schätzung (§ 287 ZPO) zurückgegriffen werden. Vor diesem Hintergrund sind die Schwierigkeiten bei der Feststellung der Kosten, die der Produktion und dem Vertrieb der Verletzungsgegenstände unmittelbar zuzuordnen sind, nicht unüberwindbar.

31 (1) Ausgangspunkt für die Unterscheidung der anzurechnenden und der nicht anzurechnenden Kosten ist der Rechtsgedanke, dass für die Ermittlung des Schadensersatzes nach dem Verletzergewinn zu unterstellen ist, dass der Verletzte einen entsprechenden Betrieb unterhält, der dieselben Produktions- und Vertriebsleistungen wie der Betrieb des Verletzers hätte erbringen können (vgl. BGHZ 145, 366, 374 – Gemeinkostenanteil). Daher sind bei der Ermittlung des Verletzergewinns die Kosten des Materials sowie der Energie für die Produktion und die Kosten der Sachmittel für Verpackung und Vertrieb abzuziehen. Zu den Fertigungskosten, die vollständig abgezogen werden können, gehören aber auch die auf die fragliche Produktion entfallenden Lohnkosten. Sie können der Produktion des Nachahmungsgegenstandes unmittelbar zugerechnet werden (vgl. dazu auch BGHZ 145, 366, 372 – Gemeinkostenanteil), weil davon auszugehen ist, dass diese Kosten beim Verletzten ebenso angefallen wären. Im Bereich des Anlagevermögens können die Kosten für Maschinen und Räumlichkeiten (anteilig bezogen auf ihre Lebensdauer) abgesetzt werden, die nur für die Produktion und den Vertrieb der Nachahmungsprodukte verwendet worden sind.

32 (2) Nicht anrechenbar sind jedoch die Kosten, die unabhängig vom Umfang der Produktion und des Vertriebes durch die Unterhaltung des Betriebes entstanden sind, weil diese Kosten beim Verletzten, der einen entsprechenden Betrieb unterhält, ebenfalls angefallen wären. Hierzu zählen beispielsweise allgemeine Marketingkosten, die Geschäftsführergehälter, die Verwaltungskosten sowie die Kosten für Anlagevermögen, das nicht konkret der rechtsverletzenden Fertigung zugerechnet werden kann. Nicht anrechenbar sind ferner Anlauf- und Entwick-

lungskosten sowie Kosten für die – etwa in Folge der Unterlassungsverpflichtung – nicht mehr veräußerbaren Produkte (für Schadensersatzleistungen an Abnehmer: BGHZ 150, 32, 44 – Unikatrahmen).

33 cc) Die vom Berufungsgericht vorgenommene Einordnung der Kosten ist danach aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

34 (1) Zu Recht hat das Berufungsgericht die Entwicklungskosten in Form des zehnprozentigen Anteils der Arbeitskraft eines Geschäftsführers in Höhe von 142.000 DM sowie den Anteil der Arbeitskraft des Mitarbeiters I. unberücksichtigt gelassen. Der Absetzbarkeit steht bereits der Umstand entgegen, dass es sich nach dem Vortrag der Beklagten insoweit um Entwicklungskosten gehandelt hat, die bei der Klägerin nicht angefallen wären.

35 (2) Zu Recht hat das Berufungsgericht auch die von der Beklagten mit 105.000 DM angesetzten Materialkosten bezüglich der nicht verkauften Teile und des Ausschusses nicht in Abzug gebracht. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts stünde der Absetzbarkeit nicht entgegen, dass die zusätzlichen Kosten – möglicherweise – auf einer unternehmerischen Fehlentscheidung basieren. Die Absetzbarkeit scheitert aber daran, dass es sich hinsichtlich des Ausschusses nach dem Vortrag der Beklagten um Anlaufkosten gehandelt hat, die der Klägerin – im unterstellten laufenden Betrieb – zur Produktion des nachgeahmten Gegenstandes nicht entstanden wären. Soweit die Materialkosten für unverkaufte Steckverbindergehäuse entstanden sind, ist die Klägerin, die diese Waren hätte absetzen können, ebenfalls nicht bereichert. Entsprechendes gilt für die von der Beklagten geltend gemachten Fertigstellungskosten für unverkaufte Waren in Höhe von 17.400 DM.

36 c) Entgegen der Auffassung der Revision und der Anschlussrevision hat das Berufungsgericht auch rechtsfehlerfrei entschieden, dass 40% des erzielten Gewinns auf der Rechtsverletzung beruht.

37 aa) Zu Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass der Verletzergewinn nur insoweit herauszugeben ist, als er auf der Rechtsverletzung beruht (vgl. BGHZ 119, 20, 29 – Tchibo/Rolex II; für das Markenrecht BGH GRUR 2006, 419 Tz 15 – Noblesse; für das Geschmacksmusterrecht BGHZ 145, 366, 375 – Gemeinkostenanteil; vgl. auch Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm aaO § 9 UWG Rdn. 1.45; Ullmann/Koch aaO § 9 Rdn. 70). Dies ist – wie zu Recht bemerkt worden ist – nicht im Sinne einer adäquaten Kausalität, sondern – vergleichbar mit der Bemessung der Mitverschuldensanteile im Rahmen des § 254 BGB – wertend zu verstehen (vgl. OLG Frankfurt GRUR-RR 2003, 274, 278; Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm aaO § 9 UWG Rdn. 1.45). Maßgeblich ist dabei, inwieweit beim Vertrieb der nachgeahmten Produkte die Gestaltung als Imitat für die Kaufentschlüsse ursächlich gewesen ist oder ob andere Umstände eine wesentliche Rolle gespielt haben (BGHZ 119, 20, 29 – Tchibo/Rolex II).

38 bb) Die Höhe des Anteils, zu dem die erzielten Gewinne auf der Rechtsverletzung beruhen, ist nach § 287 ZPO in tatrichterlichem Ermessen zu schätzen. (BGHZ 119, 20, 29 f. – Tchibo/Rolex II; Ullmann/Koch aaO § 9 Rdn. 71). Im Revisionsverfahren ist nur zu prüfen, ob die tatrichterliche Schätzung auf grundsätzlich falschen oder offenbar unsachlichen Erwägungen beruht oder ob wesentliche, die Entscheidung bedingende Tatsachen außer Acht gelassen worden sind, insbesondere ob schätzungsbegründende Tatsachen, die von den Parteien vorgebracht worden sind oder sich aus der Natur der Sache ergeben, nicht gewürdigt wurden (vgl. BGH, Urt. v. 6.10.2005 – I ZR 266/02, GRUR 2006, 136 Tz 24 = WRP 2006, 274 – Pressefotos).

39 cc) Unter diesen Umständen ist die Annahme einer Quote von 40% aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Entgegen der Auffassung der Revision kann der Senatsrechtsprechung nicht entnommen werden, in Fällen identischer Nachahmung komme höchstens eine Quote von einem Drittel in Betracht. Etwas anderes kann auch der Entscheidung „Tchibo/Rolex II“ (BGH GRUR 1993, 55, 59) nicht entnommen werden. Vielmehr ist in jedem Einzelfall auf die jeweiligen Umstände abzustellen. Die gegen die Festsetzung der Quote erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und als nicht durchgreifend erachtet (§ 564 ZPO).

40 dd) Das Berufungsurteil weist insoweit auch keine Rechtsfehler zu Lasten der Klägerin auf. Zwar macht die Anschlussrevision zu Recht geltend, dass bei der Bemessung der Kausalitätsquote der Einwand unbeachtlich ist, der Verletzte hätte den Gewinn, der durch die Rechtsverletzung erzielt worden ist, selbst nicht erreicht (BGHZ 145, 366, 375 – Gemeinkostenanteil; vgl. auch BGHZ 60, 168, 173 – Modeneuheit). Der Verletzergewinn ist aber – wie oben dargelegt – nur insoweit herauszugeben, als er auf der Rechtsverletzung beruht (vgl. auch BGHZ 145, 366, 375 – Gemeinkostenanteil). Auch bei einer identischen Nachbildung ist im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs aus ergänzendem wettbewerbsrechtlichem Leistungsschutz zu berücksichtigen, dass für die Entscheidung zum Kauf eines technischen Gegenstandes wie des Steckverbindergehäuses weniger die Gestaltung als vielmehr die technische Funktionalität entscheidend ist, für die die Klägerin keinen Schutz in Anspruch nehmen kann.

41 Dementsprechend ist es nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht bei der Bemessung der Quote berücksichtigt hat, dass der Hauptkunde der Klägerin bestrebt war, sich mehrere Bezugsquellen zu eröffnen, und dieser Umstand zumindest einen ebenso hohen Kaufanreiz ausgeübt hat wie die Produktgleichheit. Insoweit bestanden für eine Schätzung nach § 287 ZPO ausreichende Anhaltspunkte dafür, dass der von der Beklagten erzielte Gewinn nur zu einem Teil

darauf beruht, dass die verkauften Steckverbindergehäuse nahezu identisch gestaltet sind wie die der Klägerin.

42 3. Soweit das Berufungsgericht für den Verkauf von Crimp-Flanschen einen Schaden in Höhe von 13.000 DM (= 6.646,79 €) angenommen hat, zeigt die Revision keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Beklagten auf. Die Höhe des Schadens wird von der Anschlussrevision nicht angegriffen.

43 4. Die Annahme des Berufungsgerichts, der Klägerin stehe hinsichtlich der Kosten der Indienreise in Höhe von 4.780,43 DM (= 2.444,20 €) ein Schadensersatzanspruch zu, lässt keinen Rechtsfehler zu Lasten der Beklagten erkennen. Die tatrichterliche Feststellung des Berufungsgerichts, dass die Indienreise zum Zweck der Rechtsverfolgung erforderlich war, ist entgegen der Auffassung der Revision verfahrensfehlerfrei getroffen. Von einer Begründung wird gemäß § 564 ZPO abgesehen.

44 5. Was schließlich die Zuerkennung eines Anspruchs auf Zinsen bis zum 21. August 2000 auf den Verletzergewinn in Höhe von 64.925,60 DM (= 33.195,93 €) und auf die Kosten der Indienreise in Höhe von 1.159,10 DM (= 592,64 €) betrifft, zeigt die Revision keine Rechtsfehler zum Nachteil der Beklagten auf. Die Festsetzung der Höhe des Anspruchs wird von der Anschlussrevision ebenfalls nicht angegriffen.

45 6. Unter Berücksichtigung des im Wege des Anerkenntnisurteils zugesprochenen Betrages von 25.000 DM (= 12.782,30 €) ergibt dies einen Schadensersatzanspruch der Klägerin in Höhe von 173.524,86 € nebst Zinsen. Da das landgerichtliche Urteil als Grundlage der erfolgten Zwangsvollstreckung in Kraft bleibt, ist die Revision auch hinsichtlich des Antrages nach § 717 Abs. 2 ZPO unbegründet.

46 III. Demnach sind Revision und Anschlussrevision mit der Kostenfolge der § 97 Abs. 1, § 92 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen. Im Rahmen der Kostenentscheidung hat der Senat in Rechnung gestellt, dass die Nichtzulassungsbeschwerde nur zu einem Teil Erfolg hatte.

v. Ungern-Sternberg Bornkamm Pokrant

RiBGH Dr. Büscher ist in Urlaub und daher an der Unterschriftsleistung gehindert.

Schaffert

v. Ungern-Sternberg

Vorinstanzen:
LG Stuttgart, Entscheidung vom 09.04.2003 - 38 O 138/00 -
OLG Stuttgart, Entscheidung vom 18.12.2003 - 2 U 86/03 -