

20

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Ia_ZR_249/63

URTEIL

Verkündet am

20. Mai 1965,
Oechsler,
Justizangestellte,

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Curt R. [REDACTED] in M. [REDACTED], Ge. [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers, Revisionsklägers und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma B. [REDACTED]-Kamera-Werk Rudolf G. [REDACTED], Kommandit-
gesellschaft, in Bü. [REDACTED]/We. [REDACTED], vertreten durch die
persönlich haftenden Gesellschafter Rudolf G. [REDACTED],
Me. [REDACTED] und N. [REDACTED] in Bü. [REDACTED],

Beklagte, Revisionsklägerin und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der Ia-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Mai 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Nastelski und der Bundesrichter Dr. Löscher, Dr. Spengler, Claßen und Schneider

für Recht erkannt:

Die Revisionen des Klägers und der Beklagten gegen das am 11. April 1963 an Verkündungs Statt zugestellte Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens werden gegeneinander aufgehoben.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger war Inhaber des mit Wirkung vom 14. Februar 1935 erteilten Deutschen Reichspatents Nr. [REDACTED], betreffend eine Vorrichtung zum Montieren photographischer Filme, insbesondere einzelner Diapositive (sog. Dia-Rähmchen). Er hat das Patent am 29. Januar 1952 gegen Zahlung von 2.000.- DM und Übernahme der seit 1948 rückständigen Patentamtsgebühren auf die Firma A [REDACTED] Camera-

- 3 -

Werk in M■■■■ übertragen. Am 13. Februar 1953 ist das Patent infolge Zeitablaufs erloschen.

Im vorliegenden Rechtsstreit hat der Kläger wegen Verletzungen dieses Patentes die seit dem Jahre 1948 als Kommanditgesellschaft in Rü■■■ (We■■■.) bestehende Firma B■■■-Kamera-Werk Rudolf Gr■■■ (im folgenden als "Beklagte" bezeichnet) und ferner zunächst auch Frau Lisa Meu■■■ in O■■■■ bei K■■■ als Alleinerbin ihres am 30. Mai 1955 verstorbenen Vaters Max Ba■■■weg auf Herausgabe der durch die Patentverletzungen erzielten Gewinne in Anspruch genommen, und zwar die erstere wegen der Verletzungen des Patents in der Zeit seit ihrer Gründung (1948) bis zu der Übertragung des Patents auf das A■■■-Camera-Werk (29. Januar 1952), die letztere wegen der Patentverletzungen, die bis zur Beendigung des zweiten Weltkriegs im Werk ihres Vaters in D■■■■ vorgenommen worden sein sollen. Frau Meu■■■ ist infolge rechtskräftig gewordener Abweisung der gegen sie gerichteten Klage aus dem Rechtsstreit ausgeschieden.

Die Beklagte hat nicht bestritten, das Patent während der hier für sie in Betracht kommenden Zeit (1948 - 29. Januar 1952) verletzt zu haben. Sie hat aber bestritten, daß sie mit der Patentverletzung Gewinne erzielt hätte. Auf Grund eines Vergleichs hat sie an das A■■■-Camera-Werk für die Patentverletzungen in der Zeit von 1949 bis zum 13. Februar 1953 (Ablauf des Patentes) einen Betrag von 1.000.- DM gezahlt; davon hat das A■■■-Camera-Werk am 20. April 1954 einen



Teilbetrag von 594.- DM an den Kläger für die Zeit vor dem 29. Januar 1952 (Übertragung des Patent) weitergegeben.

Der Kläger hat behauptet, die Beklagte habe seit ihrer Gründung bis zum 29. Januar 1952 mindestens 309.200 Dia-Rähmchen unter Verletzung seines Patents hergestellt und habe an je 100 Stück mindestens 11.- DM, an 309.200 Stück also wenigstens 33.000.- DM verdient. Er hat daher im ersten Rechtszug zuletzt beantragt, unter Aufhebung eines gegen ihn ergangenen klagabweisenden Versäumnisurteils vom 11. Juli 1957 die Beklagte zu verurteilen, an ihn 33.000.- DM nebst 10 % Zinsen seit dem 1. Januar 1953 zu zahlen.

Das Landgericht hat in seinem Endurteil vom 5. März 1959 das klagabweisende Versäumnisurteil vom 11. Juli 1957 aufrechterhalten. Auf Grund des von ihm eingeholten Sachverständigengutachtens des Wirtschaftsprüfers Dr. E. hat das Landgericht als bewiesen angesehen, daß die Beklagte bei der das Klagepatent verletzenden Produktion von Dia-Rähmchen in der Zeit von November 1948 bis Januar 1952 nicht nur keinen Gewinn erzielt, sondern sogar mit Verlust gearbeitet habe.

Der Kläger hat dagegen Berufung eingelegt und beantragt, unter Aufhebung der Urteile des Landgerichts die Beklagte zu verurteilen, an ihn 33.000.-- DM nebst 5 % Zinsen seit dem 1. Januar 1953 abzüglich der am 20. April 1954 durch die A. dem Kläger vergüteten 594.-- DM zu bezahlen. Das Oberlandesgericht hat in seinem ersten Berufungsurteil vom 23. Juni 1960 die

Beklagte verurteilt, an den Kläger einen Betrag von 1815,75 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 1. Januar 1953 zu bezahlen; im übrigen hat auch das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen und entsprechend die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Ebenso wie das Landgericht hat das Oberlandesgericht in diesem ersten Berufungsurteil den Klaganspruch unter dem Gesichtspunkt der Herausgabe des sogenannten Verletzergewinnes nicht für begründet erachtet; es hat dem Kläger aber einen Teil des mit der Klage geforderten Betrages unter dem Gesichtspunkt der Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr für die unter Verletzung des Klagepatents vertriebenen Dia-Rähmchen zugesprochen; es hat bei einem Endverkaufspreis von 0,21 DM je Rähmchen eine Lizenzgebühr von 0,01 DM (also rund 5 %) für angemessen erachtet, hat die Zahl der in der strittigen Zeit verkauften Rähmchen mit 240 975 Stück angenommen und ist so zu dem zugesprochenen Betrag von 240 975 Stück ($\times 0,01 \text{ DM} = 2409,75 \text{ DM} - 594,-- \text{ DM} = 1815,75 \text{ DM}$) gelangt.

Gegen dieses erste Berufungsurteil hatte nur der Kläger Revision eingelegt. Auf seine Revision hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in dem ersten Revisionsurteil vom 29. Mai 1962 - I ZR 132/60 - das erste Berufungsurteil insoweit aufgehoben, als der Klaganspruch gegen die Beklagte abgewiesen worden war. Der Erste Zivilsenat hat sich vor allem mit dem Umstand befaßt, daß die Beklagte die strittigen Rähmchen nach der von ihr selbst für die Hinnahme der jahrelangen Verluste gegebenen Begründung als Werbe- und Einführungsartikel für ihr Hauptgeschäft, das Kamera-Geschäft,

verwandt hatte. Er hat es beanstandet, daß das Oberlandesgericht - unter Hintanstellung der Rechtsfrage, ob ein Patentverletzer unter dem Gesichtspunkt des Gewinnherausgabeanspruchs die auf die Werbewirkung des Verletzungsgegenstandes zurückzuführenden Gewinne aus einem anderen Geschäftszweig herausgeben müsse - einen etwaigen solchen Herausgabeanspruch des Klägers schon deshalb verneint hatte, weil es lediglich die Verluste der Beklagten in den Jahren 1948/49 und 1954/55 und nicht, wie es richtig gewesen wäre, ihre Gewinne in den Jahren 1950 bis 1953 berücksichtigt und es daher als nicht bewiesen angesehen hatte, daß der Beklagten durch die Werbewirkung des Verletzungsgegenstandes ein herauszugebender Gewinn zugeflossen sei. Der Erste Zivilsenat hat die vom Berufungsgericht offen gelassene Rechtsfrage dahin entschieden, daß der Verletzte, wenn die unter Patentverletzung hergestellten Gegenstände dem Verletzer als Werbeartikel für andere von ihm als Hauptartikel hergestellte Gegenstände dienen, unter dem Gesichtspunkt der Herausgabe des Verletzergewinns auch auf die mit dem Hauptartikel erzielten Gewinne greifen kann, soweit sie auf die Werbewirkung gerade der mit der Patentverletzung zusammenhängenden technischen Eigenschaften des Werbeartikels zurückzuführen sind. Inwieweit hier die Gewinne der Beklagten aus dem Kamerageschäft tatsächlich auf eine Werbewirkung dieser technischen Eigenschaften der Dia-Rähmchen zurückzuführen gewesen sind, konnte nur im Wege einer dem Tatsachenrichter vorzubehaltenden Schätzung nach § 287 ZPO entschieden werden. Der Erste Zivilsenat hat daher, soweit er das erste Berufungsurteil aufgehoben hat, die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung

an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Im erneuten Berufungsverfahren hat der Kläger seinen früheren Berufungsantrag mit der Maßgabe wiederholt, daß er Zinsen schon seit dem 1. Januar 1950 gefordert hat. Das Oberlandesgericht hat zunächst in einem umfangreichen Aufklärungs- und Beweisbeschluß vom 8. November 1962 unter anderem die Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens zu der Behauptung des Klägers angeordnet, daß die Beklagte in der Zeit vom 30. November 1948 bis zum 29. Januar 1952 aus dem Verkauf von Kameras und Fotozubehör einen Gewinn von wenigstens 33.000,-- DM erzielt habe, weil sie zur Werbung für ihre Erzeugnisse in jener Zeit 240 975 Diarähmchen in den Handel gebracht und verkauft habe, welche unter Verletzung des Klagepatents Nr. [REDACTED] hergestellt worden seien. Es hat aber dann, nachdem der Kläger auf eine Rückfrage des Gerichts vom 14. Januar 1963 im Schriftsatz vom 31. Januar 1963 die Aufhebung des Beweisbeschlusses beantragt hatte, von der Ausführung dieses Beschlusses abgesehen und - mit Einverständnis beider Parteien im schriftlichen Verfahren - durch das hier angefochtene zweite Berufungsurteil vom 11. April 1963 dahin entschieden, daß die Beklagte an den Kläger über den im ersten Berufungsurteil vom 23. Juni 1960 zuerkannten Betrag von 1815,75 DM hinaus einen weiteren Betrag von 14 090, 25 DM sowie 5 % Zinsen aus einem Betrag von 15 906,-- DM für die Zeit vom 5. Februar 1952 bis 31. Dezember 1952 und ab 1. Januar 1953 aus einem Betrag von 14 090,25 DM zu bezahlen habe. Im übrigen hat das Oberlandesgericht auch in dem zweiten Berufungsurteil die Klage abgewiesen und entsprechend

die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Gegen dieses Urteil haben nunmehr beide Parteien frist- und formgerecht Revision eingelegt. Der Kläger beantragt,

unter Aufhebung des angefochtenen Urteils, soweit durch dieses die Klage abgewiesen worden ist, die Beklagte zu verurteilen, weitere 17 094,-- DM nebst 5 % Zinsen seit dem 1. Januar 1950 zu zahlen, sowie 5 % Zinsen auf 15 906,-- DM für die Zeit vom 1. Januar 1950 bis zum 4. Februar 1952.

Die Beklagte beantragt,

das angefochtene Urteil aufzuheben, soweit zum Nachteil der Beklagten erkannt ist, und auch insoweit die Klage abzuweisen.

Beide Parteien beantragen ferner wechselseitig die Zurückweisung der gegnerischen Revision.

Entscheidungsgründe:

I. 1. Das Berufungsgericht hat es als vom Bundesgerichtshof im ersten Revisionsurteil bindend festgestellt hingenommen, daß der Kläger unter dem Gesichtspunkt der Herausgabe des Verletzergewinnes einen Rechtsanspruch gegen die Beklagte auf Herausgabe der-

jenigen Gewinne hat, die der Beklagten auf Grund der Werbewirkung der strittigen Dia-Rähmchen entstanden sind, sofern nur die mit der Patentverletzung der Beklagten zusammenhängenden technischen Eigenschaften der Rähmchen Ursache dieser Werbegewinne waren. Es hat daher ausschließlich die noch offene tatsächliche Frage geprüft, ob den patentierten technischen Eigenschaften der Dia-Rähmchen eine Werbewirkung zukam und ob diese Werbewirkung einen Werbegewinn zur Folge hatte. Bei dieser Prüfung hat sich das Berufungsgericht allenthalben nach den einschlägigen Rechtsaufführungen im ersten Revisionsurteil gerichtet. Die Rügen der Revision der Beklagten, daß sich das Berufungsgericht über die rechtliche Beurteilung im ersten Revisionsurteil hinweggesetzt habe, sind, wie unter II 1 näher ausgeführt werden wird, nicht begründet.

2. Zur Klärung der tatsächlichen Frage, in welchem Umfang durch die patentierten technischen Eigenschaften der strittigen Dia-Rähmchen eine Werbewirkung entstehen konnte und in welcher Höhe darauf zurückzuführende Werbegewinne zu schätzen seien, hat das Berufungsgericht, - "um dem Vortrag des Klägers besonders sorgfältig nachzugehen", - zunächst die Einholung eines Sachverständigengutachtens angeordnet. In den Äußerungen des Klägers auf die Anfrage des Gerichts vom 14. Januar 1963 hat es mit Recht einen Verzicht des Klägers auf das Gutachten erblickt. Nachdem auch die Beklagte auf die ihr bekannt gewordene Anfrage des Gerichts vom 14. Januar 1963 nicht zu erkennen gegeben hatte, daß sie ihrerseits Wert auf die Einholung des Sachverständigen-

gutachtens lege, hätte das Berufungsgericht zwar noch von Amts wegen den bereits angeordneten Sachverständigenbeweis erheben können (§§ 144, 287 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Es ist jedoch nicht zu beanstanden, daß es das nicht getan hat. Bei der Beurteilung der hier zu klärenden tatsächlichen Fragen konnte sich das Berufungsgericht, wie es selbst sagt, auf seine eigene Sachkunde und auf allgemein bekannte Erfahrungssätze unter Zugrundelegung des von den Parteien vorgetragenen Sachverhalts stützen. Als ein ständig sowohl mit Fragen der Verletzung technischer Schutzrechte als auch mit Fragen des Wettbewerbs und der Werbung befaßter Senat durfte sich das Berufungsgericht die erforderliche Sachkunde für die Beurteilung der hier zu klärenden Fragen zutrauen. Daß es diese Sachkunde tatsächlich besessen hat, erweisen seine Ausführungen. Soweit die beiden Revisionen rügen, daß das Berufungsgericht einzelne Fragen nicht selbst hätte beurteilen können, sind die Rügen nicht begründet.

3. Nach dem ersten Revisionsurteil sollte der Tatsachenrichter im Wege der Schätzung nach § 287 ZPO entscheiden, inwieweit die Gewinne der Beklagten aus dem Kamera-Geschäft tatsächlich auf die Werbewirkung der technischen Eigenschaften der Dia-Rähmchen zurückzuführen gewesen sind. Diese Entscheidung hatte das Gericht, wie § 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO vorschreibt, unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu treffen. Dem ist das Berufungsgericht hier nachgekommen. Welche Umstände es bei seiner Schätzung berücksichtigen und würdigen wollte, hatte das Berufungs-

gericht bereits sehr eingehend in den Fragen an den Sachverständigen unter Nr. 5 a) bis k) des Aufklärungs- und Beweisbeschlusses vom 8. November 1962 dargelegt. Ebenso eingehend hat das Berufungsgericht die in Betracht kommenden Umstände dann in den Gründen des Berufungsurteils erörtert. Wie in anderem Zusammenhang bereits im ersten Revisionsurteil ausgeführt, kann das Revisionsgericht im Falle einer Schätzung nach § 287 ZPO nur prüfen, ob die Schadensermittlung auf grundsätzlich falschen oder offenbar unsachlichen Erwägungen beruht oder ob wesentliche, die Entscheidung bedingende Tatsachen außer acht gelassen sind, namentlich also auch, ob schätzungsbegründende Tatsachen, die von den Parteien vorgebracht waren oder sich aus der Natur der Sache ergaben, nicht gewürdigt worden sind. Derartige Fehler sind in dem hier angefochtenen Berufungsurteil nicht zu finden. Es besteht im Gegenteil Anlaß zu der Bemerkung, daß das Berufungsgericht alle in Betracht kommenden Umstände herangezogen, erschöpfend erörtert und in sachkundiger Weise gewürdigt hat. Die von den beiden Revisionen dagegen erhobenen Rügen sind, wie noch im einzelnen ausgeführt werden wird, nicht gerechtfertigt. Sie richten sich im wesentlichen gegen die dem Tatrichter vorbehaltene, mit der Revision nicht angreifbare "Würdigung" der Umstände und die aus der Würdigung aller Umstände "nach freier Überzeugung" gezogene Schlußfolgerung. Wenn das Berufungsgericht bei seiner Würdigung der Umstände auf manche Umstände mehr Wert gelegt hat als auf andere, die den Revisionen besonders bedeutsam erscheinen, so hat es seine Tatsachenwürdigung doch überall eingehend begründet und nirgends,

51

wie die Revision der Beklagten zu Unrecht meint, "ins Blaue hinein" geschätzt. Die Revision der Beklagten verkennt insbesondere, daß die Befugnis des Gerichts zur freien Schätzung nach § 287 ZPO sich nicht nur auf die Frage erstreckt, wie hoch sich ein Schaden beläuft, sondern auch auf die Frage, ob ein Schaden entstanden ist, und daß der Anspruch auf Herausgabe des Verletzergewinns, wie schon im ersten Revisionsurteil dargelegt, ein unter dem "Titel des Schadensersatzes" laufender Anspruch auf "Entschädigung" wegen widerrechtlicher Patentbenutzung ist, sodaß auch die Entstehung eines solchen Gewinns sowohl dem Grunde wie der Höhe nach einer Schätzung nach § 287 ZPO zugänglich ist. Die Revision des Klägers hinwiederum verkennt insbesondere, daß im Rahmen einer Schätzung nach § 287 ZPO auch bei sorgfältigster Prüfung und Erörterung aller schätzungsbegründenden Tatsachen notwendigerweise ein durch die "freie Überzeugung" des Gerichts auszufüllender Rest bleiben muß, der nicht mehr im einzelnen berechenbar ist. Der hier vom Kläger beanspruchte Werbegewinn läßt sich eben nicht exakt erfassen und berechnen. Wäre das der Fall, so bedürfte es gar nicht der Schätzung nach § 287 ZPO.

II. Im einzelnen ist zu den Revisionsrügen beider Parteien folgendes zu bemerken:

1. Das Berufungsgericht erörtert den vom Kläger geltend gemachten Anspruch auf Herausgabe des durch die Werbung mit den Dia-Rähmchen erzielten Gewinns

zunächst dem Grunde nach. Es geht dabei davon aus, daß die Gewinne der Beklagten in den Jahren 1950 bis 1952 durch die Höhe des Umsatzes der von ihr mit Gewinn verkauften einzelnen Fotoerzeugnisse bestimmt worden seien, daß ein wesentlicher Anteil an dieser günstigen Entwicklung neben anderen Faktoren der von der Beklagten betriebenen Werbung zuzuschreiben sei, und daß die Beklagte sich im Rahmen ihrer Werbeanstrengungen auch der strittigen Diarähmchen als Mittel der Werbung bedient habe.

a) Die Rähmchen und ihre Verpackungen hätten zwar, wie das Berufungsgericht anschließend ausführt, zunächst keinen Hinweis auf sonstige Fotoerzeugnisse der Beklagten enthalten und hätten daher zunächst unmittelbar nur für sich selbst geworben. Das schließe jedoch nicht aus, daß sie "auch zu einer Werbung für die Firma der Beklagten als solche und für ihre übrigen Erzeugnisse" geworden seien. Da nach dem Kriege der Name ihrer Firma auf dem Markt verschwunden gewesen sei, sei es für sie bereits ein Werbevorteil gewesen, mit dem Verkauf der strittigen, verhältnismäßig rasch herstellbaren Rähmchen wieder in das Geschäft zu kommen. Der Name "B[REDACTED]" sei wieder in den Anzeigen und in den Schaufenstern erschienen, habe sich bei alten Kunden in Erinnerung gebracht und sei bei neuen Abnehmern zu einer festen Vorstellung geworden. Der Markt sei so für den später geplanten Absatz von weiteren Artikeln, insbesondere von Kameras, vorbereitet worden. Die Beklagte habe diese Erzeugnisse dann nicht mehr als völlig unbekannte Firma dem interessierten

Publikum anzubieten brauchen. Schon dieser Umstand habe zur Erhöhung der später erzielten Gewinne beigetragen.

Nach Wortlaut und Sinn dieser Ausführungen hat das Berufungsgericht damit dargelegt, inwiefern die strittigen Dia-Rähmchen eine Werbung für den Namen "B[REDACTED]" und damit für die sonstigen - mit Gewinn verkauften - Erzeugnisse dieser Firma sein konnten. Die Rüge der Revision der Beklagten, das Berufungsgericht habe unter Verstoß gegen die Rechtsausführungen im ersten Revisionsurteil auf die von dem Namen "B[REDACTED]" ausgehende Werbewirkung abgestellt, entbehrt mithin der Grundlage.

b) Das Berufungsgericht hat sich sodann mit den technischen Eigenschaften der strittigen Rähmchen befaßt. Daß die von der Beklagten selbst hervorgehobene "besonders gute handwerkliche Ausarbeitung" der Rähmchen geeignet gewesen sei, den Ruf der Beklagten als einer sorgfältig arbeitenden Herstellerin zu begründen, zu festigen und zu verstärken, brauche nicht besonders ausgeführt zu werden. Nicht weniger gelte das für "die technische Brauchbarkeit" der Rähmchen, also für einen Umstand, der für die vorliegende Entscheidung allein von Bedeutung sei. Es sei selbstverständlich, daß ein für den gedachten Zweck technisch unbrauchbares oder schlecht verwendbares Dia-Rähmchen für die Herstellerfirma keine Empfehlung bedeutet hätte, auch wenn die handwerksmäßige Ausführung des Rähmchens sehr gut und der Ruf

der Firma im übrigen wohl begründet gewesen wäre. Daß im vorliegenden Falle die Brauchbarkeit der Rähmchen im wesentlichen von "den technischen Vorrichtungen und Eigenschaften" abgehangen habe, die "durch das Patent des Klägers Nr. [REDACTED] geschützt" gewesen seien, stehe nicht im Streit. Der Entschluß der Beklagten, gerade Rähmchen "mit den durch das Klagepatent geschützten technischen Merkmalen" herzustellen, finde seine Erklärung allein in dem Umstand, daß die Beklagte eben gerade diese technische Einrichtung als besonders vorteilhaft und der Festigung ihres geschäftlichen Rufes dienlich angesehen habe. Es sei daher davon auszugehen, daß auch "die unter Verletzung des Schutzrechtes des Klägers geschaffene technische Einrichtung" der Dia-Rähmchen für die dargelegte allgemeine Werbewirkung dieser Rähmchen von Bedeutung gewesen sei, - allerdings, wie das Berufungsgericht bereits in diesem Zusammenhang betont, nur als ein Faktor von vielen anderen und zudem hiervon bei weitem nicht als der bedeutungsvollste.

Mit diesen Ausführungen hat das Berufungsgericht rechtlich bedenkenfrei die erforderlichen tatsächlichen Feststellungen zu der im ersten Revisionsurteil formulierten rechtlichen Voraussetzung für den Anspruch des Klägers getroffen, daß dieser auf die Gewinne der Beklagten aus ihren Hauptartikeln nur greifen könne, "soweit sie auf die Werbewirkung gerade der mit der Patentverletzung zusammenhängenden technischen Eigenschaften des Werbeartikels zurückzuführen" seien. Die Rüge der Revision der Beklagten, das Berufungsgericht habe nicht auf die patentbegründenden

Eigenschaften, sondern nur auf die gute handwerkliche Ausarbeitung und technische Brauchbarkeit der Dia-Rähmchen abgestellt, entbehrt angesichts des Wortlauts und des Sinnes der Ausführungen des Berufungsgerichts wiederum der Grundlage.

c) Zum Abschluß seiner Erörterungen zum Grunde des vom Kläger erhobenen Anspruchs ist das Berufungsgericht auch noch auf die von der Beklagten erhobenen und jetzt von ihrer Revision wiederholten Einwendungen eingegangen, mit denen ganz allgemein die Möglichkeit einer Werbewirkung - oder, wie die Revision zu sagen vorzieht, eines Werbenutzens - der strittigen Rähmchen und ihrer patentverletzenden Eigenschaften in Abrede gestellt werden soll. Es hat diese Einwendungen also nicht übergangen, sondern berücksichtigt. Ob die von der Beklagten dazu angebotenen Beweise erhoben werden sollten, blieb nach der Vorschrift in § 287 Abs. 1 Satz 2 ZPO dem pflichtmäßigen Ermessen des Gerichts überlassen. Zu Unrecht rügt daher die Revision der Beklagten die Nichterhebung der angebotenen Beweise als eine Verletzung des § 286 ZPO.

aa) Daß die Beklagte, wie ihre Revision erneut geltend macht, für den Absatz der Dia-Rähmchen sogar eine eigene Werbung betrieben hatte, kann unterstellt werden und ist ersichtlich auch vom Berufungsgericht unterstellt worden, wie sich aus zahlreichen, auf die "Werbung" mit den Rähmchen bezüglichen Wendungen des Berufungsurteils ergibt.

bb) Die Behauptung der Beklagten, daß zwischen dem Verkauf der Dia-Rähmchen und dem Geschäft mit Kameras kein "unmittelbarer" Zusammenhang bestehe, hat das Berufungsgericht ausdrücklich als richtig unterstellt. Das schließt jedoch, wie das Berufungsgericht weiter ausführt, nicht aus, daß durch die Werbung mit guten und zweckmäßigen Dia-Rähmchen bei den interessierten Kreisen der Käufer von Fotoartikeln sich gewisse Vorstellungen über die Güte, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit der Firma der Beklagten bildeten, die unbewußt im Zusammenwirken mit zahlreichen anderen Faktoren den Käufer bestimmten, bei dem Kauf einer Kamera oder eines anderen Gegenstandes der Fotoindustrie sich für ein Erzeugnis der Beklagten zu entscheiden. Diese Feststellung konnte das Berufungsgericht auf Grund seiner Erfahrung in Wettbewerbsstreitigkeiten ohne Rechtsirrtum selbst treffen, ohne einen Sachverständigen hierüber befragen zu müssen. Die Rüge der Revision, wer Dia-Rähmchen erwerbe, habe schon eine Kamera und brauche dafür nicht mehr geworben zu werden, verkennt, daß zu jeder Zeit, besonders aber in der hier in Rede stehenden Zeit nach dem Krieg, Besitzer älterer Kameras sich für neuere Kameras interessiert haben.

cc) Daß die Jahre 1950 bis 1952 dem Kamerakauf "an sich sehr günstig" und die Zeitumstände dem Verkauf von Kameras "außergewöhnlich förderlich" waren, hat das Berufungsgericht als "allgemein bekannt" und deshalb nicht des Beweises bedürftig bezeichnet. Es hat jedoch die Überzeugung geäußert, daß die Werbung gleichwohl nicht überflüssig und gegenstandslos, sondern

auch damals ein nicht zu entbehrendes Hilfsmittel gewesen sei, um sich im Konkurrenzkampf mit den zahlreichen anderen Firmen nicht nur zu behaupten, sondern auch noch den Marktanteil zu vergrößern. Auch hiermit hat das Berufungsgericht eine im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet liegende Feststellung getroffen. Diese Feststellung konnte es schon deshalb ohne Befragung eines Sachverständigen auf Grund seiner eigenen Erfahrung in Wettbewerbssachen treffen, weil es sich bei der hier nach § 287 Abs. 1 ZPO vorzunehmenden "Schätzung", ob ein Werbegewinn entstanden sei, mit der Feststellung eines "adäquaten" Ursachenzusammenhangs zwischen der Werbung und dem Gewinn, mit der Feststellung eines "nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit Wahrscheinlichkeit zu erwartenden" Gewinns oder "Nutzens" der Werbung (vgl. § 252 Satz 2 BGB) begnügen durfte. Es ist eine auch dem erkennenden Senat bekannte Erfahrungstatsache, daß selbst in Zeiten der Hochkonjunktur, wenn, wie die Revision es ausdrückt, die Waren den Herstellern "buchstäblich aus der Hand gerissen" werden und diese die stürmische Nachfrage nur nach Maßgabe ihrer Produktionskapazität befriedigen können, die Hersteller gleichwohl für ihre Waren werben und daß sie die oft beträchtlichen Kosten der Werbung nicht aufwenden würden, wenn sie davon keinerlei "Nutzen" haben könnten. Ob andere Kamerafabriken zu der hier in Rede stehenden Zeit, wie die Revision geltend macht, überhaupt keine Werbung betrieben haben, ist demgegenüber unerheblich. Entscheidend ist allein, daß nach den Feststellungen des Berufungsgerichts

jedenfalls die Beklagte eine Werbung, und zwar eben auch mit den strittigen Dia-Rähmchen, betrieben und von dieser Werbung zumindest den Vorteil gehabt hat, daß sie alsbald mit einem rasch herstellbaren, ihren Ruf festigenden Gegenstand wieder auf dem Markt erschien. Daß die Herstellung der Rähmchen erfolgt sei, "um zur Lückenausfüllung etwas herzustellen, was die Beklagte wieder auf dem Markt erscheinen ließ;" ist schließlich sogar noch in der schriftlichen Begründung ihrer Revision eingeräumt worden.

2. Die Höhe des auf die Werbewirkung der Dia-Rähmchen zurückzuführenden Gewinns bemißt sich, wie das Berufungsgericht zunächst ganz allgemein bemerkt, maßgeblich nach dem Umfang und der Bedeutung dieses Werbegegenstandes im Rahmen der gesamten Faktoren, die dazu beitrugen, daß die Beklagte die von ihr eingeräumten Gewinne in der fraglichen Zeit erzielen konnte. Zu dem Kreis dieser Faktoren zählt das Berufungsgericht maßgeblich "den Ruf der Beklagten", der nicht allein durch Werbung habe erworben zu sein brauchen, vor allem "die Güte ihrer Erzeugnisse" und ferner "die besonderen Zeitumstände", die dem Verkauf von Kameras gerade in der Zeit zwischen 1950 und 1953 außergewöhnlich förderlich gewesen seien. Die gesamten "Werbeanstrengungen" der Beklagten - so fährt das Berufungsgericht fort - seien damit "nur ein Teil der Ursache ihres Umsatzerfolges" gewesen. Hiervon wiederum entfalle naturgemäß der größte Anteil auf die direkte unmittelbare Werbung für die Hauptartikel. Die "nur mittelbare Werbung mit einem Neben-

artikel", wie sie hier von der Beklagten mit den strittigen Dia-Rähmchen betrieben worden sei, trete damit in ihrer Bedeutung für den Gesamterfolg weit zurück. Noch mehr gelte das für den hier allein interessierenden Ausschnitt dieser mittelbaren Werbung, nämlich für "die Werbewirkung der widerrechtlich angeeigneten technischen Eigenschaften der Dia-Rähmchen". Dieser Umstand habe nur in ganz geringem Maße zu dem Gesamterfolg beigetragen und mache nur einen sehr kleinen Bruchteil aller den Gewinnerfolg bedingenden Ursachen aus.

Das Berufungsgericht hat sich sodann noch mit den zahlreichen, mehrfach wechselnden Berechnungen des Klägers auseinandergesetzt. Die Klärung des unter den Parteien streitigen Punktes, ob die Beklagte 309 200 oder nur 240 975 Stück der streitigen Dia-Rähmchen in den Verkehr gebracht habe, hat das Berufungsgericht nicht für erforderlich gehalten. Es hat es als ausreichend angesehen, wenn es bei seiner Schätzung davon ausgehe, daß die Rähmchen jedenfalls "in sehr hoher Auflage" zur Werbung eingesetzt worden seien. Das sei ein Umstand, der zur Erhöhung des auf diesen Werbefaktor fallenden Ursachenanteils beitragen müsse.

Unter Berücksichtigung aller von ihm erörterten Umstände hat das Berufungsgericht schließlich "geschätzt", daß die im Streit stehende "Werbewirkung der Dia-Rähmchen" etwa mit 1/20 "an dem gesamten Gewinnerfolg beteiligt" sei.

Das Berufungsgericht ist dann weiter davon ausgegangen, daß die Beklagte, wie sie selbst zugegeben habe, im Verletzungszeitraum nach glaubhaften Verlusten in den Anfangsjahren des Aufbaues vom 1. Januar 1950 an bis zum 28. Februar 1952 Gewinne in Höhe von insgesamt 305 866,09 DM erzielt habe (die Zeitangabe "28.9.1952" im Berufungsurteil ist ein offensichtliches Versehen, das aus der dort zitierten Altenstelle "Bl. 276 Anl. GA" zu berichtigen ist). Unter Berücksichtigung des dargelegten "Ursachenanteils" der im Streit stehenden Werbewirkung der Dia-Rähmchen sowie der Möglichkeit, daß Kosten für eine zusätzliche aufwendigere Werbung hätten erspart werden können, ferner daß die Werbewirkung der strittigen Rähmchen in den Anfangsjahren naturgemäß stärker zum Tragen gekommen sei, solange andere wirkungsvollere Werbemittel noch nicht eingesetzt gewesen seien, und daß die im Verletzungszeitraum mit den Rähmchen entfaltete Werbewirkung noch einen gewissen den Verkauf fördernden Einfluß auf die Zeit nach dem 29. Januar 1952 gehabt habe, hat das Berufungsgericht den von der Beklagten herauszugebenden Wertgewinn auf 16 500.-- DM "geschätzt". Nach Abzug des Betrages von 594.-- DM, den der Kläger als Vergütung von dem A--Camera-Werk bereits erhalten hat, und des Betrages von 1815,75 DM, der dem Kläger in dem insoweit rechtskräftigen ersten Berufungsurteil vom 23. Juni 1960 zugesprochen worden war, ist das Berufungsgericht somit zu dem in der Formel des zweiten Berufungsurteils genannten, von der Beklagten noch zu zahlenden Betrag von 14 090,25 DM gelangt.

a) Die Festlegung des Ursachenanteils der im Streit stehenden Werbewirkung der Dia-Rähmchen am gesamten Gewinnerfolg der Beklagten gerade auf (etwa) 1/20 und die Festlegung des von der Beklagten herauszugebenden Werbegewinns gerade auf (genau) 16 500.-- DM beruhen, wie das Berufungsgericht selbst zum Ausdruck gebracht hat, letztlich naturgemäß auf einer vom Gericht "nach freier Überzeugung" vorgenommenen Schätzung. Das Berufungsgericht hat jedoch zuvor die bei seiner Schätzung berücksichtigten Umstände eingehend erörtert und sachverständig gewürdigt. Die Rüge der Revision der Beklagten, die Schätzung des Berufungsgerichts sei "rein willkürlich ins Blaue hinein" erfolgt, widerlegt sich somit durch den Inhalt des Berufungsurteils von selbst. Wenn die Revision der Beklagten weiter rügt, es fehle an jeder denkgesetzlich verständlichen Begründung dafür, warum gerade der Betrag von 16 500.-- DM der auf die Patentverletzung entfallende Gewinn der Beklagten sein solle, so verkennt auch sie, daß - wie bereits oben zu I 3 ausgeführt - bei jeder "Schätzung" nach § 287 ZPO notwendigerweise ein durch die "freie Überzeugung" des Gerichts auszufüllender Rest bleiben muß, der nicht mehr im einzelnen berechenbar ist.

b) Zu Unrecht rügt einerseits die Revision der Beklagten, das Berufungsgericht habe bei seiner Schätzung nicht von den von der Beklagten angegebenen "Gewinnen" (in Höhe von 305 866,09 DM) ausgehen dürfen, weil in ihnen eine große Anzahl verschiedenster Aktiv- und Passivposten verrechnet seien, die nach dem ersten Revisionsurteil teilweise hier nicht

berücksichtigt werden dürften, - und andererseits die Revision des Klägers, das Berufungsgericht habe zu den von der Beklagten angegebenen "Gewinnen" die in den Abschreibungen und stillen Reserven liegenden Gewinne hinzurechnen müssen. Schon daraus, daß das Berufungsgericht den "Ursachenanteil" der Werbewirkung der Rähmchen nur "etwa" auf 1/20, den von der Beklagten herauszugehenden Werbegewinn dagegen genau auf 16 500.-- DM geschätzt und dabei außer jenem "Ursachenanteil" noch weitere Umstände erwähnt hat, ergibt sich, daß in erster Linie die zweite Schätzung als eine verbindliche Schätzung gemeint und daß die erste Schätzung jedenfalls nicht so zu verstehen ist, daß sich von da ab alles weitere genau berechnen ließe. Wollte aber das Berufungsgericht dem Kläger ohnehin nicht genau 1/20 der "Gewinne" der Beklagten zusprechen, sondern den herauszugehenden "Werbegewinn" unter Berücksichtigung weiterer Umstände nochmals besonders "schätzen", dann dürfte es auch - jedenfalls im Rahmen einer Schätzung nach § 287 ZPO - die von der Beklagten angegebenen "Gewinne" als eine ungefähre Größe zugrundelegen, ohne im einzelnen zu prüfen, inwieweit sie nach unten oder nach oben zu berichtigen seien.

c) Entgegen der Rüge der Revision des Klägers durfte es das Berufungsgericht auch dahingestellt lassen, ob die Beklagte nur 240 975 Rähmchen, oder, wie der Kläger behauptet hatte, 309 200 Rähmchen in den Verkehr gebracht hatte. Da, wie das Berufungs-

gericht überzeugend darlegt, bei der Werbung mit einem Nebenartikel in so hohen Stückzahlen der Unterschied in der Werbewirkung auf den Hauptartikel für eine Stückzahl von rund 50 000 Rähmchen im Rahmen der hier gebotenen Schätzung nicht mehr erfaßbar ist, durfte es das Berufungsgericht genügen lassen, daß die Rähmchen jedenfalls "in sehr hoher Auflage" zur Werbung eingesetzt worden waren. Einer Beweisaufnahme über diesen Punkt bedurfte es auch schon deshalb nicht, weil die vollständige Aufklärung des Punktes mit Schwierigkeiten verbunden gewesen wäre, die zu seiner Bedeutung für die Schätzung im ganzen in keinem Verhältnis gestanden hätten (vgl. § 287 Abs. 2 ZPO).

d) Den Umstand, daß die im Verletzungszeitraum mit den Rähmchen entfaltete Werbewirkung noch einen gewissen den Verkauf fördernden Einfluß auf die Zeit nach dem 29. Januar 1952 hatte, hat das Berufungsgericht, wie die Revision des Klägers selbst zugibt, berücksichtigt. Ebenso hat das Berufungsgericht entgegen den Rügen dieser Revision berücksichtigt, daß die Beklagte sich durch die Werbung mit den strittigen Dia-Rähmchen die Kosten für eine zusätzliche aufwendigere Werbung ersparen konnte. Zu Unrecht versucht die Revision des Klägers, dem Berufungsgericht nachzurechnen, daß es diese und andere Umstände mit einem zu niedrigen Betrag angesetzt habe, nämlich nur mit der Differenz zwischen $\frac{1}{20}$ von 305 866,09 DM = 15 293,30 DM und 16 500.-- DM, also mit einem Betrag von 1206,70 DM. Wie schon unter 2 b) ausgeführt, ist die Schätzung der Quote des "Ursachenanteils" der

Werbewirkung der Dia-Rähmchen auf "etwa 1/20"
nicht so zu verstehen, daß sich von da ab alles
weitere genau berechnen ließe. Ferner sind die im
Anschluß an die Schätzung der Quote des "Ursachen-
anteils" auf etwa 1/20 nochmals besonders genannten
weiteren Umstände ersichtlich zumindest teilweise
schon bei der Schätzung dieser Quote mit berück-
sichtigt worden. Schließlich gilt gerade für die
hier in Rede stehenden Rügen der Revision des
Klägers der oben bei I 3 ausgesprochene Satz, daß
auch bei sorgfältigster Prüfung und Erörterung
aller schätzungsbegründenden Tatsachen ein durch
die "freie Überzeugung" des Gerichts auszufüllender
Rest bleiben muß, der nicht mehr im einzelnen berechen-
bar ist.

3. Zu Unrecht ist in der schriftlichen Begründung
der Revision des Klägers noch gerügt worden, daß das
Berufungsgericht dem Kläger Zinsen erst vom 1. Januar
1953 ab zugesprochen habe. Wie sich aus Formel und
Begründung des Berufungsurteils eindeutig ergibt
und übrigens auch im Revisionsantrag des Klägers
selbst zum Ausdruck kommt, hat das Berufungsgericht
dem Kläger Zinsen sowohl auf den durch das erste
Berufungsurteil als auch auf den durch das zweite
Berufungsurteil zugesprochenen Betrag schon für die
Zeit vom 5. Februar 1952 ab zugesprochen. Nach der
Begründung des Berufungsurteils hat es diesen Zeit-
punkt deshalb gewählt, weil der Kläger die Beklagte
erstmalig mit Schreiben vom 4. Februar 1952 aufgefor-
dert hatte, ihre Verpflichtungen aus der Patentver-

letzung zu erfüllen, und sie daher zu diesem Zeitpunkt in Verzug gesetzt hatte. Ein Rechtsfehler zum Nachteil des Klägers ist hierin nicht zu finden.

III. Nach alledem waren sowohl die Revision des Klägers als auch die Revision der Beklagten als unbegründet zurückzuweisen. Da der Streitwert für die Revision des Klägers und der für die Revision der Beklagten etwa gleich hoch sind, waren die Kosten des Revisionsverfahrens gegeneinander aufzuheben (§ 92 ZPO).

Nastelski

Löscher

Spengler

Claßen

Schneider