

Ib ZR 213/62

Verkündet
am 24. Mai 1963
Zug, Just. Angest.
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 A GmbH, B am R, Al
Straße , gesetzlich vertreten durch ihre Geschäfts-
führer Dr. I und Bu,

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

den Kaufmann Helmut D, DÜ-O,
Düs Straße ,

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 24. Mai 1963 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Prof. Dr. h. c. Wilde und der Bundes-
richter Dr. Krüger-Nieland, Pehle, Dr. Sprenkmann und
Dr. Mösl

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil
des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
Düsseldorf vom 17. November 1961 wird auf
Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte ist Herstellerin der bekannten "Rotamint"-Geld-Spielautomaten. Teile der Konstruktion dieser Geräte waren ihr durch Patent (Nr. 939 777) und Gebrauchsmuster (Nr. 1 663 729) geschützt. Für das Wort "Rotamint" genießt sie ferner den Schutz eines eingetragenen Warenzeichens (Nr. 644 378).

Geräte dieser Art werden gewerbepolizeilich im allgemeinen nur auf drei Jahre zugelassen; für kurze Übergangsfristen kann allerdings eine Verlängerung dieser Zulassung erreicht werden. Für etwa 26 000 Rotamint-Geräte endete die Zulassung am 31. Dezember 1954; für 15 000 dieser Geräte wurde sie bis zum 31. März 1955 verlängert. Die Aufsteller der Automaten, vorwiegend Gastwirte, sind gezwungen, sich für die Zeit nach Ablauf der Zulassung Automaten anzuschaffen, die neuerlich zugelassen sind.

Der Kläger erwirkte bei der dafür zuständigen Physikalisch-Technischen Bundesanstalt am 16. April 1955 die Zulassung bis 30. April 1958 für einen umgebauten Rotamint-Automaten, den er durch verschiedene Änderungen des am 31. Dezember 1954 bzw. 31. März 1955 auslaufenden Typs entwickelt hatte. Er erhielt darauf ein Gebrauchsmuster (Nr. 1 701 406) und belegte das Gerät mit der Bezeichnung "08/15". Am 25. Mai/14. Juni 1955 schloß er mit der Firma Ewald S. [REDACTED], Automaten-Großhandel GmbH (hier abgekürzt: S. [REDACTED]) einen Lizenzvertrag, der eine Mindestabnahme von 1 000 Stück und eine Stücklizenzgebühr von 30 DM vorsah. S. [REDACTED] hat nur 400 Geräte abgenommen und verrechnet.

- 3 -

In seiner Werbung hatte der Kläger schon 1954 darauf hingewiesen, er könne Rotamint-Geräte umbauen; Anfang März 1955 hat er sein Gerät auf der Frankfurter Messe ausgestellt. S. [REDACTED] hat gleichfalls für das Gerät "08/15" geworben und dabei hervorgehoben:

"Ihr alter Rotamint-
durch Umbau ein neuer Kassenschlager".

"Die am 31.3.1955 ablaufenden Rotamint-Geräte können von uns kurzfristig in den neuen 08/15 Automat umgebaut werden".

Die Beklagte und ihre Vertriebsfirma wandten sich gegen den Umbau der Rotamint-Geräte in zwei ganzseitigen Anzeigen der Fachzeitschrift "Automatenmarkt" vom 25. März und vom Juli 1955. Die beiden Anzeigen enthalten folgendes:

a) " Warnung!

Betr.: Rotamint-Umbau

Wir haben festgestellt, daß verschiedene Firmen unsere Rotamint-Geräte hereingenommen oder aufgekauft, den neuen Zulassungsbestimmungen entsprechend umgebaut und dann unter anderem Namen und dem Hinweis, daß es sich um ein umgebautes Rotamint-Gerät handle, erneut angeboten und in den Verkehr gebracht haben. Durch eine solche Handlung werden der auf unseren Geräten ruhende Ausstattungsschutz und verschiedene technische Schutzrechte verletzt.



Die Berufung auf unser Rotamint-Gerät stellt darüber hinaus eine Warenzeichenverletzung dar. Somit ist das gesamte Vorgehen ein schwerer Verstoß gegen die Bestimmungen des Wettbewerbsgesetzes.

Wir warnen vor derartigen Handlungen und werden - wie dies auf der Frankfurter Frühjahrsmesse durch einstweilige Verfügung bereits erfolgreich geschehen ist - jede uns zur Kenntnis kommende Schutzrechtsverletzung gerichtlich verfolgen."

b) "Warnung

vor Umbauten oder Ankauf umgebaute
Rotamint-Geräte!

Inzwischen sind durch die Prüfanstalten Zulassungen auf ROTAMINT-Umbautypen erteilt, solche Umbauten gewerbsmäßig vorgenommen und auf den Markt gebracht worden. Dazu stellen wir fest: Die erteilte amtliche Zulassung gibt keinen Freibrief für Umbauten, die unsere Rechte verletzen, da die Zulassungsanstalten lediglich die technischen Voraussetzungen der zu prüfenden Geräte im Rahmen der geltenden Zulassungsrichtlinien - nicht aber die rechtlichen - zu prüfen haben.

ROTAMINT-Umbauten verletzen in der Regel zweifelsfrei unsere bestehenden Schutzrechte! Der bei dem Vertrieb dieser Typen fast stets zu findende Hinweis auf die Tatsache, daß es

sich um einen ROTAMINT-Umbau handelt, kennzeichnet die mißbräuchliche Verwendung unserer Leistung und erfüllt den strafbaren Tatbestand des unlauteren Wettbewerbs.

Die von uns bereits eingeleiteten bzw. erfolgreich durchgeführten und noch einzuleitenden gerichtlichen Verfahren bereinigen den Fachmarkt nicht von heute auf morgen. Wenn daher nach wie vor ROTAMINT außerhalb unserer Produktion umgebaut und angeboten werden, so bedeutet diese Tatsache nicht, daß die umbauenden Firmen im Recht sind. Keiner einzigen Firma haben wir Umbau-Lizenzen erteilt! Ein Umbau unserer Altgeräte ohne Verletzung unserer Schutzrechte ist praktisch nicht möglich. Insbesondere machen wir darauf aufmerksam, daß nach abgeschlossenem Gerichtsverfahren Umbaugeräte, welche unsere Rechte verletzen, der nachträglichen Beschlagnahme bis zum letzten verkauften Stück unterliegen können."

Die Beklagte ist mit einer gegen den Kläger erhobenen, auf die Behauptung der Verletzung ihrer technischen Schutzrechte, der unerlaubten Handlung und des unlauteren Wettbewerbs gestützten Klage rechtskräftig abgewiesen worden (4 O 27/56 LG Düsseldorf).

Der Kläger macht nunmehr Schadensersatz wegen unrechtmäßiger Verwarnung geltend; sein Schaden bestehe darin,

daß S■■■■■, der zunächst die Garantie für den Absatz von 3 000 Geräten habe übernehmen wollen, unter dem Eindruck der durch die öffentlichen Warnungen hervorgerufenen Marktverwirrung auf nur 1 000 Stück zurückgegangen sei, und daß er auch hiervon aus demselben Grunde nur 400 Stück habe absetzen können. Als Teilbetrag des Schadens hat der Kläger 10 000 DM gefordert und beantragt,

die Beklagte zu verurteilen,

- a) an den Kläger 2 144,20 DM nebst 5 % Zinsen von 10 000 DM seit dem 25. September 1956 und
- b) an das Finanzamt DÜ■■■■■-Alt■■■■■ zu der Steuernummer 114 B/2239 DM 7 855,80 zu zahlen.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt, ihre Warnungen für gerechtfertigt erklärt und den behaupteten Schaden bestritten.

Das Landgericht hat angenommen, der Kläger würde ohne die durch die Warnungen eingetretene Störung nur wenig mehr als 1 000 Geräte abgesetzt haben, woraus sich ein Anspruch von 3 000 DM ergebe. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen.

Die Berufung des Klägers hat auf den in der Begründung des Landgerichts liegenden Rechenfehler hingewiesen. Die Beklagte hat Anschlußberufung mit dem Ziel der völligen Abweisung der Klage erhoben. Das Oberlandesgericht hat die Anschlußberufung zurückgewiesen und auf die Berufung des Klägers unter ihrer Zurückweisung im übrigen die Beklagte verurteilt,

- a) an das Finanzamt Dü[REDACTED]-Alt[REDACTED] zu der Steuernummer 114 B/2239 DM 7 855,80 (in Worten: siebentausendachthundertfünfundfünfzig 80/100) Deutsche Mark,
- b) an den Kläger 1 144,20 (in Worten: eintausendeinhundertvierundvierzig 20/100) Deutsche Mark nebst 4 % Zinsen von 9 000.-- DM seit dem 25. September 1956
- zu zahlen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte den Antrag auf volle Abweisung der Klage weiter. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen, und zwar in erster Linie mit der Maßgabe, daß die Beklagte verurteilt wird, an den Kläger 9000 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 25. September 1956 zu zahlen. Sie macht hierzu geltend, das Finanzamt Dü[REDACTED]-Alt[REDACTED] habe den abgetretenen Teil der Klageforderung auf den Kläger zurückübertragen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht geht mit Recht von dem Grundsatz aus, daß unberechtigte Verwarnungen, die auf Grund eines gewerblichen Schutzrechts ausgesprochen werden, als unmittelbarer Eingriff in das nach § 823 Abs.1 BGB geschützte Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb anzusehen sind und deshalb bei Verschulden zum Schadensersatz verpflichten (BGHZ 38, 200, 204 - Kinder Nähmaschinen). Es wendet diesen Grundsatz ohne Rechtsirrtum auch auf den hier gegebenen Fall einer Dritten gegenüber ausgesprochenen unsubstantiierten Warnung an. Derar-

tige Warnungen können zwar, wenn man sie als die Behauptung einer Tatsache werten will (vgl. RG MuW 1931, 276, 277; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl. Anm. 8 und 9 zu § 14 UWG), zum Schadensersatz unter den besonderen Voraussetzungen des § 14 Abs.1 UWG selbst dann verpflichten, wenn sie ohne Verschulden aufgestellt sind. Daß die sonstigen Voraussetzungen dieser Vorschrift hier erfüllt sind, kann nicht zweifelhaft sein. Das schließt aber nicht aus, daneben den Anspruch aus § 823 Abs.1 BGB unter dem Gesichtspunkt des widerrechtlichen und schuldhaften Eingriffs in den Gewerbebetrieb des Verletzten zuzubilligen; dieser Gesichtspunkt ist zwar bei Zusammentreffen mit einem Verstoß gegen wettbewerbsrechtliche Vorschriften vielfach nur subsidiär anwendbar (BGHZ 36, 252, 256 - Gründerbildnis); im Verhältnis zu § 14 Abs.1 UWG trifft das jedoch nicht zu (vgl. BGH LM Nr. 8 zu § 14 UWG - Schleuderpreise; Baumbach/Hefermehl aaO), denn dieser Vorschrift gegenüber verlangt § 823 Abs.1 BGB zusätzlich das Vorliegen eines Verschuldens des Verwarnenden; das Hinzutreten dieses Merkmals rechtfertigt die Anwendung der dem Verletzten in bezug auf die Verjährung günstigeren Vorschriften der §§ 823 Abs.1, 852 BGB.

II. 1. Die Widerrechtlichkeit der beiden von der Beklagten ausgesprochenen Warnungen begründet das Berufungsgericht zunächst mit der Feststellung, die Behauptung der Verletzung technischer Schutzrechte sei unrichtig gewesen. Der Kläger habe solche Rechte der Beklagten durch den Umbau nicht verletzt, weil der Umbau weder eine Neuherstellung der Geräte bedeutet, noch deren Lebensdauer verlängert, noch erfindungsfunktionell individuali-

sierte Teile des Geräts betroffen habe. Diejenigen Teile, von denen die Lebensdauer der Geräte erfahrungsgemäß bestimmt werde, seien beibehalten worden; die Änderungen hätten sich nur auf die für die technischen Funktionen des Geräts unerhebliche Frontplatte und auf Maßnahmen bezogen, die die Dauer des Spielvorgangs verlängerten. Die technische Lebensdauer des Geräts, auf die es patentrechtlich allein ankomme, sei dagegen nicht verlängert worden; sie sei auch nicht als auf die Dauer der dreijährigen gewerbepolizeilichen Zulassung beschränkt anzusehen; daß die technische Lebensdauer länger gewesen sei, habe die erneute Zulassung durch die zuständige Bundesanstalt bewiesen. Die technischen Schutzrechte der Beklagten an den von ihr an die Aufsteller verkauften Geräten seien daher verbraucht gewesen.

Gegen diese rechtliche Würdigung werden von der Revision im einzelnen gleichfalls keine Angriffe erhoben; sie stehen im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH GRUR 1959, 232, 234 - Förderrinne; GRUR 1961, 466, 469 - Gewinderollkopf; Benkard/Bock, PatG 4. Aufl. § 6 Anm. 21).

2. Das Berufungsgericht befaßt sich sodann mit der Frage, ob die in den Warnungen enthaltenen weiteren Vorwürfe der Verletzung eines Warenzeichenrechts und eines Ausstattungsrechts der Beklagten sowie eines vom Kläger begangenen Wettbewerbsverstößes berechtigt gewesen seien. In allen diesen Punkten erhebt die Revision Angriffe, die sich vorwiegend gegen die getroffenen tatsächlichen Feststellungen richten. Sie bezweifelt dagegen nicht, daß auch solche Verwarnungen, die sich auf nicht technische

Schutzrechte stützen, oder nur auf Wettbewerbshandlungen beziehen, die Grundlage einer Haftung aus § 823 Abs.1 BGB bilden können.

Die Auffassung des Berufungsgerichts ist nicht zu beanstanden, soweit es sich um die Behauptung der Verletzung zeichenrechtlicher Ausschließlichkeitsrechte des Verwarnenden handelt (RG MuW 1935, 26, 30; BGHZ 14, 286, 292 - Farina/Belgien). Ob das auch für den Vorwurf unlauteren Wettbewerbs zutrifft (vgl. BGHZ 8, 387, 394 - Fernsprechnummer), kann dahingestellt bleiben, denn die im Streitfall ausgesprochenen Warnungen fußten, wie noch auszuführen ist, entscheidend nicht auf diesem Vorwurf; der geltend gemachte Schadensersatzanspruch läßt sich vielmehr allein auf den übrigen Teil der in den Warnungen enthaltenen Eingriffe in das nach § 823 Abs.1 BGB geschützte Recht des Klägers stützen. Lediglich im Rahmen der Frage, ob dem Kläger ein Teil des eingetretenen Schadens zuzurechnen ist, ist darauf einzugehen, ob und in welchem Maße er durch eigenes wettbewerbswidriges Verhalten Anlaß zu den Warnungen gegeben und dadurch den Schaden mitverursacht hat.

a) In bezug auf die Frage des Ausstattungsschutzes hat das Berufungsgericht dargelegt, der Kläger habe entgegen der in der ersten Warnung aufgestellten Behauptung auch die Ausstattungsrechte der Beklagten hinsichtlich des "Rotamint"-Geräts nicht verletzt. Zwar nähmen die Spieler an, daß die "08/15"-Automaten aus dem Betrieb der Beklagten stammten, weil für deren Geräte das keinem Schutzrecht unterliegende technische Prinzip der rotierenden Scheiben kennzeichnend sei; diese technisch bedingte Ausgestaltung sei aber nicht ausstattungsschutzfähig.

Die Revision erhebt insoweit Rügen aus § 286 ZPO, die sie damit begründet, der Kläger habe die vom Berufungsgericht angenommene technische Bedingtheit gar nicht behauptet; das Berufungsgericht sei auch nicht sachverständig genug, um diese Frage zu beurteilen.

Die Angriffe sind nicht begründet. Das Berufungsgericht hat sich bei dieser tatsächlichen Würdigung gerade von dem Kläger selbst bei dessen persönlicher Anhörung gemachten Angaben angeschlossen, die es teils für, teils gegen ihn verwertet. Die Beurteilung der Beweisfrage ohne Zuziehung eines Sachverständigen unterläge einem Bedenken nur, wenn die Sachkunde des Gerichts offenkundig unzulänglich wäre (RGZ 110, 49; RG JW 1938, 391; BGH GRUR 1958, 614 - Tonmöbel; Urteil des erkennenden Senats vom 27. Februar 1963 - Ib ZR 131/61). Hierfür fehlt es im Streitfall an jedem Anhaltspunkt; der Tatrichter hatte sich aus Anlaß der Prüfung der Behauptung einer Verletzung technischer Schutzrechte ohnehin eingehend mit den technischen Merkmalen beider Geräte zu befassen; gegen seine technische Beurteilung sind keine Angriffe erhoben worden; er konnte deshalb auch die ersichtlich nicht schwierigere Frage der technischen Bedingtheit der rotierenden Scheiben ohne Verfahrensverstöß selbst beurteilen.

Die Revision vermißt in diesem Teil des angegriffenen Urteils ferner eine nähere Darlegung, die es ermöglichen würde, genau nachzuprüfen, ob das Berufungsgericht nicht etwa der früheren, vom Bundesgerichtshof aufgegebenen Rechtsprechung des Reichsgerichts über die Schutzunfähigkeit technisch bedingter Gestaltungen gefolgt sei.

Der Angriff ist nicht begründet. Das Berufungsgericht führt die einschlägige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs an (BGH.GRUR 1957, 603 - Taschenstreifen); Anhaltspunkte für die Annahme, daß es die rotierenden Scheiben als eine lediglich förderliche, nicht aber notwendige und einen Ausstattungsschutz deshalb nicht ausschließende Vorrichtung angesehen habe (vgl. BGHZ 11, 129, Zählkassetten), sind nicht gegeben. Insoweit führt auch die Revision nichts an.

b) Das Berufungsgericht hat auch eine Warenzeichen-verletzung des Klägers verneint. Er habe das bei Ausbesserungen und Ergänzungen von unter fremdem Warenzeichen vertriebenen Gegenständen Gebotene damit getan, daß er den Geräten das neue Warenzeichen "08/15" gegeben und das alte Warenzeichen entfernt habe. Allerdings habe S. das Warenzeichen der Beklagten benutzt, indem er in der Werbung darauf hingewiesen habe, daß es sich um umgebaute Rotamint-Geräte handle. Darin liege aber keine Warenzeichenvorletzung, denn es fehle an der dazu erforderlichen Gefahr, daß die angebotene Leistung als aus dem Betriebe des Warenzeicheninhabers stammend angesehen werde. Die Werbung habe sich nur an die Aufsteller von Automaten gerichtet und klar erkennbar gemacht, daß der Umbau nicht durch die Beklagte oder in ihrem Auftrage erfolge. Die Aufsteller hätten gewußt, daß die Beklagte ihr eigenes Nachfolgegerät zu dem alten Rotamint-Automaten wiederum mit "Rotamint", lediglich unter Hinzufügung eines Zusatzes, bezeichnete; für sie sei klar gewesen, daß ein völlig anders bezeichnetes Gerät nicht von der Beklagten umgebaut werde.

Die Revision rügt insoweit zunächst einen Verstoß gegen § 15 WZG, den sie damit begründet, das Berufungsgericht habe in anderem Zusammenhang die Werbung des Klägers, soweit sie auf den alten Rotamint-Automaten verwiesen habe, als zu weitgehend bezeichnet.

Die Rüge ist unbegründet, weil sie am Kernpunkt, der Verneinung der Gefahr einer Herkunftstäuschung, vorbeigeht, und insoweit den zwischen einer Verletzung des § 15 WZG und des § 1 UWG bestehenden Unterschied verkennt.

Die Revision sieht ferner § 286 ZPO als verletzt an; S. [REDACTED] hätte, so meint sie, da er früher Rotamint-Geräte der Beklagten vertreten habe, sehr viel deutlicher dem flüchtigen Verkehr gegenüber zum Ausdruck bringen müssen, daß es sich nunmehr um keine Rotamint-Geräte handelte und daß die Beklagte mit dem Umbau nichts zu tun hatte. Die Feststellung, die Aufsteller wußten über die Verhältnisse Bescheid, habe das Berufungsgericht verfahrenswidrig ohne Sachverständigenbeweis getroffen.

Die Rügen sind unbegründet. Von der zweiten gilt, was zur Frage der technischen Bedingtheit oben zu a) bereits ausgeführt wurde. Wußten aber die Aufsteller, die als beteiligte Verkehrskreise auch nach Auffassung der Revision allein in Frage kommen, Bescheid, so scheidet die Gefahr einer Herkunftstäuschung aus, und es erübrigten sich deshalb die von der Revision vermißten weiteren Hinweise S. [REDACTED].

c) Nach alledem hat das Berufungsgericht die objektiven Voraussetzungen eines Eingriffs in den Gewerbebetrieb

des Klägers mindestens insoweit ohne Rechtsverstoß für gegeben erachtet, als die Verletzung technischer Schutzrechte sowie zeichenrechtlicher Ausschließlichkeitsrechte der Beklagten behauptet worden ist.

III. Dem Kläger ist nach den nicht näher angegriffenen Feststellungen des Berufungsurteils infolge der rechtswidrigen Warnungen auch ein Schaden entstanden, der darin besteht, daß er weniger Geräte absetzen konnte, als dies ohne die Warnungen nach den getroffenen Anstalten hätte geschehen können. Das Berufungsgericht hat dazu insbesondere festgestellt, die beiden Warnungen seien in vollem Umfange rechtswidrig gewesen; der Schaden sei auch ohne Einschränkung auf sie zurückzuführen. Das Berufungsgericht räumt zwar ein, daß die vom Kläger bzw. S. [REDACTED] betriebene Werbung nicht in jeder Hinsicht in Ordnung gewesen sei. So habe die Beklagte sich dagegen wenden dürfen, daß S. [REDACTED] in einem Prospekt blickfangartig den Satz hervorgehoben habe: "Ihr alter Rotamint - durch Umbau ein neuer Kassenschlager". Die Warnungen der Beklagten seien aber auf etwas anderes gerichtet gewesen; sie hätten sich gegen den Umbau ihrer Geräte und gegen Vertrieb und Ankauf der etwa umgebauten 08/15-Geräte gewandt. So habe die zweite Warnung darauf hingewiesen, ein Umbau sei ohne Verletzung der Schutzrechte praktisch nicht möglich, Umbaugeräte könnten der nachträglichen Beschlagnahme bis zum letzten verkauften Stück unterliegen. Es sei überdies nicht ersichtlich und von der Beklagten auch nichts dafür dargetan worden, daß der Umsatz des Klägers oder S. [REDACTED] gerade durch diejenige Werbung beeinflusst worden sei, die

über die notwendige Bezugnahme auf die Rotamint-Geräte der Beklagten hinausgegangen sei (BU 23). Sonstige Verstöße des Klägers oder S [REDACTED] gegen wettbewerbsrechtliche Vorschriften verneint das Berufungsgericht. Es zieht insoweit den Tatbestand des sogenannten sklavischen Nachbaus in Erwägung, hält ihn aber nicht für gegeben, weil technische Schutzrechte nicht verletzt seien und der Kläger die für das äußere Aussehen der Geräte ausschlaggebende Frontplatte weitgehend umgestaltet und die Bedienungsknöpfe sowie die Hinweise für die Spieler anders angeordnet habe. Hiergegen sind von der Revision keine Angriffe erhoben worden; ein Rechtsfehler ist insoweit auch nicht ersichtlich.

Die Revision rügt jedoch zunächst, das Berufungsgericht habe aus dem von ihm festgestellten Verstoß des Klägers gegen § 1 UWG nicht die notwendigen rechtlichen Folgerungen gezogen. Der Kläger sei nicht berechtigt, das, was er auf Grund einer schmarotzenden Werbung an Gewinn erzielt habe oder haben würde, der Beklagten als Schadensersatz aufzubürden. Diese Rüge steht im Widerspruch zu den tatsächlichen, aus Rechtsgründen nicht zu beanstandenden Feststellungen des Berufungsgerichts; dieses hat (BU 23) angenommen, durch den zu mißbilligenden Teil der Werbung des Klägers sei dessen Umsatz nicht beeinflusst worden; es hat weiter hervorgehoben, die Beklagte habe in dieser Hinsicht nichts dargetan. Entgegen der Meinung der Revision hat danach das Berufungsgericht nicht etwa bei Schätzung dessen, was dem Kläger an Gewinn entgangen ist, mit Rücksicht auf den rechtswidrigen Teil seiner Werbung höher gegriffen. Wenn die Revision ferner geltend machen wollte, der Umsatz der Beklagten sei durch diesen

Teil der Werbung des Klägers oder S[REDACTED]'s geschmälert worden, so könnte sie mit einem solchen neuen tatsächlichen Vorbringen im Revisionsrechtszuge nicht gehört werden.

Die Revision rügt ferner, das Berufungsgericht habe bei seiner Annahme, der festgestellte Verstoß gegen § 1 UWG habe den Umsatz des Klägers nicht beeinflusst, die allgemeine Lebenserfahrung nicht berücksichtigt und nicht über die erforderliche Sachkunde verfügt, also einen Sachverständigen zuziehen müssen. Der Kläger müsse sich im Rahmen des § 254 BGB auch entgegenhalten lassen, daß er auf die Warnungen hin nichts veranlaßt, insbesondere nicht die von ihm eingeholten Rechtsgutachten vorgelegt habe und bei der Beklagten nicht vorstellig geworden sei.

Die Rügen sind nicht begründet. Zwei Fragen sind auseinander zu halten.

a) Um Ansprüche aus unerlaubter Handlung zu begründen, muß ursächlicher Zusammenhang zwischen den rechtswidrigen, schuldhaft begangenen Verletzungshandlungen und dem geltend gemachten Schaden gegeben sein. Geht man entgegen der Annahme des Berufungsgerichts davon aus, daß nur ein Teil des Inhalts der Warnungen aus Rechtsgründen gegen § 823 Abs.1 BGB verstößt - wobei eine Verletzung dieser Vorschrift aber auch bezüglich des Restes trotz inhaltlichen Zutreffens der Behauptung (des Wettbewerbsverstoßes) noch darin liegen kann, daß Form und Begleitumstände über das gebotene Maß hinausgingen (BGHZ 3, 270, 284 - Constanze I)-, so ist ursächlicher Zusammenhang mit dem geltend gemachten

Schaden gleichwohl gegeben, da nach den getroffenen Feststellungen auszuschließen ist, daß auch der widerrechtliche Teil des Handelns für sich allein die gleiche Wirkung bei dem oder den verwarnten Dritten hervorgerufen hätte (RGZ 156, 321, 325; BGHZ 38, 200 - Kindernähmaschinen - insoweit dort nicht abgedruckt). Aus den Feststellungen des Berufungsgerichts ergibt sich nämlich (BU 23), daß der geschene Eingriff in den Gewerbebetrieb mit seinen Schadensfolgen im Kern allein auf der objektiv unrichtigen Behauptung der Verletzung technischer Schutzrechte beruht. Diese Überzeugung hat das Berufungsgericht eingehend begründet und entgegen der Auffassung der Revision ohne Verstoß gegen § 286 ZPO den Inhalt der Warnungen sowie die Lebenserfahrung berücksichtigt; einer Zuziehung von Sachverständigen bedurfte es dazu nicht.

b) Eine weitere Frage ist es, ob der Kläger durch eigenes anzurechnendes Verhalten den Schaden mitverursacht hat (§ 254 BGB). Für diese Frage ist das Maß der beiderseitigen Verursachung entscheidend und hierfür ist maßgebend, ob die Handlungsweise der einen Partei den Schaden nicht nur ermöglicht, sondern in wesentlich höherem Maße wahrscheinlich gemacht hat als das Verhalten der anderen (RGRK 11. Aufl. § 254 Anm. 74; BGH, Urteil vom 4. März 1963 - II ZR 68/61). Auch gegen diesen Grundsatz hat das Berufungsgericht nicht verstoßen. Kam es der Beklagten, wie das Berufungsgericht feststellt, auf die Verhinderung des Umbaus ihrer Geräte überhaupt an, so war für ihr Handeln die Annahme entscheidend, sie könne Umbau und Verkauf der Geräte des Klägers auf Grund ihrer vermeintlichen technischen Schutzrechte schlechthin verhindern. Der Teil

der Warnungen, der auf solche technischen Schutzrechte und auf die Folgen ihrer Verletzung (Beschlagnahme beim Abnehmer) hinwies, war daher auch für den durch dieses Handeln verursachten Schaden entscheidend.

Wenn die Revision geltend machen will, jedenfalls für die Entwicklung des Schadens seiner Höhe nach sei der vom Berufungsgericht festgestellte Wettbewerbsverstoß des Klägers oder Seiferts von Bedeutung, so kann ihr ebenfalls nicht gefolgt werden. Eine unzulässige, sich an die Bezeichnung der Geräte der Beklagten anlehrende Werbung des Klägers wäre vielmehr eher geeignet gewesen, den Absatz seiner Geräte zu steigern, sofern der Verkehr mit jenen Geräten die Vorstellung eines guten Rufes verband. Jedenfalls ist nichts dafür dargetan, daß dieser Umstand von irgendeinem Einfluß auf die vom Berufungsgericht vorgenommene Schadensschätzung hätte sein können.

Die weitere Rüge, mit der dem Kläger die Unterlassung schadensmindernder oder -verhütender Maßnahmen entgeggehalten wird, läßt nicht erkennen, daß die Beklagte behaupten will, sie würde bei Vorlage der Rechtsgutachten den Schaden abgewendet haben, und worin sie ferner die sonstigen, insoweit vom Kläger zu veranlassenden Maßnahmen erblickt. Da die Beklagte im Rechtsstreit die Berechtigung ihrer Warnungen verteidigt hat und aus den Umständen des Falles nicht ersichtlich ist, was der Kläger von sich aus zur Beseitigung der entstandenen Marktverwirrung hätte unternehmen können, kann auf diese Rüge der Revision nicht näher eingegangen werden.

IV. Das für die Haftung aus § 823 Abs.1 BGB erforderliche Verschulden hat das Berufungsgericht unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH GRUR 1951, 452, 455 - Mülltonnen) damit begründet, fahrlässig handle schon, wer eine Verwarnung bei einer als zweifelhaft erkennbaren Rechtslage ausspreche. Die Beklagte habe erkennen können, daß die Rechtslage "mindestens zweifelhaft" gewesen sei; die wirkliche Rechtslage hätte sie mit Sicherheit in Erfahrung bringen können, wenn sie, wie der Kläger es getan habe, ein Rechtsgutachten eingeholt hätte; ihre Auffassung, die Zulassungsdauer mit der Lebensdauer gleichzusetzen, habe auch ihr mit Rücksicht auf die Neuzulassung umgebauter Geräte durch die Physikalisch-Technische Bundesanstalt bedenklich erscheinen müssen.

Diese Feststellungen tragen im Ergebnis die Annahme eines fahrlässigen Verhaltens der Beklagten. Die objektive Möglichkeit zu Zweifeln hinsichtlich der Rechtslage begründet zwar für sich allein noch nicht ohne weiteres den Vorwurf des Verschuldens. Wer aber bei einer Sachlage der hier gegebenen Art zu derart einschneidenden öffentlichen Warnungen in der Fachpresse schreiten will, muß die Rechtslage zuvor besonders sorgfältig prüfen; da die Beklagte es hieran hat fehlen lassen, trifft sie der Vorwurf der Fahrlässigkeit. Auch, wenn man der Beklagten die Berechtigung zu einem Vorgehen gegen die Bezugnahme auf ihr Zeichen "Rotamint" zubilligt, hätte sie nicht den Weg der öffentlichen, an Dritte gerichteten und mit der Ankündigung der Beschlagnahme und des strafrechtlichen Einschreitens verbundenen Warnungen gehen dürfen.

Die Revision ist der Ansicht, eine Verwarnung, die zum Teil berechtigt sei, also lediglich zu weit gehe, verstoße nicht gegen den nach § 276 BGB zu fordernden Sorgfaltsmaßstab. Dem kann in dieser Allgemeinheit nicht zugestimmt werden. Vielmehr ist es eine Frage des einzelnen Falles, ob hinsichtlich des überschießenden, rechtswidrigen Teiles der Verwarnung ein Verschulden als gegeben erachtet werden muß. Ein Verschulden ist jedenfalls zu bejahen, wenn die Verwarnung in ihrem Kerngehalt der rechtlichen Grundlage entbehrt und der Warnende dies bei sorgfältiger Prüfung der Rechtslage, gegebenenfalls nach Einholung rechtsgutachtlicher Äußerung, erkennen konnte (vgl. dazu für den Unterlassungsanspruch: BGH LM Nr. 3 zu § 14 UWG). Das hat das Berufungsgericht hier zutreffend bejaht.

V. Zur Frage der Schadenshöhe hat das Berufungsgericht in eingehenden Ausführungen dargelegt, daß der Kläger noch weitere 300 Geräte hätte herstellen lassen und absetzen können, wenn die Beklagte nicht mit der im Juli 1955 veröffentlichten Warnung die Aufsteller, insbesondere durch die Androhung von Beschlagnahme, vom Erwerb solcher Geräte abgehalten hätte.

1. Die Revision bezeichnet in diesem Zusammenhang das Vorbringen der Beklagten in deren Schriftsatz vom 21. Juni 1960, S. 2 ff, als übergangen, wonach S. [REDACTED] und der Hersteller M. [REDACTED] nicht in der Lage gewesen seien, mehr als die tatsächlich gefertigten Geräte umzubauen; M. [REDACTED] habe als Zeuge bekundet, S. [REDACTED] habe aus Mangel an Geldmitteln nicht einmal die umgebauten Geräte zügig abgenommen.

Die Rüge ist unbegründet. Sie gibt das Vorbringen der Beklagten nicht richtig wieder; die Beklagte hatte behauptet, der Kläger habe 1 000 Geräte nicht beschaffen, mehr als die 400 tatsächlich verrechneten Geräte auch nicht absetzen können. Dieses Vorbringen ist aber nicht übergangen, denn das Berufungsgericht nimmt dasselbe an, allerdings aus einem der Beklagten nachteiligen Grunde, nämlich wegen der Auswirkungen ihrer Verwarnungen. Was den Geldmangel S. [REDACTED] betrifft, so brauchte das Berufungsgericht im Rahmen der freien, nach § 287 ZPO vorzunehmenden Würdigung nicht besonders auszuführen, daß der Geldmangel gerade auch darauf beruhen konnte, daß die bereits umgebauten Geräte, wie die Revision selbst ausführt, nur verspätet abgesetzt werden konnten, daß aber, wie das Berufungsgericht sodann feststellt, diese Schwierigkeiten auf das rechtswidrige Vorgehen der Beklagten zurückzuführen waren.

2. Die Revision rügt es als einen Verstoß gegen §§ 287, 249 ZPO, daß das Berufungsgericht sich bei Würdigung der Schadenshöhe nicht dem von ihm dazu gehörten Sachverständigen V. [REDACTED] angeschlossen hat; dem Gericht fehle die erforderliche Sachkunde und es habe seine abweichende Ansicht nicht hinreichend begründet. Ausgeschlossen sei insbesondere seine Annahme, es hätten noch 1956 Umbaugeräte abgesetzt werden können.

Die Rüge ist nicht begründet. Das Berufungsgericht hat eingehend begründet, warum es der Auffassung des Sachverständigen nicht gefolgt ist; aus dem Sachverhalt ergibt sich auch, daß es über die dazu erforderliche

Sachkunde verfügte; wenn es vorher den Sachverständigen zuzog, so hat das bei dem hier gegebenen Sachverhalt ersichtlich nur die Bedeutung, von ihm Aufklärung über die tatsächlichen Grundlagen zu erhalten, die für die Beurteilung der Schadenshöhe von Bedeutung sind. Seine Schlüsse konnte und mußte das Gericht aus den ihm vorgetragenen Tatsachen jedoch in freier Beweiswürdigung ziehen. Insoweit ist das Berufungsgericht der Aussage des Zeugen S. gefolgt, er sei durch die Warnungen in Absatzschwierigkeiten geraten; weiter hat es ausgeführt, zwar habe der Bedarf an noch zugelassenen Spielautomaten für die Aufsteller schon am 31. Dezember 1954 und 31. März 1955 bestanden; mangels entsprechender Überwachung und aus sonstigen Gründen ließen jedoch viele Aufsteller noch längere Zeit bis zur Anschaffung eines neu zugelassenen Geräts verstreichen. Anhaltspunkte für diese Annahme findet das Berufungsgericht in der Tatsache, daß S. 60 Umbaugeräte habe absetzen können, für die keine Zulassung erwirkt worden war, und besonders auch darin, daß die Beklagte noch im Juli 1955 Anlaß zu ihrer außerordentlich scharfen Warnung gesehen habe; auch sie habe im zweiten Halbjahr 1955 noch 2 347 Geräte ausgeliefert. Das alles sind Fragen, zu deren Beantwortung die eigene Sachkunde des Gerichts jedenfalls nach Anhörung eines Sachverständigen ausreichte. Der Hinweis der Revision auf die im Jahre 1956 bestehende Lage trifft nicht die Begründung des angefochtenen Urteils, da dieses nicht auf dieses Jahr abstellt.

Die Revision rügt schließlich als Verstoß gegen § 286 ZPO die Auffassung des Berufungsgerichts, aus dem eigenen Absatz der Beklagten im zweiten Halbjahr 1955 ergebe sich ein Schluß auf Absatzmöglichkeiten auch des

Klägers; bei fabrikneuen Geräten könne nicht gesagt werden, ob und welcher Teil davon als Ersatzgeräte in Betracht kommen.

Auch diese Rüge ist nicht begründet. Sie stellt einen der Revision verwehrten Angriff auf die tatsächliche Würdigung des Berufungsgerichts dar. Dieses hat mit anderen Gründen belegt, weshalb im zweiten Halbjahr 1955 noch Ersatzbedarf (= Anschaffung von neu zugelassenen Geräten anstelle von bereits aufgestellt gewesenen) bestand. Die Annahme des Berufungsgerichts, ein Teil der von der Beklagten in diesem Zeitraum abgesetzten Geräte sei Ersatzbedarf gewesen, ist möglich und übergeht kein gegenteiliges Tatsachenvorbringen der Beklagten.

VI. Die Revision der Beklagten war hiernach mit der Kostenfolge aus § 97 Abs.1 ZPO zurückzuweisen. Dem Hauptentrage des Revisionsbeklagten konnte schon deshalb nicht stattgegeben werden, weil die von ihm vorgelegten Urkunden die behauptete, von der Beklagten bestrittene Rückübertragung des fraglichen Teils der Klageforderung nicht ergeben.

Wilde Krüger-Nieland Pehle Sprengmann Mösl