

26

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja zu I

ZPO § 945; GebrMG § 5; PatG §§ 30 Abs. 1 Satz 2,
35 Abs. 2 Satz 2

Oberarmschwimmringe

Eine einstweilige Verfügung erweist sich auch dann als von Anfang an ungerechtfertigt, wenn das ihr zugrunde liegende Gebrauchsmuster nachträglich im Gebrauchsmusterlöschungsverfahren gelöscht und ein Patent auf die ihr ebenfalls zugrunde liegende bekanntgemachte Patentanmeldung nachträglich versagt wird. Die Vollziehung einer solchen einstweiligen Verfügung löst den Schadensersatzanspruch nach § 945 ZPO aus.

BGH, Urt. v. 10. Juli 1979 - X ZR 23/78 - OLG Karlsruhe
LG Mannheim

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

X ZR 23/78

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am

10. Juli 1979

Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

des Kaufmanns Bernhard M., B. weg /, H.,

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

die Firma G-K GmbH, O.straße, S., gesetz-
lich vertreten durch ihre Geschäftsführer Friedrich K. und
Alexander K.,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

- 2 -

Der X. Zivilsenat (Patentsenat) des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Juli 1979 durch den Vorsitzenden Richter Ballhaus und die Richter Dr. Bruchhausen, Dr. Hesse, Brodeßer und von Albert

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel des Beklagten werden das Urteil des Landgerichts Mannheim vom 29. August 1975 - 7 O 88/74 - und das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 12. April 1978 - 6 U 147/75 - teilweise abgeändert.

Der Beklagte wird unter Abweisung der weitergehenden Klage verurteilt, über die bereits rechtskräftig zuerkannten 120.000,- DM nebst Zinsen hinaus an die Klägerin weitere 103.585,- DM (in Worten: einhundertdreitausendfünfhundertfünfundachzig Deutsche Mark) nebst 9,5 % Zinsen vom 9. August 1973 bis zum 31. Dezember 1977 und 7 % Zinsen ab 1. Januar 1978 zu zahlen.

Die weitergehenden Rechtsmittel des Beklagten werden zurückgewiesen.

Von den Kosten des ersten und des zweiten Rechtszuges haben der Beklagte je zwei Drittel und die Klägerin je ein Drittel zu tragen. Ausgenommen davon sind die durch die Anrufung des Landgerichts Stuttgart verursachten Mehrkosten, die die Klägerin allein zu tragen hat. Von den Kosten des dritten Rechtszuges haben der Beklagte 14/15 und die Klägerin 1/15 zu tragen.

Von Rechts wegen



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



Tatbestand

Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Schadensersatz in Anspruch wegen Vollziehung der einstweiligen Verfügung des Landgerichts Hamburg vom 12. Februar 1970, die der Klägerin am 13. Februar 1970 zugestellt wurde und nach Ansicht der Klägerin von Anfang an ungerechtfertigt war.

Die einstweilige Verfügung verbot der Klägerin unter Strafandrohung unter anderem die Herstellung und den Vertrieb aufblasbarer Oberarmschwimmringe, die eine durch Schweißnähte gegenüber dem aufblasbaren Teil abgegrenzte, luftleere Stelle von der Breite aufweisen, die der Anlegelfläche des Oberarms am Oberkörper entspricht (kurz: mit abgeflachter Innenseite). Für derartige Oberarmschwimmringe besaß der Beklagte das am 1. 1964 angemeldete, am 1. 1964 eingetragene, am 4. April 1970 abgelaufene und am 21. September 1972 vom Bundespatentgericht durch Feststellung der Unwirksamkeit "gelöschte" Gebrauchsmuster 502, hinsichtlich dessen im Februar 1970 bereits ein Löschungsantrag schwebte. Ferner besaß er die am 1. 1964 angemeldete, am 1. 1967 bekanntgemachte und am 29. August 1972 vom Bundespatentgericht "versagte" Patentanmeldung 788, auf die das Deutsche Patentamt am 1. 1968 die Erteilung eines Patents beschlossen hatte. Der erkennende Senat hat die gegen den Patentversagungsbeschuß des Bundespatentgerichts eingelegte Rechtsbeschwerde des Beklagten am 16. Oktober 1973 - X ZB 15/72 - zurückgewiesen. Der Beklagte verzichtete mit Schreiben vom 5. September 1972 auf die Rechte aus der einstweiligen Verfügung. Das Landgericht Hamburg wies die Hauptsacheklage am 27. März 1974 ab.

Die Klägerin macht geltend, sie sei durch die einstweilige Verfügung gehindert gewesen, in den Jahren 1970 bis 1972 eine Million Paar Oberarmschwimmringe mit abgeflachter Innenseite abzusetzen; dadurch sei ihr ein Gewinn von über einer Million Deutsche Mark entgangen.

Der Beklagte leugnet seine Ersatzpflicht. Er bestreitet, daß die Klägerin den behaupteten Gewinn erzielt haben würde. Er beruft sich auf ein Mitverschulden der Klägerin, weil diese von der Möglichkeit, die Ware erlaubterweise von der Firma S. zu beziehen, keinen ausreichenden Gebrauch gemacht habe. Wegen des behaupteten Gewinns aus den im Jahre 1970 unterbliebenen Umsätzen erhebt der Beklagte die Verjährungseinrede.

Das Landgericht hat den Beklagten verurteilt, der Klägerin 350.000,- DM nebst 9,5 % Zinsen seit der Klagezustellung am 9. August 1973 zu zahlen.

Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht den von ihm zu zahlenden Betrag auf 240.000,- DM nebst 9,5 % Zinsen vom 9. August 1973 bis 31. Dezember 1977 und 7 % Zinsen ab 1. Januar 1978 ermäßigt und im übrigen die Klage abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter, während die Klägerin die Zurückweisung des Rechtsmittels erstrebt.

Der erkennende Senat hat die Revision angenommen, soweit der Beklagte zur Zahlung von mehr als 120.000,- DM nebst Zinsen verurteilt worden ist. Im übrigen hat er die Revision nicht angenommen. Die hiergegen vom Beklagten eingelegte Verfassungsbeschwerde ist vom Bundesverfassungsgericht nicht zur Entscheidung angenommen worden.

Entscheidungsgründe

Soweit die Revision angenommen worden ist, hat sie nur zu einem geringen Teil Erfolg.

I.

1. Das Berufungsgericht hat den Schadensersatzanspruch der Klägerin nach § 945 ZPO als dem Grunde nach berechtigt angesehen, weil die vollzogene einstweilige Verfügung wegen der "Löschung" des Gebrauchsmusters ■■■ 502 und wegen der Versagung des Patents auf die Anmeldung ■■■ 788, die auf den Anmeldetag der Schutzrechte zurückwirkten, als von Anfang an ungerechtfertigt anzusehen sei.

2. Die Annahme des Berufungsgerichts, daß sich eine vollzogene einstweilige Verfügung durch die nach deren Vollziehung erfolgte Löschung eines Gebrauchsmusters und durch die Versagung des Patents auf eine bekanntgemachte Patentanmeldung als von Anfang an ungerechtfertigt erweise, und daß auf diesen Fall § 945 ZPO anzuwenden sei, begegnet entgegen der Ansicht der Revision keinen rechtlichen Bedenken. Zwar hat die Eintragung eines Gebrauchsmusters nach § 5 GebrMG die Wirkung, daß allein dem Inhaber das Recht zusteht, die dort im einzelnen genannten Handlungen (insbesondere die gewerbsmäßige Nachbildung des Musters) vorzunehmen; das eingetragene Gebrauchsmuster gewährt aber den Unterlassungsanspruch nur dann, wenn die sachlichen Voraussetzungen für seinen Schutz, z.B. Raumform, Neuheit, Fortschritt und Erfindungshöhe vorliegen. Die Absätze 2 und 3 des § 5 GebrMG bringen diesen Grundsatz beispielsweise für

den Fall der Schutzunfähigkeit des Gebrauchsmusters wegen älterer Rechte und wegen widerrechtlicher Entnahme zum Ausdruck. Es ist seit jeher anerkannt, daß die ordentlichen Gerichte die Rechtswirksamkeit eines Gebrauchsmusters nachzuprüfen und dem eingetragenen Muster den Schutz zu versagen haben, wenn sich seine Rechtsunwirksamkeit herausstellt (BGH GRUR 1957, 270, 271 - Unfall-Verhütungsschutz; BGHZ 51, 8, 11 m.w. Nachw. - Lotterielos). Zwar läßt es die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen den ordentlichen Gerichten und den Instanzen des Lösungsverfahrens nicht zu, daß erstere während eines - wie hier beim Erlaß der einstweiligen Verfügung - schwebenden Lösungsverfahrens eine auf die Verletzung des Gebrauchsmusters gestützte Klage wegen Unwirksamkeit des Gebrauchsmusters abweisen; das Gebrauchsmuster-gesetz sieht jedoch für einen solchen Fall zwingend die Aussetzung des vor dem ordentlichen Gericht schwebenden Rechtsstreites vor (§ 11 Satz 2 GebrMG). An einer Ablehnung des Antrages auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung aus diesem Grunde sind die ordentlichen Gerichte durch diese gesetzliche Regelung nicht gehindert. Wird das Gebrauchsmuster im Lösungsverfahren gelöscht oder nach Ablauf der Laufzeit dessen Unwirksamkeit festgestellt so beseitigt dies mit rückwirkender Kraft das eingetragene Scheinrecht, dem von Anfang an keine Schutzwirkung zukam (BGHZ 38, 200, 206 - Kindernähmaschine; BGH GRUR 1963, 519, 521 - Klebemax).

Der Schutz der bekanntgemachten Patentanmeldung ist in § 30 Abs. 1 Satz 2 PatG ausdrücklich als einstweilig bezeichnet. Mit der Versagung des Patents gelten die Wirkungen des einstweiligen Schutzes als nicht eingetreten (§ 35 Abs. 2 Satz 2 PatG). Das mit einer Verletzungsklage aus einer bekanntgemachten Anmeldung angerufene ordentliche Gericht kann dieser zwar nicht den Schutz absprechen, wenn es zu der Auffassung gelangt, daß die Erfindung nicht patentfähig ist (BGH GRUR 1963, 563, 565); es kann den Rechtsstreit jedoch

aus diesem Grunde bis zur endgültigen Entscheidung im Patenterteilungsverfahren aussetzen und bis dahin den Erlaß einer einstweiligen Verfügung ablehnen. In dieser Regelung kommt eindeutig zum Ausdruck, daß der Inhaber einer bekanntgemachten Patentanmeldung jedenfalls bis zur endgültigen Erteilung des Patents das volle Risiko zu tragen hat, wenn er mit dem Zwangsmittel der einstweiligen Verfügung, die auf seine im Bestand noch nicht gesicherte Anmeldung gestützt ist, gegen einen angeblichen Verletzer einschreitet. Der Hinweis der Revision auf die Gewährleistung des Eigentums in Art. 14 GG geht deshalb fehl. Art. 14 GG wird weder durch die Regelung in den §§ 30 Abs. 1 Satz 2 und 35 Abs. 2 Satz 2 PatG noch durch die Anwendung des § 945 ZPO auf eine einstweilige Verfügung verletzt, die sich wegen der Versagung des Patents auf eine bekanntgemachte Anmeldung als von Anfang an unberechtigt erweist. Zu der von Schwerdtner vertretenen Nichtanwendung des § 945 ZPO bei Nichtigerklärung des Patents (GRUR 1968, 9, 17 ff.), dem sich Stein-Jonas (Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 19. Aufl. 1971, § 945 II, 1, b, aa, insb. Anm. 36) angeschlossen hat, braucht hier nicht Stellung genommen zu werden, da dieser Fall nicht vorliegt. Als der Beklagte die einstweilige Verfügung gegen die Klägerin beantragte, war gegen seine Anmeldung bereits Einspruch eingelegt. Der Patenterteilungsbeschluß ist wegen der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde (§ 36 n Abs. 1 PatG) nicht wirksam geworden.

II.

1. Das Berufungsgericht hat den der Klägerin durch die Vollziehung der von Anfang an unberechtigten einstweiligen Verfügung in den Jahren 1970 bis 1972 entgangenen Gewinn, den die Klägerin mit Wahrscheinlichkeit erwarten

konnte, nach § 287 ZPO geschätzt. Der entgangene Gewinn ist nach Auffassung des Berufungsgerichts nicht exakt meßbar, sondern kann nur auf Grund von Vermutungen darüber, wie der Geschehensablauf ohne den Eintritt des schadensbegründenden Ereignisses vonstatten gegangen wäre, geschätzt werden. Das Berufungsgericht hat angenommen, daß die Klägerin in dem genannten Zeitraum 450.000 Paar Oberarmschwimmringe mit abgeflachter Innenseite abgesetzt hätte. Zu dieser Zahl ist es auf Grund der Umsatzentwicklung der Klägerin in den Jahren 1973 bis 1975 gelangt, als die Klägerin nicht mehr durch die einstweilige Verfügung behindert war. Es hat den vermuteten Umsatz für die Jahre 1970 bis 1972 etwas höher eingeschätzt als den in den folgenden 3 Jahren erzielten, weil der Markt damals noch nicht an den Bezug von den Vertriebsunternehmen des Beklagten gewöhnt gewesen sei. Als Abgabepreis hat das Berufungsgericht 3,30 DM für den Einzelhandel, 2,18 DM für Großhandel und Großabnehmer und 2,-- DM für den Export angenommen. Auch hierfür hat das Berufungsgericht die von der Klägerin in den späteren Jahren erzielten Preise in Betracht gezogen. Den Mengenumsatz der Klägerin hat das Berufungsgericht im Verhältnis 10 % Export und je 45 % Einzel- und Großhandel aufgeteilt. Die Gestehungskosten der Klägerin hat das Berufungsgericht für 1970 auf 157,68 DM für 100 Paar Oberarmschwimmringe, für 1971 auf 164,-- DM pro 100 Paar und für 1972 auf 190,-- DM für 100 Paar geschätzt. Es hat die Kapazität der Klägerin für ausreichend angesehen, die genannten Mengen für die genannte Zeit zu fertigen. Mit Rücksicht darauf, daß die Klägerin voraussichtlich ohne die Behinderung durch das Verbot zwar die genannte Menge Oberarmringe mit abgeflachter Innenseite, dafür jedoch weniger einfache Oberarmschwimmringe (ohne abgeflachte Innenseite) vertrieben haben würde, hat das Berufungsgericht eine Gewinnminderung der Klägerin von 25 % angenommen. Schließlich müsse sich die Klägerin den mit 74.185,60 DM errechneten Gewinn

anrechnen lassen, den sie beim Vertrieb von Oberarmringen in den Jahren 1970 bis 1972 erzielt habe, die sie von dem Vertriebsunternehmen des Beklagten, der Firma Spring, bezogen habe. Aus diesen geschätzten Beträgen hat das Berufungsgericht einen der Klägerin entgangenen Gewinn von 237.589,40 DM errechnet, den es im Rahmen der Schätzung auf 240.000,-- DM aufgerundet hat. Eine Minderung des Schadens wegen Mitverschuldens der Klägerin hat das Berufungsgericht verneint. Die Verjährungseinrede des Beklagten hat das Berufungsgericht nicht durchgreifen lassen, weil die Klägerin erst nach der Versagung des Patents durch den Beschluß des Bundespatentgerichts am 29. August 1972 mit einigermaßen sicherer Aussicht auf Erfolg die Schadensersatzklage habe erheben können.

2. Gegen die der Beurteilung der Schadenshöhe vom Berufungsgericht zugrunde gelegten Grundsätze richtet die Revision keine Rügen. Nach § 252 Satz 2 BGB gilt der Gewinn als entgangen, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Diese Regelung, die für den entgangenen Gewinn den Nachweis einer gewissen Wahrscheinlichkeit genügen läßt, erlaubt es dem Gericht, im Rahmen des § 287 ZPO auf der Grundlage festgestellter Tatsachen nach freiem Ermessen zu entscheiden, in welcher Höhe ein Schaden entstanden ist (BGHZ 29, 393, 397 ff.). Es liegt in der Natur der Sache, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, daß der entgangene Gewinn nicht genau errechnet werden kann. Aus der späteren Geschäftsentwicklung lassen sich für einen wegen der in einem zurückliegenden Zeitraum unterlassenen Aufnahme eines Artikels in das Herstellungs- und Verkaufsprogramm entgangenen Gewinn durch gedankliche Schlußfolgerungen nur Annäherungswerte erschließen. Der Nachprüfung

der diesen zugrundeliegenden Erwägungen sind in der Revisionsinstanz enge Grenzen gezogen. Auf entsprechende Verfahrensrüge kann nur geprüft werden, ob der Tatrichter die tatsächliche Grundlage, die er seiner Schätzung zugrunde gelegt hat, prozeßordnungsgemäß festgestellt hat. Sofern sich in diesem Punkt keine Beanstandungen ergeben, hat das Revisionsgericht nur zu prüfen, ob die Schätzung der Schadenshöhe auf grundsätzlich fehlerhaften Erwägungen beruht, ob wesentliche Tatsachen außer Acht gelassen oder sonstige Rechtsvorschriften oder Denk- oder Erfahrungssätze verletzt worden sind (BGHZ 39, 198, 219; BGH LM Nr. 35 zu § 287 ZPO). Wenn die Gründe des Berufungsurteils aus ihrem Zusammenhang erkennen lassen, daß das Gericht alle wesentlichen, die Entscheidung bedingenden Umstände beachtet und sachgemäß gewürdigt hat, schadet es nicht, daß es sich nicht mit allen Anhaltspunkten in den Urteilsgründen ausdrücklich auseinandergesetzt hat (Johannsen Anmerkung zu LM Nr. 7 zu § 287 ZPO).

3. Die tatsächliche Grundlage, von der aus das Berufungsgericht den der Klägerin wegen der in den Jahren 1970 bis 1972 unterlassenen Aufnahme der an der Innenseite abgeflachten Oberarmschwimmringe in ihr Herstellungs- und Vertriebsprogramm entgangenen Gewinn auf 240.000,-- DM geschätzt hat, bilden die in den Jahren 1973 bis 1975 erzielten Umsätze und die dabei erzielten Erlöse. Außerdem zählen hierzu die vom Berufungsgericht für die Jahre 1970 bis 1972 ermittelten Kostenfaktoren, aus denen es die Gestehungs- und Vertriebskosten der Klägerin ermittelt hat.

a) Die Umsätze der Klägerin in den Jahren 1973 bis 1975 mit jeweils 97.610, 131.761 und 169.369 Paar hat das Berufungsgericht als unstreitig festgestellt.

b) Den von der Klägerin dabei erzielten Erlös im Einzelhandel hat das Berufungsgericht anhand der für 1973 gültigen Preisliste mit 3,30 DM festgestellt. Es hat hiervon keine Skonti und Boni abgezogen, sondern diese von dem Kalkulationsfaktor "50 % Vertriebs- und Verwaltungskosten" [Nr. 8 der Kostenaufstellung S. 17/18 BU] erfaßt angesehen (S. 17 - 2.3.4 BU). Der Angriff der Revision, das Berufungsgericht habe außer Acht gelassen, daß auch beim Absatz an den Einzelhandel Boni und Skonti gewährt worden seien, geht deshalb fehl. Das Berufungsgericht hat dies berücksichtigt; es hat ersichtlich dem dahingehenden Vorbringen der Klägerin Glauben geschenkt. Die Revision rügt ferner, daß das Berufungsgericht nicht beachtet habe, daß auch beim Einzelhandel Rabatte und Sonderpreise gewährt worden seien. Dafür bezieht sie sich auf Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen auf den Seiten 8 und 9 seines schriftlichen Gutachtens (Bl. 551 u. 553 GA). Den betreffenden Stellen des Gutachtens kann jedoch nichts dafür entnommen werden, daß die Klägerin auch ihren Kleinabnehmern Rabatte und Sonderpreise eingeräumt hätte. Bei den Großabnehmern hat das Berufungsgericht berücksichtigt, daß die Klägerin vermutlich über den Funktionsrabatt von 25 % hinausgehende Nachlässe gewährt hätte.

Das Berufungsgericht hat außerdem festgestellt, daß die Klägerin einer Großhandlung im Jahre 1974 ein Angebot zu 2,25 DM netto abzüglich 3 % Skonto bei Zahlung binnen 10 Tagen unterbreitet hat. Darauf gründet sich ersichtlich seine Annahme, daß die Klägerin dem Großhandel und den Großabnehmern einen Funktionsrabatt von 25 % eingeräumt hätte. Die demgegenüber erhobene Rüge, es fehle jede tatsächliche Feststellung und jeder Anhalt dafür, daß die Klägerin dem Großhandel und den Großabnehmern einen Funktionsrabatt von 25 % eingeräumt hätte, ist deshalb unverständlich. Das Be-

rufungsgericht hat weiter festgestellt, daß die Klägerin in den Jahren 1973 und 1974 Schwimmringe zum Preise von durchschnittlich 2,33 DM (1973) und 2,01 DM (1974) pro Paar exportiert hätte. Die Rüge der Revision, die darauf verweist, daß die Richtigkeit des Exportabgabepreises von 2,-- DM in der Berufungsbegründung ausdrücklich bestritten worden sei, greift nicht durch. Das Berufungsgericht hat auch in diesem Punkte ersichtlich dem Vortrag der Klägerin Glauben geschenkt, wozu es nach dem Gesamtergebnis der letzten mündlichen Verhandlung gemäß § 286 ZPO in der Lage war.

c) Die Herstellungs- und Vertriebskosten der Klägerin für 100 Paar Oberarmschwimmringe hat das Berufungsgericht für 1970 mit 157,68 DM ermittelt. Als Kostenfaktoren hat es die unstreitigen Beträge für das Folienmaterial und die Verpackung sowie die unstreitigen Material-, Fertigungs- und Verwaltungsgemeinkostenanteile, den "Abwicklungsaufschlag Fabrik" und den Vertriebs- und Verwaltungskostenanteil festgestellt. Dem Vorbringen des Beklagten folgend hat es den Folienmaterialkosten für 2 % Verschnittverlust 0,81 DM hinzugeschlagen. Die Kosten für 200 Ventile (2 Stück pro Paar) hat es mit 7,-- DM festgestellt. Die Lohnkosten für 100 Paar hat es - dem Zeugen S. [REDACTED] folgend - mit 16,-- DM festgestellt. Es hat dabei einen Lohnrichtsatz von 4,30 DM zugrundegelegt, den es mit Rücksicht auf das Lohnniveau des Jahres 1970 und den Produktionsort Krumbach für glaubhaft angesehen hat. Außerdem hat das Berufungsgericht den Kostenfaktor für Produktionsverlust von 2 % auf die Kosten einschließlich der Fertigungsgemeinkosten für angemessen angesehen. Diesen Posten hat es jedoch bei der Kostenaufstellung auf den Seiten 17/18 der Urteilsausfertigung nicht aufgeführt, was die Revision zu Recht rügt.

Die weiteren Rügen der Revision zum Komplex der Herstellungs- und Vertriebskosten der Klägerin im Jahre 1970 greifen dagegen nicht durch. Das Berufungsgericht hat seine Feststellung, daß die Klägerin 1970 Schwimmringe mit einer Kammer und einem Ventil produziert haben würde, mit dem Hinweis auf die Absicht der Klägerin, die Oberarmschwimmringe weit billiger anzubieten als der Beklagte, entgegen der Ansicht der Revision ausreichend begründet. Es hat die Behauptung der Klägerin, die Lohnkosten hätten 1970 pro 100 Paar 16,-- DM betragen, auf Grund der Aussage des Zeugen S. [REDACTED] als bewiesen angesehen. Dieser hat die erforderliche Arbeitszeit mit 3,72 Stunden angegeben und den Rechenfehler der Klägerin, die einen Stundenrichtsatz von 5,52 DM errechnet hatte, dahin berichtigt, daß dieser 4,25 DM betragen habe. Das konnte das Berufungsgericht ohne Verfahrensverstöß der wegen offensichtlicher Unrichtigkeit berichtigten Niederschrift über die Aussage des Zeugen vom 16. April 1975, Seite 3, entnehmen. Der von der Revision bezeichnete Widerspruch in den Entscheidungsgründen des Berufungsurteils, den sie darin sieht, daß das berichtigte Protokoll nicht verwertet, dann aber doch für die Ermittlung der Lohnkosten herangezogen worden sei, liegt nicht vor. Das Berufungsgericht hat auf Seite 12 der Urteilsgründe ausgeführt, die Niederschrift über die Vernehmung der Zeugen sei insoweit zu berücksichtigen, als sich die Berichtigung auf offensichtliche Übertragungsfehler beschränke. Das ist verfahrensrechtlich nicht zu beanstanden.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts über das Lohnniveau im Jahre 1970 und den Produktionsort Krumbach sind gegenüber der Aussage des Zeugen S. [REDACTED] nur zusätzliche Erwägungen, die den festgestellten Lohnsatz von 16,-- DM für 100 Paar nicht tragen. Die hiergegen gerichteten Rügen der Revision gehen deshalb ins Leere. Nachdem das Berufungs-

gericht den von der Klägerin behaupteten Lohnaufwand für das Jahr 1970 von 16,-- DM auf Grund der Aussage des Zeugen Schacherl als bestätigt angesehen hat, bedurfte es entgegen der Ansicht der Revision nicht der Einholung eines neuen Gutachtens über die damaligen Lohnkosten. Ferner greift die Rüge der Revision nicht durch, das Berufungsgericht habe bei einer ganzen Anzahl von Positionen der Kalkulation deren tatsächliche Grundlagen nicht dargelegt, so daß wegen dieser Unsicherheiten eine Schätzung nicht mehr möglich sei. Die Revision übersieht dabei, daß das Berufungsgericht im wesentlichen von Kalkulationsfaktoren ausgegangen ist, die zwischen den Parteien unstreitig waren und schon deshalb keiner näheren Begründung bedurften. In den streitigen Punkten hat das Berufungsgericht prozeßordnungsgemäße Feststellungen getroffen, die eine Ermittlung der Herstellungs- und Vertriebskosten der Klägerin ermöglichen.

Der Faktor "2 % Produktionsverlust", den das Berufungsgericht anerkennt, aber unberücksichtigt gelassen hat, ergibt in der Kostenaufstellung des Berufungsgerichts den nach der Zwischensumme von 95,35 DM einzufügenden Betrag von 1,90 DM, wodurch sich die nachfolgenden Posten "Verwaltungsgemeinkosten" auf 4,86 DM, "Abwicklungsaufschlag" auf 5,10 DM und "Vertriebs- und Verwaltungskosten" auf 53,60 DM erhöhen. Die Endsumme der Herstellungs- und Vertriebskosten im Jahre 1970 für 100 Paar Oberarmschwimmringe stellt sich damit auf 160,81 DM, was für ein Paar aufgerundet 1,61 DM ergibt.

4. a) Auf der Grundlage der Umsätze der Klägerin in den Jahren 1973 bis 1975 hat das Berufungsgericht die 1970 bis 1972 ausgebliebenen Umsätze auf 100.000 Paar im Jahre 1970, 150.000 Paar im Jahre 1971 und 200.000 Paar im Jahre 1972, also insgesamt auf 450.000 Paar geschätzt. Dabei hat

es berücksichtigt, daß die Klägerin die Oberarmschwimmringe mit abgeflachter Innenseite im Jahre 1970 nicht mehr in ihren Katalog aufgenommen hatte. Es hat den Absatz in den Jahren 1970 bis 1972 größer eingeschätzt als für die späteren drei Jahre, in denen sich der Markt verfestigt hatte und die Abnehmer an den Bezug von den Vertriebsunternehmen des Beklagten gewöhnt waren. Diese Schätzung hält sich im Rahmen des dem Tatrichter in § 287 ZPO eingeräumten freien Ermessens und beruht entgegen der Ansicht der Revision auf ausreichender Grundlage. Die Erwägungen des Berufungsgerichts sind nicht sachfremd.

b) Die 1970 bis 1972 erzielten Erlöse hat das Berufungsgericht auf 3,30 DM im Einzelhandel, auf 2,18 DM beim Großhandel und bei Großabnehmern und auf 2,-- DM im Export geschätzt. Es hat festgestellt, daß der später geforderte Einzelhandelspreis von 3,30 DM unstreitig von der Klägerin vorgesehen gewesen sei. Bei dem auf 2,18 DM geschätzten Preis der Klägerin für Großabnehmer und Großhändler hat das Berufungsgericht berücksichtigt, daß das Erzeugnis von der Klägerin neu eingeführt und ohne Warenzeichen und ohne Preisbildung vertrieben wurde, was erfahrungsgemäß zu über den Funktionsrabatt von 25 % hinausgehenden Nachlässen nötige. Außerdem habe die Klägerin solche erhöhten Nachlässe 1970 bis 1972 leichter geben können als später, als erhebliche Verteuerungen eingetreten seien. Den Exportpreis für die Jahre 1970 bis 1972 hat das Berufungsgericht auf durchschnittlich 2,-- DM geschätzt, da die Klägerin 1973/74 trotz der billigen ostasiatischen Konkurrenzware noch Durchschnittspreise von 2,33 und 2,01 DM habe erlösen können. Auch diese Schätzung ist verfahrensrechtlich nicht zu beanstanden.

c) Das Berufungsgericht hat geschätzt, daß sich der Absatz der Klägerin in den Jahren 1970 bis 1972 zu 10 % auf den Export und zu je 45 % auf Einzelhandel und Großabnehmer verteilt hätte. Es ist der Schätzung der Klägerin, die eine andere Aufteilung (10 % Export, 30 % Einzelhandel und 60 % Großabnehmer) angenommen hatte, nicht gefolgt, weil der Zeuge M. [REDACTED] ausgesagt habe, 60 % des Umsatzes entfielen auf den Einzelhandel und 40 % auf Kaufhäuser, und der Zeuge G. [REDACTED] die ursprüngliche Annahme der Klägerin (20 % Export, 30 % Einzelhandel und 50 % Großabnehmer) für zutreffend gehalten habe. Auch diese Schätzung kann entgegen der Rüge der Revision nicht als willkürlich angesehen werden, sondern hält sich im Rahmen des dem Tatrichter in § 287 ZPO eingeräumten freien Ermessens. Der Tatrichter war nicht an die von der Klägerin vorgenommene Schätzung gebunden, soweit sie sich im Ergebnis zugunsten des Beklagten auswirke. Die Klägerin hatte sich in Würdigung der Aussage des Zeugen M. [REDACTED] dahin geäußert, bei genauer Errechnung der Quoten würde sich ein erheblich höherer Prozentsatz ihrer Einzelhandelsumsätze herausstellen. Sie sei bei ihrer Schätzung sehr vorsichtig verfahren (S. 17 des Schriftsatzes vom 20. Februar 1976). Außerdem beruhte die Schätzung der Klägerin auf der Grundlage, daß die den Kaufhäusern, Versandhäusern, Konzernen und Einkaufsvereinigungen eingeräumten Nachlässe zwischen 10 und 25 % betrügen, wobei kleinere Großhändler nur geringere Rabatte erhalten hätten. Da das Berufungsgericht beim Großhandels- und -abnehmerpreis der Klägerin einen über 25 % hinausgehenden Nachlaß zugrundegelegt hat und keine Differenzierung der Großhandelspreise vorgenommen hat, ist seine Schätzung des Anteils der verschiedenen Abnehmer der Klägerin in den Jahren 1970 bis 1972 im Ergebnis verfahrensrechtlich nicht zu beanstanden, zumal nicht zu ersehen ist, daß sich am Ergebnis etwas ändern würde, wenn bei einem höheren Anteil der Großhandelsumsätze der Klägerin entsprechend geringere

Durchschnittssätze der Rabatte und deshalb höhere Gewinnquoten der Klägerin beim Großhandelsabsatz zugrunde gelegt würden.

5. Das Berufungsgericht hat weiter angenommen, daß die Klägerin einen Teil ihres in den Jahren 1970 bis 1972 erzielten Umsatzes in Oberarmschwimmringen mit abgeflachter Innenseite auf Kosten ihres in jener Zeit getätigten Umsatzes in den einfachen Oberarmschwimmringen ohne abgeflachte Innenseite erzielt hätte, die sie in drei Ausführungsformen auf den Markt gebracht habe. Ein Teil des Umsatzes in den einfachen Oberarmschwimmringen, der 1969 240.000 Paar und 1973 108.000 Paar betragen habe, wäre infolge der Umsatzverlagerung entfallen. Das Berufungsgericht schätzt die durch die Absatzumschichtung eingetretene Gewinnverringerung auf 25 % des der Klägerin bei dem Verkauf der Oberarmschwimmringe mit abgeflachter Innenseite entgangenen Gewinns und gelangt bei seiner Endabrechnung zu der Summe von 103.925,-- DM. Die Revision rügt diese Schätzung als willkürlich; für sie sei keine tatsächliche Grundlage vorhanden. Auf Grund einer Feststellung der Umsätze der Klägerin in einfachen Oberarmschwimmringen (ohne abgeflachte Innenseite) und in Oberarmschwimmringen mit abgeflachter Innenseite habe die gesamte Umsatzentwicklung der Klägerin ermittelt und dadurch festgestellt werden können, daß die Klägerin in dem maßgeblichen Zeitraum keine Umsatzausweitung erzielt hätte, der Absatz der Klägerin in Oberarmschwimmringen vielmehr insgesamt nahezu gleich geblieben wäre. Der Gesamtumsatz der Klägerin habe in den letzten Jahren der Zeit von 1969 bis 1976 um 75 % der angenommenen Umsätze mit Oberarmschwimmringen mit abgeflachter Innenseite über dem ursprünglichen Umsatz mit einfachen Oberarmschwimmringen liegen müssen, wenn die vom Berufungsgericht angenommene 25 %ige Gewinnminderung infolge Umschichtung ihres Absatzes als zutreffend beurteilt werden sollte.

Auch diese Rüge der Revision bleibt ohne Erfolg, weil das vom Berufungsgericht mitgeteilte Ergebnis seiner Schätzung, nämlich eine Gewinnminderung der Klägerin um 103.925,-- DM wegen der geschätzten Umsatzverlagerung von den einfachen Oberarmschwimmringen zu denen mit abgeflachter Innenseite, im Ergebnis keinen sich zum Nachteil des Beklagten auswirkenden Rechtsfehler erkennen läßt. Zwar ist die vom Berufungsgericht gegebene Begründung für eine 25 %ige Minderung des der Klägerin entgangenen Gewinns nur schwer zu verstehen, weil es sich der Notwendigkeit der Ermittlung der Umsätze und der Gewinnspanne der Klägerin beim Absatz der einfachen Oberarmschwimmringe in den Jahren 1970 bis 1972 enthoben sieht und wegen der Umsatzverlagerung von den einfachen zu den innen abgeflachten Oberarmschwimmringen einen Abzug von 25 % vom bei den letzteren zu erzielenden Gewinn macht. Da sich, wie das Berufungsgericht angenommen hat, die Entwicklung zu Lasten des Umsatzes mit den in den Jahren 1970 bis 1972 von der Klägerin vertriebenen einfachen Oberarmschwimmringen vollzogen hätte, hätte folgerichtig deren Absatzminderung geschätzt und die hierdurch entstandene Gewinneinbuße ermittelt und der dementsprechend tatsächlich erzielte Gewinn der Klägerin beim Absatz der einfachen Oberarmschwimmringe in den Jahren 1970 bis 1972 von dem beim Absatz der innen abgeflachten Oberarmschwimmringen zu erzielenden Gewinn abgesetzt werden müssen.

Setzt man den Betrag von 103.925,-- DM, den das Berufungsgericht von dem von der Klägerin mit dem Absatz der Oberarmschwimmringe mit abgeflachter Innenseite in den Jahren 1970 bis 1972 zu erzielenden Gewinn abgezogen hat, folgerichtig in eine Beziehung zu den Erträgen der Klägerin aus dem Absatz mit einfachen Oberarmschwimmringen, so ergibt sich, daß sich das Ergebnis der vom Berufungsgericht vorgenommenen Schätzung im Rahmen des freien Er-

messen gemäß § 287 ZPO hält. Nachdem der vom Berufungsgericht hinzugezogene Sachverständige B. Umsatzzahlen der Klägerin für die einfachen Oberarmschwimmringe für die Jahre 1969 bis 1976 mitgeteilt hatte, hat der Beklagte diese Zahlen seinem Vorbringen zugrunde gelegt (S. 4 des Schriftsatzes vom 31. Oktober 1977), jedoch nicht behauptet, daß die Klägerin mit den einfachen Oberarmschwimmringen in den Jahren 1970 bis 1972 wesentlich höhere Umsätze erzielt hätte. Er hat zwar behauptet, die Gewinnspanne bei den einfachen Oberarmschwimmringen sei wegen der geringeren Produktionskosten erheblich höher als bei den Oberarmschwimmringen mit der abgeflachten Innenseite. Er hat aber nicht vorgetragen, daß die Klägerin bei den vom Berufungsgericht festgestellten Verkaufspreisen der Klägerin von 1,25 DM, 1,50 DM und 2,-- DM für die einfachen Oberarmschwimmringe höhere Gewinnquoten bei den einzelnen Absatzsparten erzielt habe als bei den teureren Oberarmschwimmringen mit der abgeflachten Innenseite. Er hat schließlich nicht vorgetragen, die Klägerin habe die einfachen Oberarmschwimmringe unter anderen Konditionen und in einem anderen Verhältnis der Abnehmergruppen (Einzelhandel, Großhandel und Export) zueinander abgesetzt als die Oberarmschwimmringe mit abgeflachter Innenseite. Die aus den Erlösen der Klägerin und aus den korrigierten Feststellungen des Berufungsgerichts über die Kosten der Klägerin bei den Oberarmschwimmringen mit abgeflachter Innenseite zu errechnenden Gewinnquoten der Klägerin lassen sich für den Gewinn der Klägerin beim Absatz der einfachen Oberarmschwimmringe heranziehen, weil bei beiden Artikeln vergleichbare Verhältnisse vorliegen und den geringeren Kosten der Herstellung der einfachen Oberarmschwimmringe niedrigere Preise entsprechen. Legt man die Umsätze der Klägerin in einfachen Oberarmschwimmringen in den Jahren 1970 bis 1972 in der vom Sachverständigen B. mitgeteilten und vom Be-

klagten nicht bestrittenen Größenordnung zugrunde, zieht man die vom Berufungsgericht festgestellten niedrigen Preise der einfachen Oberarmschwimmringe in Betracht und berücksichtigt man weiter die Gewinnquoten der Klägerin in den einzelnen Absatzsparten, dann ergibt sich, daß der vom Berufungsgericht angenommene Umsatzrückgang bei den in den Jahren 1970 bis 1972 von der Klägerin vertriebenen einfachen Oberarmschwimmringen, der vermutlich durch den angenommenen Umsatz der Klägerin in Oberarmschwimmringen mit abgeflachter Innenseite eingetreten wäre, als so beträchtlich einzuschätzen ist, daß unter den gegebenen tatsächlichen Verhältnissen, die das Berufungsgericht seiner Entscheidung zugrunde zu legen hatte, keine über rund 104.000,-- DM hinausgehende Gewinneinbuße der Klägerin bei den einfachen Oberarmschwimmringen zu erwarten gewesen wäre.

6. Auch die gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, die Klägerin sei, was die Maschinenkapazität und das erforderliche Personal angeht, in der Lage gewesen, die geschätzten 450.000 Paar Oberarmschwimmringe in der betreffenden Zeit selbst herzustellen, gerichteten Rügen der Revision greifen nicht durch. Das Berufungsgericht hat diese Feststellung mit der gerichtsbekannten Tatsache untermauert, daß 1970 bis 1972 in der deutschen Industrie allgemein eine Überkapazität an Maschinen vorhanden gewesen sei. Außerdem hat das Berufungsgericht seine Feststellung auf die insoweit nicht berichtigte Aussage des Zeugen Schacherl gestützt, der bestätigt habe, daß der Bedarf an hierfür notwendiger Produktionskapazität ohne Beeinträchtigung der übrigen Produktion der Klägerin allein durch eine zweite Schicht hätte befriedigt werden können, und der weiter ausgesagt habe, dafür habe sogar noch

eine zweite Maschinengruppe zur Verfügung gestanden. Die erforderlichen Arbeitskräfte hätten durch Umsetzung im Betrieb und auf dem Arbeitsmarkt beschafft werden können. Die Verwertung der unberichtigten Aussage des Zeugen S[REDACTED] und die Heranziehung von gerichtsbe- kannten Tatsachen durch das Berufungsgericht ist nicht zu beanstanden. Die Ausführungen des Berufungsgerichts über die Produktion der Klägerin in den Jahren 1969 und 1973 und die Verhältnisse bei der Firma Sp[REDACTED] sind er- sichtlich beiläufiger Natur. Die hiergegen gerichteten Rügen der Revision gehen deshalb ins Leere.

7. Soweit die Revision ferner rügt, das Berufungs- gericht habe nicht beachtet, daß die Klägerin nicht in die wichtigsten Staaten habe liefern dürfen, ohne sich selbst schadensersatzpflichtig zu machen, weil der Beklagte dort Patente besitze, kann sie keinen Erfolg haben. Das Be- rufungsgericht brauchte auf diesen Punkt nicht näher einzu- gehen. Nachdem sich im Gebrauchsmusterlöschungs- und im Patenterteilungsverfahren die mangelnde Schutzfähigkeit der Erfindung des Beklagten herausgestellt hatte, war nicht zu erwarten, daß die Auslandsschutzrechte des Beklagten im Streitfall von Bestand geblieben wären.

8. Der entgangene Gewinn für das Jahr 1970 errechnet sich demnach wie folgt:

Unterbliebener Jahresumsatz: 100.000 Paar

a) Exportquote 10 % = 10.000 Paar zum	
Preise von 2,-- DM	= 20.000 DM
abzüglich Herstellungs- und Vertriebs-	
kosten von 1,61 DM pro Paar	16.100 DM
hierbei entgangener Gewinn	3.900 DM,
	=====

- b) Großhandelsquote 45 % = 45.000 Paar zum
Preise von 2,18 DM = 98.100 DM
- abzüglich Herstellungs- und Vertriebs-
kosten von 1,61 DM pro Paar 72.450 DM
- hierbei entgangener Gewinn 25.650 DM,
=====
- c) Einzelhandelsquote 45 % = 45.000 Paar zum
Preise von 3,30 DM = 148.500 DM
- abzüglich Herstellungs- und Vertriebs-
kosten von 1,61 DM pro Paar 72.450 DM
- hierbei entgangener Gewinn 76.050 DM
=====
- d) Der der Klägerin im Jahre 1970 entgangene Gewinn beträgt
insgesamt 105.600 DM.

9. a) Für das Jahr 1971 hat das Berufungsgericht eine Erhöhung des Lohnstundenrichtsatzes auf 4,75 DM angenommen. Die Revision rügt, es fehle die Angabe von Tatsachen, in welchem Maße sich die Lohnkosten erhöht hätten. Damit kann die Revision nicht durchdringen. Das Berufungsgericht hat ersichtlich die allgemein bekannte Tatsache der jährlichen Lohnkostensteigerung zugrunde gelegt. Die Steigerungsquote von 10,46 % hält sich im Rahmen des dem Tatrichter eingeräumten Spielraumes bei der Feststellung von Tatsachen.

b) Die Herstellungs- und Vertriebskosten der Klägerin für das Jahr 1971 errechnen sich daraus wie folgt:

Materialkosten für 100 Paar	56,95 DM
Lohn (3,72 Std. x 4,75 DM) für 100 Paar	17,67 DM
Fertigungsgemeinkosten 140 %	24,73 DM
Zwischensumme	99,35 DM =====

Übertrag	99,35 DM
Produktionsverlust 2 %	1,98 DM
Zwischensumme	<u>101,33 DM</u> =====
Verwaltungsgemeinkosten 5 %	5,06 DM
Zwischensumme	<u>106,39 DM</u> =====
Entwicklungsaufschlag Fabrik 5 %	5,31 DM
Zwischensumme	<u>111,70 DM</u> =====
Vertriebs- und Verwaltungskosten 50 %	55,85 DM
Gesamtkosten für 100 Paar im Jahre 1971	= <u>167,55 DM</u> =====

c) Der entgangene Gewinn für das Jahr 1971 errechnet sich wie folgt:

Jahresumsatz: 150.000 Paar

ca) Exportquote 10 % = 15.000 Paar zum Preise von 2,-- DM	= 30.000 DM
abzüglich Herstellungs- und Ver- triebskosten von 1,675 DM pro Paar	= <u>25.125 DM</u>
hierbei entgangener Gewinn	<u>4.875 DM</u> =====

cb) Großhandelsquote 45 % = 67.500 Paar zum Preise von 2,18 DM	= 147.150 DM
abzüglich Herstellungs- und Vertriebs- kosten von 1,675 DM pro Paar	= <u>113.062 DM</u>
hierbei entgangener Gewinn	<u>34.088 DM</u> =====

cc) Einzelhandelsquote 45 % = 67.500 Paar zum Preise von 3,30 DM	= 222.750 DM
abzüglich Herstellungs- und Ver- triebskosten von 1,675 DM pro Paar	= 113.062 DM
hierbei entgangener Gewinn	<u>109.688 DM</u> =====

cd) Der der Klägerin im Jahre 1971 entgangene Gewinn
beträgt insgesamt 148.651 DM.

10. a) Für das Jahr 1972 hat das Berufungsgericht eine weitere Erhöhung des Lohnstundenrichtsatzes von 9,4 % auf 5,20 DM und eine zusätzliche Verteuerung der Herstellung der Oberarmschwimmringe mit abgeflachter Innenseite durch zwei zusätzliche Ventile und deren Einschweißen (0,36 Arbeitsstunden) angenommen. Zu der hiergegen erhobenen Rüge der Revision gilt das oben bei 9a) Gesagte entsprechend.

b) Die Herstellungs- und Vertriebskosten der Klägerin für das Jahr 1972 errechnen sich wie folgt:

Folien, Verschnitt, Ventile und Verpackung	61,76 DM
Materialgemeinkosten	2,47 DM
Lohn (4,08 Std. x 5,20 DM)	21,21 DM
Fertigungsgemeinkosten 140 %	29,70 DM
Zwischensumme	<u>115,14 DM</u> =====
Produktionsverlust 2 %	2,30 DM
Zwischensumme	<u>117,44 DM</u> =====
Verwaltungsgemeinkosten 5 %	5,87 DM
Zwischensumme	<u>123,31 DM</u> =====

Übertrag	123,31 DM
Abwicklungsaufschlag Fabrik 5 %	6,16 DM
Zwischensumme	<u>129,47 DM</u>
Vertriebs- und Verwaltungskosten 50 %	64,73 DM
Gesamtkosten für 100 Paar	= <u>194,20 DM</u>

c) Der der Klägerin entgangene Gewinn für das 1972 errechnet sich wie folgt:

Jahresumsatz: 200.000 Paar

ca) Exportquote 10 % = 20.000 Paar zum Preise von 2,-- DM	= 40.000 DM
abzüglich Herstellungs- und Ver- triebskosten von 1,94 DM pro Paar	= <u>38.800 DM</u>
hierbei entgangener Gewinn	<u>1.200 DM</u>

cb) Großhandelsquote 45 % = 90.000 Paar zum Preise von 2,18 DM	= 196.200 DM
abzüglich Herstellungs- und Ver- triebskosten von 1,94 DM pro Paar	= <u>174.600 DM</u>
hierbei entgangener Gewinn	<u>21.600 DM</u>

cc) Einzelhandelsquote 45 % = 90.000 Paar zum Preise von 3,30 DM	= 297.000 DM
abzüglich Herstellungs- und Ver- triebskosten von 1,94 DM pro Paar	= <u>174.600 DM</u>
hierbei entgangener Gewinn	<u>122.400 DM</u>

cd) Der der Klägerin im Jahre 1972 entgangene Gewinn beträgt insgesamt 145.200 DM.

11. Der gesamte der Klägerin entgangene Gewinn für die Jahre 1970 bis 1972 ergibt den Betrag von 399.451 DM.

12. Von dem der Klägerin in den Jahren 1970 bis 1972 entgangenen Gewinn hat das Berufungsgericht zwei Beträge abgezogen. Zu dem ersten dieser Beträge von 103.925 DM (Abzug des mit einfachen Oberarmschwimmringen erzielten Gewinns) ist oben bei II. 5. schon das Erforderliche gesagt. Den zweiten Betrag von 74.185,60 DM hat das Berufungsgericht abgezogen, weil die Klägerin in den Jahren 1970 bis 1972 insgesamt 70.991 Paar Oberarmschwimmringe mit abgeflachter Innenseite abgesetzt habe, die sie von der Vertriebsfirma des Beklagten, der Firma Sp., zum durchschnittlichen Einkaufspreis von 3,705 DM eingekauft und für 4,75 DM an Einzelhändler verkauft habe, wobei ihr eine Gewinnspanne von 1,045 DM verblieben sei. Diese Schwimmringe hätte die Klägerin nach der Feststellung des Berufungsgerichts nicht bezogen, wenn sie in der betreffenden Zeit selbst hätte produzieren können; dann hätte die Klägerin an deren Stelle Schwimmringe aus der eigenen Produktion abgesetzt. Den mit den bezogenen Schwimmringen erzielten Gewinn müsse sich die Klägerin daher anrechnen lassen.

Die Revision rügt die Verletzung des § 412 ZPO. Das Berufungsgericht habe sich ausdrücklich auf die Angaben des gerichtlichen Sachverständigen gestützt, obwohl es zuvor ausgeführt habe, daß für die Schadensschätzung nicht auf dessen Gutachten zurückgegriffen werde.

Auch diese Rüge der Revision hat keinen Erfolg. Die Ausführungen des Berufungsgerichts zum Punkte der Anrechnung des Gewinns aus dem Verkauf der von der Firma Sp[REDACTED] bezogenen Schwimmringe sind so zu verstehen, daß die Klägerin in den betreffenden Jahren nur die vom Berufungsgericht geschätzten Umsätze mit Oberarmschwimmringen mit abgeflachter Innenseite habe erzielen können. Deshalb müßten die Umsätze, die die Klägerin mit von der Firma Sp[REDACTED] bezogenen Schwimmringen betätigt habe, und der dabei erzielte Gewinn von dem insgesamt erzielbaren Gewinn abgezogen werden. So verstanden lassen die Ausführungen des Berufungsgerichts keinen Rechtsfehler erkennen. Der Heranziehung der vom Sachverständigen Bluck mitgeteilten Absatzzahlen der Klägerin in von der Firma Sp[REDACTED] bezogenen Oberarmschwimmringen mit abgeflachter Innenseite bedurfte es nicht. Der Beklagte hat in den Vorinstanzen nicht behauptet, daß die Klägerin in der betreffenden Zeit höhere Umsätze mit von der Firma Sp[REDACTED] bezogenen Oberarmschwimmringen getätigt habe. Die Klägerin hat am 21. September 1977 eine Aufstellung der Firma Spring vom 31. Januar 1973 über ihre Bezüge von der Firma Sp[REDACTED] vorgelegt, aus der sich für die Jahre 1970 bis 1972 ein Gesamtbezug von 69.340 Paar ergibt. Der Beklagte hat die Richtigkeit dieser Aufstellung nicht bestritten. Unter Berücksichtigung der auch vom Berufungsgericht verwerteten Erfahrung, daß nicht alle bezogenen Oberarmschwimmringe im Jahre ihres Bezuges abgesetzt worden sind und von den im Jahre 1969 bezogenen 25.825 Paar Oberarmschwimmringen ein Teil erst im Jahre 1970 abgesetzt worden ist, ist die Feststellung des Berufungsgerichts verfahrensrechtlich nicht zu beanstanden, daß die Klägerin mit den von der Firma Sp[REDACTED] bezogenen Oberarmschwimmringen in den Jahren 1970 bis 1972 bei einem Umsatz von 70.991 Paar einen Gewinn von 74.185,60 DM erzielt hat. Auch die daran geknüpfte Schluß-

folgerung des Berufungsgerichts, daß die Klägerin sich diesen tatsächlich erzielten Gewinn auf den ihr in der betreffenden Zeit entgangenen Gewinn anrechnen lassen muß, begegnet keinen rechtlichen Bedenken.

Von dem Gewinnbetrag von 399.451 DM sind somit die Beträge von 103.925 und 74.185,60 DM abzuziehen, was den Betrag von 221.340,40 DM ergibt.

13. Das Berufungsgericht hat den ermittelten der Klägerin entgangenen Gewinn von 237.589,40 DM im Rahmen der Schätzung um 2.410,60 DM (= 10,145 ‰) auf 240.000 DM aufgerundet. Auch das hält sich im Rahmen der freien Schadensschätzung nach § 287 ZPO. Derselbe Auf-rundungsfaktor von 10,145 ‰ ergibt bei der berichtigten Schadenssumme von 221.340,40 DM den Betrag von 2.245,49 DM. Daraus ergibt sich der der Klägerin zustehende Schadensersatzbetrag von 223.585 DM.

III.

1. Das Berufungsgericht hat eine Minderung des Schadensersatzanspruchs der Klägerin gemäß § 254 BGB abgelehnt. Der Beklagte hatte ein Mitverschulden der Klägerin behauptet, weil die Klägerin es unterlassen habe, von der Firma Sp. in noch größerem Umfange Oberarm-schwimmringe mit abgeflachter Innenseite zu beziehen und an ihre Abnehmer zu verkaufen. Das Berufungsgericht hat dazu ausgeführt, die Klägerin wäre nur in der Lage gewesen, mit ausreichender Gewinnspanne den Einzelhandel zu beliefern, nicht aber den Groß- und Exporthandel. Bei dem vom Beklagten gebundenen Endverkaufspreis von 7,95 DM müsse angenommen werden, daß die Klägerin mit den von der

Firma Sp[REDACTED] bezogenen Schwimmringen den Umsatz erzielt hat, den sie nach Sachlage habe erzielen können.

Hierzu rügt die Revision, die Ausführungen des Berufungsgerichts seien schon deshalb rechtsfehlerhaft, weil der gerichtliche Sachverständige keine Feststellungen über Rabatte beim Verkauf an Einzelhändler, Großabnehmer und an Exporteure getroffen habe. Außerdem sei die vom Berufungsgericht gegebene Begründung völlig inhaltslos und unverständlich.

Auch diese Rügen greifen nicht durch. Die Klägerin war im Rahmen ihrer Verpflichtung, den Schaden nach Möglichkeit zu mindern, nicht gehalten, Oberarmschwimmringe von den Vertriebsunternehmen des Beklagten zu beziehen. Deshalb kann aus dem Umstand, daß sie dort nicht mehr Schwimmringe bezogen und an ihre Abnehmer vertrieben hat, nichts für ein Mitverschulden der Klägerin hergeleitet werden. Soweit die Klägerin dort Schwimmringe mit abgeflachter Innenseite bezogen hat und mit diesen Schwimmringen einen Gewinn gemacht hat, ist dies vom Berufungsgericht berücksichtigt worden.

2. Das Berufungsgericht hat die Verjährungseinrede des Beklagten hinsichtlich des Anspruches der Klägerin auf Ersatz des ihr im Jahre 1970 entgangenen Gewinns nicht durchgreifen lassen, weil die Klägerin die vorliegende Klage erst in dem Zeitpunkt mit einigermaßen Aussicht auf Erfolg habe erheben können, als das Patent durch den Beschluß des Bundespatentgerichts vom 29. August 1972 versagt und die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen worden sei. Es hat sich hierbei auf das Urteil des erkennenden Senats vom 25. April 1968 - X ZR 72/65 - S. 18/19 unter Nr. 3 - gestützt.

Auch die hiergegen gerichtete Sachrüge der Verletzung des § 852 BGB hat keinen Erfolg. Der Senat sieht keine Veranlassung, von seiner Auffassung abzuweichen, daß die für den Beginn des Laufes der dreijährigen Verjährungsfrist des § 852 BGB erforderliche Kenntnis des Geschädigten von sämtlichen Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches mit Ausnahme des Schadensersatzbetrages erst in dem Zeitpunkt gegeben ist, in dem der Geschädigte von der Versagung des Patents Kenntnis erlangt. Die Revision verkennt demgegenüber den vorläufigen Charakter des Schutzes nach § 30 Abs. 1 Satz 2 PatG, der dem Anmelder das volle Risiko der Patentversagung aufbürdet.

IV.

Die Entscheidung über die Kosten beruht auf den §§ 91, 92 und 97 ZPO.

Ballhaus

Bruchhausen

Hesse

Brodeßer

von Albert