

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

SortSchG § 37

Nicola u.a.

- a) Die Grundsätze über die Zulässigkeit eines Testkaufs finden auch im Sortenschutzrecht Anwendung. Überwachungsmaßnahmen eines Sortenschutzberechtigten durch Testkäufe sind grundsätzlich nicht zu beanstanden. Testkäufe können jedoch insbesondere dann unzulässig sein, wenn der Überwacher oder der von ihm Beauftragte verwerfliche Mittel einsetzt, um einen Verdächtigen der Schutzrechtsverletzung zu überführen.
- b) Im Sortenschutzrecht bedürfen die Feststellung der Schadensersatzpflicht und die Verurteilung zur Rechnungslegung wie im Patentrecht nur insoweit einer zeitlichen Abgrenzung, als der Zeitraum, innerhalb dessen eine Benutzungshandlung erfolgt ist, für deren Kennzeichnung als schuldhaft rechtswidrige Verletzungshandlung bestimmend ist. Im übrigen entbehren beide Verurteilungen der zeitlichen Beziehung, weil allein auf die Verletzungshandlung abgestellt wird, ohne daß dabei der Zeitpunkt, zu dem sie vorgenommen worden ist, eine Rolle spielt. An diesen Grundsätzen hält der Senat auch angesichts des Urteils des I. Zivilsenats vom 26. November 1987 (I ZR 123/85, GRUR 1988, 307, 308 - Gaby) fest.

BGH, Urt. v. 25. Februar 1992 - X ZR 41/90 - OLG Celle

LG Lüneburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

X ZR 41/90

URTEIL

Verkündet am:
25. Februar 1992
Welte
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. S- R- Pflanzenzucht GbR, bestehend aus den Gesellschaftern Dr. K v. K, Jost K, Dr. Ludwig K, R Kartoffelzucht & Handelsgesellschaft mbH, gesetzlich vertreten durch ihren Geschäftsführer Wilfried K, und P S- GmbH, gesetzlich vertreten durch ihren Geschäftsführer Joachim N. B, K Allee, H
2. S So-B e.G., gesetzlich vertreten durch ihre Vorstandsmitglieder Peter A, Werner P, Günther H, Wilhelm H, Peter M, Rudolf S, Hans-Wilhelm T, und Heinrich W, C Straße S,
3. U S KG, gesetzlich vertreten durch ihren persönlich haftenden Gesellschafter Nicolas F P,

Klägerinnen, Revisionsklägerinnen
und Anschlußrevisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dipl.-Phys. und -

gegen

Anni G KG, gesetzlich vertreten durch ihre persönlich haftende Gesellschafterin Anni G, H, O, W

Beklagte, Revisionsbeklagte
und Anschlußrevisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. und Dr. -

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. Februar 1992 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Bruchhausen und die Richter Dipl.-Ing. Frhr. v. Maltzahn, Dr. Jestaedt, Dr. Broß und Dr. Melullis

für Recht erkannt:

- I. Auf die Revision der Klägerinnen und die Anschlußrevision der Beklagten wird das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 15. Februar 1990 teilweise und im Kostenpunkt aufgehoben und hinsichtlich der Unterlassung wie folgt neu gefaßt:

Die Beklagte wird verurteilt,

es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 500.000,-- DM, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten für jeden Einzelfall, zu vollziehen an ihrem jeweiligen persönlich haftenden Gesellschafter, zu unterlassen, ohne Erlaubnis

- a) der Klägerin zu 1 Vermehrungsgut der Kartoffelsorten "Christa", "Granola" und "Grandifolia",
- b) der Klägerin zu 2 Vermehrungsgut der Kartoffelsorte "Nicola",
- c) der Klägerin zu 3 Vermehrungsgut der Kartoffelsorte "Assia",

in Verkehr zu bringen, d.h. Dritten als Vermehrungsgut anzubieten, Dritten gegenüber als Vermehrungsgut feilzuhalten, soweit nicht durch geeignete Mittel (Behandlung mit keimenden Mitteln und/oder Anzeige an die Sortenschutzberechtigten) sichergestellt ist, daß die Kartoffeln ausschließlich zum Konsum benutzt werden,

oder zu Pflanzzwecken abzugeben.



- II. Die Klage auf Unterlassung, Rechnungslegung und Auskunft sowie auf Feststellung der Schadenersatzpflicht hinsichtlich weiterer, in Ziffer I. nicht genannter Sortenschutzrechte wird abgewiesen.
- III. Im übrigen wird der Rechtsstreit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerinnen sind Kartoffelzuchtunternehmen und Inhaber bzw. ausschließliche Lizenznehmer von Sortenschutzrechten an Kartoffelsorten.

Die Klägerin zu 3 hatte die S [REDACTED]-T [REDACTED]-GmbH in B [REDACTED] gebeten, die Einhaltung der Sortenschutzbestimmungen durch die mit der Vermehrung betrauten Landwirte zu überwachen. Die Treuhandverwaltung beauftragte eine Detektei in H [REDACTED] die mit deren Einverständnis unter der Firma "W [REDACTED] & E [REDACTED]" über Anzeigen Speise- und Saatkartoffeln zu erwerben suchte.

Die Beklagte, ein Landhandelsunternehmen, verkaufte am 15. März 1988 der W [REDACTED] & E [REDACTED] 50 dz Kartoffeln der Sorte "Nicola" und 40 dz "Christa", die sie von dem zur Vermehrung befugten Landwirt He [REDACTED] erworben hatte. Die Kartoffeln waren pflanzgutüblich abgepackt, plombiert und mit Etiketten versehen, die die Sortenbezeichnung, die Kennzeichnung "zertifiziertes Pflanzgut", die Anerkennungsnummer und

die Sortierung auswiesen. Am 23. März 1988 verkaufte die Beklagte der W[REDACTED] & E[REDACTED] 151 dz "Grandifolia" sowie 97 dz "Granola" (jeweils sortiert 35/50) und am 31. März 1988 weitere 60 dz "Assia". Auch diese Kartoffeln stammten von He[REDACTED]. Sie waren in 50 kg-Jutesäcken verpackt und mit einer Plombe "Saatgut amtlich verschlossen" versehen. Vor der Auslieferung an die Käuferin stellte die Polizei die Kartoffeln sicher. Sie wurden dem Landwirt He[REDACTED] zurückgegeben. Ende März 1988 war die Pflanzzeit für die verkauften Saatkartoffeln noch nicht beendet.

Bei Verkäufen von Saatkartoffeln haben die lizenzierten Vermehrungsbetriebe an die Klägerin zu 1 für die Kartoffelsorte "Christa" eine Lizenzgebühr von 8,-- DM/dz, für die Sorte "Grandifolia" 8,30 DM/dz und für die Sorte "Granola" 8,20 DM/dz zu zahlen. Die Klägerin zu 2 erlöst für die Kartoffelsorte "Nicola" 9,35 DM/dz.

Die Klägerinnen haben in den Verkäufen eine Verletzung ihrer Sortenschutzrechte gesehen, weil die Beklagte die Kartoffeln unberechtigt als Saatgut veräußert habe. Die Klägerin zu 1 verlangt als Schadensersatz für die Sorte "Christa" 320,-- DM, für die Sorte "Grandifolia" 1.245,-- DM und für die Sorte "Granola" 795,40 DM. Die Klägerin zu 2 fordert für die Sorte "Nicola" 467,50 DM.

Die Klägerinnen haben beantragt,

I. die Beklagte zu verurteilen,

1. es bei Meidung von Ordnungsmitteln zu unterlassen, ohne Erlaubnis

der Klägerin zu 1 Vermehrungsgut der Kartoffelsorten "Atica", "Aula", "Christa", "Cosima", "Culpa", "Erntestolz", "Eroica", "Fantasia", "Isola", "Optima", "Planta", "Rustica", "Secura", "Semena", "Valetta", "Arnica", "Deodora", "Granola", "Melo", "Sandra" und "Grandifolia", an denen der Klägerin zu 1 das ausschließliche Nutzungsrecht zusteht,

der Klägerin zu 2 Vermehrungsgut der für diese eingetragenen Kartoffelsorten "Gloria", "Maja", "Mentor" und "Nicola",

der Klägerin zu 3 Vermehrungsgut der für diese eingetragenen Kartoffelsorten "Assia", "Burana", "Clarissa", "Ilona", "Panda", "Prima", "Rusalca" und "Univita"

in den Verkehr zu bringen, d.h. anzubieten, vorrätig zur Abgabe zu halten, feilzuhalten, zu Pflanzzwecken abzugeben und/oder hierfür zu erzeugen;

2. gegenüber den Klägerinnen Rechnung über die von ihr seit dem 1. Juli 1987 begangenen Handlungen gemäß Ziffer I.1. zu legen, und zwar unter Vorlage von Verzeichnissen, welche die Menge des von ihr widerrechtlich in Verkehr gebrachten Vermehrungsguts unter Angabe der Sorte, des Lieferpreises, der Lieferzeit und der jeweiligen Abnehmer bezeichnen;
3. an die Klägerin zu 1 2.360,40 DM und an die Klägerin zu 2 2.467,50 DM jeweils nebst 4 % p.a. Zinsen seit dem 2. Juni 1988 zu zahlen;

- II. festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet ist, den Klägerinnen auch allen weiteren Schaden zu ersetzen, der diesen durch die in Ziffer I.1. bezeichneten Handlungen der Beklagten entstanden ist und weiter entstehen wird.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat eine Schutzrechtsverletzung bestritten und behauptet, sie habe die Kartoffeln ausdrücklich als Speisekartoffeln verkauft. Sie habe den Scheincharakter der W[REDACTED] & E[REDACTED] gekannt. Allerdings habe ihr Angestellter G[REDACTED] dies nicht gewußt. Deshalb habe er auf entsprechende schriftliche Weisung, womöglich ihres Prokuristen, am 23. März 1988 Kartoffeln der Sorten "Grandifolia" und "Granola" an die W[REDACTED] & E[REDACTED] verkauft. Zu der Gutschrift vom 23. März 1988 sei ihr Angestellter G[REDACTED] nicht autorisiert gewesen. Sie habe später festgestellt, daß diese von der W[REDACTED] & E[REDACTED] ausgestellte Gutschrift über Kartoffeln "zum Pflanzen" der Bestellung nicht entsprochen habe; tatsächlich seien ausschließlich Speisekartoffeln verkauft worden. Im übrigen bestehe auch keine Wiederholungsgefahr, weil die persönlich haftende Gesellschafterin der Beklagten derartige Geschäfte nicht schließe und die W[REDACTED] & E[REDACTED] ihre Tätigkeit inzwischen eingestellt habe.

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme den Klagen im wesentlichen nach Antrag stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche, soweit nicht erledigt, bejaht, die Rechnungslegungs- und Schadensfeststellungsklage aber abgewiesen.

Mit ihrer Revision erstreben die Klägerinnen die weitere Verurteilung der Beklagten zur Rechnungslegung und Auskunft sowie die Feststellung der Schadensersatzpflicht. Sie beantragen,

das angefochtene Urteil aufzuheben, soweit zum Nachteil der Klägerinnen erkannt worden ist, und die Berufung mit der Maßgabe zurückzuweisen, daß die Beklagte verurteilt wird, den sich nach Rechnungsle-

gung gegebenenfalls ergebenden Schadensbetrag an die jeweilige Klägerin zu zahlen.

Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision der Klägerinnen und beantragt im Wege der Anschlußrevision,

das angefochtene Urteil aufzuheben, soweit zu Lasten der Beklagten erkannt worden ist, und unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Klage in vollem Umfang abzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Klägerinnen und die Anschlußrevision der Beklagten haben teilweise Erfolg.

I.

1. Das Berufungsgericht hat das Unterlassungsbegehren der Klägerinnen aus § 37 Abs. 1 Nr. 1 in Verbindung mit § 10 Satz 1 Nr. 1 SortSchG als begründet angesehen.

Es hat festgestellt, die Beklagte habe am 15., 23. und 31. März 1988 durch Verkauf rechtswidrig Vermehrungsgut der geschützten Kartoffelsorten "Nicola", "Christa", "Grandifolia", "Granola" und "Assia" in Verkehr gebracht und damit gegen § 10 Satz 1 Nr. 1 SortSchG verstoßen. Hinsichtlich des Vorgangs am 23. März 1988 komme es nicht darauf an, ob der für die Beklagte handelnde Angestellte den Scheincharakter der W[REDACTED] & E[REDACTED] gekannt habe und zum Verkauf autorisiert gewesen sei oder ob der Prokurist der Beklagten die "Gutschrift" der Käuferin gegengezeichnet habe. Entscheidend sei allein, daß Kartoffeln der geschützten Sorten

"Grandifolia" und "Granola" "zum Pflanzen" durch Personen verkauft worden seien, deren rechtswidriges Verhalten der Beklagten zuzurechnen sei. Im übrigen ergebe sich aus dem Prozeßvortrag der Beklagten, daß ihr Prokurist den Kaufvertrag telefonisch abgeschlossen habe.

Das Berufungsgericht hat weiter die Auffassung vertreten, die Beklagte habe trotz Verkaufs an einen agent provocateur rechtswidrig gehandelt. Im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes sei der Einsatz von Testpersonen zur Aufklärung rechtswidriger Handlungen anerkannt. Die Grenze zwischen erlaubter und unerlaubter Aufklärung werde erst überschritten, wenn die eingesetzte Testperson selbst sittenwidrig handle, was hier nicht festzustellen sei. Der Detektei in H[REDACTED] sei nicht verboten, unter der Firmenbezeichnung "W[REDACTED] & E[REDACTED]" als Testkäuferin aufzutreten und mit Anzeigen Saat- und Speisekartoffeln zum Kauf zu suchen. Den betreffenden Landwirten und Landhandelsunternehmen habe ein Verkauf freigestanden. Die W[REDACTED] & E[REDACTED] habe auch keine rechtswidrigen Handlungen vorgenommen, um die Beklagte zum Rechtsbruch zu verleiten. Die Beklagte habe aus der Art der Verpackung und Verplombung, in den Fällen vom 15. und 23. März 1988 auch aus den Unterlagen erkennen können, daß sie unter Verstoß gegen die Bestimmungen des Sortenschutzgesetzes Pflanzgut verkaufte.

Wiederholungsgefahr sei hinsichtlich der Sorten "Nicola", "Christa", "Grandifolia", "Granola" und "Assia" gegeben. Es stehe nicht fest, daß die Beklagte mit dem "Verschwinden" der W[REDACTED] & E[REDACTED] vom Markt von weiteren

rechtswidrigen Handlungen im Sinne von § 37 SortSchG absehen werde. Die Beklagte habe auch von einem weiteren Landwirt Saatkartoffeln aufgekauft, um sie weiterzuveräußern. Hinsichtlich aller weiteren Sorten der Klägerinnen sei Erstbegehungsgefahr begründet. Die Beklagte sei als Landhandelsunternehmen imstande und nach ihrem Geschäftszweck gewillt, Kartoffeln aller Art zu erwerben und zu verkaufen.

2. Das Berufungsgericht hat ferner der Klägerin zu 1 Schadensersatz in Höhe von 2.040,40 DM nebst Zinsen aus § 37 Abs. 2 SortSchG zuerkannt und ausgeführt, auch in diesem Zusammenhang komme es nicht darauf an, ob der Angestellte der Beklagten erkannt habe, daß der Aufkäufer eine Testperson war. Entscheidend sei dessen Verschulden. Der Angestellte habe erkannt, daß es sich bei der verkauften Ware um Saatkartoffeln handelte. Der Klägerin sei ein Schaden entstanden, da ihr durch die "Schwarz"-Verkäufe Lizenzgebühren entgangen seien. Wäre das Saatgut mit ihrer Zustimmung verkauft worden, hätte sie die dafür angefallene Lizenzgebühr erhalten.

3. Hingegen hat das Berufungsgericht die Ansprüche auf Rechnungslegung und Schadensfeststellung nicht für gerechtfertigt gehalten. Es könne dahinstehen, ob die Beklagte verpflichtet sei, Auskunft über ein womöglich strafrechtlich relevantes Verhalten ihrer Angestellten zu erteilen. Auskunft könne nur verlangt werden, wenn die Verletzungshandlung feststehe und der Schaden nur aufgrund weiterer Angaben des Verletzers berechnet werden könne. Hingegen sei ein Auskunftsanspruch nicht gegeben, wenn wie im vorliegen-

den Fall, sich die Auskunft auf weitere unerlaubte Handlungen des Verletzers beziehen solle, damit der Verletzte weitere Schadensersatzansprüche geltend machen könne. Es lägen keine Anhaltspunkte dafür vor, daß die festgestellten Verletzungshandlungen als Ausschnitte aus einer von einem Gesamtvorsatz getragenen einheitlichen, fortgesetzten Handlung der Beklagten anzusehen seien, so daß auch unter diesem Gesichtspunkt eine weitere Auskunft nicht verlangt werden könne. Soweit die Klägerinnen nunmehr im Wege der Stufenklage eine unbezifferte Leistungsklage nach Maßgabe der Rechnungslegung beantragt hätten, sei eine solche Klage zwar zulässig, indessen unbegründet, weil es bereits an einem Auskunftsanspruch fehle.

II.

Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Nachprüfung nur teilweise stand.

1. Ohne Erfolg macht allerdings die Anschlußrevision geltend, das Berufungsgericht habe den Unterlassungsanspruch der Klägerinnen schon deshalb verneinen müssen, weil die Testgeschäfte unzulässig gewesen seien. Ein Anspruch nach § 37 Abs. 1 SortSchG setze voraus, daß die Verkäufe ohne Zustimmung des Sortenschutzinhabers vorgenommen worden seien. Ein Schutzrechtsinhaber, der einen anderen durch Testkäufer zu einer nach § 10 Abs. 1 SortSchG ausschließlich ihm vorbehaltenen Handlung anstifte, könne sich nicht auf mangelnde Zustimmung berufen. Die Testkäuferin habe rechtswidrige Mittel eingesetzt. Ziel der Anzeigen, mit denen die W[REDACTED] &

E [REDACTED] Speise- und Saatkartoffeln zum Ankauf gesucht habe, sei es gewesen, Vermehrungsbetriebe und Landhändler zu einem nach § 39 SortSchG strafbaren Vertrieb zu verleiten, um die "schwarzen Schafe" ausfindig zu machen. Anzeigen und Testkäufe seien daher als verwerfliches Mittel anzusehen, welche die Testkäufe unzulässig machten.

Wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei angenommen hat, richtet sich die Zulässigkeit von Testkäufen im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes nach den von der Rechtsprechung entwickelten allgemeinen Grundsätzen. Danach sind Testkäufe grundsätzlich zulässig. Bei Vorliegen besonderer Umstände sind sie jedoch als sittenwidrig anzusehen, insbesondere wenn mit ihnen lediglich die Absicht verfolgt wird, den Mitbewerber "hereinzulegen", oder wenn verwerfliche Mittel angewandt werden, um ein unzulässiges Geschäft herbeizuführen. Hierunter fallen insbesondere die in den Bereich der Strafbarkeit reichenden oder anderweit verwerflichen Mittel, unter anderem auch die Anwendung besonderer Verführungskunst. Verwerfliche Mittel sind auch rechtswidrige Handlungen des testenden Mitbewerbers, und zwar nicht nur Straftaten, sondern auch sonstige von der Rechtsordnung verbotene Handlungen, weil grundsätzlich nicht deshalb Rechtsverletzungen hingenommen werden können, damit konkurrierende Unternehmen ihre wettbewerblichen Interessen besser verfolgen können (BGH, Urt. v. 3.11.1988 - I ZR 231/86, GRUR 1989, 113, 114 - Mietwagen-Testfahrt; vgl. auch BGH, Urt. v. 14.4.1965 - Ib ZR 72/63, BGHZ 43, 359, 367 = GRUR 1965, 612 - Warnschild; BGH, Urt. v. 2.4.1965 - Ib ZR 71/63, GRUR 1965, 607, 609 - Funkmietwagen; BGH, Urt. v. 19.12.1984

- I ZR 181/82, GRUR 1985, 447, 450 - Provisionsweitergabe;
Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 16. Aufl., § 1
Rdn. 245 ff. m.w.N.).

Diese im Wettbewerbsrecht entwickelten Grundsätze finden auch im Sortenschutzrecht Anwendung. Überwachungsmaßnahmen der Sortenschutzberechtigten durch Testkäufe sind grundsätzlich nicht zu beanstanden. Testkäufe können allerdings insbesondere dann als unzulässig anzusehen sein, wenn der Überwacher oder der von ihm Beauftragte verwerfliche Mittel einsetzt, um einen der Schutzrechtsverletzung Verdächtigen zu überführen.

Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei festgestellt, daß die Testkäuferin ausschließlich durch Anzeigen ihr Interesse am Ankauf von Speise- und Saatkartoffeln zum Ausdruck brachte. Es hat auch unterstellt, daß es sich bei den Vertriebshandlungen der durch diese Anzeigen Angesprochenen um nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 SortSchG unzulässige und unter Umständen sogar um nach § 39 SortSchG strafbare Handlungen handeln kann. Das Berufungsgericht hat jedoch keine Anhaltspunkte dafür finden können, daß die W. & E. rechtswidrige Handlungen vorgenommen hat. Die Beklagte hat insofern weder einen Rechtsfehler aufgezeigt noch ist ersichtlich, daß die Testkäuferin die Beklagte zum Rechtsbruch angestiftet, also im Sinne von § 26 StGB die Beklagte zu einer vorsätzlichen, rechtswidrigen Handlung bestimmt hat, oder in sonstiger Weise zum Verkauf des hier in Rede stehenden Saatguts verleitet hat. Der bloße Aufkauf rechtswidrig in Verkehr gebrachten Saatguts reicht jedenfalls nicht zur Annahme eines unzulässigen Testkaufs aus.

2. Mit Erfolg rügt die Anschlußrevision jedoch die Annahme des Berufungsgerichts, den Klägerinnen stehe ein vorbeugender Unterlassungsanspruch auch hinsichtlich der geschützten Kartoffelsorten zu, die nicht Gegenstand der Verkäufe am 15., 23. und 31. März 1988 gewesen sind.

a) Ein Unterlassungsanspruch, der sich gegen eine künftige Verletzungshandlung richtet, setzt eine Begehungsgefahr voraus, d.h. die ernsthaftes Besorgnis, daß in Zukunft gegen die gegebene Unterlassungspflicht verstoßen wird. Diese ernsthaftes Besorgnis einer künftigen, unmittelbar bevorstehenden Rechtsverletzung kann begründet sein, wenn entweder die Gefahr einer erstmaligen Verletzungshandlung (Erstbegehungsgefahr) oder die Gefahr der Wiederholung eines schon einmal begangenen Verstoßes besteht. Dabei muß sich die drohende Verletzungshandlung in tatsächlicher Hinsicht so greifbar abzeichnen, daß eine zuverlässige Beurteilung unter rechtlichen Gesichtspunkten möglich ist (vgl. BGH, Urt. v. 26.4.1990 - I ZR 99/88, GRUR 1990, 687, 688 - Anzeigenpreis II; Urt. v. 16.1.1992 - I ZR 20/90 - Systemunterschiede, Umdruck S. 6; Urt. v. 16.1.1992 - I ZR 84/90 - Jubiläumsverkauf, Umdruck S. 9; Benkard, PatG GebrMG, 8. Aufl. 1988, § 139 Rdn. 28; Baumbach/Hefermehl, aaO, Einl. UWG Rdn. 260). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs begründet eine Erstbegehungsgefahr, wer sich des Rechts berühmt, bestimmte Handlungen vornehmen zu dürfen (vgl. BGH, Urt. v. 26.10.1951 - I ZR 8/51, BGHZ 3, 270, 276 - Constanze I; ferner BGH, Urt. v. 9.10.1986 - I ZR 158/84, GRUR 1987, 125, 126 - Berühmung; BGH, Urt. v. 26.4.1990 - I ZR 198/88, GRUR 1990, 678, 679 - Herstellerkennzeichen

auf Unfallwagen; zuletzt BGH, Urt. v. 16.1.1992 - I ZR 20/90 - Systemunterschiede, Umdruck S. 6, 7). Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn eine solche Berührung im Rahmen der Rechtsverteidigung in einem Prozeß erfolgt, weil die Lebenserfahrung dafür spricht, daß die Verteidigung einer bestimmten Handlungsweise jedenfalls auch den Weg zu ihrer (beabsichtigten) künftigen Fortsetzung eröffnen soll (BGH, Urt. v. 16.1.1992 - I ZR 20/90 - Systemunterschiede, Umdruck S. 7). Allerdings genügt die Behauptung einer bloßen Möglichkeit, daß sich die Gefahr eines Eingriffs ergeben könnte, für die Begründung einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit der tatsächlichen Verletzung nicht, und zwar selbst dann nicht, wenn die Übernahme einer förmlichen Unterlassungsverpflichtung abgelehnt wurde (vgl. BGH, Urt. v. 18.12.1969 - Ia ZR 52/67, GRUR 1970, 358, 360 - Heißläuferdetektor). Ausführungsformen, deren Herstellung und Vertrieb der Verletzer weder vorgenommen noch beansprucht hat, können nicht Gegenstand eines Unterlassungsanspruchs sein. Es müssen vielmehr Umstände vorliegen, die darauf schließen lassen, daß der Betreffende den Entschluß zur Verletzung bereits gefaßt hat und daß es nur noch von ihm abhängt, ob es zu einer Verletzung kommt oder nicht. Die Feststellung der Erstbegehungsfahr ist im wesentlichen Tatfrage (BGH, Urt. v. 2.12.1982 - I ZR 121/80, GRUR 1983, 186 - Wiederholte Unterwerfung; Urt. v. 24.4.1986 - I ZR 56/84, GRUR 1987, 45, 46 - Sommerpreiswerbung); es sind allerdings alle maßgeblichen Umstände zu berücksichtigen (BGH, Urt. v. 26.4.1990 - I ZR 99/88, GRUR 1990, 687 - Anzeigenpreis II).

b) Diese Grundsätze hat das Berufungsgericht nicht gebührend beachtet. Es hat die Erstbegehungsfahr hinsicht-

lich der von der Beklagten nicht in Verkehr gebrachten geschützten Kartoffelsorten ausschließlich darauf gestützt, daß nach den Darlegungen der Klägerinnen eine unmittelbar drohende Eingriffsgefahr bestehe, weil die Beklagte ein Landhandelsunternehmen sei und weil sie daher imstande und nach ihrem Geschäftszweck auch gewillt sei, Kartoffeln aller Art aufzukaufen und zu vertreiben. Diese Feststellungen rechtfertigen zwar die Vermutung der Wiederholungsgefahr hinsichtlich der durch Vertriebshandlungen der Beklagten verletzten Sortenschutzrechte, begründen aber nicht die Annahme einer unmittelbar drohenden ernsthaften Gefahr erstmaliger Verletzung der weiteren Sortenschutzrechte der Klägerinnen. Der Umstand allein, daß die Beklagte ein Landhandelsunternehmen ist, läßt auch im Hinblick darauf, daß es bereits wegen anderer geschützter Sorten zu Sortenschutzverletzungen gekommen ist, noch nicht den hinreichenden Schluß zu, daß die Beklagte auch weitere Sortenschutzrechte der Klägerinnen nicht beachten werde. Selbst wenn die Verletzung von Sortenschutzrechten in der Praxis nur schwer festzustellen ist und daher nicht allzu strenge Maßstäbe für die Feststellung der Erstbegehungsgefahr zweckmäßig erscheinen, kann im Interesse der Rechtssicherheit im Sortenschutzprozeß nicht auf die schlüssige Behauptung von Anhaltspunkten und den von den Klägerinnen zu erbringenden Beweis der tatsächlichen Umstände verzichtet werden, welche den Schluß unmittelbar drohender Gefahr erstmaliger Verletzung rechtfertigen. Die bloße Vermutung weiterer Verletzungen aufgrund des Handelsgegenstandes und des Geschäftszwecks der Beklagten reicht dazu nicht aus. Vielmehr hätten die Klägerinnen weiter im einzelnen darlegen müssen, ob und welche der geltend

gemachten geschützten Kartoffelsorten, die nicht Gegenstand der beanstandeten Verkäufe waren, zur Pflanzzeit im Frühjahr 1988 verfügbar waren, von der Beklagten bezogen werden konnten und ob gerade diese Sorten im Einzugsgebiet der Beklagten gepflanzt zu werden pflegen. Mangels Darlegung konkreter objektiver Anhaltspunkte für eine Verletzungshandlung konnte auch die unter Beweis gestellte Behauptung der Klägerinnen, der Prokurist der Beklagten habe sich an die W. & E. mit dem Anerbieten gewandt, für sie Kartoffelpflanzgut aus dem Raum Lüchow/Hitzacker/Dannenberg aufzukaufen, die Erstbegehungsfahr hinsichtlich der hier in Rede stehenden Sorten nicht begründen.

3. Dem Berufungsgericht kann auch ohne weitere Feststellungen nicht darin gefolgt werden, daß der Klägerin zu 1 ein Schadensersatzanspruch in Höhe von 2.040,40 DM zusteht.

a) Zutreffend hat zwar das Berufungsgericht ausgeführt, der Klägerin zu 1 sei ein Schaden in Form entgangener Lizenzgebühren dadurch entstanden, daß die Beklagte geschütztes Saatgut ohne Zustimmung der Klägerin zu 1 verkauft und hierfür keine Lizenzen an die Sortenschutzberechtigte gezahlt habe. Mit Recht hat das Berufungsgericht dabei auch dem Umstand keine Bedeutung beigemessen, daß es sich bei der Käuferin des Saatguts um einen von den Klägerinnen beauftragten Testkäufer handelte.

b) Ein Schadensersatzanspruch nach § 37 Abs. 2 Satz 1 SortSchG setzt jedoch eine schuldhafte Benutzungshandlung im Sinne des § 37 Abs. 1 SortSchG und damit Kenntnis oder fahr-

lässige Unkenntnis des unberechtigten Vertriebs geschützten Saatguts voraus. Vorsätzlich handelt, wer in Kenntnis des Bestehens und des Inhalts eines Sortenschutzrechts bewußt, ohne dazu berechtigt zu sein, die Tatbestände des § 37 Abs. 1 SortSchG verwirklicht, oder wer diese genaue Kenntnis billigend in Kauf nimmt, fahrlässig (§ 276 Abs. 1 Satz 2 BGB), wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt, wobei von jemandem, der mit Saatgut handelt, verlangt werden muß, daß er die auf diesem Gebiet bestehenden Schutzrechte kennt und daß er sich bei Anwendung verkehrsüblicher Sorgfalt über die Möglichkeit der Schutzrechtsverletzung hätte klar werden können (vgl. Wuesthoff/Leßmann/Wendt, Sortenschutzgesetz, 2. Aufl. § 37 Rdn. 29). Solche Anhaltspunkte für ein Verschulden der Beklagten lassen sich dem Berufungsurteil nicht entnehmen. Das Berufungsgericht hat lediglich festgestellt, der Angestellte Manfred G. habe aus der Verpackung und Verplombung der Kartoffeln und der Prokurist Franz G. aus dem Preis erkannt bzw. erkennen können und müssen, daß es sich um Saatgut handelte. Abgesehen davon, daß sich diese Ausführungen des Berufungsgerichts nur auf den Vorfall vom 23. März 1988 beziehen und weitere Feststellungen zu den Verkaufsfällen vom 15. und 23. März 1988 fehlen, reicht dies zum Beweis eines Verschuldens nicht aus. Da der Landwirt He., der Kartoffellieferant, unstreitig zur Vermehrung und zur entsprechenden Kennzeichnung des Saatguts berechtigt war, läge ein Verschulden nur vor, wenn die Beklagte gewußt oder schuldhaft nicht gewußt hätte, daß der Landwirt He. nicht berechtigt war, das mit Zustimmung der Klägerinnen erzeugte Saatgut ohne deren Einverständnis an Landhandelsunternehmen zu vertreiben.

III.

Die Revision der Klägerinnen hat nur zum Teil Erfolg.

1. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht einen Rechnungslegungsanspruch der Klägerin zu 1 nach § 259 BGB auch hinsichtlich der unstreitigen Verletzungsfälle verneint. Sollte sich erweisen, daß die Beklagte schuldhaft gehandelt hat oder daß den Klägerinnen weitergehende Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche nach § 37 Abs. 2 Satz 2 SortSchG zustehen, was das Berufungsgericht bislang nicht geprüft hat, so könnte ein Rechnungslegungsanspruch begründet sein. Um dem Verletzten die Prüfung zu ermöglichen, ob und in welcher Höhe ihm Ansprüche gegen den Verletzer zustehen, gewährt ihm die Rechtsprechung zur Verwirklichung seines Schadensersatzanspruchs einen Anspruch gegen den Verletzer auf Rechnungslegung gemäß § 259 BGB (vgl. u.a. RGZ 127, 243, 244; BGH, Urt. v. 16.9.1982 - X ZR 54/81, GRUR 1982, 723 - Dampffrisierstab I; Urt. v. 3.7.1984 - X ZR 34/83, GRUR 1984, 728, 730 - Dampffrisierstab II; Urt. v. 26.11.1987 - I ZR 123/85, GRUR 1988, 307, 308 - Gaby; Benkard, aaO, § 139 Rdn. 88; Wuesthoff/Leßmann/Wendt, aaO, § 37 Rdn. 36).

2. Hingegen hat das Berufungsgericht den weitergehenden Anspruch, mit dem die Klägerinnen auch Auskunft über Verkäufe hinsichtlich ihrer übrigen geschützten Kartoffelsorten verlangen, entsprechend den dargelegten Grundsätzen im Ergebnis mit zutreffenden Erwägungen verneint, weil insoweit Schadensersatz- oder Bereicherungsansprüche mangels festge-

stellter Verletzungshandlungen dem Grunde nach nicht bestehen.

a) Zu Unrecht meinen die Klägerinnen, aufgrund der festgestellten Verletzungsfälle sei nach der Lebenserfahrung Fortsetzungszusammenhang mit möglichen weiteren Verletzungsfällen gegeben; den Klägerinnen stehe daher ein Ermittlungsauskunftsanspruch auch hinsichtlich ihrer weiteren geschützten Kartoffelsorten zu. Ist eine Verletzung eines Schutzrechts nicht festgestellt, so ist der als Verletzer Angegriffene grundsätzlich nicht verpflichtet, dem Schutzrechtsinhaber Auskunft darüber zu geben, ob die tatsächlichen Voraussetzungen für eine Verletzung vorliegen. Der Begriff der fortgesetzten Handlung ist auch in diesem Zusammenhang nicht geeignet, die fehlende Feststellung weiterer Verletzungshandlungen zu ersetzen, weil eine fortgesetzte Handlung mehrere festgestellte Einzelhandlungen voraussetzt und lediglich bewirkt, daß diese als eine behandelt werden.

b) Die Revision kann auch nicht durch den Hinweis auf das Urteil des Senats vom 15. Dezember 1987 (X ZR 55/86, GRUR 1988, 370 - Achat) mit Erfolg rügen, das Berufungsgericht habe fehlerhaft nicht berücksichtigt, daß auch dann ein Auskunftsanspruch gewährt werde, wenn eine Rechtsverletzung nachgewiesen sei, die mit hoher Wahrscheinlichkeit auf weitere Rechtsverletzungen schließen lasse. Die der Beklagten nachgewiesenen Verletzungsfälle fielen sämtlich in die Kartoffelpflanzzeit im Frühjahr 1988; daraus folge die Wahrscheinlichkeit, daß die Beklagte außer mit der W [REDACTED] & E [REDACTED] auch mit weiteren Dritten sortenschutzverletzende

Geschäfte getätigt habe. Das Berufungsgericht habe ferner nicht berücksichtigt, daß die Gesamtumstände auf der gewerblichen Vertriebsseite maßgeblich seien. Die Beklagte habe bei Verkäufen während der Pflanzzeit keinerlei Maßnahmen ergriffen, daß nicht Speisekartoffeln als Saatgut verwendet würden. Sie habe sich keine Gedanken über die Verwendung der verkauften Kartoffeln gemacht. Allein die mangelhafte Organisation des Betriebs der Beklagten führe deshalb zu deren Verpflichtung, die sich daraus ergebende Gefährdung der Sortenschutzrechte der Klägerinnen zu beseitigen. Diese Gefährdung bestehe solange fort, wie den Klägerinnen nicht bekannt sei, an welche Abnehmer die Beklagte als Vermehrungsgut geeignete Kartoffeln in den Pflanzjahren 1988/1989 veräußert habe. Im übrigen entstehe bereits beim Vertrieb von geschützten Sorten eine besondere Schutzpflicht des Vertreibers. Beim Vertrieb von zu Vermehrungszwecken geeigneten Pflanzenmaterials bestehe nicht die Möglichkeit, anhand äußerer Merkmale festzustellen, ob ein Bestimmen zu Vermehrungszwecken und damit ein Verstoß gegen die §§ 37 Abs. 1 und 2, 10 Abs. 1 Ziff. 1 SortSchG vorliege oder ob das potentielle Pflanzgut lediglich zum Zwecke des Konsums vertrieben werde.

Die Ausführungen der Klägerinnen verkennen den Inhalt der Achat-Entscheidung des Senats. Diese Entscheidung betraf den Gegenstand der Verletzungshandlung, nicht aber die im Streitfall zu entscheidende Frage, ob die nachgewiesenen Verletzungsfälle einen Ermittlungs- Auskunftsanspruch hinsichtlich anderer Sortenschutzrechte gleicher Gattung des Schutzrechtsinhabers, deren Verletzung hier nicht einmal

behauptet ist, rechtfertigen. Die dortigen Erwägungen des Senats können nicht auf den Streitfall übertragen werden.

c) Die Klägerinnen können sich auch nicht darauf berufen, ihr schutzwürdiges Informationsinteresse rechtfertige eine Ausdehnung des Auskunftsanspruchs. In vergleichbaren Fällen habe die Rechtsprechung Auskunftsansprüche gewährt, so im Verhältnis des Pflichtteilsberechtigten zum Beschenkten und des Nacherben gegenüber dem vom Vorerben Beschenkten (BGH, Urt. v. 1.3.1971 - III ZR 37/68, BGHZ 55, 378, 380; BGH, Urt. v. 15.3.1972 - IV ZR 131/70, BGHZ 58, 237, 239). Entsprechende Voraussetzungen, nämlich eine besondere Schutzbedürftigkeit, keine anderweitige Informationsmöglichkeit und keine unzumutbare Belastung des Auskunftspflichtigen, bestünden auch für den Sortenschutzberechtigten. Dieser Interessenlage entsprechend sei deshalb mit Wirkung vom 1. Juli 1990 durch Gesetz zur Stärkung des Schutzes geistigen Eigentums und zur Bekämpfung der Produktpiraterie (BGBl. I S. 422, 431) ein Auskunftsanspruch in § 37 b SortSchG eingefügt worden.

Die von der Revision angeführte Rechtsprechung berührt die Frage der Zulässigkeit eines Ermittlungs- Auskunftsanspruchs nicht, und zwar deshalb nicht, weil anders als bei den von den Klägerinnen in Betracht gezogenen Fällen die Grundlage des Auskunftsanspruchs, der Verletzungsfall, nicht vorliegt. Auch die Gesetzesänderung, auf die die Revision hinweist, dehnt den Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruch nicht über den Rahmen des verletzten Rechts aus. Nach § 37 b SortSchG n.F. ist der Verletzer verpflichtet, über Herkunft

und Vertriebsweg der schutzrechtsverletzenden Ware Auskunft zu geben. Die eingefügte Vorschrift verpflichtet den Verletzter hingegen nicht zu einer über den durch § 259 BGB gesteckten Rahmen hinausgehenden Auskunft darüber, ob er neben den festgestellten Verletzungshandlungen auch weitere Vertriebshandlungen vorgenommen hat, die möglicherweise andere Sortenschutzrechte verletzen.

3. Mit Recht rügt die Revision der Klägerinnen weiter die Abweisung der Schadensfeststellungsklage. Im Rahmen des § 254 ZPO bestehen keine Bedenken, den Antrag auf Feststellung der Schadensersatzpflicht als letzte Klagestufe zuzulassen. Ob den Klägerinnen hinsichtlich der unstreitigen Verletzungshandlungen ein weiterer Schaden entstanden sein könnte, hat das Berufungsgericht nicht geprüft. Soweit sich die Feststellungsklage auch auf Kartoffelsorten bezieht, deren Verletzung bislang nicht behauptet ist, hat das Berufungsgericht hingegen mit Recht die Klage als unzulässig angesehen, weil ein Schaden nicht entstanden sein kann.

IV.

Das Berufungsurteil kann daher keinen Bestand haben. Auf die Revision der Klägerinnen und die Anschlußrevision der Beklagten ist das angefochtene Urteil teilweise und hinsichtlich des Kostenpunktes aufzuheben sowie der Unterlassungsausspruch entsprechend den Ausführungen zu II. neu zu fassen. Die Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht ist jedoch nicht in vollem Umfang erforderlich, da der Rechtsstreit bereits teilweise entscheidungsreif ist. Die

Klage auf Unterlassung, Rechnungslegung und Auskunft sowie auf Feststellung der Schadensersatzpflicht hinsichtlich weiterer in Ziffer I des Urteilsausspruchs nicht genannter Sortenschutzrechte ist abzuweisen. Im übrigen ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

1. Das Berufungsgericht wird nach weiterem Parteivortrag zunächst hinsichtlich des noch anhängigen Anspruchs der Klägerin zu 1 auf Zahlung der entgangenen Lizenzgebühr von 2.040,40 DM zu prüfen haben, ob die Beklagte am 15. und 23. März 1988 durch Verkauf von Kartoffeln der Sorten "Christa", "Grandifolia" und "Granola" schuldhaft die Sortenschutzrechte der Klägerin zu 1 verletzt hat. Sollte Vorsatz nicht nachweisbar sein, wird das Berufungsgericht bei der Feststellung der von der Beklagten als Landhandelsunternehmen zu verlangenden Sorgfalt im Geschäftsverkehr berücksichtigen müssen, daß die Beklagte die Kartoffeln von einem zur Vermehrung und zur Saatgut-Kennzeichnung berechtigten Landwirt erworben hat.

2. Hinsichtlich der Klage auf Rechnungslegung und Feststellung der Schadensersatzpflicht wird das Berufungsgericht - evtl. aufgrund erneuten Vortrags - zu klären haben, ob infolge der unstreitigen Verletzung ihrer Sortenschutzrechte weitere Schadens- und Entschädigungsansprüche wahrscheinlich sind. Sollte dies der Fall und der Rechnungslegungs- und Schadensfeststellungsanspruch begründet sein, so hat das Berufungsgericht angesichts der Befristung des Rechnungslegungsantrags der Klägerinnen ab 1. Juli 1987 folgendes zu beachten:

Nach den vom Senat im Patentrecht entwickelten Grundsätzen ist der Beginn der Verletzungshandlung nicht nachzuweisen; entsprechend braucht die Urteilsformel keine zeitliche Begrenzung der Rechnungslegungspflicht zu enthalten (Benkard, aaO § 139 Rdn. 88). Der Senat hat bereits in seinem Urteil vom 16. März 1956 (I ZR 62/55, GRUR 1956, 265, 269) im Anschluß an die ältere Rechtsprechung des Reichsgerichts (u.a. Urt. v. 13.12.1930, Mitt. 1931, 72, 74) ausgesprochen, die Feststellung der Schadensersatzpflicht des Verletzers besage nur, daß der Verletzer dem Patentinhaber den durch die schuldhaft rechtswidrige Verletzung des Patents entstandenen und noch entstehenden Schaden zu ersetzen habe. Durch die Verurteilung zur Rechnungslegung werde der Verletzer genötigt, über die erfolgten Verletzungshandlungen Rechnung zu legen. Einer zeitlichen Abgrenzung bedürfe es lediglich insoweit, als der Zeitraum, innerhalb dessen eine Benutzungshandlung erfolgt ist, für deren Kennzeichnung als schuldhaft rechtswidrige Verletzungshandlungen bestimmend sei. So müsse, wenn das Patent bei Erlaß des Urteils bereits abgelaufen sei, der Zeitpunkt des Erlöschens, und dann, wenn etwa die Benutzung erst von einem bestimmten Zeitpunkt ab als rechtswidrig und schuldhaft anzusehen sei, dieser Zeitpunkt festgelegt werden. Abgesehen hiervon entbehre aber sowohl die Feststellung der Schadensersatzpflicht als auch der Verurteilung zur Rechnungslegung jeder zeitlichen Beziehung. In beiden Fällen werde allein auf die Verletzungshandlungen abgestellt, ohne daß dabei der Zeitpunkt, zu dem sie vorgenommen worden seien, eine Rolle spiele. An diesen Grundsätzen hält der Senat auch angesichts des Urteils des I. Zivilsenats vom 26. November 1987 (I ZR 123/85, GRUR

1988, 307, 308 - Gaby), wonach ein Rechnungslegungsanspruch als Hilfsantrag zum Schadensersatzanspruch aus einer Kennzeichenverletzung frühestens mit deren Begehung entstehen kann, fest.

Diese Grundsätze finden auch im Sortenschutzrecht Anwendung. Der Verletzer hat Rechnung zu legen über die Benutzungshandlungen, die er in dem dafür überhaupt in Betracht kommenden Zeitraum während der Schutzdauer des Rechts vorgenommen hat. Hierdurch wird der Verletzer nicht unge-rechtfertigt beschwert; denn der Sortenschutzinhaber wird in der Regel den tatsächlichen Umfang einer Verletzung seines Rechts durch einen Vermehrer oder Vertreiber nur und erst aufgrund der Rechnungslegung des Verletzers feststellen können. Das ohnehin begrenzte Recht des Züchters würde aber in seiner Durchsetzbarkeit erheblich beschränkt, wäre der Sortenschutzinhaber genötigt, die Rechnungslegungspflicht des Verletzers auf den Zeitraum ab der konkret festgestellten Verletzungshandlung zu beschränken.

Bruchhausen

Maltzahn

Jestaedt

Broß

Melullis