

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

- Chinaherde -

BGB §§ 252, 254 Cb, Dc, F Abs. 1, 823 Ag, Ai, Eh, F Abs. 1;
ZPO § 287 Abs. 1

- a) Bei einer auf ein ungeprüftes Schutzrecht (hier: Gebrauchsmuster) gestützten Verwarnung muß von dem Verwarner ein höheres Maß an Nachprüfung bezüglich dessen Rechtsbeständigkeit verlangt werden, als bei einem Vorgehen aus geprüften Schutzrechten.
- b) Bei der Schätzung eines Schadens nach unberechtigter Schutzrechtsverwarnung ist auch im Rahmen des § 287 Abs. 1 ZPO bei Bestreiten und substantiiertem Vortrag der Gegenseite Beweis über die Grundlagen der Schätzung zu erheben.

BGH, Urteil vom 17. April 1997 - X ZR 2/96 - OLG Frankfurt a.M.
LG Frankfurt a.M.

BUNDESGERICHTSHOF

21

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 2/96

Verkündet am:
17. April 1997
Welte
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

E M Gastro-Großküchen-Center, Inhaber Egon
K, A, L,

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

gegen

M Gastronometechnik GmbH, vertreten durch den Ge-
schäftsführer Uwe H. Z, I straße,
R

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte und
-

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. April 1997 durch den Vorsitzenden Richter Rogge und die Richter Dr. Jestaedt, Dipl.-Ing. Frhr. v. Maltzahn, Dr. Broß und Keukenschrijver für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das am 26. Oktober 1995 verkündete Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten erkannt wurde.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

I. Die Parteien des Rechtsstreits vertreiben Großküchenbedarf, darunter sogenannte Chinaherde. Die Beklagte vertreibt seit 1. März 1983 Chinaherde. Für diese Herde meldete sie am 14. Mai 1984 das am 9. August 1984 eingetragene deutsche Gebrauchsmuster 8 414 673 an. Die Klägerin schloß am 31. März 1988 einen Alleinvertriebsvertrag über verschiedene Produkte der Firma Mo [REDACTED], darunter Chinaherde, und nahm in der Folgezeit deren Vertrieb auf.

Am 16. Januar 1989 verwarnte die Beklagte die Klägerin wegen behaupteter Verletzung ihres Gebrauchsmusters. Diese teilte der Beklagten mit Schreiben vom 23. Januar 1989 mit, bislang einen 1-flammigen Herd verkauft zu haben; sie gab die geforderte Unterlassungserklärung ab. Danach nahm die Klägerin die Chinaherde der Firma Mo [REDACTED] nicht mehr ab. Diese verlangte daraufhin Schadensersatz von der Klägerin in beträchtlicher Höhe (219.346.000,-- Lire).

Nachdem die Klägerin festgestellt hatte, daß das Gebrauchsmuster wegen offenkundiger Vorbenutzung löschungsreif war, schrieb sie die Beklagte mit Schreiben vom 3. Juli 1989 an und forderte sie auf, auf das Gebrauchsmuster zu verzichten; sie stellte ferner Löschungsantrag. Die Beklagte widersprach dem Löschungsbegehren und stellte eine offenkundige Vorbenutzung in Abrede, nachdem sie mit Schreiben vom 24. Oktober 1989 ein weiteres Unternehmen aus dem Gebrauchsmuster verwarnt hatte. Noch mit Schriftsatz vom 24. Januar 1990 erklärte sie im Löschungsverfahren, daß die fraglichen Herde erst nach Dezember 1983 dem Publikum vorgestellt und

beworben worden seien. Am 2. Februar 1990 nahm die Beklagte dann ihren Widerspruch im Lösungsverfahren zurück. Das Gebrauchsmuster wurde mit Beschluß des Deutschen Patentamts vom 27. März 1990 gelöscht.

II. Die Beklagte erkannte ihre Pflicht zur Erstattung der Verwarnungskosten an und zahlte einen entsprechenden Betrag an die Klägerin, der sie außerdem die im Lösungsverfahren entstandenen Anwaltskosten in Höhe von 5.071,40 DM erstattete. Weitergehende Schadensersatzforderungen der Klägerin wies die Beklagte zurück. Die Klägerin hat die Beklagte wegen ungerechtfertigter Verwarnung aus dem gelöschten Gebrauchsmuster auf Zahlung von entgangenem Gewinn in angemessener Höhe, den sie mit 656.233,84 DM angegeben hat, in Anspruch genommen. In diesem Zusammenhang machte sie unter anderem geltend, sie habe der Firma Mo [REDACTED] in Höhe von 300.504,-- DM Schadensersatz leisten müssen.

Das Landgericht hat die Klage teils als unzulässig, teils als unbegründet angesehen und sie mit Urteil vom 9. Oktober 1991 abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht die Beklagte zur Zahlung von 252.470,27 DM nebst Zinsen verurteilt und die Berufung der Klägerin im übrigen zurückgewiesen.

Hiergegen richtet sich die Revision der Beklagten, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten führt zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit zu ihrem Nachteil erkannt ist, und zur Zurückverweisung der Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung.

I. Das Berufungsgericht nimmt an, die Beklagte schulde der Klägerin wegen der Verwarnung vom 16. Januar 1989 Schadensersatz, weil das der Verwarnung zugrundeliegende Gebrauchsmuster lösungsreif gewesen sei. Eine solche ungerechtfertigte Verwarnung bedeute einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Verwarnten. Allerdings sei der durch die ungerechtfertigte Verwarnung entstandene Schaden nicht ausschließlich von der Beklagten verschuldet worden. Das Mitverschulden der Klägerin sieht das Berufungsgericht darin, daß diese die Unterlassungserklärung vom 23. Januar 1989 ohne weitere Nachfrage abgegeben hat. Das Mitverschulden könne aber für die Zeit vor dem 3. Juli 1989 keinesfalls höher als mit 30 % angesetzt werden.

II. Die Auffassung des Berufungsgerichts hält den Angriffen der Revision nicht in allen Punkten stand.

1. Das Berufungsgericht nimmt, insoweit von der Revision zu Recht auch nicht beanstandet, zutreffend an, daß die unter Hinweis auf ihr Gebrauchsmuster an die Klägerin gerichtete Verwarnung durch die Beklagte, mit der sie ein ernsthaftes und endgültiges Unterlassungsbegehren verbunden hatte, den Tatbestand eines Eingriffs in den Gewerbebetrieb der

Klägerin im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB erfüllt (BGHZ 38, 200, 203 f. - Kindernähmaschinen). Grundlage für die Bejahung eines Schadensersatzanspruchs des Verwarnten ist die Überlegung, daß der Inhaber eines Gewerbebetriebes wegen der einschneidenden Wirkungen, die ein solches Unterlassungsbegehren für ihn in aller Regel zur Folge hat, erheblichen wirtschaftlichen Risiken für den Bestand seines Unternehmens ausgesetzt sein kann. Die Schutzrechtsverwarnung stellt den Verwarnten vor allem vor die Frage, ob er Herstellung oder Vertrieb der umstrittenen Erzeugnisse fortsetzen soll. In diesem Zusammenhang stößt die Beurteilung der Schutzrechtslage fast immer auf beträchtliche Schwierigkeiten, deren Überwindung zudem Zeit erfordert. Andererseits haftet der Verwarnte, wenn er seinen Betrieb insoweit ungeachtet der Verwarnung fortsetzt, nach einem durch die Besonderheiten der Verhältnisse gebotenen, in der Rechtsprechung schon des Reichsgerichts von jeher angelegten scharfen Verschuldensmaßstab. Er hat Schadensersatz nach Wahl des Verletzten zu leisten. Er muß den von ihm erzielten Gewinn auch dann herausgeben, wenn der Verletzte diesen nicht hätte erzielen können (BGHZ 38, 204 f. - Kindernähmaschinen unter Hinweis auf RGZ 70, 249, 251). Vor allem die Schadensberechnung stellt den Verwarnten in diesen Fällen in ganz anderer Weise als sonst einen zu Unrecht Inanspruch Genommenen vor die Frage, ob er dem Unterlassungsbegehren Folge leisten soll. Sie nötigt ihn zu einem weitreichenden, unmittelbar die Fortsetzung des Betriebes im ganzen oder auf einem Teilgebiet betreffenden Entschluß.

Gleichwohl führen diese Überlegungen nicht dazu, eine Gefährdungshaftung des Verwarners entsprechend §§ 945, 717 Abs. 2 ZPO zu bejahen. Entsprechende Forderungen wurden schon vom Reichsgericht zurückgewiesen (RG GRUR 1939, 787, 789) und vom Bundesgerichtshof ebenfalls abgelehnt (BGHZ 38, 205 - Kindernähmaschinen). Der Senat sieht keine Veranlassung, hiervon abzuweichen. Es verbleibt sonach bei einer vom Verschulden des Verwarners abhängigen Einstandspflicht (so auch Sen. BGHZ 62, 29 - Maschenfester Strumpf; 71, 86 - Fahrradgepäckträger II).

Im Hinblick darauf hat das Berufungsgericht in der Verwarnung der Klägerin durch die Beklagte mit Schreiben vom 16. Januar 1989 wegen der Löschungsreife des von der Beklagten angezogenen Gebrauchsmusters zu Recht einen rechtswidrigen und schuldhaften Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Klägerin gesehen und eine Schadensersatzpflicht bejaht. Bei einer auf ein ungeprüftes Schutzrecht gestützten Verwarnung muß von dem Verwarner ein höheres Maß an Nachprüfung verlangt werden als bei einem Vorgehen aus geprüften Schutzrechten (hierzu eingehend Benkard, PatG/GebrMG, 9. Aufl., 1993, § 24 GebrMG Rdn. 17). Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen hat die Beklagte eine eigene offenkundige Vorbenutzung übersehen. Dieser Umstand läßt ohne weiteres den vom Berufungsgericht gezogenen Schluß auf ein schuldhaftes Verhalten zu (zu den Bewertungskriterien im einzelnen BGHZ 62, 37 - Maschenfester Strumpf).

2. Entgegen der Auffassung der Revision ist es nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht das Mitverschulden der Klägerin für die Zeit vor dem 3. Juli 1989 mit 30 % des geltend gemachten Schadens bewertet.

a) Bezüglich der Abwägung der beiderseitigen Verschuldensbeiträge stellt das Berufungsgericht in den Mittelpunkt seiner Überlegung, bei der Verwarnung aus ungeprüften Schutzrechten, wie vorliegend einem Gebrauchsmuster, müsse sich der Verwarnende durch eine gewissenhafte und sorgfältige Prüfung des Standes der Technik ein verlässliches Bild vom Rechtsbestand seines Schutzrechts machen, bevor er zur Verwarnung schreite. Für ein Verschulden reiche es daher, wenn er in vorwerfbarer Weise den seinem Schutzrecht entgegenstehenden Stand der Technik, zu dem vor allem auch eine eigene offenkundige Vorbenutzung zähle, nicht oder nur unvollständig berücksichtigt habe. Der Rechtsauffassung der Beklagten, es obliege dem Verwarnten, sie über eigene Offenbarungen der später angemeldeten Erfindung zu informieren und gegebenenfalls derartige Handlungen im Betrieb des Verwarnenden festzustellen und dem Verwarnenden nachzuweisen, könne unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt gefolgt werden.

Die Haftung der Beklagten sei nicht dadurch ausgeschlossen, daß sich die Klägerin dem Unterlassungsbegehren in einer Weise voreilig und sorglos unterworfen hätte, daß der Schaden allein auf diese Sorglosigkeit zurückzuführen wäre.

Die Grundlage eines Mitverschuldens der Klägerin sieht das Berufungsgericht darin, daß in dem Verwarnungsschreiben nicht nur auf den Vertrieb der Herde durch die Beklagte seit

1983 hingewiesen worden sei. Vielmehr sei in der Verwarnung auch der Anmeldetag des Gebrauchsmusters falsch mitgeteilt worden. Aus dem Zusammenhang beider Äußerungen hätte die Klägerin erkennen können und müssen, daß bei der Verwarnung der Frage einer eigenen, der Rechtsbeständigkeit des Gebrauchsmusters entgegenstehenden Offenbarung der Erfindung durch die Beklagte keine oder keine hinreichende Aufmerksamkeit geschenkt worden sei. Bei dieser Sachlage hätte sie zurückfragen müssen. Beide Seiten seien an der Verursachung des Schadens beteiligt, da sie die Bedeutung eigener offenkundiger Vorbenutzungshandlungen für den Rechtsbestand eines Gebrauchsmusters übersehen hätten.

Für die Frage, welche Partei den Schaden vorwiegend verursacht habe, sei schließlich maßgebend, ob die Handlungsweise der einen Partei den Schaden nicht nur ermöglicht, sondern in wesentlich höherem Maße wahrscheinlich gemacht habe als das Verhalten der anderen Partei. In dieser Hinsicht zeige das weitere Verhalten der Beklagten nicht nur im Lösungsverfahren, sondern auch im Hinblick auf weitere Verwarnungen aus dem Gebrauchsmuster, daß eine solche Rückfrage im wesentlichen ergebnislos verlaufen wäre. Das Mitverschulden der Klägerin sei daher (für die Zeit vor dem 3. Juli 1989) lediglich mit 30 % zu gewichten.

Den Verwarnten könne ein Mitverschulden allerdings nicht nur dann treffen, wenn er sich der Verwarnung voreilig beuge, sondern auch dann, wenn er den Vertrieb nicht unverzüglich wiederaufnehme, sobald die Widerrechtlichkeit der Verwarnung erkennbar werde. Im Streitfall sei der Klägerin, wie sich aus ihrem Schreiben vom 3. Juli 1989 ergebe, spätestens

seit diesem Tage der Prospekt der Beklagten bekannt, aus dem sich deren eigene offenkundige Vorbenutzung seit dem 1. März 1983 ergebe. Für entgangenen Gewinn, den die Klägerin nach dem 3. Juli 1989 erlitten habe, hafte die Beklagte daher nicht mehr.

Die Beklagte mache unter anderem ohne Erfolg geltend, die Klägerin sei von der Firma Mo. [REDACTED] über die eigene offenkundige Vorbenutzung der Beklagten unterrichtet worden. Die Unterrichtung sei nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten erst nach der Verwarnung erfolgt, so daß die Klägerin die Unterlassungserklärung nicht in Kenntnis der offenkundigen Vorbenutzung abgegeben haben könne. Anhaltspunkte dafür, daß die Klägerin das Löschungsbegehren früher hätte stellen können, trage die Beklagte nicht vor. Den Beweisanträgen der Beklagten sei daher nicht nachzugehen.

b) Diese Beurteilung hält den Angriffen der Revision im Ergebnis stand.

Die Erwägungen, mit denen das Berufungsgericht ein Mitverschulden der Klägerin gemäß § 254 BGB bejaht, begegnen keinen Bedenken. Seine Auffassung steht in Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (vgl. etwa BGH GRUR 1963, 255, 259 f. - Kindernähmaschinen, insoweit in BGHZ 38, 200 nicht abgedr.; BGH GRUR 1979, 333, 337 - Brombeerleuchte; BGHZ 71, 86, 93). Der völlige Ausschluß der Ersatzpflicht ist allerdings die Ausnahme (hierzu schon RG GRUR 1942, 54, 56 f.). Voraussetzung für ein die Schadensersatzpflicht ausschließendes Verschulden des Verwarnten ist, daß es ihm zum Vorwurf gemacht werden muß, daß er der Verwarnung

voreilig nachgegeben hat (hierzu BGH GRUR 1963, 255, 260 - Kindernähmaschinen; im einzelnen Benkard, PatG/GebrMG, 9. Aufl., 1993, vor §§ 9-14 PatG Rdn. 22 m.z.N.).

Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen sind seine von der Revision nicht angegriffenen Erwägungen zu den beiderseitigen Verschuldensbeiträgen von Klägerin und Beklagter mit Rücksicht auf die in der genannten Rechtsprechung aufgestellten Kriterien aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Vor allem ist die Erwägung des Berufungsgerichts zutreffend, die Klägerin hätte aufgrund der im Verwarnungsschreiben mitgeteilten Daten erkennen können und müssen, daß die Beklagte zumal in Anbetracht eines nicht geprüften Schutzrechts reichlich oberflächlich zur Verwarnung geschritten ist. Vor Einstellung der Produktion wäre insoweit eine Rückfrage angezeigt gewesen.

Die Revision rügt ohne Erfolg, das Berufungsgericht habe ihren Beweisantrag zu wesentlichem Sachvortrag übergangen. Vorliegend war das Berufungsgericht nicht gehalten, dem Beweisantritt der Beklagten im Schriftsatz vom 16. Dezember 1994 (S. 2, GA 413) nachzugehen; denn er war nicht geeignet, die behauptete frühere Kenntnis von der Neuheitsschädlichkeit des Gebrauchsmusters der Beklagten zu belegen. Die Beklagte verwies hierzu auf den jeweiligen Entwicklungsstand des Produktes Chinaherd der Beklagten, über den die Klägerin genauestens informiert gewesen sei. Diese machte in ihrer Antwort im Schriftsatz vom 16. Januar 1995 (S. 2, GA 430) darauf aufmerksam, daß sie den gesamten diesbezüglichen Vortrag der Beklagten nicht nur bestreite; er sei im übrigen rechtlich ohne Relevanz. Selbst wenn die Klägerin über den

jeweiligen Entwicklungsstand des Produktes "Chinaherd" informiert gewesen wäre, begründe dies noch nicht die Kenntnis von einer neuheitsschädlichen Vorbenutzung. Trotz dieses rechtlich zutreffenden Hinweises hat die Beklagte auch in der Folgezeit ihren Vortrag nicht dahingehend ergänzt, daß die Klägerin nicht nur über den internen Wissensstand der Beklagten, sondern auch über deren offenkundige Vorbenutzung unterrichtet gewesen sei.

III. Bezüglich der Höhe des vom Berufungsgericht nach Maßgabe des § 287 ZPO geschätzten Schadens ergibt sich folgendes:

1. Das Berufungsgericht hat den der Klägerin vom Zeitpunkt der Abgabe der geforderten Unterlassungserklärung am 23. Januar 1989 bis zum 3. Juli 1989 entstandenen Schaden auf 360.671,82 DM geschätzt und hieraus unter Berücksichtigung des Mitverschuldens der Klägerin einen Ersatzanspruch in Höhe von 252.470,27 DM errechnet. Die Revision stellt die Berechtigung zur Schätzung gemäß §§ 252 BGB, 287 ZPO als solche nicht in Frage. Hiergegen ist aus Rechtsgründen auch nichts zu erinnern.

Die Vorschrift des § 287 ZPO dehnt für die Feststellung der Schadenshöhe das richterliche Ermessen über die Schranken des § 286 ZPO aus. Das Gesetz nimmt in Kauf, daß das Ergebnis der Schätzung mit der Wirklichkeit vielfach nicht übereinstimmt. Allerdings soll die Schätzung möglichst nahe an diese heranzuführen. Das Revisionsgericht hat nur zu prüfen, ob die Schadensermittlung auf grundsätzlich falschen oder offenbar unsachlichen Erwägungen beruht und ob wesent-

liche, die Entscheidung bedingende Tatsachen außer acht gelassen worden sind (BGH, Urt. v. 28.4.1992 - VI ZR 360/91, NJW-RR 1992, 1050, 1051; siehe so auch schon BGHZ 3, 162, 175 f.; 91, 243, 256 f.). Vor allem schränkt die Vorschrift des § 287 Abs. 1 Satz 2 ZPO das Gebot der Erschöpfung der Beweisanträge für den Tatrichter ein. Beweisanträgen muß der Tatrichter im Rahmen des § 287 Abs. 1 Satz 2 ZPO nur nach seinem pflichtgemäßen Ermessen nachgehen. Zu bedenken ist auch, daß es für den Nachweis eines wettbewerblichen Schadens in der Natur der Sache liegende Beweisschwierigkeiten gibt, vor allem was die künftige Entwicklung des Geschäftsverlaufs betrifft. Im Hinblick darauf sind an die Darlegung der Mindestvoraussetzungen für eine Schätzung wettbewerblichen Schadens keine hohen Anforderungen zu stellen (BGH, Urt. v. 17.6.1992 - I ZR 107/90, NJW 1992, 2753). Über bestrittene Ausgangs- bzw. Anknüpfungstatsachen hat das Gericht allerdings auch im Falle der Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Schadensschätzung nach § 287 ZPO, § 252 BGB Beweis zu erheben (BGH, Urt. v. 15.3.1988 - VI ZR 81/87, NJW 1988, 3016).

Vor diesem Hintergrund erscheint das Vorgehen des Berufungsgerichts bei der Beurteilung der einzelnen von der Klägerin geltend gemachten Schadenspositionen zunächst als sachgerecht; denn die gesetzlichen Regelungen würden leerlaufen, wenn die Voraussetzungen an eine Schätzung zu eng geknüpft würden und damit die ohnehin einer Schätzung immanente Unsicherheit durch unvertretbaren Aufwand nur scheinbar beseitigt würde. Andererseits ist aber unverzichtbar, daß bestrittene Ausgangs- und Anknüpfungstatsachen im Wege einer Beweisaufnahme geklärt werden. Andernfalls würde der

Tatrichter sein Ermessen nicht gleichermaßen in Richtung beider Parteien ausüben, wie gerade der vorliegende Fall zeigt, in dem das Berufungsgericht seiner Schadensschätzung auch bestrittene Tatsachen allein in der Sphäre der Klägerin zugrunde gelegt hat. Damit ist der Rahmen, den § 287 Abs. 1 ZPO dem Gericht an "Erleichterungen" zur Verfügung stellt, überschritten.

Im einzelnen:

2. Die Revision rügt insoweit mit Erfolg, das Berufungsgericht habe bei seiner Schadensschätzung auch solche Bestellungen berücksichtigt, zu denen die Klägerin lediglich Auftragsbestätigungen vorgelegt habe. Die Beklagte habe diese Aufträge bestritten und Zeugenvernehmung der betreffenden Besteller zum Gegenbeweis beantragt.

Das Berufungsgericht war insoweit gehalten, darüber Beweis zu erheben, ob den Auftragsbestätigungen der Klägerin für die Firmen Fu■■■■, W■■■■■, B■■■■■ und We■■■■■ tatsächlich Bestellungen zugrunde lagen; denn die Beklagte hat mehrfach, so im Schriftsatz vom 9. November 1993 (S. 2 GA 364; Schriftsatz vom 19. November 1993, GA 369) geltend gemacht, daß tatsächlich keine Bestellungen zugrunde lägen und Beweiserhebung durch Einvernahme der Besteller als Zeugen beantragt. Im Schriftsatz vom 19. November 1993 spricht die Beklagte ausdrücklich von "Gefälligkeitserklärungen". Mehr konnte die Beklagte bei der gegebenen Sachlage nicht tun. Es handelt sich aber für die Schätzung des Berufungsgerichts um eine - wenn auch zu einer nicht sehr großen Position - wesentliche Anknüpfungstatsache für die Höhe des zu

schätzenden Schadens. Hinzu kommt, daß bei der einseitigen Zugrundelegung von bestrittenen Auftragsbestätigungen allein aus der Sphäre der Klägerin eine sachgerechte Handhabung des Ermessens des Gerichts nicht angenommen werden kann.

Die gleichen Erwägungen gelten bezüglich der Ermittlung des Verkaufspreises durch das Berufungsgericht, wie die Revision zu Recht geltend macht. Das Berufungsgericht hat bei den Bestellungen Ro[REDACTED], Be[REDACTED] und Br[REDACTED] einen Rabatt von 40 % vom Listenpreis der Klägerin abgesetzt. Andererseits ergibt sich aus den von der Klägerin vorgelegten Auftragsbestätigungen, daß diese einem Teil ihrer Kunden auch Rabatte von 45 % und in einem weiteren Verkaufsfall auch einen zusätzlichen Sonderrabatt von 5 % gewährt hat. Vor diesem Hintergrund durfte das Berufungsgericht es nicht letztlich bei einer Schätzung belassen, nachdem die Beklagte im Schriftsatz vom 11. März 1991 (S. 2 GA 149) eine Rabattgewährung in Höhe von lediglich 40 % bestritten und geltend gemacht hat, der Firma Be[REDACTED] sei ein Rabatt in Höhe von 50 % gewährt worden, und dafür Beweis angetreten hat durch Einvernahme von Frau Be[REDACTED] als Zeugin.

Entgegen der von der Revisionserwiderung vertretenen Auffassung war die Beklagte nicht gehalten, ihre Beweisantritte in der zweiten Instanz im einzelnen zu wiederholen. Sie hatte in erster Instanz obsiegt. Aus diesem Grunde reichte die Inbezugnahme ihres erstinstanzlichen Vorbringens in der Berufungserwiderung vom 2. Dezember 1992 (GA 262) mit ausdrücklicher Bezugnahme der im einzelnen bezeichneten Schriftsätze erster Instanz sowie der darin enthaltenen Beweisantritte aus.

3. Zu Recht rügt die Revision auch, das Berufungsgericht hätte das von der Klägerin vorgelegte Privatgutachten nicht als Sachverständigengutachten verwerten dürfen. Das von einer Partei vorgelegte Privatgutachten ist Parteivortrag. Die Frage, ob es zum Sachverständigen-Beweis im Sinne der §§ 402 ff. ZPO wird, wenn die andere Partei zustimmt (zu diesem Problem siehe etwa BGHZ 98, 32, 40, das unter Berufung auf Zöllner/Stephan, ZPO, 14. Aufl., § 402 Rdn. 2 die Verwertung als Sachverständigengutachten mit der Zustimmung beider Parteien für zulässig erachtet - anderer Auffassung jetzt Zöllner/Greger, ZPO, 20. Aufl., 1997, § 402 Rdn. 2; in die gleiche Richtung - Verwertung mit Zustimmung beider Parteien als Sachverständigengutachten - geht das Urt. BGH, 29.9.1993 - VIII ZR 62/92, NJW-RR 1994, 255), bedarf hier keiner Vertiefung; denn das Berufungsgericht durfte das von der Klägerin vorgelegte Gutachten schon deshalb nicht (einseitig als Beweismittel) verwerten, weil die Beklagte dem nicht nur allgemein, sondern unter Vorlage eines selbst eingeholten Sachverständigengutachtens widersprochen hat (Schriftsatz v. 16.12.1994, S. 9 ff., GA 420 ff. i.V.m. Schriftsatz vom 31.3.1995, GA 441). Das Berufungsgericht setzt sich mit der gutachterlichen Stellungnahme der Wirtschaftsprüfer Pütz und Partner vom 31. März 1995, dessen Inhalt sich die Beklagte zu eigen und zum Gegenstand ihres Vortrags gemacht hat, nicht auseinander. Es ist nicht zu erkennen, ob das Berufungsgericht diesen Parteivortrag überhaupt zur Kenntnis genommen hat.

Bei dieser Ausgangslage entspricht es nicht pflichtgemäßem Ermessen des Tatrichters, wenn er von einer Beweiserhebung absieht (vgl. hierzu BGH, Urt. v. 11.5.1993 - VI ZR 243/92, MedR 1994, 31).

Es ist unumgänglich, daß die Anknüpfungstatsachen für die Schadensschätzung objektiv ermittelt und nicht einseitig auf Parteivortrag dessen abgestellt wird, der den Schaden geltend macht.

Nach Aufhebung und Zurückverweisung besteht bei der erforderlichen weiteren Aufklärung die Möglichkeit, den von der Beklagten gegen die Berechnung der Schadenshöhe im übrigen erhobenen Angriffen Rechnung zu tragen und sie auf ihre sachliche Berechtigung zu prüfen.

Gleichwohl bleibt es den Parteien unbenommen, sich darüber Gedanken zu machen, ob insbesondere der Aufwand für eine objektive Sachverständigenbegutachtung in einem wirtschaftlich vernünftigen Verhältnis zu dem zu erwartenden Ertrag steht.

4. Ohne Erfolg rügt hingegen die Revision, das Berufungsgericht hätte darauf eingehen müssen, daß die Klägerin im Rahmen ihrer Schadensminderungspflicht gehalten gewesen sei, Deckungskäufe vorzunehmen, um ihre Gewinnchance zu erhalten. Dieser Vortrag ist schon deshalb unbeachtlich, weil Deckungskäufe von Chinaherden gleicher Art und Güte von der von der Klägerin abgegebenen Unterlassungserklärung ebenso erfaßt worden wären; denn aus der Sicht der Beklagten hätten auch sie ihr Schutzrecht verletzt. Desweiteren verweist die

Revisionserwiderung in diesem Zusammenhang zu Recht darauf, daß die Berechtigung der Klägerin ihren Kunden gegenüber, diesen andere typverschiedene Chinaherde anderer Hersteller, die nicht von der Unterlassungserklärung der Klägerin erfaßt worden wären, zu liefern, nicht nachgewiesen ist.

5. Mit Erfolg rügt die Revision desweiteren, das Berufungsgericht habe sein Ermessen gemäß § 287 Abs. 1 Satz 2 ZPO bezüglich ausgebliebener Folgebestellungen nicht sachgerecht ausgeübt. Sie leitet dies vor allem daraus her, der Schadensschätzung des Berufungsgerichts lägen teils nicht (mehr) behauptete, teils unbewiesene Anknüpfungstatsachen zugrunde. So habe das Berufungsgericht auch Bestellungen der Firma Krause zugrunde gelegt, die die Klägerin nicht mehr geltend gemacht habe.

Das Berufungsgericht wird diese Frage aufgrund des Bestreitens der Beklagten ebenfalls zum Gegenstand der weiteren Beweiserhebung machen müssen, weil es sich insoweit ebenfalls um Anknüpfungstatsachen handelt, die nicht einseitig aufgrund Parteivortrags der Klägerin der Schätzung zugrunde gelegt werden dürfen.

6. Die Revision rügt schließlich zu Recht, daß das Berufungsgericht bezüglich des der Klägerin wegen Nichtabnahme der Chinaherde im Verhältnis zur Firma Mo [REDACTED] s.r.l. entstandenen Schadens nicht festgestellt hat, daß die Klägerin den behaupteten Schadensersatz in Höhe von 219.364.000,-- Lire, von der Klägerin umgerechnet mit 300.504,-- DM, geleistet hat. Die Beklagte hat dies bestritten. Sonach steht der Klägerin zunächst nur ein Freistel-

lungsanspruch zu. Das Berufungsgericht wird zu klären haben, ob und in welchem Umfang die Klägerin der Firma Mo [REDACTED] s.r.l. Schadensersatz geleistet hat.

IV. Dem Berufungsgericht war auch die Entscheidung über die Kosten der Revision zu übertragen.

Rogge

Jestaedt

Maltzahn

Broß

Keukenschrijver