



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 116/18

Verkündet am:
19. September 2019
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Chickenwings

BGB § 254 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 G

- a) Hat der Geschädigte im Feststellungsverfahren keine konkreten Schadenspositionen mitgeteilt, ist der Schädiger im Betragsverfahren hinsichtlich dann erstmals geltend gemachter Schadenspositionen nicht mit dem Mitverschuldenseinwand ausgeschlossen.
- b) Der Einwand, der Schaden sei durch voreiliges Nachgeben unnötig vergrößert worden, bezieht sich auf die haftungsausfüllende Kausalität zwischen der Rechtsgutsverletzung und der jeweiligen Schadensposition.

BGH, Urteil vom 19. September 2019 - I ZR 116/18 - Kammergericht
LG Berlin

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. September 2019 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Koch, die Richter Prof. Dr. Schaffert, Prof. Dr. Kirchhoff, Feddersen und die Richterin Dr. Schmaltz

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Kammergerichts vom 25. Mai 2018 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Beklagte mahnte die Klägerin unter dem 1. Juli 2011 wegen der Verwendung bestimmter Hühnermotive ("chickenwings") auf Grußkarten ab. Sie machte die Verletzung von Marken-, Urheber- und Geschmacksmusterrechten geltend. Die Klägerin wies die Abmahnung mit Anwaltsschreiben vom 14. Juli 2011 als unberechtigt zurück. Auf das letzte Einigungsangebot der Klägerin vom 9. August 2011 reagierte die Beklagte nicht mehr. Die Klägerin stellte nach eigenen Angaben Ende August 2011 den Verkauf der beanstandeten Grußkarten ein.
- 2 Am 21. Oktober 2011 hat die Klägerin gegen die Beklagte negative Feststellungsklage erhoben. In dem nach Widerklage der Beklagten ergangenen Urteil vom 17. Juli 2012 sind die in der Abmahnung geltend gemachten Ansprüche der Beklagten verneint worden. Auf Antrag der Klägerin hat das Landgericht Berlin mit Anerkenntnisurteil vom 14. Juli 2015 die Verpflichtung der Be-

klagen festgestellt, der Klägerin den infolge der Abmahnung vom 1. Juli 2011 entstandenen Schaden zu ersetzen (nachfolgend: Feststellungsurteil).

3 Im vorliegenden Verfahren nimmt die Klägerin die Beklagte im Betragsverfahren auf Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 81.983,25 € für entgangenen Gewinn sowie für die Aufwendungen in Anspruch, die ihr für Rückruf und Vernichtung der beanstandeten Grußkarten entstanden seien.

4 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist ohne Erfolg geblieben.

5 Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag weiter. Die ordnungsgemäß geladene Beklagte war im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat nicht vertreten. Die Klägerin hat beantragt, über ihr Rechtsmittel durch Versäumnisurteil zu entscheiden.

Entscheidungsgründe:

6 I. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Entscheidung des Landgerichts sei zwar fehlerhaft, weil es nicht von einer Schadensschätzung gemäß § 287 ZPO habe absehen dürfen. Für die im vorliegenden Rechtsstreit allein in Rede stehenden Schäden wegen entgangenen Gewinns aufgrund der VertriebsEinstellung sowie wegen des Rückrufs und der Vernichtung von Karten seien Ansprüche der Klägerin aber ausgeschlossen, weil sie es schuldhaft unterlassen habe, den Schaden abzuwenden. Dem stehe das Feststellungsurteil vom 14. Juli 2015 nicht entgegen, weil die den Einwand des Verstoßes gegen die Schadensminderungspflicht begründenden Tatsachen der Beklagten im Feststellungsprozess nicht bekannt gewesen seien und deshalb von ihr nicht hätten vorgetragen werden können. Im vorliegenden Fall treffe die Klägerin ein so überwiegendes Mitverschulden bei der Entstehung des geltend gemachten

Schadens durch die Einstellung des Vertriebs der Grußkarten mit den beanstandeten Motiven und erst recht durch den Rückruf und die Vernichtung bereits ausgelieferter Karten, dass sich ein Ersatzanspruch auf Null reduziere.

7 II. Die Revision der Klägerin erweist sich auf der Grundlage des vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalts als unbegründet. Über sie ist daher, obwohl die Beklagte im Verhandlungstermin vor dem Senat nicht vertreten war, durch streitiges Endurteil (unechtes Versäumnisurteil) zu entscheiden (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 22. Februar 2018 - I ZR 38/17, NZM 2018, 875 Rn. 15 mwN).

8 III. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Klägerin stünden die hier in Rede stehenden Ansprüche gegen die Beklagte auf Erstattung entgangenen Gewinns wegen Einstellung des Vertriebs der Grußkarten mit "chickenwings" Motiven sowie wegen des Rückrufs und der Vernichtung weiterer Karten wegen überwiegenden Mitverschuldens im Sinne des § 254 BGB nicht zu. Das hält rechtlicher Nachprüfung stand.

9 1. Dabei kommt es nicht darauf an, dass die Einwendungen der Beklagten - anders als das Berufungsgericht wohl angenommen hat - nicht § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB, sondern § 254 Abs. 1 BGB zuzuordnen sind. Diese rechtliche Einordnung ist nicht entscheidungserheblich, so dass die Entscheidung des Berufungsgerichts nicht auf einer unzutreffenden rechtlichen Qualifikation der Einwendungen beruht (§ 561 ZPO).

10 a) Das Berufungsgericht hat einerseits angenommen, im vorliegenden Fall sei von einem so überwiegenden Mitverschulden der Klägerin bei der Entstehung des geltend gemachten Schadens auszugehen, dass sich der Ersatzanspruch auf Null reduziere. Andererseits hat es ausgeführt, der Klägerin werde kein Vorwurf des Mitverschuldens bei der Schadensbegründung gemacht, sondern der Vorwurf eines Verstoßes gegen die Schadensminderungs- bzw. ab-

wendungspflicht. Ansprüche der Klägerin seien im Hinblick auf die Schadenspositionen, die Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits seien, ausgeschlossen, weil sie es schuldhaft unterlassen habe, den Schaden abzuwenden (§ 254 Abs. 2 BGB).

11 b) Die rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichts wird jedoch durch eine unrichtige rechtliche Einordnung der Einwendungen im Ergebnis nicht berührt.

12 aa) § 254 Abs. 1 BGB regelt den Fall, dass bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Geschädigten mitgewirkt hat. Nach § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB kann das Mitverschulden auch darin bestehen, dass der Geschädigte es unterlässt, den Schädiger auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen oder den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Damit enthält § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB lediglich - klarstellend - besondere Anwendungsfälle des § 254 Abs. 1 BGB, der eine einheitliche Regelung für sämtliche Fälle des Mitverschuldens enthält (vgl. BGH, Urteil vom 11. September 2008 - I ZR 118/06, NJW-RR 2009, 43 Rn. 24 mwN; zur Entstehungsgeschichte vgl. Looschelders, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, 1999, S. 164).

13 Entstehungsgeschichte und Systematik der Norm sind nicht zu entnehmen, dass sich § 254 Abs. 1 BGB auf die haftungsbegründende und § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB auf die haftungsausfüllende Kausalität beziehen sollte. Das zeigt insbesondere die Warnobliegenheit nach § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB, die der haftungsbegründenden Kausalität zuzuordnen ist (Looschelders aaO S. 164 f.; BeckOGK.BGB/Looschelders, Stand: 1. September 2019, § 254 Rn. 31). Auf der Rechtsfolgenseite wird ebenfalls nicht zwischen einem Mitverschulden bei der haftungsbegründenden und bei der haftungsausfüllenden Kausalität unterschieden (Looschelders aaO S. 166; BeckOGK.BGB/Looschelders aaO § 254 Rn. 33).

14 bb) Die Einwendungen der Beklagten fallen unter § 254 Abs. 1 BGB.

15 (1) Soweit der geltend gemachte Schaden darauf beruht, dass die Klägerin den Vertrieb der Grußkarten eingestellt hat, ist er zwar durch ein Unterlassen der Klägerin entstanden, nämlich das Unterlassen eines weiteren Vertriebs. Es handelt sich aber um keinen der in § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB gesondert geregelten Fälle des Unterlassens bei der Schadensabwendung oder -minderung. Eine Kürzung des Schadensersatzanspruchs wegen Mitverschuldens hat ihre Grundlage daher im Grundtatbestand des § 254 Abs. 1 BGB, bei dem das Verhalten des Geschädigten in einem Tun oder Unterlassen bestehen kann (vgl. BeckOGK.BGB/Looschelders aaO § 254 Rn. 84).

16 (2) Soweit der geltend gemachte Schaden darauf beruht, dass die Klägerin bereits im Handel befindliche Karten zurückgerufen und vernichtet hat, liegt ein positives Tun der Klägerin vor, das ebenfalls in den Anwendungsbereich des § 254 Abs. 1 BGB fällt.

17 cc) Da die Rechtsfolgen von § 254 Abs. 1 und 2 Satz 1 BGB gleich sind, ist nicht entscheidungserheblich, ob das Berufungsgericht die Zuordnung fehlerhaft vorgenommen hat.

18 2. Mit Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass der Berücksichtigung eines Mitverschuldens der Klägerin nicht die Rechtskraft des Feststellungsurteils entgegensteht.

19 a) Das Berufungsgericht hat dazu ausgeführt, der Klägerin werde insoweit kein Mitverschulden bei der Schadensbegründung vorgeworfen, sondern ein Verstoß gegen die Schadensminderungs- bzw. abwendungspflicht. Die Rechtskraft eines Feststellungsurteils schließe zwar grundsätzlich aus, derartige Verstöße nach § 254 Abs. 2 BGB zu berücksichtigen, sofern die dafür maßgebenden Tatsachen schon zur Zeit der letzten Tatsachenverhandlung vorge-

legen hätten. Dieser Grundsatz stehe aber regelmäßig unter der Einschränkung, dass die den Mitverschuldenseinwand begründenden Tatsachen dem Beklagten im Feststellungsprozess bekannt gewesen seien und von ihm hätten vorgetragen werden können. Es sei indes nicht ersichtlich, dass es der Beklagten möglich gewesen wäre, den Einwand des Mitverschuldens bei der Entstehung der Schadenshöhe im hier in Rede stehenden Feststellungsprozess geltend zu machen. Mit dem Feststellungsurteil sei die Verpflichtung der Beklagten rechtskräftig festgestellt, der Klägerin denjenigen Schaden zu ersetzen, der dieser infolge der Abmahnung vom 1. Juli 2011 entstanden sei oder noch entstehen werde. Zu einem Schaden, der ihr durch eine VertriebsEinstellung oder eine Vernichtung von Karten entstanden sein könnte, habe die Klägerin in dem Feststellungsrechtsstreit nicht vorgetragen, obwohl ihr dieser Vortrag zu den spätestens im Jahr 2012 abgeschlossenen Vorgängen in der im November 2014 erhobenen Klage möglich gewesen sein müsse. Die Klägerin habe ihr Feststellungsinteresse vielmehr nur mit allgemeinen Ausführungen begründet und vorgetragen, es genüge, wenn die festgestellte Verletzung eines absoluten Rechts künftig zu den befürchteten Schäden führen könne. Soweit die Klägerin auf ein Schreiben ihrer Bevollmächtigten an die Beklagte vom 27. August 2012 verweise, sei dieses im Rechtsstreit vor dem Landgericht Berlin als Beleg dafür vorgelegt worden, dass die Beklagte zur Erstattung von Rechtsanwaltskosten aufgefordert worden sei, die der Klägerin infolge der unberechtigten Inanspruchnahme durch die Beklagte entstanden seien. In dem Schreiben heiße es darüber hinaus lediglich, die Klägerin sei gehalten gewesen, ihre Vertriebsaktivitäten "anzupassen".

21 b) Auf Mitverschulden gestützte Einwendungen, die die haftungsbegründende Kausalität und damit den Grund des geltend gemachten Anspruchs betreffen, müssen bereits im Feststellungsverfahren vorgebracht und geprüft werden. Denn die Rechtskraft des Feststellungsurteils erstreckt sich auf sie, sofern sie sich auf Tatsachen stützen, die schon zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vorgelegen haben (vgl. BGH, Urteil vom 14. Juni 1988 - VI ZR 279/87, NJW 1989, 105 [juris Rn. 10]; Urteil vom 17. Oktober 1991 - IX ZR 255/90, NJW 1992, 307, 309 f. [juris Rn. 27], insoweit nicht in BGHZ 115, 382 abgedruckt; Urteil vom 20. Mai 2008 - X ZR 6/06, juris Rn. 15; Urteil vom 9. Dezember 2008 - VI ZR 173/07, NJW 2009, 1066 Rn. 7). Dabei kommt es nicht darauf an, wie eingehend die der rechtskräftigen Feststellung zugrundeliegende rechtliche Prüfung erfolgt und ob diese Entscheidung ergangen ist, ohne dass die Rechtsfrage umfassend erörtert worden ist. Die materielle Rechtskraft des Feststellungsurteils tritt vielmehr unabhängig davon ein, ob das Gericht alle einschlägigen Aspekte gesehen und zutreffend gewürdigt hat (BGH, Urteil vom 15. Juni 1982 - VI ZR 179/80, NJW 1982, 2257 [juris Rn. 7]). Für die Grenzen der Rechtskraft kommt es auf subjektive Momente nicht an (Zöllner/Vollkommer, ZPO, 32. Aufl., Vor § 322 Rn. 64).

22 c) Betrifft der Einwand des Mitverschuldens jedoch nicht den Grund des Anspruchs, sondern die Frage der haftungsausfüllenden Kausalität und damit die Höhe des Anspruchs, steht die Rechtskraft des Feststellungsurteils dem Mitverschuldenseinwand grundsätzlich nicht entgegen (vgl. BGH, Urteil vom 23. Januar 1979 - VI ZR 199/77, NJW 1979, 1046, 1047 [juris Rn. 10]; Urteil vom 30. Mai 1995 - X ZR 54/93, GRUR 1995, 578, 581 [juris Rn. 37] - Steuereinrichtung II; Urteil vom 2. Dezember 2008 - VI ZR 312/07, NJW-RR 2009, 455 Rn. 19; Urteil vom 24. Juli 2014 - I ZR 27/13, GRUR 2015, 269 Rn. 26 = WRP 2015, 353 - K-Theory; Althammer in Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl., § 322 Rn. 219; Völzmann-Stickelbrock in Prütting/Gehrlein, ZPO, 11. Aufl., § 322 Rn. 65). Dementsprechend führt die Rechtskraft eines Feststellungsurteils, in dem die

Schadensersatzpflicht einer Partei festgestellt worden ist, zwar dazu, dass Einwendungen, die sich auf Tatsachen stützen, welche schon im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vorgelegen haben, nicht mehr berücksichtigt werden dürfen, soweit sie das Bestehen des festgestellten Anspruchs betreffen. Das gilt aber nur, soweit es um die grundsätzliche Verpflichtung des Schuldners zum Ersatz des Schadens geht; dagegen wird die Frage, ob und in welcher Höhe ein Schaden eingetreten ist, von der Rechtskraft eines vorausgegangenen Feststellungsurteils nicht erfasst (BGH, Urteil vom 4. April 2014 - V ZR 275/12, BGHZ 200, 350 Rn. 27).

23 d) Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn bereits im Feststellungsverfahren einzelne Schadenspositionen in den Antrag aufgenommen oder jedenfalls zur Sprache gebracht worden sind. War dies der Fall, erstreckt sich die Rechtskraft des Feststellungsurteils hinsichtlich dieser Schadenspositionen auch auf die haftungsausfüllende Kausalität, so dass der Schädiger mit einem darauf bezogenen Mitverschuldenseinwand im Betragsverfahren ausgeschlossen ist (vgl. RGZ 144, 220, 222 f.; BGH, Urteil vom 20. November 1961 - VIII ZR 160/60, MDR 1962, 210 f.; BGH, NJW 1989, 105, 106 [juris Rn. 11]; BGH, Urteil vom 4. Juli 1994 - II ZR 126/93, NJW 1995, 126, 128 [juris Rn. 25]; Pickenbrock, MDR 1998, 201, 203 f.). Aus diesem Grund hat das Gericht über einen bereits im Feststellungsverfahren erhobenen Mitverschuldenseinwand auch dann zu entscheiden, wenn er nur die haftungsausfüllende Kausalität betrifft (vgl. etwa BGH, Urteil vom 10. Juli 2003 - IX ZR 5/00, NJW 2003, 2986 [juris Rn. 8 f.]; Beschluss vom 4. August 2010 - VII ZR 207/08, NJW 2010, 3299 Rn. 11; Urteil vom 8. Dezember 2011 - VII ZR 12/09, NJW-RR 2012, 880 Rn. 16).

24 Hat der Geschädigte im Feststellungsverfahren demgegenüber keine konkreten Schadenspositionen mitgeteilt, ist der Schädiger im Betragsverfahren hinsichtlich dann erstmals geltend gemachter Schadenspositionen nicht mit dem Mitverschuldenseinwand ausgeschlossen. Ein anderes Ergebnis wäre

verfassungsrechtlich im Hinblick auf den Grundsatz der Waffengleichheit im Prozess und den Anspruch auf rechtliches Gehör nicht hinnehmbar (Piekenbrock, MDR 1998, 201, 202).

25 e) Nach diesen Grundsätzen erfasst das Feststellungsurteil vom 14. Juli 2015 keine Mitverschuldenseinwendungen bezüglich der streitgegenständlichen Schadenspositionen und war die Beklagte im Betragsverfahren mit solchen Einwendungen nicht ausgeschlossen.

26 aa) Entgegen der Ansicht der Revision betrifft der Einwand, die Klägerin habe auf die Abmahnung hin voreilig nachgegeben, nicht den Grund des Schadensersatzanspruchs, sondern dessen Höhe. Die haftungsbegründende Kausalität bezieht sich auf den Zusammenhang zwischen der Handlung der Beklagten, also dem Versenden der Abmahnung, und der Rechtsgutsverletzung, also im Fall der unberechtigten Schutzrechtsverwarnung dem Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gemäß § 823 Abs. 1 BGB (vgl. BGH, Beschluss vom 15. Juli 2005 - GSZ 1/04, BGHZ 164, 1 - Unberechtigte Schutzrechtsverwarnung I). Der Einwand, der Schaden sei durch voreiliges Nachgeben unnötig vergrößert worden, bezieht sich dagegen auf die haftungsausfüllende Kausalität zwischen der Rechtsgutsverletzung und der jeweiligen Schadensposition (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 78. Aufl., Vorb v § 249 Rn. 24). Dass der auf ein vorzeitiges Nachgeben gestützte Einwand nicht bereits die Haftung dem Grunde nach betrifft und daher zu einer generellen Verringerung der Haftungsquote führt, wird bereits dadurch deutlich, dass er nicht bezüglich aller Schadenspositionen gleich zu bewerten ist. So kann etwa die Einstellung des Vertriebs der Grußkarten so voreilig gewesen sein, dass diesbezüglich jeder Schadensersatzanspruch der Klägerin entfällt. In Bezug auf Rechtsverteidigungskosten, die durch die Abmahnung ausgelöst wurden, muss der auf voreiliges Handeln gestützte Einwand jedoch nicht in gleichem Maße Erfolg haben.

- 27 bb) Nach den von der Klägerin nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Klägerin im Feststellungsverfahren zu einem Schaden durch Einstellung des Vertriebs und Vernichtung der Karten nicht vorgetragen, sondern lediglich ausgeführt, die unberechtigte Abmahnung der Klägerin sei "geeignet" gewesen, bei ihr einen Schaden insbesondere in Form von Umsatzausfällen zu verursachen. Das Schreiben vom 27. August 2012 hat die Klägerin nach den Feststellungen des Berufungsgerichts im Feststellungsverfahren nur mit dem Vortrag vorgelegt, sie habe damit die Beklagte zur Erstattung der Rechtsanwaltskosten aufgefordert, die ihr infolge der unberechtigten Inanspruchnahme durch die Beklagte entstanden seien.
- 28 (1) Die Beklagte hatte im Blick auf die bloß stichwortartige Erwähnung der Möglichkeit von Umsatzeinbußen bei der Erörterung der Zulässigkeit des Feststellungsantrags keine Veranlassung, bereits im Feststellungsverfahren ein Mitverschulden bei Schäden durch Einstellung des Vertriebs und Vernichtung der Karten geltend zu machen.
- 29 (2) Das Berufungsgericht war entgegen der Ansicht der Revision nicht gehalten, das unvollständig als Anlage K 16 und vollständig als Teil der Anlage K 19 im Feststellungsprozess vorgelegte Schreiben vom 27. August 2012 insgesamt in den Blick zu nehmen.
- 30 Wird mit der Revision die Übergehung von Sachvortrag gerügt, so muss dieser gemäß § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b ZPO unter Angabe der Fundstelle in den Schriftsätzen der Tatsacheninstanzen genau bezeichnet werden (BGH, Urteil vom 8. Juli 1954 - IV ZR 67/54, BGHZ 14, 205, 209 f. [juris Rn. 24]; Urteil vom 12. Mai 2016 - I ZR 5/15, NJW 2016, 3233 Rn. 17; Ball in Musielak/Voit, ZPO, 16. Aufl., § 551 Rn. 11, mwN). Daran fehlt es hier.

31 Der Inhalt der im Feststellungsprozess vorgelegten Anlage K 16 ist nicht unabhängig vom dazu gehaltenen Vortrag zum Gegenstand des dortigen Verfahrens geworden. Um die im Schreiben vom 27. August 2012 erwähnte Entstehung von Umsatzeinbußen und einen entsprechenden entgangenen Gewinn zum Gegenstand des Feststellungsverfahrens zu machen, hätte die Klägerin vielmehr auch schriftsätzlich auf diese Schadensposition hinweisen müssen. Dass sie dies getan hat, hat weder das Berufungsgericht festgestellt, noch wird es von der Revision behauptet.

32 Anlagen können zur Erläuterung des schriftsätzlichen Vortrags dienen, diesen aber nicht ersetzen (BGH, Beschluss vom 27. September 2001 - V ZB 29/01, BGH-Rep. 2002, 257 [juris Rn. 6]; Urteil vom 2. Juli 2007 - II ZR 111/05, NJW 2008, 69 Rn. 25; Urteil vom 17. März 2016 - III ZR 200/15, NJW 2016, 2747 Rn. 19; Urteil vom 26. April 2016 - VI ZR 50/15, NJW 2016, 3092 Rn. 23). Eine Partei darf deshalb zur Darstellung und Begründung ihrer Forderung nicht ausschließlich auf überreichte Anlagen verweisen, sondern muss diese auch in der Klage oder einem späteren Schriftsatz darstellen (BGH, Beschluss vom 25. April 2017 - VIII ZR 217/16, MDR 2017, 847 Rn. 32). Erforderlich ist dabei eine konkrete Bezugnahme auf die Anlagen (BGH, Urteil vom 11. Februar 2004 - VIII ZR 127/03, NJW-RR 2005, 216 [juris Rn. 6]; BGH, NJW 2016, 2747 Rn. 19). Das Prozessrecht verlangt, dass die Partei selbst die Tatsachen vorträgt, so dass sie Gegenstand der Verhandlung werden und der Gegner Gelegenheit hat, dazu im Einzelnen Stellung zu nehmen. Die Vorlage von Anlagen hat nicht den Zweck, dass das Gericht daraus zur Klagebegründung erforderliche Tatsachen entnimmt, die von der Partei nicht vorgetragen sind. Würde das Gericht in dieser Weise verfahren und die so gewonnenen Tatsachen zur Urteilsgrundlage machen, dann würde der Gegner möglicherweise verurteilt, ohne dass ihm rechtliches Gehör gewährt worden wäre (vgl. BGH, Urteil vom 3. Oktober 1956 - IV ZR 58/56, NJW 1956, 1878).

- 33 3. Die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts, es sei von einem so überwiegenden Mitverschulden der Klägerin bei der Entstehung des geltend gemachten Schadens auszugehen, dass sich der Ersatzanspruch auf Null reduziere, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.
- 34 a) Das Berufungsgericht hat angenommen, die Klägerin sei bei einer Gesamtbetrachtung des Geschehens der von der Beklagten in der Abmahnung erhobenen Forderung auf Unterlassung der Bewerbung und des Vertriebs sowie der Vernichtung der beanstandeten Produkte nicht (nur) voreilig, sondern wider besseres Wissen gefolgt.
- 35 Die Klägerin habe sämtliche von der Beklagten in der Abmahnung erhobenen Forderungen zurückgewiesen. Obwohl für sie seit dem Monatswechsel August/September 2011 die Gefahr denkbar gering gewesen sei, von der Beklagten (erfolgreich) im Wege einer einstweiligen Verfügung in Anspruch genommen zu werden, habe die Klägerin am 21. Oktober 2011 eine zuvor angekündigte negative Feststellungsklage erhoben. Sie habe damit ein Verhalten gezeigt, das auf die Überzeugung schließen lasse, in der Auseinandersetzung mit der Beklagten zu obsiegen.
- 36 Entspreche dies bei isolierter Betrachtung zwar noch der regelmäßigen Reaktion eines Abgemahnten, so träten hier aber andere, gewichtige Gesichtspunkte hinzu, die auch dieses Verhalten bei einer Gesamtbetrachtung in einem anderen Licht erscheinen ließen. Die Klägerin habe im November und Dezember 2011 für insgesamt 7.748,90 € Versionen der beanstandeten Kartenmotive entwerfen und drucken lassen, die zu den von der Beklagten mit der Abmahnung angegriffenen "chickenwings"-Karten zu zählen seien. Die entsprechenden Rechnungen habe die Klägerin vorgelegt, um die Herstellungskosten der streitgegenständlichen Grußkarten zu belegen.

37 Der Anspruch auf Kostenerstattung für die Rückholung und Vernichtung von Karten sei danach noch problematischer. Die Klägerin habe nicht vorgetragen, dass die zurückgenommenen Karten unverkäuflich gewesen seien. Ebenso wenig erläutere sie, warum einerseits die Vernichtung der Karten erfolgt sei, obwohl andererseits der Neudruck von Karten mit den beanstandeten Motiven in Auftrag gegeben worden sei.

38 b) Diese Ausführungen halten rechtlicher Prüfung stand.

39 aa) Der Schadensersatzanspruch des Verwarnten kann gemäß § 254 BGB auf Grund eines Mitverschuldens gemindert oder ausgeschlossen sein, wenn er voreilig die Produktion oder den Vertrieb einstellt, obwohl er die fehlende Berechtigung der Verwarnung hätte erkennen können (vgl. BGH, Urteil vom 8. Februar 1963 - Ib ZR 132/61, WRP 1965, 97, 101 - Kaugummikugeln; Urteil vom 19. Januar 1979 - I ZR 166/76, GRUR 1979, 332, 337 [juris Rn. 89] = WRP 1979, 361 - Brombeerleuchte; Urteil vom 17. April 1997 - X ZR 2/96, GRUR 1997, 741, 743 [juris Rn. 21] = WRP 1997, 957 - Chinaherde; Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 37. Aufl., § 4 Rn. 4.181 und § 9 Rn. 1.22; Ohly in Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl., § 4 Rn. 4/41; Omsels in Harte/Henning, UWG, 4. Aufl., § 4 Nr. 4 Rn. 211; MünchKomm.UWG/Fritzsche, 2. Aufl., § 9 Rn. 112). Der völlige Ausschluss der Ersatzpflicht ist allerdings die Ausnahme (BGH, GRUR 1997, 741, 743 [juris Rn. 21] - Chinaherde).

40 bb) Die Abwägung der Verantwortlichkeit nach § 254 BGB ist grundsätzlich Sache des Tatgerichts. Diese Würdigung gemäß § 286 ZPO kann vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden, ob das Tatgericht einen zutreffenden rechtlichen Maßstab zugrunde gelegt, nicht gegen Erfahrungssätze oder Denkgesetze verstoßen und keine wesentlichen Umstände unberücksichtigt gelassen hat (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 7. März 2019 - I ZR 225/17, GRUR 2019, 648 Rn. 18 = WRP 2019, 597 - Olympiareif).

41 cc) Die vom Berufungsgericht vorgenommene Beurteilung genügt diesen Anforderungen.

42 (1) Ohne Erfolg greift die Revision die Beurteilung des Berufungsgerichts an, indem die Klägerin noch nach Zugang der Abmahnung für 7.748,90 € Karten mit den beanstandeten Motiven habe produzieren lassen, habe sie gezeigt, sich sicher gewesen zu sein, dass die Waren keine Rechte der Beklagten verletzen.

43 Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht festgestellt, die neu produzierten Motive seien "chickenwings"-Karten, die von der Abmahnung der Beklagten erfasst seien. Soweit die Revision dieser Beurteilung entgegenhält, die Erstellung neuer Entwürfe sei nur sinnvoll gewesen, wenn diese sich vom Gegenstand der Abmahnung hinreichend absetzten, um nicht das Risiko weiterer Inanspruchnahme seitens der Beklagten zu begründen, setzt sie lediglich ihre eigene Beurteilung an die Stelle derjenigen des Berufungsgerichts. Zudem hat das Berufungsgericht seine Annahme, auch die neuen Entwürfe seien von der Abmahnung betroffen gewesen, darauf gestützt, die Klägerin habe in ihrem Schriftsatz vom 17. Januar 2017 zum Nachweis der "Herstellungskosten der streitgegenständlichen Grußkarten" die Rechnungen über Entwurf und Druck der neuen Motive selbst vorgelegt. Das greift die Revision nicht an.

44 Die Revision rügt weiter, bezüglich der Feststellung des Berufungsgerichts, die neuen Motive wiesen auch die Elemente auf, auf die die Beklagte die Abmahnung vom 1. Juli 2011 gestützt habe, fehle es an jeder substantiierten Auseinandersetzung und Gegenüberstellung, um daraus zu schließen, die Anfertigung sei unter keinem Gesichtspunkt zu rechtfertigen gewesen. Die Revision setzt sich auch hier nicht damit auseinander, dass das Berufungsgericht diese Feststellung damit begründet hat, die Klägerin habe die Rechnungen über Entwurf und Druck der neuen Motive als Beleg der "Herstellungskosten der streitgegenständlichen Grußkarten" vorgelegt. Die Revision lässt zudem eine

Gegenüberstellung der beanstandeten mit den neuen Motiven vermissen, die ein vom Berufungsgericht abweichendes Ergebnis rechtfertigen könnte.

45 Das Berufungsgericht hat angenommen, die Produktion der neuen Karten sei im November/Dezember 2011 und damit nach Einstellung des Vertriebs der alten Karten Ende August 2011 erfolgt. Die Revision hat insoweit keine Rügen erhoben.

46 (2) Das Berufungsgericht hat weiter ohne Rechtsfehler angenommen, der Anspruch auf Erstattung der Kosten für Rückholung und Vernichtung von Karten in Höhe von 30.108 € sei "noch problematischer", da die Klägerin nicht vorgetragen habe, die zurückgenommenen Karten seien unverkäuflich gewesen.

47 Die Revision hält diese Annahme für denkfehlerhaft, weil die Rückholung und Vernichtung von Karten die Annahme der Unverkäuflichkeit zwingend voraussetze. Denn es werde davon ausgegangen, dass die Karten nicht in Kollision mit der erhaltenen Abmahnung vertrieben werden sollten. Insofern seien die alten Karten aus verständiger unternehmerischer Sicht unverkäuflich gewesen.

48 Diese Rüge geht ins Leere, weil sich die insoweit beanstandete Beurteilung des Berufungsgerichts auf dessen tatrichterliche Würdigung bezieht, die Klägerin sei durchgängig davon überzeugt gewesen, in der Auseinandersetzung mit der Beklagten zu obsiegen. Davon ausgehend ist ein Anspruch auf Kostenerstattung für die Rückholung und Vernichtung von Karten durchaus "noch problematischer" als die Erstattung von Produktionskosten für neue Karten mit modifizierten Versionen der beanstandeten Kartenmotive. War die Klägerin davon überzeugt, dass die Abmahnung unberechtigt war, so wurden die bereits im Handel befindlichen Karten zwar in Kollision zu der Abmahnung, aber

nicht unberechtigt vertrieben. Infolgedessen bestand kein berechtigter Anlass, sie zurückzuholen oder zu vernichten.

49 (3) Die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Klägerin sei der in der Abmahnung geltend gemachten Forderung auf Unterlassung der Bewerbung und des Vertriebs sowie der Vernichtung der beanstandeten Produkte nicht nur voreilig, sondern wider besseres Wissen gefolgt, ist aus Rechtsgründen ebenfalls nicht zu beanstanden.

50 Die Revision meint, für diese Würdigung fehle jede Grundlage im Prozessstoff. Insbesondere sei im Zeitpunkt der Schadensentstehung im Jahr 2011 nicht zwingend damit zu rechnen gewesen, das Landgericht Berlin werde in dem bei ihm anhängigen Feststellungsverfahren die Rechtsauffassung der Klägerin bestätigen, dass sie keine Rechte der Beklagten verletze.

51 Das Berufungsgericht hat sich aufgrund einer Gesamtbetrachtung des Geschehens in tatrichterlicher Würdigung rechtsfehlerfrei die Überzeugung gebildet, die Klägerin sei von der mangelnden Berechtigung der Abmahnung überzeugt gewesen. Dabei hat es als gewichtigen Gesichtspunkt berücksichtigt, dass die Klägerin noch nach dem Zugang der Abmahnung für 7.748,90 € Karten mit den beanstandeten Motiven hat herstellen lassen. Dass das Berufungsgericht vor diesem Hintergrund zu der Überzeugung gelangt ist, die Klägerin sei der in der Abmahnung geltend gemachten Forderung auf Unterlassung der Bewerbung und des Vertriebs sowie der Vernichtung der beanstandeten Produkte nicht nur voreilig, sondern wider besseres Wissen gefolgt, stellt keinen revisionsrechtlich beachtlichen Verstoß gegen § 286 ZPO dar.

52 4. Nachdem die Klage bereits wegen des Mitverschuldenseinwands der Beklagten gemäß § 254 BGB unbegründet ist, kommt es nicht mehr auf die Hilfsbegründung des Berufungsgerichts an, es sei auch nicht anzunehmen,

dass die Abmahnung der Beklagten ursächlich für die in Rede stehenden Schäden geworden sei.

53 IV. Danach ist die Revision gegen das Berufungsurteil auf Kosten der Klägerin (§ 97 Abs. 1 ZPO) zurückzuweisen.

Koch

Schaffert

Kirchhoff

Feddersen

Schmaltz

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 21.03.2017 - 15 O 53/16 -

KG Berlin, Entscheidung vom 25.05.2018 - 5 U 63/17 -