



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 90/14

Verkündet am:
21. Januar 2016
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Deltamethrin II

ZPO § 315 Abs. 1, § 547 Nr. 6, § 287; BGB § 252 Satz 2

- a) Ein Richter, der bei der Entscheidung mitgewirkt hat, ist durch einen Wechsel zu einem anderen Spruchkörper desselben Gerichts nicht verhindert, das Urteil zu unterschreiben. Wird seine Unterschrift ersetzt und nicht binnen fünf Monaten nach Verkündung nachgeholt, ist das Urteil als nicht mit Gründen versehen anzusehen und aus diesem Grund im Revisionsverfahren aufzuheben.
- b) Dem Kläger, der berechtigt ist, vom Schädiger gemäß § 252 Satz 2 BGB entgangenen Gewinn zu verlangen, kommt die Beweiserleichterung des § 287 ZPO zugute, die es dem Gericht gestattet, sich je nach Lage des Falles anstelle einer an Sicherheit grenzenden mit einer mehr oder minder hohen, mindestens aber überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu begnügen. Hierzu muss der Kläger jedoch die erforderlichen und vom Beklagten bestrittenen Anknüpfungstatsachen beweisen, bevor auf der so gesicherten Tatsachengrundlage Schätzungen vorgenommen werden können.

BGH, Urteil vom 21. Januar 2016 - I ZR 90/14 - OLG Nürnberg
LG Nürnberg-Fürth

ECLI:DE:BGH:2016:210116UIZR90.14.0

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Januar 2016 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Büscher, die Richter Prof. Dr. Schaffert, Dr. Kirchhoff, Dr. Löffler und die Richterin Dr. Schwonke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Oberlandesgerichts Nürnberg - 3. Zivilsenat - vom 18. März 2014 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin ist eine zum Bayer-Konzern gehörige Gesellschaft. Sie ist Inhaberin der vom Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit (BVL) erteilten Zulassung für das Pflanzenschutzmittel "Decis flüssig". Es handelt sich um ein Insektizid, das als Wirkstoff 25 g/l Deltamethrin enthält. Im Jahr 2006 gab es kein weiteres in Deutschland zugelassenes Pflanzenschutzmittel mit diesem Wirkstoff.

2 Die in den Niederlanden ansässige Beklagte vertrieb im Wege des Parallelimports das nach ihren Angaben mit dem Produkt der Klägerin chemisch identische Pflanzenschutzmittel "RC Deltamethrin 25 g/l". In einem vorausgegangen Prozess zwischen den Parteien wurde die Beklagte zur Unterlassung des Vertriebs des Pflanzenschutzmittels und zur Auskunftserteilung verurteilt;

zudem wurde die Verpflichtung der Beklagten zum Schadensersatz festgestellt. Nach der von der Beklagten erteilten Auskunft hat sie vom 7. August 2006 bis zum 15. Dezember 2006 6.110 Liter des Pflanzenschutzmittels in Fünf-Liter-Gebinden und 1.132 Liter in Ein-Liter-Gebinden vertrieben.

3 Im vorliegenden Verfahren begehrt die Klägerin von der Beklagten Ersatz des Schadens, der ihr infolge dieses im genannten Zeitraum erfolgten Vertriebs des Mittels "RC Deltamethrin 25 g/l" entstanden ist.

4 Das Landgericht hat - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - die Beklagte zur Zahlung von 28.895,11 € nebst Zinsen verurteilt. Die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter.

Entscheidungsgründe:

5 I. Das Berufungsgericht hat in seinem Urteil, das den vom Vorsitzenden unterschriebenen Vermerk trägt, einer der beisitzenden Richter sei wegen Ausscheidens aus dem Senat an der Unterschriftsleistung gehindert, angenommen, der Klägerin stehe gegen die Beklagte ein Schadensersatzanspruch in der vom Landgericht ausgeurteilten Höhe zu. Zur Begründung hat es ausgeführt:

6 Die vom Landgericht gemäß § 252 Satz 2 BGB, § 287 ZPO vorgenommene Schadensschätzung sei nicht zu beanstanden. Der Vortrag der Klägerin biete eine ausreichende Grundlage für die Schätzung des Gewinns, der ihr infolge des wettbewerbswidrigen Verhaltens der Beklagten entgangen sei. Das Landgericht habe davon ausgehen können, dass die von der Beklagten ausge-

fürten Lieferungen ohne diesen Wettbewerbsverstoß zu 90% von der Klägerin erbracht worden wären. Zu Recht habe das Landgericht der Bemessung des Schadens die Differenz zwischen Einkaufspreis und Verkaufspreis der Klägerin zugrunde gelegt, hiervon Rabatte in Höhe von 10% abgezogen und auf dieser Grundlage die zuerkannte Summe errechnet.

7 II. Die Revision hat Erfolg. Das Berufungsurteil ist gemäß § 562 Abs. 1, § 545 Abs. 1, § 547 Nr. 6 ZPO aufzuheben, weil es nicht mit Gründen versehen ist.

8 1. Ein Urteil muss neben den in § 313 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 ZPO aufgeführten Bestandteilen eine Begründung enthalten. Bei einem Urteil eines Berufungsgerichts genügen dafür gemäß § 540 Abs. 1 Satz 1 ZPO statt des Tatbestands und der Entscheidungsgründe nach § 313 Abs. 1 Nr. 5 und 6 ZPO eine Bezugnahme auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil mit Darstellung etwaiger Änderungen oder Ergänzungen und eine kurze Begründung für die Abänderung, Aufhebung oder Bestätigung der angefochtenen Entscheidung. Das Urteil muss gemäß § 315 Abs. 1 Satz 1 ZPO von allen mitwirkenden Richtern unterschrieben werden. Die fehlende Unterschrift eines Richters stellt einen absoluten Revisionsgrund gemäß § 547 Nr. 6 ZPO dar (BGH, Urteil vom 27. Januar 2006 - V ZR 243/04, NJW 2006, 1881 Rn. 15; BGH, Urteil vom 16. Oktober 2006 - II ZR 101/05, NJW-RR 2007, 141 Rn. 9).

9 2. Das Berufungsurteil ist nicht ordnungsgemäß unterschrieben worden.

10 a) Nach § 315 Abs. 1 Satz 1 ZPO ist das Urteil grundsätzlich von den Richtern, die bei der Entscheidung mitgewirkt haben, zu unterschreiben. Allerdings kann nach § 315 Abs. 1 Satz 2 ZPO die Unterschrift eines verhinderten Richters ersetzt werden. Die Wirksamkeit der Ersetzung erfordert, dass derjenige, dessen Unterschrift ersetzt wird, tatsächlich an der Unterschriftsleistung

verhindert ist. Deshalb hat der Vorsitzende den Grund der Verhinderung nach § 315 Abs. 1 Satz 2 ZPO im Ersetzungsvermerk anzugeben. Der Vermerk des Vorsitzenden braucht den Verhinderungsgrund nur allgemein anzugeben. Einer Darlegung der konkreten Einzeltatsachen bedarf es nicht. So genügt zum Beispiel der Hinweis, der Richter sei krank, ebenso wie die Begründung, er sei aus dem Senat ausgeschieden, obwohl sich daraus nicht zwingend ergibt, dass er außerstande war, das Urteil zu unterzeichnen (BGH, Urteil vom 12. Januar 1961 - II ZR 149/60, NJW 1961, 782). Da die Feststellung der Verhinderung und des Verhinderungsgrundes im nicht nachprüfbar pflichtgemäßen Ermessen des Vorsitzenden liegt, muss der Vermerk lediglich auf einen Umstand hinweisen, welcher einen Verhinderungsgrund darstellen kann (BGH, NJW 1961, 782; BGH, Urteil vom 11. April 1991 - IX ZR 207/90, BGHR ZPO § 315 Abs. 1 Satz 2 Verhinderungsvermerk 1 [Gründe]). Eine Nachprüfung, ob eine Verhinderung tatsächlich vorlag, findet grundsätzlich nicht statt (BGH, Urteil vom 21. Mai 1980 - VIII ZR 196/79, NJW 1980, 1849, 1850; BGH, Beschluss vom 27. Mai 1992 - VIII ZB 9/92, juris Rn. 8; BFH, BFH/NV 2011, 415 Rn. 24).

- 11 b) Nur ausnahmsweise hat das Revisionsgericht im Wege des Freibeweises zu klären, ob der betreffende Richter tatsächlich verhindert war und ein Grund für die Ersetzung seiner Unterschrift vorgelegen hat. Dies gilt zunächst in den Fällen, in denen im Verhinderungsvermerk der Verhinderungsgrund nicht angegeben ist. Fehlt die Angabe des Verhinderungsgrundes, entfaltet der Verhinderungsvermerk die Wirkungen des § 315 Abs. 1 Satz 2 ZPO nur, wenn tatsächlich ein Verhinderungsgrund vorliegt (BGH, Urteil vom 14. November 1978 - 1 StR 448/78, NJW 1979, 663; BGH, NJW 1980, 1849, 1850; BAG, NJW 2010, 2300). Entsprechendes gilt, wenn geltend gemacht wird, dass der Verhinderungsvermerk auf willkürlichen, sachfremden Erwägungen beruht, und die die Willkür begründenden Umstände substantiiert und schlüssig dargelegt werden (BGH, Urteil vom 18. Januar 1983 - 1 StR 757/82, BGHSt 31, 212, 214). Das Revisionsgericht hat auch dann im Wege des Freibeweises zu klären, ob

der betreffende Richter tatsächlich verhindert war und ein Grund für die Ersetzung seiner Unterschrift vorgelegen hat, wenn bei unterstellter Richtigkeit des Vorbringens des Rechtsmittelführers aufgrund sonstiger Umstände des Einzelfalles davon auszugehen ist, dass der Rechtsbegriff der Verhinderung verkannt worden ist (BAG, NZA 2000, 54).

12 c) Im Streitfall hat das Berufungsgericht den Rechtsbegriff der Verhinderung verkannt.

13 aa) Die Revision hat vorgetragen, der Beisitzer, dessen Unterschrift der Vorsitzende "wegen Ausscheidens aus dem Senat" ersetzt habe, sei nach der mündlichen Verhandlung im Berufungsverfahren vom 11. Februar 2014 und vor der Verkündung des Berufungsurteils am 18. März 2014 mit Wirkung vom 16. März 2014 zum Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Nürnberg ernannt worden. Er sei zum selben Zeitpunkt aus dem erkennenden Senat ausgeschieden und habe den Vorsitz eines anderen Senats des Berufungsgerichts übernommen. Dieser Vortrag wird durch den von der Revision vorgelegten Beschluss des Präsidiums des Berufungsgerichts vom 25. Februar 2014 belegt. Die Revisionserwiderung ist dem nicht entgegengetreten.

14 bb) Der Wechsel zu einem anderen Spruchkörper desselben Gerichts ist kein Verhinderungsgrund (vgl. BGH, Urteil vom 22. Juni 1982 - 1 StR 249/81, NStZ 1982, 476, 477 zur gleichlautenden Vorschrift des § 275 Abs. 2 Satz 2 StPO; BayObLG, BayObLGSt 1982, 133, 134; vgl. zu § 96 Abs. 2 Satz 1 PatG: BPatG, Beschluss vom 27. Februar 2014 - 4 Ni 38/11, juris Rn. 10; Münch-Komm.ZPO/Musielak, 4. Aufl., § 315 Rn. 6; Musielak in Musielak/Voit, ZPO, 12. Aufl., § 315 Rn. 6; Elzer in Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, Stand: 1. Dezember 2015, § 315 Rn. 15; Saenger/Saenger, ZPO, 6. Aufl., § 315 Rn 7; Thole in Prütting/Gehrlein, ZPO, 7. Aufl., § 315 Rn. 5).

15 cc) Danach ist davon auszugehen, dass kein Verhinderungsgrund be-
standen hat und dass deshalb das Berufungsurteil bei Verkündung noch nicht
vollständig abgefasst war. Ein solches Urteil ist als nicht mit Gründen versehen
anzusehen, wenn Tatbestand und Entscheidungsgründe nicht binnen fünf Mo-
naten nach Verkündung schriftlich niedergelegt, von den Richtern besonders
unterschrieben und der Geschäftsstelle übergeben worden sind (GmS-OGB,
Beschluss vom 27. April 1993 - GmS-OGB 1/92, NJW 1993, 2603). Im Streitfall
ist die fehlende Unterschrift des beisitzenden Richters wegen Ablaufs der Fünf-
Monats-Frist des § 548 Halbsatz 2 ZPO nicht mehr nachholbar. Das Beru-
fungsurteil ist damit als nicht mit Gründen versehen anzusehen und aus diesem
Grund aufzuheben.

16 III. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

17 1. Das Berufungsgericht ist zu Recht von seiner internationalen Zustän-
digkeit ausgegangen.

18 Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte, die auch unter
der Geltung des § 545 Abs. 2 ZPO in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu
prüfen ist (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 17. September 2015
- I ZR 212/13, TranspR 2015, 433 Rn. 18 mwN), ergibt sich im Streitfall aus
Art. 5 Nr. 3 der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 über die gerichtliche Zuständigkeit
und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Han-
delssachen (Brüssel-I-VO). Nach dieser Bestimmung kann eine Person, die
ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat, in einem anderen
Mitgliedstaat vor dem Gericht des Ortes, an dem das schädigende Ereignis ein-
getreten ist oder einzutreten droht, verklagt werden, wenn eine unerlaubte
Handlung, eine Handlung, die einer unerlaubten Handlung gleichsteht, oder
Ansprüche aus einer solchen Handlung den Gegenstand des Verfahrens bilden.
Zu den unerlaubten Handlungen im Sinne von Art. 5 Nr. 3 Brüssel-I-VO zählen

auch unerlaubte Wettbewerbshandlungen (BGH, Urteil vom 12. Dezember 2013 - I ZR 131/12, GRUR 2014, 601 Rn. 16 = WRP 2014, 548 - englischsprachige Pressemitteilung). Die Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Brüssel-Ia-VO), die am 9. Januar 2013 in Kraft getreten ist und mit Ausnahme ihrer Artikel 75 und 76 ab dem 10. Januar 2015 gilt (Art. 81 Unterabs. 1 und 2 Brüssel-Ia-VO), ist im Streitfall zeitlich noch nicht anwendbar, weil die Klage hier vor dem 10. Januar 2015 erhoben worden ist (Art. 66 Abs. 1 Brüssel-Ia-VO).

19 2. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Klägerin hinsichtlich der Höhe des ihr nach ihrer Behauptung konkret entstandenen Schadens darlegungs- und beweisbelastet ist.

20 a) Aufgrund des rechtskräftig abgeschlossenen Vorprozesses steht zwischen den Parteien fest, dass die Klägerin von der Beklagten gemäß den §§ 8, 3, 4 Nr. 11 UWG aF in Verbindung mit Vorschriften des Pflanzenschutzgesetzes in der zum Zeitpunkt der Entscheidung im Vorprozess maßgeblichen Fassung die Unterlassung des Vertriebs des Pflanzenschutzmittels "RC Deltamethrin 25 g/l" beanspruchen kann und dass die Beklagte der Klägerin gemäß § 9 Satz 1 UWG dem Grunde nach zum Ersatz des Schadens verpflichtet ist, der dieser durch den in der Bundesrepublik Deutschland erfolgten Vertrieb des Pflanzenschutzmittels "RC Deltamethrin 25 g/l" seit dem 7. August 2006 entstanden ist und noch entsteht (vgl. zur Rechtskraft des Feststellungsurteils BGH, Urteil vom 14. Februar 2008 - I ZR 135/05, GRUR 2008, 933 Rn. 13 = WRP 2008, 1227 - Schmiermittel).

21 b) Für die Bemessung der Höhe des zugunsten der Klägerin dem Grunde nach festgestellten Schadensersatzanspruchs gemäß § 9 UWG gelten die §§ 249 bis 254 BGB. Nach einem allgemeinen Erfahrungssatz des Wettbe-

werbsrechts entsteht dem von einem Wettbewerbsverstoß unmittelbar Betroffenen regelmäßig ein Schaden (BGH, Urteil vom 17. Juni 1992 - I ZR 107/90, GRUR 1993, 55, 57 - Tchibo/ROLEX II, insoweit in BGHZ 119, 20 nicht abgedruckt). Ihm kommen bei der Darlegung und dem Nachweis eines entgangenen Gewinns die Erleichterungen gemäß § 252 Satz 2 BGB, § 287 ZPO zugute (BGH, Urteil vom 22. April 1993 - I ZR 52/91, GRUR 1993, 757, 758 f. = WRP 1993, 625 - Kollektion Holiday, insoweit in BGHZ 122, 262 nicht abgedruckt; BGH, GRUR 2008, 933 Rn. 19 - Schmiermittel). Demzufolge ist ein Gewinnentgang bereits dann zu bejahen, wenn es nach den gewöhnlichen Umständen des Falles wahrscheinlicher ist, dass der Gewinn ohne das haftungsbegründende Ereignis erzielt worden als dass er ausgeblieben wäre. Diese Prognose kann zwar nur dann angestellt werden, wenn der Geschädigte konkrete Anknüpfungstatsachen darlegt und nachweist; an die Darlegung solcher Anknüpfungstatsachen dürfen jedoch keine zu hohen Anforderungen gestellt werden (BGH, GRUR 2008, 933 Rn. 19 - Schmiermittel). Wer Ersatz des Gewinns verlangt, der ihm infolge einer durch eine unlautere geschäftliche Handlung verursachten Verminderung seines Umsatzes entgangen ist, muss allerdings dem Gericht die Tatsachen vortragen, die es diesem ermöglichen zu beurteilen, dass er den als Schadenersatz verlangten Betrag tatsächlich als Gewinn erzielt hätte, wenn der Konkurrent das beanstandete Verhalten nicht vorgenommen hätte. Die Bestimmung des § 252 Satz 2 BGB, nach welcher der Gewinn als entgangen gilt, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte, und die Vorschrift des § 287 ZPO, nach der das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung darüber entscheidet, wie hoch sich ein unter den Parteien streitiger Schaden beläuft, entheben den Verletzten zwar der Notwendigkeit, den entgangenen Gewinn genau zu belegen. Sie ersparen es ihm jedoch nicht, dem Gericht eine tatsächliche Grundlage zu unterbreiten, die diesem eine wenigstens im Groben zutreffende Schätzung des entgangenen Gewinns ermöglicht

(vgl. BGH, Urteil vom 6. März 1980 - X ZR 49/78, BGHZ 77, 16, 19 - Tolbutamid; BGH, GRUR 1993, 757, 758 f. - Kollektion "Holiday", insoweit in BGHZ 122, 262 nicht abgedruckt).

22 3. Die Revision wendet sich mit Erfolg gegen die vom Berufungsgericht gebilligte Schadensschätzung des Landgerichts nach § 287 ZPO.

23 a) Das Berufungsgericht hat angenommen, der Tatsachenvortrag der Klägerin ermögliche immerhin im Groben eine Schätzung des dieser entgangenen Gewinns. Das Landgericht habe auf der Grundlage dieses Vortrags annehmen können, dass die Lieferungen der Beklagten ohne deren Tätigwerden ganz überwiegend von der Klägerin erbracht worden wären. Unstreitig habe die Klägerin im Jahr 2006 als einzige Anbieterin über eine Zulassung für ein deltamethrinhaltiges Pflanzenschutzmittel in Deutschland verfügt. Die Beklagte behaupte eine stoffliche Identität des von ihr vertriebenen Importmittels mit dem Mittel der Klägerin. Dies rechtfertige die Annahme, dass Kunden der Beklagten beim Kauf besonderen Wert auf die stoffliche Übereinstimmung beider Mittel gelegt hätten. Ohne Erfolg mache die Beklagte geltend, die Kunden hätten ihren Bedarf durch andere parallel importierte Mittel gedeckt. Die Klägerin habe ihre hervorgehobene Marktpräsenz, die Vertriebsstrukturen der in Rede stehenden Pflanzenschutzmittel, das Kaufverhalten der Kunden und die geringe Bedeutung der Anbieter weiterer Konkurrenzprodukte hinreichend substantiiert vorgetragen. Zum Fehlen von Alternativangeboten als einer negativen Tatsache habe sie nur insoweit vortragen und Beweise anbieten müssen, als die Beklagte deren Existenz substantiiert vorgetragen habe. Erforderlich sei dies nur im Hinblick auf die fünf Importfirmen, die die Beklagte in der Klageerwiderung konkret benannt habe. Demgegenüber sei der weitere, auf eine Auskunft des BVL vom 15. Februar 2013 gestützte Vortrag der Beklagten, es seien von anderen Parallelimporteuren im Jahr 2006 63.634 kg deltamethrinhaltige Pflanzenschutzmittel in den Verkehr gebracht worden, zu pauschal. Aus diesem Grund habe sich die

Klägerin auf das Bestreiten des behaupteten Absatzes möglicherweise vergleichbarer Importmittel beschränken können.

24 b) Die Bemessung der Höhe des Schadensersatzanspruchs ist in erster Linie Sache des dabei nach § 287 Abs. 1 ZPO besonders freigestellten Tatrichters. Sie ist revisionsrechtlich nur daraufhin überprüfbar, ob der Tatrichter Rechtsgrundsätze der Schadensbemessung verkannt, wesentliche Bemessungsfaktoren außer Betracht gelassen oder seiner Schätzung unrichtige Maßstäbe zugrunde gelegt hat (BGH, Urteil vom 5. März 2013 - VI ZR 245/11, NJW 2013, 1870 Rn. 14 mwN). Dem Berufungsgericht sind bei seiner Beurteilung solche Rechtsfehler unterlaufen.

25 aa) Das Berufungsgericht ist allerdings zu Recht davon ausgegangen, dass die Klägerin die für die Schätzung erforderlichen Anknüpfungstatsachen im Ausgangspunkt hinreichend dargelegt hat.

26 (1) Sowohl § 287 ZPO wie § 252 BGB verlangen für die Schadensberechnung die schlüssige Darlegung von Ausgangs- bzw. Anknüpfungstatsachen. Sie sind die Grundlage, auf der das Ermessen bei einer Beweiswürdigung nach § 287 ZPO und die Wahrscheinlichkeitsprüfung nach § 252 Satz 2 BGB gründen. Für die Schadensberechnung benötigt der Richter als Ausgangssituation greifbare Tatsachen, da sich nur anhand eines bestimmten Sachverhalts sagen lässt, wie die Dinge sich weiterentwickelt hätten (BGH, Urteil vom 15. März 1988 - VI ZR 81/87, NJW 1988, 3016, 3017). Im Rahmen des § 287 Abs. 1 ZPO soll das Gericht die Schadenshöhe schätzen, wobei in Kauf genommen wird, dass das Ergebnis unter Umständen mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmt (BGH, Urteil vom 16. Dezember 1963 - III ZR 47/63, NJW 1964, 589; Zöller/Greger, ZPO, 31. Aufl., § 287 Rn. 2). Diese Prognose kann zwar nur dann angestellt werden, wenn der Geschädigte konkrete Anknüpfungstatsachen darlegt und nachweist; an die Darlegung solcher Anknüpfungstatsachen

dürfen jedoch keine zu hohen Anforderungen gestellt werden (BGH, GRUR 2008, 933 Rn. 19 - Schmiermittel). Nur wenn mangels greifbarer Anhaltspunkte eine Grundlage für das Urteil nicht zu gewinnen ist und das richterliche Ermessen vollends in der Luft hängen würde, wenn also eine Schätzung nicht möglich ist, bleibt es bei der Regel, dass den Kläger die Beweislast für die klagebegründenden Tatsachen trifft und deren Nichterweislichkeit ihm schadet (BGH, NJW 1964, 589; BGH, Urteil vom 11. März 2004 - VII ZR 339/02, NJW-RR 2004, 1023; Urteil vom 6. Dezember 2012 - VII ZR 84/10, NJW 2013, 525 Rn. 23).

27 (2) Danach begegnet es keinen durchgreifenden Bedenken, dass die Klägerin zur Darlegung des entgangenen Gewinns die Umsätze herangezogen hat, die die Beklagte mit ihrem Pflanzenschutzmittel erzielt hat. Es kann zwar nicht einfach davon ausgegangen werden, dass der Umsatz des Verletzers in vollem Umfang dem Berechtigten zugute gekommen wäre. Der Umsatz des Verletzers kann jedoch als Anhaltspunkt für die Gewinneinbußen des Berechtigten von Bedeutung sein. Desgleichen ist es nicht zu beanstanden, dass die Klägerin bei der Berechnung des Schadens den Gewinn zugrunde gelegt hat, den sie üblicherweise bei der Veräußerung ihres Pflanzenschutzmittels erzielt (vgl. BGH, GRUR 1993, 757, 759 - Kollektion Holiday, insoweit in BGHZ 122, 262 nicht abgedruckt; GRUR 2008, 933 Rn. 20 - Schmiermittel), und dass sie sich darauf berufen hat, die Anbieter von parallel importierten, Deltamethrin enthaltenden Pflanzenschutzmitteln hätten auf dem Markt nur eine geringe Bedeutung gehabt.

28 bb) Die Revision macht nicht geltend, die Klägerin habe ihre Kunden nicht beliefern können. Sie hat außerdem die vom Berufungsgericht gebilligte Berechnung des entgangenen Gewinns der Klägerin durch das Landgericht nicht beanstandet.

29

cc) Die Revision wendet sich jedoch mit Erfolg gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin habe zum Fehlen von Alternativangeboten zu ihrem Pflanzenschutzmittel im Jahr 2006 nicht näher vortragen und Beweis anbieten müssen. Das Berufungsgericht durfte seiner Schadensschätzung eine hervorgehobene Marktpräsenz der Klägerin und eine geringe Bedeutung anderer Anbieter nicht zugrunde legen, weil die Beklagte substantiiert zu anderweitigen Möglichkeiten zum Erwerb des Original-Pflanzenschutzmittels der Klägerin vorgetragen hat und der eigene Vortrag der Klägerin es möglich erscheinen lässt, dass Kunden der Beklagten in größerem als vom Landgericht geschätzten Umfang auf Konkurrenzprodukte ausgewichen wären.

30 (1) Der vom Berufungsgericht herangezogene Vortrag der Klägerin zu den Marktverhältnissen rechtfertigt nicht die Feststellung, lediglich 10% der Kunden der Beklagten hätten - wenn die Beklagte nicht auf dem Markt tätig geworden wäre - ihren Bedarf nicht bei der Klägerin gedeckt.

31 Die Beklagte war unstreitig nicht das einzige Unternehmen, das im fraglichen Zeitraum mit dem Mittel der Klägerin stofflich übereinstimmende Präparate parallel importiert hat. Die Klägerin hat vorgetragen, im gesamten Jahr 2006 seien etwa 100.000 Liter oder rund 100 Tonnen Deltamethrin enthaltende Pflanzenschutzmittel vertrieben worden. Davon seien lediglich 22.500 Liter oder 22,5 Tonnen Importprodukte gewesen. Der weit überwiegende Anteil sei auf das Original-Pflanzenschutzmittel der Klägerin entfallen. Nach dem Vortrag der Klägerin hätte damit der Marktanteil des Originalprodukts rund 77,5% und der Anteil der parallel importierten Pflanzenschutzmittel rund 22,5% betragen. Diese Behauptung hat die Beklagte bestritten und unter Vorlage einer Auskunft des BVL vom 15. Februar 2013 dargelegt, dass andere Parallelimporteure im Jahr 2006 einen Absatz von insgesamt 63.634 kg von Pflanzenschutzmitteln mit dem Wirkstoff Deltamethrin gemeldet hätten, ohne dass darin der Umsatz der Beklagten enthalten sei. Unter Berücksichtigung der von der Beklagten im Streit-

gegenständlichen Zeitraum abgesetzten Mengen ihres Pflanzenschutzmittels und der nach dem Klägervortrag vertriebenen Menge des Original-Pflanzenschutzmittels wäre danach der Marktanteil des Original-Pflanzenschutzmittels der Klägerin nicht wesentlich höher als derjenige von parallel importierten Pflanzenschutzmitteln.

32 (2) Angesichts dieses streitigen Vortrags der Parteien zu den Marktverhältnissen entbehrt die auf nicht näher konkretisierten Vortrag der Klägerin gestützte Annahme des Berufungsgerichts, die Kunden der Beklagten hätten zu 90% das Originalprodukt der Klägerin erworben, einer tragfähigen Grundlage. Es ist nicht erkennbar, aufgrund welcher Überlegungen das Berufungsgericht zu der Annahme gelangt ist, die Anbieter von Konkurrenzprodukten hätten nur geringe Bedeutung gehabt, in welcher Weise es den Anteil der Kunden, die zu der Klägerin gewechselt wären, berechnet hat und auf welchen konkreten Vortrag der Klägerin zu deren hervorgehobener Marktpräsenz, zu den Vertriebsstrukturen und zum Kaufverhalten der Kunden es abgestellt hat. Im Grundsatz kann zwar der Marktanteil des zum Schadensersatz berechtigten Mitbewerbers insoweit ein für die Schadensschätzung maßgebliches Indiz sein, als daraus geschlossen werden kann, in welchem Umfang sich Kunden bei Wegfall eines Lieferanten für sein Produkt entschieden hätten. Da die Klägerin ihren Marktanteil im maßgeblichen Zeitraum mit nicht mehr als 77,5% angegeben hat, kann der Schadensschätzung nicht ohne Weiteres die Annahme zugrunde gelegt werden, die Kunden der Beklagten hätten sich zu 90% für das Pflanzenschutzmittel der Klägerin entschieden. Dies gilt auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass der Marktanteil der Klägerin ohne die Tätigkeit der Beklagten möglicherweise höher gewesen wäre. Darüber hinaus kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass es sich bei den Kunden der Beklagten um solche handelt, die sich gegen das Originalprodukt der Klägerin und für ein preisgünstiges Parallelimportmittel entschieden haben. Damit spricht viel dafür, dass sie sich bei Wegfall des Angebots der Beklagten verstärkt um den Bezug eines anderen parallel

importierten Pflanzenschutzmittels bemüht hätten. Diesem Umstand kann bei der Schätzung des dem Mitbewerber entstandenen Schadens durch einen anhand der Umstände des Einzelfalles zu bemessenden angemessenen Abschlag auf dessen Marktanteil Rechnung getragen werden.

33 dd) Das Berufungsgericht wird im wiedereröffneten Berufungsverfahren Feststellungen zu den im Jahr 2006 für den Vertrieb der in Rede stehenden Pflanzenschutzmittel maßgeblichen Marktverhältnissen zu treffen haben, um auf dieser Grundlage den der Klägerin entstandenen Schaden gemäß § 287 ZPO schätzen zu können. Dabei wird es die von den Parteien angebotenen Beweise zu erheben haben.

34 (1) Das Berufungsgericht hat zu Unrecht davon abgesehen, über die von der Klägerin vorgetragene und von der Beklagten bestrittene Marktverhältnisse Beweis zu erheben und hierzu Feststellungen zu treffen. Zwar kommt der Klägerin die Beweiserleichterung des § 287 ZPO zugute, die es dem Gericht gestattet, sich je nach Lage des Falles anstelle einer an Sicherheit grenzenden mit einer mehr oder minder hohen, mindestens aber überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu begnügen. Hierzu muss die Klägerin jedoch die für die Schätzung erforderlichen und bestrittenen Anknüpfungstatsachen beweisen, bevor auf der so gesicherten Tatsachengrundlage Schätzungen vorgenommen werden können (BGH, NJW 1988, 3016, 3017; BGH, Urteil vom 29. März 2000 - VIII ZR 81/99, NJW 2000, 2272, 2275; Urteil vom 7. Juni 2006 - XII ZR 47/04, NJW-RR 2006, 1238 Rn. 13).

35 (2) Das Berufungsgericht ist bei seiner Beurteilung, die Beklagte habe nur pauschal vorgetragen, der Marktanteil der Parallelimporteure sei seinerzeit höher gewesen als von der Klägerin vorgetragen, von zu strengen Anforderungen ausgegangen. Die Beklagte hat dargelegt, der Absatz von parallel importierten deltamethrinhaltigen Pflanzenschutzmitteln habe nicht nur 22,5 Tonnen

ausgemacht, sondern habe - ohne die von der Beklagten vertriebene Menge - bei 63,634 Tonnen gelegen. Soweit das Berufungsgericht Angaben dazu vermisst hat, um welche Importeure oder welche Importmittel es sich dabei gehandelt habe, welche stoffliche Zusammensetzung diese aufwiesen und ob sie unter Bezugnahme auf das Referenzmittel der Klägerin beworben worden seien, hat es die Anforderungen an die Darlegungen der Beklagten überspannt. Das Berufungsgericht hat dabei den Hinweis der Beklagten zu Unrecht unberücksichtigt gelassen, dass das Pflanzenschutzgesetz im Jahr 2006 in § 19 PflSchG - in der seinerzeit geltenden Fassung in § 64 PflSchG - Herstellern und Importeuren von Pflanzenschutzmitteln eine Meldepflicht auferlegte, die sie verpflichtete, jährlich Mitteilung dazu zu machen, in welchem Umfang sie Pflanzenschutzmittel mit welchen Wirkstoffen gehandelt haben. Aus diesem Grund hätte das Berufungsgericht die Auskunft des BVL über die ihm mitgeteilten, im Jahr 2006 abgesetzten Mengen an Deltamethrin enthaltenden Pflanzenschutzmitteln nicht ohne Weiteres als unzureichend ansehen dürfen. Die Beklagte hat weiter vorgetragen, dass die vom BVL mitgeteilten Mengen sich auf mit dem Produkt der Klägerin identische Mittel beziehen müssen, weil es für andere deltamethrinhaltige Pflanzenschutzmittel keinen Importmarkt gebe. Zu Recht macht die Revision geltend, dass angesichts dieses Vortrags und der den Importeuren gegenüber dem BVL obliegenden Meldepflicht die Beklagte nicht näher vortragen musste, welche Unternehmen welche Mengen abgesetzt haben, um substantiiert eine andere mögliche Bezugsquelle von parallel importierten, mit dem Produkt der Klägerin identischen Produkten darzulegen. Vielmehr hätte das Berufungsgericht zu der Behauptung der Klägerin Beweis erheben müssen, der Umsatz der Beklagten wäre ihr in dem vom Landgericht geschätzten Umfang zugute gekommen.

36

(3) Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung kann die Auskunft des BVL nicht deshalb unberücksichtigt bleiben, weil die darin genannten, im Jahr 2006 abgesetzten Mengen an deltamethrinhaltigen Pflanzenschutzmitteln für

die Ermittlung des Marktanteils der Beklagten von August bis Dezember 2006 ungeeignet wären. Soweit die Revisionserwiderung geltend macht, der Hauptumsatz mit dem Original-Pflanzenschutzmittel der Klägerin werde nicht im Herbst und Winter, sondern im Frühjahr bis Anfang Mai eines jeden Jahres verbucht, beruft sie sich auf einen Sachverhalt, den die Beklagte bestritten und zu dem das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen hat.

37 (4) Das Berufungsgericht hat angenommen, die Beklagte habe nur fünf Unternehmen konkret genannt, die in Deutschland mit dem Pflanzenschutzmittel der Klägerin stofflich übereinstimmende Produkte angeboten hätten. Es hat hierbei auf die von der Beklagten vorgelegte Liste der nach § 16c PflSchG aF ab dem 1. Januar 2007 erteilten Verkehrsfähigkeitsbescheinigungen Bezug genommen. Dagegen wenden sich die Revision und die Revisionserwiderung zu Recht. Aus der Anzahl der im Jahr 2007 erteilten Verkehrsfähigkeitsbescheinigungen für mit dem Original-Pflanzenschutzmittel der Klägerin chemisch identische Pflanzenschutzmittel kann nicht auf die Anzahl der im Jahr 2006 tätigen Parallelimporteure geschlossen werden.

38 Dies gilt schon deshalb, weil im Jahr 2006 Pflanzenschutzmittel, die im europäischen Ausland zugelassen waren und mit einem inländischen Referenzmittel stofflich übereinstimmten, ohne behördliche Genehmigung nach Deutschland importiert werden durften. Die Vorschrift des § 16c PflSchG aF, die das Erfordernis einer Verkehrsfähigkeitsbescheinigung für den Parallelimport vorsah, wurde zum 29. Juni 2006 eingeführt, galt gemäß § 45 Abs. 12 PflSchG jedoch erst mit Wirkung ab dem 1. Januar 2007. Aus diesem Grund ist die Liste von Unternehmen, denen ab dem 1. Januar 2007 eine Verkehrsfähigkeitsbescheinigung bezogen auf das Referenzmittel der Klägerin erteilt worden ist, kein Beleg dafür, dass es andere Anbieter von Parallelimporten von mit dem Pflanzenschutzmittel der Klägerin chemisch identischen Pflanzenschutzmitteln im Jahr 2006 nicht gegeben hat. Umgekehrt lässt sich dieser Liste nicht entneh-

men, dass die Unternehmen, die im Jahr 2007 eine Verkehrsfähigkeitsbescheinigung erhalten haben, bereits im Jahr 2006 tätig gewesen sind.

39 (5) Das Berufungsgericht hat im Grundsatz zu Recht angenommen, die Beklagte könne sich mit Erfolg nur auf solche Angebote weiterer Deltamethrin enthaltender Importmittel berufen, die in zulässiger Weise in den Verkehr gebracht worden seien, das heißt stofflich mit dem Referenzmittel der Klägerin übereinstimmten. Der Beklagten ist es aus Rechtsgründen untersagt, dem Schadensersatzanspruch der Klägerin entgegenzuhalten, ihre Kunden hätten ihren Bedarf an Deltamethrin enthaltenden Pflanzenschutzmitteln bei anderen Parallelimporteuren gedeckt, die ihrerseits ein nicht herstelleridentisches Produkt vertrieben haben. Der Beklagten kann es nicht zum Vorteil gereichen, wenn sich andere Parallelimporteure ebenfalls nicht nach den Vorschriften des Pflanzenschutzgesetzes richten.

40 Die Revision rügt jedoch zu Recht, dass das Berufungsgericht keine Feststellungen dazu getroffen hat, dass andere Importeure, die dem BVL den Import von Deltamethrin enthaltenden Pflanzenschutzmitteln gemeldet haben, gegen Vorschriften des Pflanzenschutzgesetzes verstoßen und stofflich nicht mit dem Referenzmittel identische Pflanzenschutzmittel in den Verkehr gebracht hätten.

- 41 c) Die Revision wendet sich dagegen ohne Erfolg gegen die Annahme des Berufungsgerichts, Deltamethrin nicht enthaltende Substitutionsprodukte seien als Alternative für Kunden der Beklagten außer Betracht zu lassen.
- 42 aa) Das Landgericht hat angenommen, die Kunden der Beklagten wollten ein mit dem Produkt der Klägerin stofflich identisches Mittel erwerben und hätten deshalb nach der Lebenserfahrung nicht auf ein anderes Produkt mit anderer Zusammensetzung zurückgegriffen. Das Berufungsgericht hat dies gebilligt und ausgeführt, die Klägerin sei dem Vortrag der Beklagten, ihre Kunden wären auch auf andere nicht deltamethrinhaltige Substitutionsprodukte ausgewichen, unter Hinweis auf den erweiterten Zulassungs- und Anwendungsumfang ihres Mittels, die hiervon bestehenden Abweichungen anderer Pflanzenschutzmittel in deren Zusammensetzung, Anwendung und Wirkweise, das Risikobewusstsein und die Kaufentscheidung der Abnehmer, die auf das nach ihrer Erfahrung bewährte Referenzmittel zurückgreifen würden, durch substantiierten Vortrag und unter Beweisangebot überzeugend entgegengetreten.

43

bb) Diese trichterliche Beurteilung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Es liegt nahe, dass Käufer von parallel importierten Produkten Wert darauf legen, ein mit dem Original identisches Produkt zu erhalten. Der Parallelimport zielt auf Kunden, die sich für das Originalprodukt interessieren, jedoch nicht bereit sind, den hierfür geforderten Preis zu zahlen und deshalb auf ein herstelleridentisches, aber preisgünstigeres Produkt ausweichen. Es entspricht deshalb der Lebenserfahrung anzunehmen, dass der Kunde, der ein parallel importiertes Produkt kauft, bei Wegfall eines Parallelimporteurs nicht auf Alternativprodukte ausweichen würde. Das Berufungsgericht musste dies nicht näher aufklären, sondern konnte gemäß § 252 Satz 2 BGB diesen Umstand seiner Berechnung des der Klägerin entstandenen Schadens zugrunde legen.

Büscher

Schaffert

Kirchhoff

Löffler

Schwonke

Vorinstanzen:

LG Nürnberg-Fürth, Entscheidung vom 08.05.2013 - 4 HKO 3915/12 -

OLG Nürnberg, Entscheidung vom 18.03.2014 - 3 U 1138/13 -