



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

KZR 32/98

Verkündet am:
6. März 2001
Walz
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. März 2001 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofes Prof. Dr. Hirsch und die Richter Dr. Melullis, Prof. Dr. Goette, Ball und Prof. Dr. Bornkamm

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 14. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 21. Juli 1998 aufgehoben, soweit die Beklagte darin zur Auskunftserteilung verurteilt und ihre Schadensersatzpflicht festgestellt worden ist.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist die Rechtsnachfolgerin der Deutschen Bundespost Postdienst, einem Teilsondervermögen der Bundesrepublik Deutschland, das nach Maßgabe des zum 1. Januar 1995 in Kraft getretenen Postgesetzes in eine Aktiengesellschaft, die jetzige Klägerin, umgewandelt worden ist. Die Beklagte ist ein in Dänemark ansässiges Unternehmen, an dem neben der Dänischen Post die skandinavische Fluggesellschaft SAS beteiligt ist.

Die Beklagte befaßt sich unter anderem damit, von anderen Unternehmen eingesammelte und an sie übergebene Postsendungen weiter zu sortieren, postfertig zu machen und bei der Dänischen Post einzuliefern, von der sie - gegebenenfalls durch Übergabe an ausländische Postdienste und über diese - ausgeliefert werden. Für ihre Tätigkeit hat sie unter anderem mit einem Prospekt in deutscher Sprache geworben, der nach der von der Beklagten bestrittenen Darstellung der Klägerin auch in das Inland gelangt sein soll.

Die Klägerin sieht in der in dem Prospekt angekündigten Tätigkeit ein Remailing, das gegen den zu ihren Gunsten gesetzlich bestimmten Beförderungsvorbehalt auch in der Fassung, die er nach der Genehmigung von Kurierdiensten im grenzüberschreitenden Verkehr durch den Bundesminister für das Post- und Fernmeldewesen erhalten habe, und damit zugleich gegen § 1 UWG verstoße. Insoweit hat sie die Beklagte auf Unterlassung, Auskunft und Feststellung der Ersatzpflicht in Anspruch genommen.

Das Landgericht hat die Beklagte unter Abweisung der Klage im übrigen gemäß dem Hilfsantrag zur Unterlassung verurteilt und den weiteren Anträgen

auf Auskunft und Feststellung der Ersatzpflicht im wesentlichen stattgegeben. Auf das dagegen gerichtete Rechtsmittel der Beklagten hat das Berufungsgericht die Verurteilung zur Unterlassung auf Beförderungen von aus dem Inland stammenden Postsendungen mit weniger als 200 g Einzelgewicht unter im einzelnen im Tenor näher beschriebenen Voraussetzungen beschränkt und die Beklagte weiter zur Unterlassung einer Werbung in Form des in den Tenor der Entscheidung aufgenommenen Prospektes verurteilt. Die Verurteilung zur Auskunft und die Feststellung der Ersatzpflicht sind neu formuliert worden, im übrigen jedoch in der Sache erhalten geblieben. Gegen diese Entscheidung zu ihren Lasten hat die Beklagte Revision eingelegt, die der Senat nur hinsichtlich der Verurteilung zur Auskunftserteilung und der Feststellung der Schadenersatzpflicht angenommen hat. In diesem Umfang verfolgt die Beklagte ihr Rechtsmittel weiter; die Klägerin tritt ihm entgegen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Revision hat im Umfang der Annahme durch den Senat Erfolg. Insoweit führt sie zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Die festgestellte Ersatzpflicht hat das Berufungsgericht aus einem Verstoß gegen § 1 UWG hergeleitet, den es im Zusammenhang mit der Verurteilung der Beklagten zur Unterlassung begründet hat. Dabei ist es davon ausgegangen, daß das in dem Prospekt angekündigte Vorgehen der Beklagten ein unzulässiges Remailing darstelle, dessen Durchführung zugleich wettbewerbswidrig nach § 1 UWG sei. Ihre Verantwortlichkeit ergebe sich insoweit schon aus der angekündigten Zusammenarbeit der Beklagten mit den Unter-

nehmen, die für sie die zu befördernde Post einsammelten; auf die rechtliche Grundlage der jeweiligen Verbindung zu diesem Unternehmen komme es insoweit nicht an. Vielmehr genüge, daß die Beklagte in Kenntnis aller Umstände das Verhalten dieser Unternehmen für ihre eigenen Zwecke ausnutze und mit diesen zusammenarbeite. Störer hinsichtlich des Verstoßes gegen § 1 UWG sei sie darüber hinaus auch deshalb, weil sie mit dem Prospekt, der jedenfalls an das Postamt Leipzig und damit ins Inland gelangt sei, ein entsprechendes unzulässiges Remailing auch selbst angekündigt und insoweit zumindest eine Erstbegehungsgefahr begründet habe.

Das für die Ersatzpflicht erforderliche Verschulden sei gegeben, weil die Beklagte bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt habe erkennen können und müssen, daß sie durch ihre Beteiligung an dem Remailingsystem in unzulässiger Weise in den Beförderungsvorbehalt zugunsten der Klägerin bzw. ihrer Rechtsvorgängerin eingreife. Da die Klägerin nicht in der Lage sei, den ihr entstandenen Schaden abschließend zu beziffern, sei auch das erforderliche Feststellungsinteresse gegeben. Zugleich sei damit auch der der Schadensermittlung dienende Auskunftsanspruch begründet.

II. Diese Würdigung greift die Revision im Ergebnis mit Erfolg an.

1. Nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes setzt die Feststellung der Ersatzpflicht im gerichtlichen Verfahren voraus, daß eine gewisse Wahrscheinlichkeit für den Eintritt eines Schadens besteht (vgl. BGH, Urt. v. 10.5.1974 - I ZR 80/73, GRUR 1974, 735, 736 - Pharmamedan; Urt. v. 23.4.1991 - X ZR 77/89, GRUR 1992, 559 - Mikrofilmanlage; BGHZ 130, 205, 220 - Feuer, Eis & Dynamit I, jeweils m.w. Nachw.; vgl. auch Baum-

bach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Aufl., Einl. UWG Rdn. 500; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, 7. Aufl., Kap. 52 Rdn. 29). Auch wenn diese Wahrscheinlichkeit nicht hoch zu sein braucht (BGH, Urt. v. 20.6.1991 - I ZR 277/89, GRUR 1992, 61, 63 - Preisvergleichsliste) und insbesondere nicht festgestellt werden muß, daß ein Schaden bereits eingetreten ist oder worin dieser besteht (BGH, Urt. v. 29.3.1960 - I ZR 109/58, GRUR 1960, 423, 426 - Kreuzbodenventilsäcke), ist jedenfalls eine nicht lediglich entfernt liegende Möglichkeit eines Schadens erforderlich, d.h. aufgrund des festgestellten Sachverhalts muß der Eintritt eines Schadens zumindest denkbar und möglich erscheinen. Davon kann hier nach dem vom Berufungsgericht bisher festgestellten Sachverhalt auch bei Anlegung des gebotenen großzügigen Maßstabs (vgl. dazu BGH, Urt. v. 16.1.2001 - VI ZR 381/99, zur Veröffentlichung bestimmt) nicht ausgegangen werden. Aus dem vom Berufungsgericht zugrunde gelegten Eingang des Werbemittels der Beklagten bei dem Postamt Leipzig ist eine solche Wahrscheinlichkeit derzeit mit der erforderlichen Sicherheit nicht herzuleiten.

Zum einen hatte die Beklagte, worauf die Revision mit Recht verweist, in den Tatsacheninstanzen bestritten, diesen Prospekt ins Inland und insbesondere in den Bereich des Postamtes Leipzig versandt zu haben. Das Berufungsgericht hat hierzu keine abschließenden Feststellungen getroffen, so daß ein solcher Versand in der Revisionsinstanz zu Lasten der Beklagten nicht ohne weiteres zugrunde gelegt werden kann. Daß der Prospekt von der Beklagten stammt, wie das Berufungsgericht in tatrichterlicher Würdigung seines Inhaltes und des Hinweises, daß er in Dänemark gedruckt worden sei, annimmt, trägt seine weitere Folgerung, er müsse auch von der Beklagten verschickt worden sein oder mit deren Wissen und Willen oder in einer sonst dieser zure-

chenbaren Weise ins Inland gelangt sein, allein nicht. Zu Recht macht die Revision insoweit geltend, daß nicht zuletzt mit Blick auf die inländischen Vertragspartner der Beklagten auch eine festgestellte Urheberschaft der Beklagten an dem Prospekt für sich kein hinreichendes Indiz für die Annahme bildet, er sei von dieser oder in deren Auftrag ins Inland verbracht worden.

Entscheidend kommt hinzu, daß die Versendung auch dann, wenn sie der Beklagten zuzurechnen sein sollte, die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintrittes auf seiten der Klägerin allein nicht begründen kann. Nach dem vom Berufungsgericht insoweit zugrunde gelegten Sachverhalt ist der Prospekt über das Postamt Leipzig nicht hinausgegangen; er ist insbesondere nicht in die Hände möglicher Kunden der Parteien gelangt. Daß diese auf andere Weise von seinem Inhalt hätten Kenntnis nehmen können oder weitere Prospekte ins Inland verschickt worden sind, hat die Beklagte bestritten; das Berufungsgericht hat hierzu keine, insbesondere keine abweichenden Feststellungen getroffen. Insoweit ist daher für das Revisionsverfahren davon auszugehen, daß dieser die Leistungen der Beklagten anbietende Prospekt nicht an Dritte gelangt ist. Damit können er bzw. sein Inhalt nicht dazu geführt haben, daß der Klägerin Beförderungsgeschäfte entgangen sind. Mangels einer durch den Prospekt vermittelten Kenntnis vom Inhalt des beschriebenen Angebots der Beklagten konnten mögliche Interessenten nicht veranlaßt werden, von deren Angebot Gebrauch zu machen.

Daß und gegebenenfalls welche anderen Schäden durch den an das Postamt Leipzig gelangten Prospekt haben ausgelöst werden können, ist dem angefochtenen Urteil nicht zu entnehmen, so daß die Feststellung der erforder-

lichen Wahrscheinlichkeit auf solche Einbußen ebenfalls nicht gestützt werden kann.

Für diese genügt auch die nach dem vorliegenden Sachverhalt, insbesondere dem festgestellten Inhalt des Prospektes, der nach Darstellung der Beklagten ihr Angebot zutreffend wiedergibt, anzunehmende Erstbegehungsgefahr für ein entsprechendes Vorgehen auf ihrer Seite nicht. Zwar ist danach ernstlich zu besorgen, daß sich die Beklagte - gegebenenfalls im Zusammenwirken mit ihren inländischen Partnern - in der Weise auf dem inländischen Markt betätigen wird, daß sie dort eingesammelte Post im Ausland zur Weiterbeförderung aufgibt. In dem Prospekt wird in deutscher Sprache angeboten, Briefsendungen bei den angesprochenen Interessenten einzusammeln, nach Dänemark zu transportieren und dort zu den geltenden Gebühren zur Post mit dem Ziel einer Versendung auch ins Inland aufzugeben. Der Behauptung der Klägerin, daß dies dem von der Beklagten geplanten und vorbereiteten Geschäft entspricht, ist letztere nicht entgegengetreten. Sie hat lediglich geltend gemacht, daß sich ihre eigene Beteiligung auf das Ausland beschränke, während das Einsammeln der Post im Inland durch in der Regel hier ansässige Partner vorgenommen werde. Auch auf dieser Grundlage ergibt sich aus dem angekündigten Verhalten der Beklagten, daß diese mit ihren inländischen Partnern zu dem Zweck zusammenwirken will, die zu befördernden Postsendungen an sich und damit von der Klägerin abzuziehen, und damit die ernsthafte und konkrete Gefahr einer Verletzung des zugunsten der Klägerin bestimmten Beförderungsvorbehaltes begründet, die sich - wie das Berufungsgesicht zutreffend entschieden hat - zugleich als ein Verstoß gegen § 1 UWG darstellt. Insoweit ist jedoch ebenfalls nicht zu erkennen, daß aufgrund dieses Verhaltens der Beklagten bereits jetzt ein Schaden auf seiten der Klägerin mit

einer für die Feststellung der Ersatzpflicht ausreichenden Wahrscheinlichkeit eintreten wird. Die bloße Ankündigung künftiger Verletzungen kann hinsichtlich der Gewinnerwartungen der Klägerin noch zu keiner Einbuße geführt haben. Daß und welche Schäden diese Ankündigung an anderer Stelle ausgelöst haben kann, ist dem angefochtenen Urteil auch in diesem Zusammenhang nicht zu entnehmen.

2. Die Verurteilung der Beklagten zur Auskunftserteilung kann ebenfalls keinen Bestand haben. Als Hilfsanspruch zum Schadensersatzanspruch (vgl. u.a. BGH, Urt. v. 14.1.1977 - I ZR 170/75, GRUR 1977, 491, 494 - ALLSTAR) setzt der Auskunftsanspruch voraus, daß ein Ersatzanspruch dem Grunde nach gegeben ist. Seiner Funktion nach dient er dazu, dem Geschädigten die zur Durchsetzung dieses Anspruchs erforderlichen Kenntnisse zu verschaffen, die er aus eigenem Wissen nicht besitzen kann. Voraussetzung eines darauf gerichteten Anspruchs ist jedenfalls das Vorliegen einer Verletzungshandlung, aus der ein Schaden entstehen und sich so konkretisieren kann, daß eine Auskunft über den Umfang der Verletzungshandlungen der Sache nach in Betracht kommt. Nur dann besteht die besondere Lage, in der der Verletzte zur Durchsetzung seiner Rechte und ihrer Ermittlung auf die Auskunft des Verletzers über den Umfang seiner Handlungen angewiesen ist und diese Aufklärung nach dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben erwarten kann.

Für eine dem entsprechende Ungewißheit sind hier dem Berufungsurteil hinreichende Anhaltspunkte nicht zu entnehmen.

Die von der Beklagten geschaffene Erstbegehungsgefahr genügt - wie bereits oben dargelegt - zur Begründung auch nur der Wahrscheinlichkeit ei-

nes Schadenseintrittes nicht; Verletzungshandlungen, über deren Umfang die Klägerin zur Berechnung und Durchsetzung ihrer Ansprüche gegenüber der Beklagten informiert sein muß, sind damit nicht verbunden. Ebenso ist derzeit mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts für das Revisionsverfahren davon auszugehen, daß die Beklagte den an das Postamt Leipzig gelangten Prospekt nicht in das Inland verschickt hat, dieser jedenfalls hier aber nicht in die Hände von Kunden gelangt ist und so zu möglichen Schäden auf seiten der Klägerin geführt haben kann. Anhaltspunkte dafür, daß die Beklagte in anderer, Ersatzansprüche der Klägerin begründender Weise vorgegangen ist und diese zur Berechnung dieser Ansprüche auf ihre Informationen über Inhalt und Umfang des Vorgangs angewiesen ist, sind dem Berufungsurteil ebenfalls nicht zu entnehmen.

III. Nach alledem ist die angefochtene Entscheidung im Umfang der Annahme aufzuheben und die Sache insoweit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Bei der erneuten Verhandlung und Entscheidung der Sache wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, ob die Klägerin insbesondere im Hinblick auf den in das Inland gelangten Prospekt eine eigene Verantwortlichkeit trifft und ob und gegebenenfalls im welchem Umfang diese Versendung zur Entstehung eines Schadens auf seiten der Klägerin geführt haben kann. Darüber hinaus wird es zu prüfen haben, ob die Klägerin, sollte der Beklagten in diesem Zusammenhang oder anderweit eine Verletzungshandlung zur Last fallen, der von ihr verlangten Auskunft zur Durchsetzung ihrer Ansprüche bedarf.

Ball

Bornkamm