



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 99/06

Verkündet am:
14. Mai 2009
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Dezember 2008 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Pokrant, Prof. Dr. Büscher, Dr. Bergmann und Dr. Koch

für Recht erkannt:

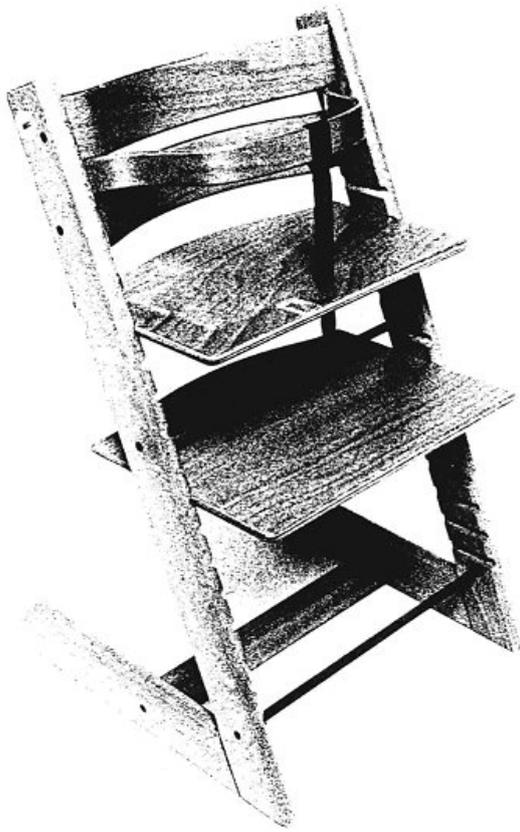
Auf die Revisionen der Parteien wird das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg, 5. Zivilsenat, vom 24. April 2006 unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels der Klägerin im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als das Berufungsgericht die Beklagten zur Zahlung eines höheren Betrages als 650.329,93 € nebst Zinsen verurteilt und die Klage in Höhe von 28.768,61 € nebst Zinsen abgewiesen hat.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin ist Inhaberin der ausschließlichen Nutzungsrechte an dem von ihr hergestellten und vertriebenen Kinderhochstuhl „Tripp-Trapp“. Die Beklagte zu 1 produzierte und vertrieb in den Jahren 1997 bis 2001 den Kinderhochstuhl „Alpha“, der dem Tripp-Trapp-Stuhl im Aussehen ähnlich ist. Die Beklagte zu 2 ist die Komplementärin der Beklagten zu 1; die Beklagten zu 3, 4 und 5 sind die Geschäftsführer der Beklagten zu 2. Die beiden Stühle sind nachfolgend abgebildet:



Tripp-Trapp



Alpha

2 Die Klägerin ist der Ansicht, die Beklagten hätten durch die Herstellung und den Vertrieb des Alpha-Stuhls ihre Nutzungsrechte an dem Tripp-Trapp-Stuhl verletzt. Sie hat in einem Vorprozess sämtliche Beklagten auf Unterlassung, die Beklagte zu 1 zudem auf Auskunftserteilung und Feststellung ihrer Schadensersatzpflicht - weitgehend erfolgreich - in Anspruch genommen (OLG Hamburg ZUM-RD 2002, 181). In einem gesonderten Rechtsstreit - in dem der Senat heute gleichfalls eine Entscheidung getroffen hat (BGH, Urt. v. 14.5.2009 - I ZR 98/06 - Tripp-Trapp-Stuhl) - nimmt sie einen Abnehmer der Beklagten zu 1 auf Schadensersatz in Anspruch. Im vorliegenden Rechtsstreit beansprucht die Klägerin von den Beklagten Schadensersatz in Form der Herausgabe des Verletzergewinns.

3 Das Landgericht hat der Klage - bis auf einen Teil des Zinsantrags - stattgegeben und die Beklagten zur Zahlung von 2.360.508,85 € verurteilt. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht die Verurteilung in Höhe von 2.095.689,36 € aufrechterhalten. Dagegen haben beide Parteien die vom Berufungsgericht zugelassene Revision eingelegt. Die Beklagten erstreben die Abweisung der Klage, soweit sie zur Zahlung eines höheren Betrages als 650.329,93 € verurteilt worden sind. Die Klägerin erstrebt die Wiederherstellung des Urteils des Landgerichts. Die Parteien beantragen jeweils, das Rechtsmittel der Gegenseite zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

4 I. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Beklagten hätten der Klägerin wegen der Verletzung ihrer Nutzungsrechte gemäß § 97 Abs. 1 UrhG (a.F.) Schadensersatz nach der von ihr gewählten Berechnungsmethode der

Herausgabe des Verletzergewinns von 2.095.689,36 € zu leisten. Hierzu hat das Berufungsgericht ausgeführt:

- 5 Die grundsätzliche Verpflichtung aller fünf Beklagten, der Klägerin wegen der Verletzung von Urheberrechten Schadensersatz zu leisten, stehe aufgrund des Urteils im Vorprozess auch für diesen Rechtsstreit fest. Der von der Beklagten zu 1 aus dem Vertrieb des Alpha-Stuhls erzielte, um die Materialkosten bereinigte Gewinn betrage 2.648.194,85 €.
- 6 Der Klägerin stehe allerdings nur derjenige Anteil an dem Verletzergewinn zu, der gerade mit der Rechtsverletzung in Zusammenhang stehe. Die Beklagten könnten sich nicht mit Erfolg darauf berufen, die Klägerin könne den Verletzergewinn nur anteilig beanspruchen, weil der Tripp-Trapp-Stuhl auf vorbekannten Formenschatz zurückgreife. Es komme entscheidend auf den Gesamteindruck des Tripp-Trapp-Stuhls an, der Bezugnahmen auf vorbekannten Formenschatz in der Wahrnehmung der angesprochenen Verkehrskreise in den Hintergrund treten lasse. Den besonderen gestalterischen „Witz“ des Tripp-Trapp-Stuhls, der darin bestehe, dass der Stuhl durch die „L“-Form einen freischwebenden bzw. ungestützten Charakter vermittele, habe der Alpha-Stuhl durch die eher willkürlich hinzugefügten Stützbalken nicht übernommen. Wegen des abweichenden optischen Eindrucks sei ein prozentualer Abschlag von 10% von dem nicht um die weiteren Gemeinkosten bereinigten Verletzergewinn angemessen, aber auch ausreichend. Eine Quotierung des Gewinns der Beklagten nach dem Maß der technischen bzw. gestalterischen Anteile komme nicht in Betracht. Insoweit fehle es an einem hinreichend konkreten Sachvortrag der Beklagten dazu, wie entsprechende Gewinnanteile zu berechnen oder zu schätzen seien.

7 Der sich hieraus ergebende Gewinnanteil von 2.383.375,36 € sei um die der Beklagten erwachsenen Gemeinkosten zu kürzen. Die Beklagten könnten höhere Abzugspositionen als die von der Klägerin selbst eingeräumten 1 € pro Stuhl (287.686 €) nicht geltend machen. Die erstinstanzliche Bezugnahme der Beklagten auf das Gutachten der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft P.

sei unzureichend gewesen und habe eigenen substantiierten Sachvortrag nicht ersetzen können. Die Beklagten hätten erstmalig in zweiter Instanz umfassend neue Tatsachen vorgetragen und ihre vertriebsbezogenen Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Absatz der Verletzungsstücke nachvollziehbar dargelegt. Dieser zweitinstanzliche Sachvortrag sei insgesamt verspätet und nicht mehr zuzulassen. Mangels irgendwelcher - in rechtlich berücksichtigungsfähiger Weise vorgetragener - konkreter Darlegungen der Beklagten, die auch nur eine ungefähre Schätzung der tatsächlichen Kosten erlaubt hätten, sei nur der von der Klägerin zugestandene Abzugsbetrag von 1 € pro Stuhl der Entscheidung zugrunde zu legen. Hiervon sei allerdings selbst dann auszugehen, wenn die Klägerin ihn in prozessualer Hinsicht nicht zugestanden habe und sich hieran nicht mehr festhalten lassen wolle. Danach errechne sich ein an die Klägerin herauszugebender Schadensersatzbetrag von 2.095.689,36 €. Dieser werde nicht durch Schadensersatzzahlungen geschmälert, die die Beklagte zu 1 ihren Abnehmern wegen deren Inanspruchnahme durch die Klägerin leiste.

8 II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision der Beklagten hat Erfolg, die Revision der Klägerin ist teilweise begründet.

9 1. Die Frage, inwieweit der Klägerin Schadensersatzansprüche zustehen, richtet sich nach dem zur Zeit der beanstandeten Handlung geltenden Recht. Das vorliegende Verfahren hat nur rechtsverletzende Handlungen aus den Jahren 1997 bis 2001 zum Gegenstand. Auf den in Rede stehenden Scha-

densersatzanspruch ist danach ausschließlich § 97 Abs. 1 UrhG a.F. anwendbar.

10 2. Die Revision der Beklagten hat die Annahme des Berufungsgerichts hingenommen, dass die Beklagten der Klägerin dem Grunde nach gemäß § 97 Abs. 1 Satz 1 UrhG a.F. als Gesamtschuldner zum Schadensersatz verpflichtet seien, weil sie durch das Herstellen und Vertreiben des Kinderhochstuhls „Alpha“ deren urheberrechtliche Nutzungsrechte an dem Kinderhochstuhl „Tripp-Trapp“ widerrechtlich und schuldhaft verletzt hätten. Als Schadensersatz kann die Klägerin von den Beklagten die Herausgabe des Verletzergewinns verlangen (§ 97 Abs. 1 Satz 2 UrhG a.F.).

11 Das Berufungsgericht hat der Berechnung des Verletzergewinns den von der Beklagten zu 1 aus dem Vertrieb von 287.686 Alpha-Stühlen in den Jahren 1997 bis 2001 erzielten - um die Einkaufs- und Materialkosten bereinigten - Gewinn von 2.648.194,85 € zugrunde gelegt. Dagegen haben die Revisionen der Parteien keine Einwände erhoben. Das Berufungsgericht ist ferner zutreffend davon ausgegangen, dass die Klägerin nicht diesen Gesamtgewinn als Verletzergewinn herausverlangen kann. Der Gesamtgewinn ist zum einen um sämtliche Kosten zu bereinigen, die - ebenso wie die Einkaufs- und Materialkosten - der Herstellung und dem Vertrieb der das Nutzungsrecht der Klägerin verletzenden Alpha-Stühle unmittelbar zugerechnet werden können. Der Verletzergewinn ist zum anderen nur insoweit herauszugeben, als er auf der Urheberrechtsverletzung beruht.

12 Die Revision der Beklagten rügt jedoch mit Recht, dass das Berufungsgericht den Vortrag der Beklagten, im Zusammenhang mit dem Vertrieb der Alpha-Stühle seien abzugsfähige Kosten von 1.347.535 € entstanden, als verspätet zurückgewiesen hat (dazu unter II 3). Die Beurteilung des Berufungsge-

richts, wegen fehlender Kausalität der Urheberrechtsverletzung für den Verletzererwerb sei ein Abschlag von 10% angemessen, ist gleichfalls nicht frei von Rechtsfehlern (dazu unter II 4). Bei der Berechnung des Schadensersatzanspruchs hat das Berufungsgericht zu Unrecht zunächst den Kausalitätsabschlag vorgenommen und erst danach die Vertriebskosten abgezogen (dazu unter II 5).

13 3. Das Berufungsgericht hat den Vortrag der Beklagten, es seien abzugsfähige Kosten von 1.347.535 € entstanden, zu Unrecht als verspätet zurückgewiesen.

14 a) Zur Ermittlung des Verletzererwerbs ist der Gesamtgewinn um sämtliche Kosten zu bereinigen, die der Herstellung und dem Vertrieb der schutzrechtsverletzenden Gegenstände unmittelbar zugerechnet werden können (vgl. BGHZ 145, 366, 372 f. - Gemeinkostenanteil; BGH, Urt. v. 21.9.2006 - I ZR 6/04, GRUR 2007, 431 Tz. 24 = WRP 2007, 533 – Steckverbindergehäuse; vgl. zur Anwendung dieser Grundsätze im Urheberrecht OLG Düsseldorf GRUR 2004, 53; OLG Köln GRUR-RR 2005, 247).

15 b) Die von den Beklagten insoweit geltend gemachten Kosten von 1.347.535 € hat das Berufungsgericht bei der Berechnung des Verletzererwerbs nicht berücksichtigt. Hierzu hat das Berufungsgericht ausgeführt: Die erstinstanzliche Bezugnahme der Beklagten auf das Gutachten der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft P. sei unzureichend gewesen und habe eigenen substantiierten Sachvortrag nicht ersetzen können. Zur Berechnung des Verletzererwerbs hätten die Beklagten erstmalig in zweiter Instanz mit insgesamt 7.143 Vorgangs-Ordern in 25 Umzugs-Kartons umfassend neue Tatsachen vorgetragen und damit detailliert Kostenstruktur und Höhe ihrer vertriebsbezogenen Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Absatz

der Verletzungsstücke nachvollziehbar dargelegt. Dieser zweitinstanzliche Sachvortrag sei insgesamt verspätet und nicht mehr zuzulassen. Keiner der Zulassungsgründe aus § 531 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 ZPO liege vor.

16 Die Revision der Beklagten macht mit Recht geltend, dass das Berufungsgericht das zweitinstanzliche Vorbringen der Beklagten, bei dem Vertrieb der 287.686 Alpha-Stühle seien vom Gesamtgewinn absetzungsfähige Kosten von 1.347.535 € entstanden, schon deshalb nicht als verspätet zurückweisen durfte, weil es sich dabei nicht um neues Vorbringen im Sinne des § 531 Abs. 2 ZPO gehandelt hat. Ein Vorbringen in der zweiten Instanz ist dann nicht neu im Sinne des § 531 Abs. 2 ZPO, wenn es lediglich ein bereits schlüssiges Vorbringen aus der ersten Instanz durch weitere Tatsachenbehauptungen zusätzlich konkretisiert, verdeutlicht oder erläutert (BGHZ 159, 245, 251 m.w.N.). So verhält es sich hier.

17 aa) Die Revision der Beklagten weist zutreffend darauf hin, dass die Beklagten bereits in erster Instanz in ihrer Klageerwiderung vom 5. September 2003 und durch Vorlage der - jeweils von der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft P. erstellten - tabellarischen Übersicht und Stellungnahme zur Plausibilisierung der abzugsfähigen Kosten hinreichend substantiiert dargelegt haben, dass ihnen in den Jahren von 1997 bis 2001 im Zusammenhang mit dem Vertrieb der Alpha-Stühle Vertriebskosten von 990.804,63 €, Versicherungskosten von 23.791,63 € und Umschlagkosten von 501.078,52 € entstanden seien.

18 Die Revisionserwiderung der Klägerin macht ohne Erfolg geltend, die Klägerin habe bereits in ihrem Schriftsatz vom 17. Oktober 2003 darauf hingewiesen, dass die pauschale Bezugnahme auf abstrakte Berechnungen der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft nicht geeignet sei, die den Beklagten obliegen-

de Darlegungs- und Beweislast zu erfüllen, weil weder die Ausführungen der Beklagten noch die Stellungnahmen der Wirtschaftsprüfer irgendwelche nachprüfbar Detailangaben enthielten. Damit die Klägerin sich überhaupt zu angeblich entstandenen Kosten einlassen könne, bedürfe es der Vorlage und Erläuterung der jeweiligen Rechnungen, Verträge oder sonstigen Dokumente, die die einzelnen Kostenpositionen detailliert erkennen ließen und Rückschlüsse auf ihre Entstehung, Veranlassung und Höhe zuließen. Nur so lasse sich auch für die Klägerin nachprüfen, ob die Kosten tatsächlich entstanden seien sowie, ob und wie sie mit dem Vertrieb oder der Herstellung des Alpha-Stuhles zusammenhängen.

19 An die Substantiierungslast des Darlegungspflichtigen dürfen keine überzogenen Anforderungen gestellt werden; er ist nicht verpflichtet, den streitigen Sachverhalt in allen Einzelheiten darzustellen, sondern genügt seiner Darlegungslast bereits durch Wiedergabe der Umstände, aus denen sich die gesetzlichen Voraussetzungen der begehrten Rechtsfolge ergeben (vgl. BGH, Urt. v. 23.4.1991 - X ZR 77/89, GRUR 1992, 559, 560). Die Beklagten haben ihrer Darlegungslast daher entsprochen, indem sie die im Zusammenhang mit dem Vertrieb der Alpha-Stühle nach ihrer Darstellung entstandenen und abzugsfähigen Vertriebskosten, Versicherungskosten und Umschlagkosten unter Bezugnahme auf das Gutachten der Wirtschaftsprüfer vorgetragen und jeweils weiter aufgeschlüsselt und näher erläutert haben.

20 Zur hinreichenden Substantiierung bedurfte es darüber hinaus weder des Vortrags weiterer Detailangaben noch der Vorlage und Erläuterung der diesen Kosten zugrunde liegenden Verträge, Rechnungen oder sonstigen Dokumente. Die Beklagten mussten der Klägerin nicht eine Nachprüfung der Richtigkeit ihres Sachvortrags ermöglichen. Die Klägerin brauchte sich mangels eigener Kenntnis der vorgetragenen Umstände nicht zur Entstehung, Veranlassung und

Höhe der einzelnen Kostenpositionen einzulassen, sondern durfte sich - wie geschehen - darauf beschränken, das Vorbringen der Beklagten zu bestreiten. Es ist dann Sache der Beklagten, die Richtigkeit ihres Vorbringens zu beweisen. Bereits das Landgericht hätte demzufolge die von den Beklagten zum Beweis ihres Vorbringens benannten Mitarbeiter der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft und den Buchhalter der Beklagten zu 1 als Zeugen vernehmen müssen.

21 bb) Die Beklagten haben ihr schlüssiges Vorbringen erster Instanz lediglich weiter konkretisiert, indem sie in der zweiten Instanz die Unterlagen, die zunächst nur den Wirtschaftsprüfern vorlagen, auch bei Gericht eingereicht haben. Das Berufungsgericht hätte diesen Sachvortrag daher nicht als neues Vorbringen im Sinne von § 531 Abs. 2 ZPO werten und als verspätet zurückweisen dürfen. Für das Revisionsverfahren ist deshalb die Behauptung der Beklagten, bei dem Vertrieb der 287.686 Alpha-Stühle seien vom Gesamtgewinn absetzungsfähige Kosten von 1.347.535 € entstanden, als richtig zu unterstellen.

22 c) Sollte den Beklagten der Beweis nicht gelingen, dass die von ihnen unter Bezugnahme auf das Gutachten der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft geltend gemachten Kosten im Zusammenhang mit dem Vertrieb der Alpha-Stühle entstanden sind und dass es sich dabei um abzugsfähige Kosten handelt, wäre es nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht - wie geschehen - von dem erzielten Gewinn jedenfalls einen pauschalen Betrag von 1 € pro verkauftem Stuhl abzöge. Bei diesen - vom Berufungsgericht missverständlich als Gemeinkosten bezeichneten - Aufwendungen handelt es sich unstreitig um pauschale Kosten für die Fracht bzw. den Vertrieb eines Alpha-Stuhles. Derartige Kosten sind den die urheberrechtlichen Nutzungsrechte der Klägerin verletzenden Alpha-Stühlen unmittelbar zurechenbar und daher grundsätzlich abzugsfähig. Die gegen die Höhe dieses Abzugsbetrages gerichteten Einwände der Revisionen beider Parteien haben keinen Erfolg.

23 aa) Die Revision der Klägerin macht vergeblich geltend, das Berufungsgericht habe rechtsfehlerhaft angenommen, der von der Klägerin unterstellte Abzugsbetrag von 1 € pro Stuhl sei der Entscheidung des Rechtsstreits zugrunde zu legen, selbst wenn die Klägerin diesen in prozessualer Hinsicht nicht zugestanden habe und sich hieran nicht mehr bindend festhalten lassen wolle. Die Klägerin habe bei der Bezifferung des jedenfalls von ihr beanspruchten Klagebetrages in Höhe von 2.360.508,85 € einen Abzug vom Gewinn der Beklagten (2.648.194,85 €) in Höhe von 287.686 € für denkbar und akzeptabel erachtet. Sie habe zum Ausdruck gebracht, dass sie für die Berechnung des Schadensersatzanspruchs großzügig einen Vertriebskostenanteil von 1 € pro Stuhl (287.686 €) unterstelle, ohne diesen zuzugestehen. Sie habe einen Vertriebskostenanteil in Höhe von 1 € pro Stuhl demnach nicht etwa zugestanden und erst recht nicht neben weiteren Abzugsbeträgen. Sollte daher - entgegen der Auffassung der Klägerin - von dem Verletzergeprofit ein Kausalitätsabschlag von 10% vorzunehmen sein, könne der Betrag in Höhe von 287.686 € nicht erneut im Rahmen der Vertriebskosten abgezogen werden; jedenfalls müsse dieser Betrag dann auf den Kausalitätsabschlag angerechnet werden. Damit dringt die Revision der Klägerin nicht durch.

24 Es kann dahinstehen, ob die Klägerin sich an der Abzugsposition von 1 € pro Stuhl - die sie nicht zugestanden hat und an der sie sich nicht mehr festhalten lassen will - festhalten lassen muss, weil sie - wie das Berufungsgericht angenommen hat - auf dieser Grundlage ihren Schadensersatzanspruch berechnet und den Klageantrag formuliert und damit die Angemessenheit dieses Abzugsbetrages zum Gegenstand ihres eigenen Sachvortrags gemacht hat. Darauf kommt es nicht an. Das Berufungsgericht hat, von der Revision der Klägerin unangegriffen, festgestellt, dass der Beklagten zu 1 abzugsfähige Vertriebskosten für jeden einzelnen Stuhl entstanden sind. Es hat weiter ausgeführt, es widerspreche jeder Lebenserfahrung, dass der Betrag von 1 € pro verkauftem

Stuhl die Vertriebskosten der Beklagten zu 1 abdecke. Das Berufungsgericht hat demnach angenommen, dass der Beklagten zu 1 zumindest Vertriebskosten in Höhe von 1 € pro Stuhl entstanden sind. Diese Beurteilung liegt im Rahmen des tatrichterlichen Schätzungsermessens und lässt keine Rechtsfehler erkennen.

25 bb) Die Revision der Beklagten macht ohne Erfolg geltend, das Berufungsgericht dürfe im Rahmen der Schadensschätzung nach § 287 ZPO nicht lediglich einen Pauschalabzug von 1 € vornehmen, nachdem es selbst eingeräumt habe, es widerspreche jeder Lebenserfahrung, dass ein Betrag von 1 € pro verkauftem Stuhl die Vertriebskosten der Beklagten abdecke. Das Berufungsgericht darf entgegen der Auffassung der Revision der Beklagten mit Recht davon absehen, nach § 287 ZPO höhere Vertriebskosten als 1 € pro Stuhl zu veranschlagen, wenn es an konkreten Anhaltspunkten für höhere Kosten fehlt (vgl. BGHZ 119, 20, 30 f. - Tchibo/Rolax II).

26 4. Die Beurteilung des Berufungsgerichts, wegen fehlender Kausalität der Urheberrechtsverletzung für den Verletzergewinn sei ein Abschlag von 10% angemessen, ist gleichfalls nicht frei von Rechtsfehlern.

27 a) Mit Recht ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass der Verletzergewinn nur insoweit herauszugeben ist, als er auf der Rechtsverletzung beruht (vgl. für das Urheberrecht BGH, Urt. v. 30.1.1959 - I ZR 82/57, GRUR 1959, 379, 380 - Gasparone; Urt. v. 10.7.1986 - I ZR 102/84, GRUR 1987, 37, 39 f. - Videolizenzvertrag; BGHZ 150, 32, 42 - Unikatrahmen; für das Markenrecht BGH, Urt. v. 6.10.2005 - I ZR 322/02, GRUR 2006, 419 Tz. 15 = WRP 2006, 587 - Noblesse; für das Geschmacksmusterrecht BGH, Urt. v. 13.7.1973 - I ZR 101/72, GRUR 1974, 53, 54 - Nebelscheinwerfer; BGHZ 145, 366, 375 - Gemeinkostenanteil; für den wettbewerbs-

rechtlichen Leistungsschutz BGHZ 119, 20, 29 - Tchibo/Rolox II; BGH GRUR 2007, 431 Tz. 37 - Steckverbindergehäuse). Bei der urheberrechtsverletzenden Verwertung einer Bearbeitung kommt es insoweit maßgeblich darauf an, inwieweit der Entschluss der Käufer zum Erwerb der Bearbeitung gerade darauf zurückzuführen ist, dass diese die Züge erkennen lässt, auf denen der Urheberrechtsschutz des benutzten Werkes beruht. Dabei ist dies nicht im Sinne einer adäquaten Kausalität, sondern - vergleichbar mit der Bemessung der Mitverschuldensanteile im Rahmen des § 254 BGB - im Sinne einer wertenden Zurechnung zu verstehen (BGH GRUR 2007, 431 Tz. 37 - Steckverbindergehäuse; vgl. OLG Frankfurt GRUR-RR 2003, 274, 278). Für diese ist nicht allein der quantitative Umfang, sondern mehr noch der qualitative Wert des Entnommenen von Bedeutung (BGH GRUR 1959, 379, 382 - Gasparone).

- 28 Die Höhe des Anteils, zu dem der erzielte Gewinn auf der Rechtsverletzung beruht, ist vom Tatrichter gemäß § 287 ZPO nach seinem Ermessen zu schätzen, wenn nicht ausnahmsweise jeglicher Anhaltspunkt für eine Schätzung fehlt (vgl. für das Urheberrecht BGHZ 150, 32, 43 - Unikatrahmen; für das Markenrecht BGH GRUR 2006, 419 Tz. 16 - Noblesse; für den wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz BGHZ 119, 20, 30 f. - Tchibo/Rolox II; BGH GRUR 2007, 431 Tz. 38 - Steckverbindergehäuse). Vom Revisionsgericht ist nur zu prüfen, ob die tatrichterliche Schätzung auf grundsätzlich falschen oder offenbar unsachlichen Erwägungen beruht oder ob wesentliche Tatsachen außer Acht gelassen worden sind, insbesondere ob schätzungsbegründende Tatsachen, die von den Parteien vorgebracht worden sind oder sich aus der Natur der Sache ergeben, nicht gewürdigt wurden (vgl. BGH, Urt. v. 6.10.2005 - I ZR 266/02, GRUR 2006, 136 Tz. 24 = WRP 2006, 274 - Pressefotos; GRUR 2007, 431 Tz. 38 - Steckverbindergehäuse). Dies ist hier der Fall.

- 29 b) Die Revision der Beklagten macht zutreffend geltend, dass die Annahme des Berufungsgerichts, eine Quotierung des Gewinns der Beklagten nach dem Maß der technischen bzw. gestalterischen Anteile komme im Streitfall nicht in Betracht, auf Rechtsfehlern beruht.
- 30 aa) Das Berufungsgericht hat im Hinblick darauf, dass es sich bei dem Alpha-Stuhl zwar um eine sehr weitgehende, aber nicht identische Nachbildung des Tripp-Trapp-Stuhls handele, einen Abschlag von 10% vom vollen Verletzergeinn für angemessen erachtet. Es ist demnach erkennbar davon ausgegangen, dass bei einer identischen Nachahmung des Tripp-Trapp-Stuhls der gesamte mit dem Verkauf des Alpha-Stuhls erzielte Gewinn auf der Urheberrechtsverletzung beruhen würde. Davon kann aber jedenfalls bei einer - hier gegebenen - Verletzung der an einem Werk der angewandten Kunst bestehenden urheberrechtlichen Nutzungsrechte nicht ohne weiteres ausgegangen werden.
- 31 bb) Werke der angewandten Kunst unterscheiden sich von Werken der „reinen“ (zweckfreien) Kunst darin, dass sie einem Gebrauchszweck dienen (vgl. BGH, Urt. v. 22.6.1995 - I ZR 119/93, GRUR 1995, 581, 582 = WRP 1995, 908 - Silberdistel). Für die Entscheidung zum Kauf eines Gebrauchsgegenstandes - wie hier eines Kinderhochstuhls - ist, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, regelmäßig nicht nur die ästhetische Gestaltung, sondern auch die technische Funktionalität von Bedeutung. Es kann daher nicht ohne weiteres angenommen werden, dass der durch die identische Nachahmung eines urheberrechtlich geschützten Gebrauchsgegenstandes erzielte Gewinn in vollem Umfang darauf beruht, dass jeder Kaufentschluss - und damit der gesamte Gewinn - allein durch das imitierte Aussehen und nicht durch andere wesentliche Umstände wie etwa die technische Funktionalität oder den niedrigen Preis verursacht worden ist (vgl. zum wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz

BGHZ 119, 20, 29 - Tchibo/Rolux II). Es bedarf daher einer besonderen Begründung, weshalb die Entscheidung zum Kauf der unfreien Bearbeitung eines urheberrechtlich geschützten Werkes der angewandten Kunst allein oder auch nur überwiegend davon bestimmt sein soll, dass diese Bearbeitung die Züge erkennen lässt, auf denen der Urheberrechtsschutz des benutzten Werkes beruht. Das Berufungsgericht hat - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - hierzu keine Feststellungen getroffen. Es ist Sache der Klägerin, die die Darlegungs- und Beweislast dafür trägt, dass der Verletzererwerb auf der Urheberrechtsverletzung beruht, dazu vorzutragen.

32 Anhaltspunkte für eine Gewichtung der für den Kaufentschluss maßgeblichen ästhetischen und funktionalen Merkmale können sich insbesondere aus der Art des Gebrauchsgegenstandes ergeben. So wird der Funktionalität bei Möbeln erfahrungsgemäß eine größere Bedeutung für die Kaufentscheidung zukommen als bei Schmuck. Das Berufungsgericht wird sich daher auch mit dem von der Revision der Beklagten als übergegangen gerügten Vorbringen der Beklagten in der Berufungsinstanz zu beschäftigen haben, dass das gestalterische Element eines Kinderstuhls keinesfalls die einzige und nicht einmal die wesentliche Motivation zum Kauf eines bestimmten Stuhles darstelle, vielmehr für um das Wohl ihres Kindes besorgte Eltern die Funktionalität und Sicherheit des Stuhles im Vordergrund stünden und auch der Hauptgrund für den Kauf eines Tripp-Trapp- bzw. Alpha-Hochstuhls seien.

33 c) Die vom Berufungsgericht bislang gegebene Begründung trägt nicht dessen Annahme, wegen des abweichenden optischen Eindrucks des Alpha-Stuhls erscheine ein Kausalitätsabschlag in Höhe von 10% ausreichend.

34 aa) Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der besondere gestalterische „Witz“ des Tripp-Trapp-Stuhls bestehe darin, dass dieser durch die „L“-Form

einen frei schwebenden bzw. ungestützten Charakter vermittele. Dieses Merkmal habe der Alpha-Stuhl durch die eher willkürlich hinzugefügten Stützbalken nicht übernommen. Wegen des abweichenden optischen Eindrucks des Alpha-Stuhls erscheine ein Abschlag von 10% auf den nicht um die weiteren Gemeinkosten bereinigten Verletzergegninn angemessen, aber auch ausreichend, um den Umsatz- bzw. Gewinnauswirkungen Rechnung zu tragen, die sich aus den - insbesondere gestalterischen - Unterschieden der beiden Stühle ergäben. Hinsichtlich der für diesen Abschlag maßgeblichen gestalterischen Umstände und deren Gewichtung könne auf die Ausführungen des Oberlandesgerichts Hamburg im Vorprozess Bezug genommen werden.

35 bb) Diese Ausführungen des Berufungsgerichts lassen nicht hinreichend deutlich erkennen, weshalb ein Kausalitätsabschlag von nur 10% ausreichen soll, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Alpha-Stuhl nicht die „L“-Form des Tripp-Trapp-Stuhls übernommen hat. Das Berufungsgericht hat in der „L“-Form den gestalterischen „Witz“ des Tripp-Trapp-Stuhls gesehen, die diesem demnach in besonderem Maße schöpferische Eigenart und damit urheberrechtlichen Schutz verleiht. Es bedarf daher näherer Begründung, weshalb die fehlende Übernahme gerade dieses charakteristischen Merkmals des Tripp-Trapp-Stuhls keinen höheren Kausalitätsabschlag rechtfertigt. Die Bezugnahme auf die Feststellungen des Oberlandesgerichts Hamburg im Vorprozess vermag insoweit eine eigene Begründung des Berufungsgerichts nicht zu ersetzen.

36 Das Oberlandesgericht Hamburg hat sich in seinem Urteil nicht mit der Frage befasst, inwieweit sich die gestalterischen Unterschiede der beiden Stühle auf die Ursächlichkeit der Urheberrechtsverletzung für den Verletzergegninn auswirken. Es hat sich in den im vorliegenden Zusammenhang maßgeblichen Passagen seines Urteils vielmehr allein mit der Frage auseinandergesetzt, ob der Alpha-Stuhl einen so großen Abstand zu den eigenpersönlichen Zügen des

Tripp-Trapp-Stuhls einhält, dass es sich bei ihm nicht um eine (unzulässige) unfreie Bearbeitung, sondern um eine (zulässige) freie Benutzung des Tripp-Trapp-Stuhls handelt. Dabei ist das Oberlandesgericht zutreffend davon ausgegangen, dass zur Beurteilung dieser Frage vor allem auf die Übereinstimmungen und nicht auf die Unterschiede zwischen den Stühlen abzustellen ist (vgl. BGH, Urt. v. 26.9.1980 - I ZR 17/78, GRUR 1981, 267, 269 - Dirlada; Urt. v. 11.3.1993 - I ZR 264/91, GRUR 1994, 191, 193 - Asterix-Persiflagen). Es hat zwar auch Feststellungen zu den Unterschieden in der Gestaltung der Stühle getroffen, die der Beurteilung, inwieweit der Verletzererwerb auf der Urheberrechtsverletzung beruht, zugrunde gelegt werden können. Da das Oberlandesgericht sich im Vorprozess mit dieser Frage jedoch nicht selbst auseinandergesetzt hat, sind hierzu eigene Ausführungen des Berufungsgerichts erforderlich.

37 d) Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, die Beklagten könnten nicht mit Erfolg geltend machen, der Klägerin stehe ein Anspruch auf Herausgabe des Verletzererwerbs nur anteilig zu, weil der Tripp-Trapp-Stuhl zum Teil auf vorbekanntem Formenschutz zurückgreife. Ein Verletzererwerb, der allein darauf zurückzuführen wäre, dass der Alpha-Stuhl ebenso wie der Tripp-Trapp-Stuhl auf einem vorbekanntem Formenschutz zurückgreift, würde allerdings, wie das Berufungsgericht richtig erkannt hat, nicht auf der Urheberrechtsverletzung beruhen. Die Klägerin kann für Gestaltungselemente des Tripp-Trapp-Stuhls, die einem vorbekanntem Formenschutz zum Zeitpunkt der Schöpfung zuzurechnen sind, keinen urheberrechtlichen Schutz beanspruchen. Die Revision der Beklagten macht vergeblich geltend, das Berufungsgericht hätte danach einen prozentualen Abschlag auf den herauszugebenden Verletzererwerb vornehmen müssen.

38 aa) Die Revision der Beklagten beruft sich ohne Erfolg darauf, das Oberlandesgericht Hamburg habe in seinem Urteil im Vorprozess festgestellt, dass

zum Zeitpunkt der Werkschöpfung des Tripp-Trapp-Stuhls verschiedene Kinderhochstühle bekannt gewesen seien, in denen bereits Stilmittel - insbesondere die „L“-Grundform der Seitenholme in Verbindung mit am Boden verlaufenden Kufen - Verwendung gefunden hätten, die auch im Tripp-Trapp-Stuhl wiederkehrten. Die Revision der Beklagten berücksichtigt nicht, dass das Oberlandesgericht Hamburg - im Zusammenhang mit der Erörterung der Frage, ob dem beanspruchten Urheberrechtsschutz des Tripp-Trapp-Stuhls ein vorbekannter Formenschatz entgegengehalten werden kann - weiter festgestellt hat, dass gerade die Gestaltungsmerkmale, die die ästhetische Wirkung des Tripp-Trapp-Stuhls bestimmten, durch keine der Entgegenhaltungen vorweggenommen worden sei und dass der Tripp-Trapp-Stuhl in seinem ästhetischen Gesamteindruck von allen vorbekannten Formen abweiche.

- 39 bb) Die Revision der Beklagten macht ferner ohne Erfolg geltend, der Umstand, dass urheberrechtlicher Schutz aufgrund eines Gesamteindrucks bejaht werde, führe - wie sich der „Gasparone“-Entscheidung des Senats (GRUR 1959, 379, 380) entnehmen lasse - nicht ohne weiteres dazu, dass der Verletzererfolg in ungekürzter Höhe herauszugeben sei; vielmehr gelte der Grundsatz, dass der Verletzererfolg nur in der Höhe herauszugeben sei, in welcher er gerade auf der Rechtsverletzung beruhe. Das Berufungsgericht hat angenommen, der dominierende Gesamteindruck des Tripp-Trapp-Stuhls lasse Bezugnahmen auf den vorbekannten Formenschatz in der Wahrnehmung der angesprochenen Verkehrskreise in den Hintergrund treten. Es hat demnach nicht feststellen können, dass Bezugnahmen des Tripp-Trapp-Stuhls auf den vorbekannten Formenschatz für die Kaufentscheidung der angesprochenen Verkehrskreise von Bedeutung waren. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht unter diesem Gesichtspunkt keinen Abschlag vom Verletzererfolg vorgenommen hat.

40 e) Die Revision der Beklagten macht schließlich ohne Erfolg geltend, das Berufungsgericht hätte bei der Frage, in welcher Höhe die Beklagten zur Herausgabe des erzielten Verletzergewinns verpflichtet sind, auch den geringen Grad des Verschuldens der Beklagten berücksichtigen müssen. Es kann dahinstehen, ob - wie das Berufungsgericht angenommen hat - der Verschuldensgrad für die Haftung auf Herausgabe des Verletzergewinns im Urheberrecht ohne Bedeutung ist (vgl. dazu v. Ungern-Sternberg, GRUR 2008, 291, 298 f.; ders., GRUR 2009, 460, 465). Das Berufungsgericht hat jedenfalls mit Recht angenommen, dass den Beklagten kein geringes Verschulden zur Last fällt.

41 Die Revision der Beklagten beruft sich insoweit vergeblich darauf, die Beklagten hätten den Alpha-Hochstuhl über einen langen Zeitraum mit Kenntnis der Klägerin vertrieben. Das Berufungsgericht hat diesen Umstand mit Recht als unerheblich angesehen. Es hat zutreffend ausgeführt, dass den Beklagten jedenfalls deshalb ein erhebliches Verschulden zur Last fällt, weil sie den Vertrieb des Alpha-Stuhls fortgesetzt haben, nachdem die Klägerin sie im Jahre 1997 wegen einer Urheberrechtsverletzung abgemahnt hatte. Die Revision der Beklagten macht weiter vergeblich geltend, die Beklagten hätten den Tripp-Trapp-Stuhl nicht identisch nachgeahmt. Auch darauf kommt es nicht an. Das Berufungsgericht hat zutreffend darauf abgestellt, dass es sich bei dem Alpha-Stuhl um eine sehr weitgehende Übernahme und einen gezielten Nachbau des Tripp-Trapp-Stuhls handelt. Unter diesen Umständen ist es entgegen der Ansicht der Revision der Beklagten nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht den Beklagten eine vorsätzliche Rechtsverletzung angelastet hat.

42 5. Die Revision der Klägerin rügt mit Recht, dass das Berufungsgericht zunächst den Kausalitätsabschlag vorgenommen und erst danach die Vertriebskosten abgezogen hat.

- 43 a) Das Berufungsgericht hat insoweit ausgeführt: Weil der Gesamtgewinn von 2.648.194,85 € nicht vollständig auf der Urheberrechtsverletzung beruhe, seien davon 10% (264.819,49 €) abzuziehen, so dass der Klägerin ein Gewinnanteil von 2.383.375,36 € zustehe. Dieser Gewinnanteil sei weiter um die der Beklagten erwachsenen Gemeinkosten von 1 € pro verkauftem Stuhl (287.686 €) zu kürzen, so dass sich ein Schadensersatzbetrag von 2.095.689,36 € errechne.
- 44 b) Die vom Berufungsgericht gewählte Berechnungsreihenfolge ist nicht richtig, weil sie dazu führt, dass sich der Kausalitätsabschlag auf die abzugsfähigen Kosten erstreckt. Richtigerweise ist der Kausalitätsabschlag auf den Verletzergewinn zu beschränken. Von dem Gesamtgewinn sind daher zunächst die abzugsfähigen Kosten abzuziehen; erst danach ist der Verletzergewinn um den Kausalitätsabschlag zu vermindern. Damit ergibt sich folgende Berechnung: Der Gesamtgewinn von 2.648.194,85 € ist jedenfalls um die Vertriebskosten von 1 € pro verkauftem Stuhl (287.686 €) zu kürzen, so dass sich ein Verletzergewinn von höchstens 2.360.508,85 € errechnet. Hiervon ist zumindest ein Kausalitätsabschlag von 10% (236.050,88 €) vorzunehmen, so dass der Schadensersatzanspruch bis zu 2.124.457,97 € beträgt.
- 45 III. Auf die Revisionen der Parteien ist danach das Berufungsurteil unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels der Klägerin aufzuheben, soweit das Berufungsgericht die Beklagten zur Zahlung eines höheren Betrages als 650.329,93 € nebst Zinsen verurteilt und die Klage in Höhe von 28.768,61 € nebst Zinsen abgewiesen hat. Der Klägerin stehen Schadensersatzansprüche von bis zu 2.124.457,97 € zu. Im Umfang der Aufhebung ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

46 Für das weitere Verfahren wird darauf hingewiesen, dass - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - der Verletzererfolg auch durch Schadenersatzzahlungen geschmälert wird, die die Beklagte zu 1 ihren Abnehmern wegen deren Inanspruchnahme durch die Klägerin leistet:

47 1. Bei der Bemessung des Schadenersatzanspruchs des Verletzten gegen den Hersteller der rechtsverletzenden Gegenstände auf Herausgabe des Verletzererfolgs sind allerdings Ersatzzahlungen, die der Hersteller deshalb an seine Abnehmer leistet, weil diese am Weitervertrieb der rechtsverletzenden Gegenstände gehindert sind, nicht abzuziehen. Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass bei der Bemessung des Schadenersatzes anhand des Verletzererfolgs fingiert wird, der Rechtsinhaber hätte ohne die Rechtsverletzung durch Verwertung seines Schutzrechts den gleichen Gewinn wie der Verletzer erzielt. Ein Gewinn des Rechtsinhabers wäre jedoch nicht durch Schadenersatzzahlungen an seine Abnehmer geschmälert worden (BGHZ 150, 32, 44 - Unikatrahmen).

48 2. Anders verhält es sich bei Ersatzzahlungen, die der Hersteller deshalb an seine Abnehmer leistet, weil der Rechtsinhaber die Abnehmer wegen des Weitervertriebs der rechtsverletzenden Gegenstände auf Schadenersatz in Anspruch genommen hat. Hat der Rechtsinhaber nicht nur von den Abnehmern, sondern auch vom Hersteller Schadenersatz in Form der Herausgabe des Verletzererfolgs verlangt und erhalten, erzielt er infolge der unbefugten Verwertungen seines Schutzrechts einen höheren Gewinn, als er ohne diese Rechtsverletzungen erzielt hätte.

49 a) Diese Besserstellung des Verletzten ist grundsätzlich nicht zu beanstanden. Der Anspruch auf Herausgabe des Verletzererfolgs ist kein Anspruch auf Ersatz des konkret entstandenen Schadens, sondern zielt in anderer Weise

auf einen billigen Ausgleich des Vermögensnachteils, den der verletzte Rechtsinhaber erlitten hat. Es wäre unbillig, dem Verletzer einen Gewinn zu belassen, der auf der unbefugten Nutzung des Ausschließlichkeitsrechts beruht. Die Abschöpfung des Verletzergewinns dient zudem der Sanktionierung des schädigenden Verhaltens und auf diese Weise der Prävention gegen eine Verletzung der besonders schutzbedürftigen Immaterialgüterrechte (BGHZ 145, 366, 371 f. - Gemeinkostenanteil, m.w.N.).

50 Es stünde im Widerspruch zu diesem, dem Schadensausgleich durch Herausgabe des Verletzergewinns zugrunde liegenden Rechtsgedanken, wenn einzelne Verletzer innerhalb einer Verletzerkette ihren durch widerrechtliche und schuldhaftige Verletzung eines Schutzrechts erzielten Gewinn behalten dürften, soweit der Verletzte bereits von anderen Verletzern deren Verletzergewinn herausverlangt hat. Der Verletzer eines Schutzrechts hat keinen schützenswerten Anspruch auf Erzielung oder Einbehalt eines Gewinns aus einer schutzrechtsverletzenden Handlung. Jeder Verletzer muss daher seinen gesamten Gewinn auskehren, unabhängig davon, ob der Verletzte den von den Verletzern erzielten Gewinn selbst hätte erzielen können (vgl. BGHZ 145, 366, 375 - Gemeinkostenanteil, m.w.N.).

51 b) Die Besserstellung des Verletzten ist allerdings nicht gerechtfertigt, wenn der Hersteller seinen Abnehmern wegen deren Inanspruchnahme durch den Rechtsinhaber Schadensersatz leistet. Nehmen die Abnehmer den Hersteller mit Erfolg in Regress, lässt sich eine Berechtigung des Verletzten, den vollen Verletzergewinn sowohl der Abnehmer als auch des Herstellers zu verlangen und zu behalten, nicht mit der Erwägung rechtfertigen, dass es unbillig wäre, dem Verletzer einen Gewinn zu lassen, der auf der unbefugten Nutzung eines Schutzrechts beruht. Denn der auf der unbefugten Nutzung des Schutzrechts beruhende Gewinn des Herstellers wird aufgezehrt, soweit er seinen Ab-

nehmern wegen deren Inanspruchnahme durch den Verletzer Schadensersatz leistet. Die Haftung des Herstellers wird daher - wenn der Schaden nach dem Verletzergewinn berechnet wird - durch den von ihm erwirtschafteten Gewinn nicht nur begründet, sondern auch begrenzt. Daraus folgt:

- 52 Hat der Hersteller seinen Abnehmern wegen deren Inanspruchnahme durch den Rechtsinhaber Schadensersatz geleistet, bevor er vom Rechtsinhaber auf Herausgabe des Verletzergewinns in Anspruch genommen wird, ist der vom Hersteller an den Rechtsinhaber als Schadensersatz herauszugebende Verletzergewinn von vornherein um den an die Abnehmer gezahlten Schadensersatz gemindert. Hat der Hersteller dem Rechtsinhaber den Verletzergewinn herausgegeben, bevor er seinen Abnehmern wegen deren Inanspruchnahme durch den Rechtsinhaber Schadensersatz leistet, kann er vom Rechtsinhaber wegen späteren Wegfalls des rechtlichen Grundes für die Leistung gemäß § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 BGB die Herausgabe des überzahlten Verletzergewinns beanspruchen. Dieser Bereicherungsanspruch des Herstellers ent-

steht mit der Erfüllung der Regressforderung der Abnehmer; er ist, soweit erforderlich, in einem gesonderten Prozess - gegebenenfalls im Wege der Vollstreckungsgegenklage - geltend zu machen.

Bornkamm

Pokrant

Büscher

Bergmann

Koch

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 09.07.2004 - 308 O 269/03 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 24.04.2006 - 5 U 133/04 -