

BGer 4A 12/2018 vom 29. Mai 2018

Bundesgericht, 2018-05-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_12_2018

FR: TF 4A 12/2018 du 29 mai 2018

IT: TF 4A 12/2018 del 29 maggio 2018

Regeste

Markenrecht; Gewinnherausgabe | Immaterialgüter-, Wettbewerbs- und Kartellrecht

Erwägungen

E. 1

Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist (Art. 29 Abs. 1 BGG ; BGE 141 III 395 E. 2.1).

E. 1.1

Die Beschwerde betrifft eine Zivilsache (Art. 72 BGG), sie richtet sich gegen den Entscheid eines oberen kantonalen Gerichts, das als einzige Instanz gestützt auf Art. 5 ZPO entschieden hat (Art. 75 Abs. 2 lit. a BGG), ein Streitwert ist nicht erforderlich (Art. 74 Abs 2 lit. b BGG), die Beschwerdeführerin ist mit ihren Anträgen unterlegen (Art. 76 BGG) und die Beschwerdefrist ist eingehalten (Art. 100 BGG). Auf die Beschwerde ist unter Vorbehalt hinreichender Begründung (Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG) einzutreten.

E. 1.2

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist somit weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder eine Beschwerde mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen. Mit Blick auf die Begründungspflicht der beschwerdeführenden Partei (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) behandelt es aber grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind; es ist jedenfalls nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden (BGE 140 III 115 E. 2 S. 116; 137 III 580 E. 1.3; 135 III 397 E. 1.4). Eine qualifizierte Rügepflicht gilt hinsichtlich der Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht. Das Bundesgericht prüft eine solche Rüge nur insofern, als sie in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG). Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, so muss sich die Beschwerde mit jeder einzelnen auseinandersetzen, sonst wird darauf nicht eingetreten (BGE 142 III 364 E. 2.4 S. 368 mit Verweisen; vgl. auch BGE 143 IV 40 E. 3.4 S. 44). Unerlässlich ist im Hinblick auf Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG , dass die Beschwerde auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingeht und im Einzelnen aufzeigt, worin eine Rechtsverletzung liegt. Die beschwerdeführende Partei soll in der Beschwerdeschrift nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die sie im vorinstanzlichen Verfahren eingenommen hat, erneut

bekräftigen, sondern mit ihrer Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen (BGE 140 III 86 E. 2 S. 89, 115 E. 2 S. 116). Die Begründung hat ferner in der Beschwerdeschrift selbst zu erfolgen und der blosser Verweis auf Ausführungen in anderen Rechtsschriften oder auf die Akten reicht nicht aus.

E. 1.3

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG).

"Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (BGE 143 IV 241 E. 2.3.1; 140 III 115 E. 2 S. 117, 264 E. 2.3 S. 266). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können (Art. 97 Abs. 1 BGG). Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt das strenge Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG (BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266 mit Hinweisen). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern diese Voraussetzungen erfüllt sein sollen (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (BGE 140 III 86 E. 2 S. 90).

E. 1.4

Die Beschwerde ist innert der Beschwerdefrist vollständig begründet einzureichen (Art. 42 Abs. 1 BGG). Kommt es zu einem zweiten Schriftenwechsel, darf die beschwerdeführende Partei die Replik nicht dazu verwenden, ihre Beschwerde zu ergänzen oder zu verbessern (vgl. BGE 132 I 42 E. 3.3.4). Die Replik ist nur zu Darlegungen zu verwenden, zu denen die Ausführungen in der Vernehmlassung eines anderen Verfahrensbeteiligten Anlass geben (vgl. BGE 135 I 19 E. 2.2). Soweit die Beschwerdeführerin in ihrer Replik darüber hinausgeht, können ihre Ausführungen nicht berücksichtigt werden.

E. 1.5

Mit dem pauschalen Vorbringen, wonach die Sachverhaltsdarstellung im angefochtenen Urteil "verkürzt und in sich nicht schlüssig" sei, vermag die Beschwerdeführerin nicht aufzuzeigen, dass der angefochtene Entscheid den Anforderungen von Art. 112 Abs. 1 lit. b BGG nicht genügen würde. Eine Rückweisung an die Vorinstanz zur Verbesserung bleibt im zu beurteilenden Fall ausser Betracht.

E. 2

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe die bundesrechtlichen Grundsätze der Stufenklage und des Rechtsschutzinteresses verkannt und stellt sich auf den Standpunkt, auf die Klage wäre nach Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO nicht einzutreten gewesen. Entgegen der in der Beschwerdeschrift vertretenen Ansicht lässt sich aus dem Urteil 4A_498/2008 vom 5. November 2009 (E. 2.2.2) nichts zugunsten der Beschwerdeführerin ableiten. Aus der von ihr wiedergegebenen Erwägung und ihren eigenen Ausführungen geht hervor, dass im zitierten Fall das Rechtsschutzinteresse der klagenden Partei, die auf Grundlage der von der Gegenpartei zwischenzeitlich eingereichten Unterlagen erklärt hatte, ihren zunächst nur

grob bezifferten Abfindungsanspruch nun genügend präzisieren zu können und in der Folge auch entsprechend bezifferte, hinsichtlich des Auskunftsbegehrens (Hilfsanspruch) dahinfiel. Entgegen dem, was die Beschwerdeführerin anzunehmen scheint, ändert dies jedoch nichts hinsichtlich des Rechtsschutzinteresses am Anspruch auf Gewinnherausgabe (Hauptanspruch). Wie die Beschwerdeführerin selber ausführt, wurde über das Auskunftsbegehren bereits mit Teilurteil vom 23. Juni 2015 entschieden; ein Rechtsschutzinteresse hinsichtlich dieses Begehrens stand bei der Beurteilung des Hauptanspruchs nicht mehr zur Diskussion. Zu prüfen war einzig ein schutzwürdiges Interesse der klagenden Beschwerdegegnerin am Begehren auf Gewinnherausgabe (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Dass ein solches Interesse an der Beurteilung dieser - von der Beschwerdeführerin bestrittenen - Geldforderung bestand, liegt auf der Hand. Davon, dass es "hinsichtlich der zugesprochenen CHF 120'000 schon an einer Prozessvoraussetzung gefehlt [hätte]", kann keine Rede sein. Die Rüge, die Vorinstanz habe die Grundsätze der Stufenklage und Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO verletzt, erweist sich als unbegründet.

E. 3

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 42 Abs. 2 OR und wirft der Vorinstanz in diesem Zusammenhang verschiedene Verfahrensfehler vor.

E. 3.1

Gemäss Art. 42 Abs. 2 OR ist der nicht ziffernmässig nachweisbare Schaden nach Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen. Diese ermessensweise Schätzung des Schadens beruht - von der ausnahmsweisen Berücksichtigung abstrakter Erfahrungssätze abgesehen - auf Tatbestandsermessen, gehört mithin zur Feststellung des Sachverhalts und ist daher vom Bundesgericht nur auf Willkür überprüfbar (BGE 143 III 297 E. 8.2.5.2 S. 323; 131 III 360 E. 5.1 S. 364; 128 III 271 E. 2b/aa S. 277; 122 III 219 E. 3b S. 222; Urteil 4A_586/2017 vom 16. April 2018 E. 2.2.1, zur Publ. vorgesehen). Im Rahmen seiner pflichtgemässen Ausübung dieses Ermessens ist es auch Aufgabe des Gerichts, sich Klarheit über die Entscheidungsfaktoren zu verschaffen, die es zu berücksichtigen gedenkt bzw. bezüglich derer es weitergehende Informationen benötigt. Die Befugnis des Richters, den Schaden aufgrund einer blossen Schätzung als ausgewiesen zu erachten, hat freilich nicht zum Zweck, dem Kläger die Beweislast generell abzunehmen oder ihm die Möglichkeit zu eröffnen, ohne nähere Angaben Schadenersatzforderungen in beliebiger Höhe zu stellen. Vielmehr sind auch im Rahmen dieser Norm - soweit möglich und zumutbar - alle Umstände zu behaupten, die Indizien für den Bestand eines Schadens darstellen und die Schätzung des Umfangs des Schadens erlauben (BGE 143 III 297 E. 8.2.5.2 S. 323; 140 III 409 E. 4.3.1; 131 III 360 E. 5.1; 122 III 219 E. 3a; Urteil 4A_586/2017 vom 16. April 2018 E. 2.3, zur Publ. vorgesehen). Art. 42 Abs. 2 OR entbindet den Kläger nicht von seiner Substanziierungsobliegenheit (BGE 143 III 297 E. 8.2.5.2 S. 323; Urteil 4A_586/2017 vom 16. April 2018 E. 2.3, zur Publ. vorgesehen). Die vorgebrachten Umstände müssen geeignet sein, den Bestand des Schadens hinreichend zu belegen und seine Grössenordnung hinreichend fassbar werden zu lassen (BGE 143 III 297 E. 8.2.5.2 S. 323; 122 III 219 E. 3a S. 221 f.; je mit Hinweisen). Dasselbe gilt im Streit um die Gewinnherausgabe für die Umstände, welche die beweisbelastete Partei für die Erzielung eines Gewinns oder für dessen Verminderung anrufen will (BGE 143 III 297 E. 8.2.5.2 S. 323; 134 III 306 E. 4.1.2 S. 309). Eine genaue Substanziierung darf in Fällen, für die Art. 42 Abs. 2 OR gilt, jedoch nicht verlangt werden; denn die Beweiserleichterung, die

Art. 42 Abs. 2 OR dem Kläger verschafft, zieht auch eine Einschränkung der Behauptungs- und Substanziierungslast nach sich (BGE 143 III 297 E. 8.2.5.2 S. 323 mit Hinweisen).

E. 3.2

Die Beschwerdeführerin rügt zunächst zu Unrecht, die Vorinstanz habe im Teil-Urteil vom 23. Juni 2015 nirgends auf Art. 42 Abs. 2 OR Bezug genommen. Es liegt auf der Hand, dass die Frage, ob eine Bezifferung des Gewinnherausgabeanspruchs möglich ist, vor Erteilung der mit dem Teil-Urteil angeordneten Auskunftserteilung und Rechenschaftsablegung noch offen war. Entsprechend war der fehlende Bezug auf diese Bestimmung im Teil-Urteil folgerichtig. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Endurteil bei der Schätzung des Verletzergewinns auch nicht etwa unbesehen auf die Angaben der Beschwerdegegnerin abgestellt; im Gegenteil hat sie die von der Beschwerdegegnerin vorgeschlagene Schätzmethode auf Grundlage der Umsatzzahlen der I. _____ AG zurückgewiesen und hat die Schätzung nach eigenem Ermessen vorgenommen. Ebenso wenig zeigt die Beschwerdeführerin eine Verletzung von Art. 42 Abs. 2 OR auf, indem sie einzelne Feststellungen im angefochtenen Entscheid zur Unvollständigkeit der von ihr erstatteten Auskunft bzw. eingereichten Unterlagen aufführt und anfügt, es werde an der jeweiligen Stelle im Urteil kein Bezug zu dieser Bestimmung geschaffen. Die Vorinstanz hat die Angabe der Beschwerdeführerin zudem als ungläubhaft erachtet, wonach die E. _____ AG in den Jahren 2006 bis 2011 lediglich 646 D. _____-Artikel verkauft haben soll. Die entsprechende Feststellung beruht auf Beweiswürdigung, die vom Bundesgericht lediglich auf Willkür (Art. 9 BV) hin überprüft werden kann. Dies verkennt die Beschwerdeführerin, indem sie verschiedentlich vorbringt, es handle sich bei der Auffassung, dass die Stückzahl der verkauften Artikel nicht stimmen könne, um eine "subjektive Befindlichkeit" der Beschwerdegegnerin. Sie kritisiert die vorinstanzliche Feststellung lediglich in appellatorischer Weise, indem sie vor Bundesgericht vorbringt, diese sei unzutreffend und werde durch das angefochtene Urteil selbst widerlegt. Im Gegenteil hat die Vorinstanz hinsichtlich der Stückzahl markenverletzender Produkte festgehalten, dass die Vorbringen der Beschwerdeführerin zur Gesamtstückzahl in sich widersprüchlich seien.

E. 3.3

Ebenso wenig vermag die Beschwerdeführerin eine Verletzung der Verhandlungsmaxime (Art. 55 ZPO) aufzuzeigen. Die Beschwerdegegnerin hat nach dem im angefochtenen Entscheid festgestellten Prozesssachverhalt behauptet, dass die geringe Zahl verkaufter D. _____-Artikel von lediglich 646 nicht stimmen könne; es sei wahrscheinlich, dass die E. _____ AG die relevanten Produkte nicht nur von der Beklagten, sondern auch von Dritten bezogen habe. Aufgrund der Vorbringen der Beschwerdeführerin und angesichts der von ihr eingereichten Unterlagen ging die Vorinstanz davon aus, dass Zweifel an der Vollständigkeit der ausgewiesenen Verkaufszahlen bestehen; insbesondere könne nicht ausgeschlossen werden, dass die E. _____ AG über weitere Warenaufwandkonti markenverletzende Kondome abgerechnet habe. Unter diesen Umständen leuchtet auch nicht ein, inwiefern die Beschwerdegegnerin die Lieferanten solcher - von der Beschwerdeführerin nicht offengelegter - Warenverkäufe weiter hätte substanziieren müssen. Der Vorinstanz ist weder eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung noch eine Verletzung der Verhandlungsmaxime vorzuwerfen.

E. 3.4

Entgegen der in der Beschwerde vertretenen Ansicht hat die Vorinstanz die Schätzung des Verletzergewinns nach Art. 42 Abs. 2 OR auch nicht etwa mit dem Umstand begründet, dass die Beschwerdeführerin nicht die vollständige Buchhaltung der E._____ AG einreichte. Wie im angefochtenen Entscheid ausdrücklich festgehalten, war die Beschwerdeführerin dazu nach dem Teil-Urteil vom 23. Juni 2015 nicht verpflichtet. Die Vorinstanz berücksichtigte den Umstand, dass die Beschwerdeführerin auf eine entsprechende Einreichung verzichtete, vielmehr im Zusammenhang mit der Beurteilung der von der Beschwerdegegnerin behaupteten Unvollständigkeit der eingereichten Kontenblätter. Indem die Beschwerdeführerin nunmehr vorbringt, sie habe sämtliche Rechnungen an die E._____ AG eingereicht und darauf hingewiesen, dass das Wareneinkaufskonto keine weiteren Einkäufe der E._____ AG enthalten habe, weshalb sie keinen weiteren indirekten Beweis für - nach ihrer Ansicht - nicht vorhandene weitere Käufe habe erbringen können, kritisiert sie in unzulässiger Weise die vorinstanzliche Beweiswürdigung. Entsprechendes gilt für ihr Vorbringen, ihre Angaben und Beweismittel zum Wareneinkaufskonto der E._____ AG seien im Gegensatz zum Einwand der Beschwerdegegnerin äusserst detailliert und substantiiert gewesen. Sie vermag in diesem Zusammenhang auch nicht aufzuzeigen, inwiefern ihr zu Unrecht die Beweislast (Art. 8 ZGB) für eine negative Tatsache auferlegt worden wäre; vielmehr wurde ihr prozessuales Verhalten bzw. ihre Mitwirkung bei der Beweisführung gewürdigt, was wiederum die Beweiswürdigung betrifft (vgl. BGE 133 V 205 E. 5.5 S. 217; 119 II 305 E. 1b/aa S. 306). Ebenso wenig vermag sie mit dem Argument, die Eidgenössische Steuerverwaltung habe der E._____ AG eine ordnungsgemässe Buchführung bescheinigt, zu der ex lege (Art. 959b OR) gehöre, dass identische Vorgänge im identischen Konto verbucht würden, eine willkürliche Beweiswürdigung aufzuzeigen.

E. 3.5

Mit ihren allgemeinen Ausführungen zum Begriff der "Beweisvereitelung" sowie Art. 164 ZPO zeigt die Beschwerdeführerin nicht auf, inwiefern der angefochtene Entscheid im Ergebnis bundesrechtswidrig sein soll. Nachdem die Beschwerdeführerin der Beschwerdegegnerin trotz entsprechender Verpflichtung gemäss Teil-Urteil vom 23. Juni 2015 die notwendigen Auskünfte vorenthielt, die diese selbst nicht beibringen konnte, hat die Vorinstanz den Verletzergewinn ohne Bundesrechtsverletzung in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR nach Ermessen unter Berücksichtigung der gesamten Umstände abgeschätzt (Urteil 4C.414/2006 vom 14. März 2007 E. 3.2; vgl. auch BGE 143 III 297 E. 8.2.5.2 S. 322 f.; 133 III 153 E. 3.3 S. 162; 128 III 271 E. 2b/aa S. 276). Hierzu war entgegen der in der Beschwerde vertretenen Ansicht eine Beweisvereitelung nach Art. 164 ZPO im Rahmen eines Beweisverfahrens nicht vorausgesetzt. Die entsprechenden Ausführungen zur Mitwirkung im durchgeführten Beweisverfahren stossen daher ebenso ins Leere wie diejenigen zur Mitwirkungspflicht im Zusammenhang mit der Verfügung vom 12. Juli 2017. Ohnehin ist nicht ersichtlich, inwiefern die erwähnte Verfügung den Verfahrensausgang beeinflusst hätte, wies die Vorinstanz doch bereits in dieser Verfügung darauf hin, hinsichtlich des Verletzergewinns der E._____ AG eine Schätzung (Art. 42 Abs. 2 OR) vorzunehmen. Nachdem die Beschwerdeführerin die verlangten Zahlen trotz ausdrücklicher Anordnung nicht eingereicht hatte, leuchtet zudem entgegen den Vorbringen in der Beschwerde schon deshalb nicht ein, inwiefern "rechtswidrig beschaffte Beweise" vorliegen sollen, die nach Art. 152 Abs. 2 ZPO nicht hätten berücksichtigt werden dürfen. Kam es im Zusammenhang mit der Verfügung vom 12. Juli 2017 zu keiner Beweisabnahme, ist auch nicht ersichtlich, inwiefern Anlass zu einer weiteren

Hauptverhandlung bestanden haben soll. Die von der Beschwerdeführerin erhobene Rüge der Verletzung des Gehörsanspruchs stösst damit ins Leere.

E. 3.6

Unbegründet ist auch die Rüge, die Vorinstanz habe bei der Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR den Verhandlungs- (Art. 55 ZPO) und den Dispositionsgrundsatz (Art. 58 ZPO) verletzt. Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz nicht festgehalten, sie könne gestützt auf die Vorbringen der Beschwerdegegnerin keine Schätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR vornehmen. Wie bereits erwähnt, hat die Beschwerdegegnerin ausgeführt, weshalb die von der Beschwerdeführerin behauptete geringe Zahl verkaufter D. _____-Artikel von lediglich 646 nicht stimmen könne. Wie die Beschwerdegegnerin in der Antwort zutreffend ausführt, folgt daraus unweigerlich, dass der herauszugebende Verletzerertrag der E. _____ AG über jenen Betrag hinausgehen muss, der sich auf Grundlage der offengelegten Zahlen errechnen liess. Sie hat damit die Umstände behauptet, die geeignet sind, den Bestand eines weitergehenden Gewinns hinreichend zu belegen. Der Umstand, dass die Vorinstanz bei der Schätzung der Höhe des Verletzerertrags der von der Beschwerdegegnerin vorgeschlagenen Schätzmethode nicht folgte, indem sie erwog, das Verhältnis der Umsatzzahlen des Einzelhandels der I. _____ AG zu deren Umsatzzahlen des Versandhandels könne mangels Vergleichbarkeit nicht übernommen werden, und sie den Verletzerertrag stattdessen eigenständig ermessensweise abschätzte, bedeutet weder eine Verletzung der Verhandlungs- noch der Dispositionsmaxime. Entgegen dem, was die Beschwerdeführerin anzunehmen scheint, hat die Vorinstanz den Verletzerertrag auch nicht anhand eines Vergleichs der Gesamtumsätze der H. _____ AG und der E. _____ AG abgeschätzt, sondern hat vielmehr unter Berücksichtigung des Gewinns der H. _____ AG mit Kondomen von Fr. 420'471.15 und der Angaben der Beschwerdeführerin zum Umsatzanteil der Kondome von 1 % des Gesamtumsatzes der E. _____ AG von Fr. 3'293'000.-- insbesondere auf die Berechnung eines Nettoverletzerertrags der E. _____ AG von Fr. 153'802.90 bei Annahme gleicher verkaufter Stückzahlen pro Umsatzanteil wie bei der Beschwerdeführerin abgestellt. Dabei hat sie berücksichtigt, dass mit 646 verkauften D. _____-Artikeln erwiesenermassen ein Verletzerertrag von Fr. 8'233.07 erzielt wurde. Die Beschwerdeführerin behauptet lediglich, die Vorinstanz habe dem angefochtenen Entscheid Sachverhaltselemente zugrunde gelegt, die gar nie behauptet worden seien, vermag solche aber nicht unter Bezugnahme auf die vorinstanzlichen Erwägungen konkret zu bezeichnen. Die Beschwerdeführerin rügt auch in ihren Ausführungen unter dem Titel "Rechtsfehlerhafte Ermessensausübung bei der Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR " zu Unrecht eine Verletzung der Verhandlungsmaxime (Art. 55 ZPO). Sie scheint zu übersehen, dass die Vorinstanz die Behauptung des Umsatzanteils der Kondome von 1 % des Gesamtumsatzes der E. _____ AG von Fr. 3'293'000.-- - wie soeben erwähnt - ausdrücklich berücksichtigt und ihrem Entscheid zugrunde gelegt hat. Damit stösst auch die gleichzeitig erhobene Gehörsrüge ins Leere. Soweit die Beschwerdeführerin in der Folge vorbringt, die Vorinstanz habe einen übereinstimmenden Parteivortrag unterdrückt und hätte zur Berechnung des Umsatzanteils der D. _____-Kondome den allgemein durch Kondome erzielten Umsatzanteil (d.h. 1 % des Gesamtumsatzes) nochmals durch 100 teilen müssen, da die markenverletzenden Produkte lediglich einem von fast 100 Sorten entspreche, vermag sie keine Verletzung von Art. 55 ZPO aufzuzeigen, sondern übt lediglich appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid.

E. 3.7

Auch mit ihren weiteren Ausführungen zur Ermessensausübung bei der Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR übt die Beschwerdeführerin über weite Strecken unzulässige Kritik an der von der Vorinstanz vorgenommenen ermessensweisen Schätzung des Gewinns. Insbesondere zeigt sie keine Willkür (Art. 9 BV) auf, indem sie den vorinstanzlichen Erwägungen ihre eigene Sicht der Dinge hinsichtlich der zutreffenden Schätzung des Verletzergewinns entgegenhält. Entgegen ihren Vorbringen ist zudem der von der Vorinstanz angestellte Vergleich mit den Umsatz- und Stückzahlen der Beschwerdeführerin nachvollziehbar: Sie hat ihrem Entscheid die Angaben der Beschwerdeführerin zu dem von der E. _____ AG erzielten Umsatz mit markenverletzenden Produkten von Fr. 32'930.-- (entsprechend 1 % des Gesamtumsatzes der E. _____ AG von Fr. 3'293'000.--) zugrunde gelegt und diesen mit dem von der Beschwerdeführerin mit 51'382 verkauften Kondomen erzielten Umsatz von ca. Fr. 140'200.-- in Bezug gesetzt. Daraus ergab sich die Annahme einer von der E. _____ AG erzielten Stückzahl von ca. 12'068. Hinsichtlich des mit dieser Verkaufszahl erzielten Gewinns hat die Vorinstanz ihren Erwägungen den von ihr festgestellten Gewinn der E. _____ AG von Fr. 8'233.07 zugrunde gelegt, den diese mit 646 verkauften Stücken erzielte. Dies führte zum Betrag eines Nettogewinns von Fr. 153'802.90 (12'068 * Fr. 8'233.07 / 646). Entgegen der in der Beschwerde vertretenen Ansicht ist die im angefochtenen Entscheid aufgeführte Berechnung in sich nachvollziehbar. Ausserdem trifft es nicht zu, dass der Vergleich auf dem Gesamtumsatz der Beschwerdeführerin beruht; vielmehr stützte sich die Vorinstanz lediglich auf den mit markenverletzenden Produkten erzielten Umsatzanteil. Ebenso wenig hat sich die Vorinstanz in Widerspruch zu ihrer eigenen Feststellung gesetzt, wonach der Onlinehandel der E. _____ AG defizitär gewesen sei; sie wies in der entsprechenden Erwägung vielmehr ausdrücklich darauf hin, dass dieser Umstand nicht ausschliesse, dass mit einzelnen Produkten (viel) Gewinn erzielt wurde. Die Beschwerdeführerin vermag mit ihren Ausführungen auch nicht aufzuzeigen, dass die vorinstanzliche Gewinnschätzung im Ergebnis willkürlich wäre. Insbesondere ficht sie den angefochtenen Entscheid vor Bundesgericht nicht an, soweit darin festgestellt wird, dass die E. _____ AG mit 646 verkauften Kondomen einen Gewinn von Fr. 8'233.07 erzielte; es vermag daher insbesondere nicht einzuleuchten, weshalb die Vorinstanz diese Gewinnmarge nicht ihren weiteren Erwägungen hätte zugrunde legen dürfen. Der Vorwurf der Willkür (Art. 9 BV) ist unbegründet.

E. 4

Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz, welche die Prozesskosten zu 3/10 der Beschwerdegegnerin und zu 7/10 der Beschwerdeführerin auferlegte, eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV), des Willkürverbots (Art. 9 BV) und der Bestimmungen von Art. 106 f. ZPO vor.

E. 4.1

Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) verlangt, dass das Gericht die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidfindung berücksichtigt (BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88 mit Hinweisen). Damit sich die Parteien ein Bild über die Erwägungen des Gerichts machen können, ist sein Entscheid zu begründen. Die Begründung muss kurz die Überlegungen nennen, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt. Nicht erforderlich ist hingegen, dass sich der Entscheid mit allen Parteistandpunkten

einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Es genügt, wenn der Entscheid gegebenenfalls sachgerecht angefochten werden kann (BGE 136 I 184 E. 2.2.1 S. 188; 133 III 439 E. 3.3 S. 445; je mit Hinweisen; vgl. auch BGE 141 III 28 E. 3.2.4 S. 41; 140 II 262 E. 6.2 S. 274). Willkür liegt nicht schon dann vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls in Betracht zu ziehen oder gar vorzuziehen wäre, sondern nur, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (BGE 140 III 16 E. 2.1, 167 E. 2.1; 139 III 334 E. 3.2.5 S. 339; je mit Hinweisen).

E. 4.2

Die Beschwerdeführerin vermag mit ihren Ausführungen nicht aufzuzeigen, inwiefern ihr die Begründung des angefochtenen Entscheids verunmöglicht hätte, diesen hinsichtlich der Verteilung der Prozesskosten sachgerecht anzufechten. Sie verkennt mit ihrem Einwand, wonach entweder Art. 106 oder Art. 107 ZPO anwendbar sei, dass die Vorinstanz eine differenzierende Beurteilung vornahm, indem sie zunächst die Verfahren über die - von der Beschwerdeführerin bestrittene - Zuständigkeit und über den Auskunftsanspruch sowie die grundsätzliche Verpflichtung zur Gewinnherausgabe nebst Zins gemäss Teil-Urteil vom 23. Juni 2015 berücksichtigte, in denen die Beschwerdegegnerin obsiegte (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Andererseits erwog sie, dass die Beschwerdegegnerin hinsichtlich der Höhe der Forderung zwar mehrheitlich unterliege, wies jedoch - sinngemäss in Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO - insbesondere darauf hin, dass die Höhe der zugesprochenen Forderung auf Gewinnherausgabe vom Ermessen des Gerichts abhing. Die Beschwerdeführerin vermag keine Verletzung dieser Bestimmung aufzuzeigen, indem sie in diesem Zusammenhang einmal mehr behauptet, eine Bezifferung sei im konkreten Fall möglich bzw. eine richterliche Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR sei nicht zulässig gewesen. Ermessensentscheide, zu denen der Entscheid über die Kostenverlegung nach Art. 106 f. ZPO zählt, prüft das Bundesgericht mit Zurückhaltung. Es schreitet nur ein, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgegangen ist, wenn Tatsachen berücksichtigt wurden, die keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn umgekehrt Umstände ausser Betracht geblieben sind, die zwingend hätten beachtet werden müssen. In derartige Ermessensentscheide wird ferner eingegriffen, wenn sich diese als offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen (vgl. BGE 141 III 97 E. 11.2; 138 III 443 E. 2.1.3, 669 E. 3.1 S. 671; je mit Hinweisen; Urteil 4A_207/2015 vom 2. September 2015 E. 3.1 mit Hinweisen). Dass dies im zu beurteilenden Fall zutreffen soll, vermag die Beschwerdeführerin mit ihren Ausführungen nicht aufzuzeigen. Insbesondere zeigt sie keine Willkür auf, indem sie dem Bundesgericht ihre eigene Berechnung unterbreitet und dabei unter anderem das Zuständigkeitsverfahren sowie das Verfahren über den Auskunftsanspruch wie auch die grundsätzliche Verpflichtung zur Gewinnherausgabe insgesamt lediglich zu ¼ gewichtet haben will, obwohl diese bereits sehr aufwendig waren und mehrere Jahre dauerten. Entsprechendes gilt hinsichtlich der Verteilung der Parteientschädigung; insbesondere kritisiert sie in unzulässiger Weise die vorinstanzliche Feststellung, wonach die Rechtsvertretung der Beschwerdegegnerin mehr Zeit in Anspruch nahm als diejenige der Beschwerdeführerin.

E. 5

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.