

BGer 4C.468/2004 vom 27. Oktober 2005

Bundesgericht, 2005-10-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4C.468_2004

FR: TF 4C.468/2004 du 27 octobre 2005

IT: TF 4C.468/2004 del 27 ottobre 2005

Erwägungen

E. 1

Gemäss Art. 55 Abs. 1 lit. b OG ist der Berufungsantrag grundsätzlich zu beziffern. Ein Antrag auf Rückweisung ist jedoch dann ausreichend, wenn das Bundesgericht im Falle der Gutheissung der Berufung nicht selbst in der Lage wäre, ein Urteil zu fällen, und die Streitsache an die Vorinstanz zurückweisen müsste (BGE 125 III 412 E. 1b S. 414 mit Hinweisen). Dieser Fall ist gegeben, weshalb trotz fehlender Bezifferung des Forderungsbetrages auf die Berufung eingetreten werden kann.

E. 2

Die Vorinstanz hat der Klägerin zum Ersatz des sog. "Marktverwirrungsschaden" Fr. 5'429.60 nebst Zins zu 5 % seit 10. September 2001 zugesprochen. In diesem Punkt ist das angefochtene Urteil in Rechtskraft erwachsen. Das gilt auch für die der Beklagten auferlegte Verpflichtung, den von ihr mit dem falschen Prüfbericht der SQTS bedienten Kunden der Klägerin eine Berichtigungserklärung zukommen zu lassen. Die Klägerin verlangt nämlich nur die Aufhebung der Dispositivziffern 3-6 des angefochtenen Urteiles. Die Berufung richtet sich ausschliesslich gegen die Abweisung des Anspruches auf Ersatz für entgangenen Gewinn zufolge der Verletzung der Bestimmungen des UWG.

E. 3

Die Klägerin wirft der Vorinstanz vor, sie habe Art. 42 Abs. 2 OR verletzt, indem sie von dem ihr zustehenden Ermessen keinen Gebrauch gemacht und statt dessen ohne nähere Begründung die Anspruchsvoraussetzung der Klägerin auf Schadenersatz aus entgangenem Gewinn verneint habe.

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 Bestimmung enthält eine bundesrechtliche Beweisvorschrift, die dem Geschädigten den Schadensnachweis erleichtern soll. Sie räumt dem Sachgericht für Fälle, in denen der strikte Nachweis des Schadens ausgeschlossen ist, einen erweiterten Ermessensspielraum ein, indem sie ihm gestattet, den Schaden aufgrund einer blossen Schätzung als ausgewiesen zu erachten. Nach der Rechtsprechung ist Art. 42 Abs. 2 OR nicht nur bei Unmöglichkeit des ziffernmässigen Nachweises der Schadenshöhe, sondern auch dann anwendbar, wenn sich nicht strikte beweisen lässt, dass überhaupt ein Schaden eingetreten ist. Allerdings soll dem Geschädigten damit nicht die Möglichkeit eröffnet werden, ohne nähere Angaben Schadenersatzforderungen in beliebiger Höhe zu stellen. Art. 42 Abs. 2 OR zielt lediglich auf eine Beweiserleichterung und nicht etwa darauf, dem Geschädigten die Beweislast generell abzunehmen. Das Bundesgericht hält in seiner Rechtsprechung denn auch

ausdrücklich fest, dass der Geschädigte alle Umstände, die für den Eintritt eines Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen hat. Die vom Geschädigten vorgebrachten Umstände müssen geeignet sein, den Bestand des Schadens hinreichend zu belegen und seine Grössenordnung hinreichend fassbar werden zu lassen. Der Schluss, dass tatsächlich ein Schaden vom behaupteten ungefähren Umfang eingetreten ist, muss sich dem Gericht mit einer gewissen Überzeugungskraft aufdrängen. Die Zusprechung von Schadenersatz setzt voraus, dass der Eintritt des geltend gemachten Schadens nicht bloss im Bereich des Möglichen liegt, sondern als annähernd sicher erscheint (BGE 122 III 219 E. 3a S. 221 f. mit Hinweisen).

E. 3.2

Die Vorinstanz verneinte einen Anspruch der Klägerin für entgangenen Gewinn. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Klägerin ihren Marktzutritt in der Schweiz auf Juni 2001 festgesetzt habe. Bis zur unlauteren Handlung am 10. September 2001 habe sie bloss "Testverkäufe" getätigt. Eine gefestigte Marktposition für Saugeinlagen habe sie demzufolge im September 2001 noch nicht haben können. Der Erwerb eines Marktanteiles sei für einen newcomer risikobelastet. Nicht nur die Qualität des neuen Produktes, sondern auch Faktoren wie Preisgestaltung, Aufteilung des Marktes unter den Anbietern von Konkurrenzprodukten, Entwicklungsperspektiven, Diversifizierungs- und Substitutionsmöglichkeiten etc. spielten eine Rolle. Zu diesen Faktoren habe sich die Klägerin nicht geäussert. Es gehe nicht an, mangels einer eigenen gefestigten Marktposition auf die Gewinne der Beklagten zurückzugreifen oder vom Erfolg auf ausländischen Märkten auf den mutmasslichen Erfolg in der Schweiz zu schliessen. Da sich die Klägerin im Zeitpunkt der unlauteren Handlung in einer Testphase befunden habe, könne sie sich nicht auf übliche oder sonstwie konkret in Aussicht stehende Gewinne stützen.

E. 3.3

Die Klägerin wirft der Vorinstanz im Einzelnen vor, der in der Testphase erzielte Gewinn hätte sich ohne weiteres auf einen Jahresbetrag extrapolieren lassen. Sie habe nach dem Versand des fatalen Untersuchungsberichtes der SQTS vom 10. September 2001 einen Umsatzeinbruch erlitten. Die Wahrscheinlichkeit eines Gewinnes hänge entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht nur von einer gefestigten Marktposition ab, sondern auch von der Produktequalität, vom Preis und von der Nachfrage. Die Klägerin verweist in diesem Zusammenhang auf ihre Markterfolge in Grossbritannien und Deutschland, wobei der eine nach sechs Monaten, der andere nach einem Jahr habe erzielt werden können. Weiter beanstandet die Klägerin, dass sie erfolglos verlangt habe, es sei über die Vergleichbarkeit der Märkte Beweis abzunehmen. Da die Gewinnentwicklung im vorliegenden Fall nicht von einer Vielzahl von Faktoren wie Konsumentenverhalten, Aufteilung des Marktes unter den Anbietern etc. abhänge, könne die Extrapolation auf der Basis der Umsätze im Ausland schematisch erfolgen. Der Deckungsbeitrag (d.h. der entgangene Gewinn) lasse sich aufgrund der Kalkulationsmodelle auf Fr. 88'137.-- pro Jahr (für die Schweiz) beziffern und erreiche bis zum Abschluss des Prozesses rund Fr. 150'000.--. Dass der Marktzutritt kurz vor der schädigenden Handlung erfolgt sei, hätte bei der Schätzung des Schadens nach Sinn und Zweck von Art. 42 Abs. 2 OR nicht in Betracht gezogen werden dürfen. Auch die Nichtbeachtung der im Ausland erzielten Umsätze verletze Art. 42 Abs. 2 OR, da in Grossbritannien und Deutschland der Marktzutritt nur sieben bis neun Monate vor dem Marktzutritt in der Schweiz erfolgt sei. Die Vorinstanz habe sich zu Unrecht dagegen gewehrt, als weiteren Anhaltspunkt für die Berechnung des

Schadens den erzielten Gewinn des Schädigers heranzuziehen.

E. 3.4

Im vorliegenden Fall kann von einer Verletzung von Art. 42 Abs. 2 OR keine Rede sei. Im Verfahren vor Handelsgericht hat die Klägerin selbst ausgeführt, angesichts der kurzen Testperiode, in welcher sie ihre Verkaufstätigkeit in der Schweiz habe entfalten können, könne sie bei der Berechnung des entgangenen Gewinns nicht auf einen allfälligen Gewinnrückgang zurückgreifen, sondern müsse sich teilweise auch auf den erzielten Gewinn der Beklagten stützen. Andererseits will sie nach dem Versand des für sie fatalen Untersuchungsberichtes der SQTS vom 10. September 2001 einen Umsatzeinbruch erlitten haben. Diese Behauptung ist unbeachtlich, weil sie sich nicht auf Tatsachen stützt, die im angefochtenen Urteil festgestellt wurden (Art. 63 Abs. 2 OG). Demnach ist entgegen der in der Berufung vertretenen Auffassung der Klägerin mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass der Umstand, dass die sie belastende unerlaubte Handlung kurz nach dem Marktzutritt erfolgte, für die Schätzung des Schadens nach Sinn und Zweck von Art. 42 Abs. 2 OR erheblich ist. Weil der in der sogenannten Testphase, das heisst in der ersten Zeit der Produkteinführung, erzielte Umsatz nicht repräsentativ sein kann und somit auch nicht auf einen Jahresumsatz extrapoliert werden kann, hat die Vorinstanz zu Recht auf weitere Faktoren hingewiesen, die für eine die Schätzung des entgangenen Gewinnes ermöglichende Marktprognose herangezogen werden müssten. Als solche Faktoren wären beispielsweise die Qualität des neuen Produktes im Vergleich mit den im Markt bereits eingeführten Produkten, der Preis des neuen Produktes, die Anzahl und die Marktanteile der Konkurrenten, die Entwicklungsperspektiven, die Diversifizierungs- und Substitutionsmöglichkeiten etc. von Bedeutung. Nach den Feststellungen im angefochtenen Urteil hat sich die Klägerin zu diesen Faktoren jedoch nicht geäußert, weshalb mangels verlässlicher Anhaltspunkte eine Schätzung des mutmasslichen Umsatzes, der ohne die schädigende Handlung hätte erzielt werden können, nicht möglich war. Die erwähnten Faktoren bilden nach allgemeiner Lebenserfahrung Bestandteil einer Marktanalyse, wie sie in jeder Branche immer wieder gemacht wird, weshalb es der Klägerin zumutbar gewesen wäre, Aussagen über diese Faktoren zu machen, zumal sie in verschiedenen Zusammenhängen immer wieder auf ihre Substanziierungspflicht hingewiesen wurde. Selbst die Klägerin hat im Zusammenhang mit der Substanziierung des mutmasslichen Umsatzes, aus welchem der entgangene Gewinn abzuleiten ist, darauf hingewiesen, dass der Umsatz nicht nur von einer gefestigten Marktposition, sondern auch von der Produktqualität, vom Preis und von der Nachfragesituation abhängig sei. Damit widerspricht sie selbst ihrer Behauptung, der Umsatz in der Schweiz könne aufgrund eines Dreisatzes aus den im Ausland erzielten Umsätzen schematisch, das heisst ohne Beachtung der erwähnten Faktoren, berechnet werden. Ohne die Darstellung dieser - die nationalen Märkte kennzeichnenden - Faktoren kann aber der Schweizer Markt nicht mit ausländischen Märkten verglichen werden. Die fehlende Substanziierung kann nicht über den Antrag einer Expertise zur Vergleichbarkeit der Märkte nachgeholt werden. Unbehelflich ist schliesslich auch der Vorwurf, die Vorinstanz habe sich zu Unrecht dagegen gewehrt, als Anhaltspunkt für die Berechnung des Schadens den von der Beklagten erzielten Gewinn heranzuziehen. Diesbezüglich hat die Vorinstanz zutreffend festgehalten, dass es an einer materiellrechtlichen Grundlage für das klägerische Begehren auf Edition von Unterlagen der Beklagten im Hinblick auf die Berechnung des Schadens fehle.

E. 4

Aus diesen Gründen ist die Berufung abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 156 Abs. 1 und 159 Abs. 2 OG).

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