

Geschäftsnummer:
2 U 58/06
23 O 136/05
KfH
Landgericht
Heilbronn



Verkündet am
02. November 2006

als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

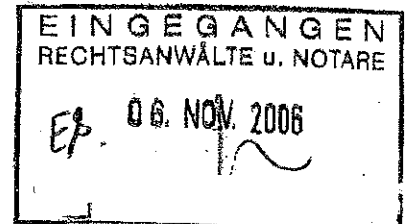
Oberlandesgericht Stuttgart

2. Zivilsenat

Im Namen des Volkes

Urteil

In dem Rechtsstreit



**Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände -
Verbraucherzentrale Bundesverband eV,**
vertreten durch d. Vorstand Frau Prof. Dr. Edda Müller,
Markgrafenstr. 66, 10969 Berlin

- Klägerin / Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte

g e g e n

vertreten durch
d.vertr. d.d.

- Beklagte / Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte

**w e g e n
h i e r:**

**Auskunft u. a.
Gewinnabschöpfung**

hat der Zivilsenat des Oberlandesgerichts Stuttgart auf die mündliche Verhandlung vom 05. Oktober 2006 unter Mitwirkung von

Vors. Richter am Oberlandesgericht I
Richter am Oberlandesgericht
Richter am Oberlandesgericht

für Recht erkannt:

I. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Vorsitzenden der 3. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Heilbronn vom 23. Februar 2006

aufgehoben.

II. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger Auskunft über folgende Punkte zu erteilen:

- Umfang der unlauteren Werbung/Handlung
 - a) Anzahl der zwei Wochen vor dem 14.04.2005 (31.03. - 13.04.2005) und vor dem 27.06.2005 (13.06. - 26.06.2005) erfolgten Vertragsabschlüsse über die streitgegenständliche Matratze „Ortho-med“;
 - b) Anzahl der zwei Wochen ab dem 14.04.2005 (14.04. - 28.04.2005) und ab dem 27.06.2005 (27.06. - 11.07.2005) erfolgten Vertragsabschlüsse über die streitgegenständliche Matratze „Ortho-med“;
- die variablen Betriebskosten für einen Zeitraum von zwei Wochen (Material-, Werbe-, Lohnkosten usw.), soweit sie nicht auch ohne die Zuwiderhandlung angefallen wären - Gemeinkosten;
- Leistungen, die aufgrund der Zuwiderhandlung an Dritte oder den Staat geleistet wurden.

III. Im Übrigen wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Berufungsverfahrens - an das Landgericht Heilbronn

zurückverwiesen.

IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

V. Die Revision wird zugelassen.

Streitwert: 16.000,-- €.

Gründe

I.

Der klagende Wettbewerbsverband macht Ansprüche auf Auskunft, eidesstattliche Versicherung derselben und Gewinnabführung nach § 10 Abs. 1 UWG gegen die Beklagte geltend.

Wegen des Sachverhalts nimmt der Senat auf die tatsächlichen Feststellungen in dem Urteil des Vorsitzenden der 3. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Heilbronn vom 23. Februar 2006 (GA 45/52) Bezug (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und im Wesentlichen ausgeführt, das Klägervorbringen vermöge das Gericht nicht zu überzeugen, dass die Beklagte bezüglich der Wettbewerbswidrigkeit ihrer beanstandeten Werbung zumindest mit bedingtem Vorsatz gehandelt habe, als sie ab Ende 2004 mit einem bereits Anfang 1998 veröffentlichten Testergebnis warb, ohne zum Ausdruck zu bringen, dass es neuere Prüfungen von Matratzen sowie andere Prüfkriterien als damals gab. Dass sie mangels eigener Beobachtung Kenntnis nicht gehabt, sondern sich auf die entsprechenden Produktinformationen ihres Lieferanten verlassen habe, rechtfertige die Annahme bedingten Vorsatzes schon deswegen nicht, weil erfahrungsgemäß gerade große und bedeutende Handelsunternehmen wie die Beklagte in der Regel versuchten, von Mitbewerbern belauerte Wettbewerbsverstöße zu vermeiden. Der Vorwurf, Produktinformationen ungeprüft oder blindlings in die eigene Werbung übernommen zu haben, führe nicht zwingend zum Schluss, die Wettbewerbswidrigkeit sei billigend in Kauf genommen worden.

Letzteres gelte eigentlich erst recht im vorliegenden Fall des Fortsetzens der beanstandeten Werbung nach einer Abmahnung. In den Schreiben vom 03.01.2005 und vom 14.04.2005 sei nicht konkret dargelegt, welche geänderten Prüfkriterien und neuen Ergebnisse seit 1998 vorlägen. Das Antwortschreiben vom 19. Januar 2005 zeige, dass die Beklagte die früheren Prüfergebnisse nach wie vor für zutreffend und die Werbung damit nicht für irreführend gehalten habe. Auch wenn sich diese Einschätzung nachträglich als falsch erweise, sei dem Schluss, vorsätzliche Begehung sei regelmäßig anzunehmen, wenn der Täter sein Handeln nach einer Abmahnung fortsetzt, mit Vorsicht zu

begegnen. Das Landgericht schließt die Frage an, warum der Abgemahnte die Werbung schon auf Verdacht einstellen sollte, um dem Vorwurf vorsätzlicher Begehung eines Wettbewerbsverstoßes zu begegnen, solange die Möglichkeit bestehe, die Abmahnung sei unberechtigt.

Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner form- und fristgerecht eingelegten, prozessordnungsgemäß begründeten Berufung.

Der Kläger bringt mit seinem Rechtsmittel vor,

auf der Grundlage des unstreitigen Vortrages der Parteien hätte das Gericht von Vorsatz der Beklagten i. S. d. § 10 UWG ausgehen und der Klage stattgeben müssen. Die Beklagte habe gewusst, dass nach dem von ihr zitierten Test der STIFTUNG WARENTEST aus dem Jahr 1998 jährlich weitere Tests erschienen seien, wobei andere Prüfkriterien gegolten hätten. Sie habe auch die Empfehlungen der STIFTUNG WARENTEST zum Umgang mit Testergebnissen gekannt. Außerdem habe der Kläger die Beklagte in seinen beiden Abmahnungen darauf eindeutig hingewiesen. Wer wie die Beklagte die tatsächlichen Umstände kenne, aus denen sich die Unlauterkeit ihrer Werbung ergebe, begehe einen vorsätzlichen Wettbewerbsverstoß. Er könne sich auch nicht, wie die Beklagte dies versuche, darauf zurückziehen, er habe den älteren Test nach wie vor für zutreffend gehalten. An die Darlegungslast des Klägers dürften hinsichtlich des Vorsatzes keine überzogenen Anforderungen gestellt werden, da er insoweit eine innere Tatsache aus der Sphäre der Beklagten vorzutragen habe, welche sich seiner Kenntnis entziehe. Die feststehenden tatsächlichen Umstände des Handelns auf dem Markt indizierten die Zielgerichtetheit und damit die für den subjektiven Tatbestand des § 10 UWG erforderliche Kenntnis des Werbenden.

Der Kläger verfolgt mit seiner Berufung seinen erstinstanzlichen Klageantrag weiter.

Die Beklagte beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angegriffene Urteil und führt aus,

die Beklagte habe die Unlauterkeit ihrer Werbung nicht erkennen müssen. Ein „Erkennenmüssen“ sei mit bedingtem Vorsatz nicht gleichzusetzen. Den Vortrag des Klägers zu einer Kenntnis der Beklagten von den die Unlauterkeit ihres Handelns begründenden Umständen, nämlich den Empfehlungen der STIFTUNG WARENTEST, den Wiederholungsuntersuchungen, den geänderten Prüfkriterien und über die gleichwohl erfolgte Berufung auf veraltete Testergebnisse hält die Beklagte für unzureichend und bestreitet diesen vorsorglich (BE 4 = GA 85). Insbesondere im Hinblick auf die erste Abmahnung des Klägers vom 3. Januar 2005 könne ausgeschlossen werden, dass die Beklagte hierdurch „bösgläubig“ gewor-

den sei. Der Kläger habe diese Abmahnung über drei Monate hinweg nicht weiterverfolgt, woraus der Rückschluss hätte gezogen werden können, dass sich der Kläger seiner Sache nicht sicher sei und diese nicht weiterverfolgen wolle. Unstreitig bewerbe die Beklagte ihre Angebote auf der Grundlage der von Seiten der Lieferanten gelieferten Produktauskünfte. Eine eigene vollständige Überprüfung aller Lieferantangaben sei ihr nicht möglich. Sie müsse sich grundsätzlich auf die Angaben der Lieferanten verlassen können. Die Abmahnung des Klägers ändere daran nichts. Die Beklagte habe aus dieser nicht erkennen müssen, dass die Angaben des Lieferanten offensichtlich falsch seien. Insoweit sei auch darauf hinzuweisen, dass der Kläger selbst teilweise Verhaltensweisen abmahne, die sich im Zuge einer gerichtlichen Überprüfung als nicht wettbewerbswidrig und damit zulässig darstellten (BB 5 = GA 86).

Den Gesetzgebungsmaterialien sei zu entnehmen, dass nur bewusst falsche bzw. betrügerische Werbeformen mit einem Gewinnabschöpfungsanspruch sanktioniert werden sollten, weshalb an die Feststellung eines Vorsatzes i. S. d. § 10 UWG gerade nicht besonders geringe Anforderungen zu stellen seien.

Die beanstandete Werbung sei auch nicht wettbewerbswidrig gewesen. Ein entgegenstehendes Urteil des Landgerichts Heilbronn habe die Beklagte nur des Rechtsfriedens wegen nicht angefochten. Bis zu einer Änderung der Prüfkriterien, wie sie dem Warentest im Heft 03/2004 zu Grunde lagen, seien die Voraussetzungen für die Note „GUT“ durch das beworbene Produkt erfüllt worden. Erst mit Schriftsatz vom 18. Juli 2005 habe der Kläger auf die Änderung der Prüfkriterien laut Test 02/2005 hingewiesen, nach denen die streitgegenständliche Matratze diese Note nicht mehr erhalten hätte. Dieser zeitlich nachgelagerte Sachverhalt sei aber für die Frage eines Vorsatzes der Beklagten bei Verwendung der angegriffenen Werbung ersichtlich unerheblich.

Nach Vortrag der Beklagten in dem auf Unterlassung gerichteten Rechtsstreit hätte der Hinweis der STIFTUNG WARENTEST in ihrem Heft 01/2001 auch so verstanden werden können, dass die Beurteilung „GUT“ aufrechterhalten bzw. ausdrücklich bestätigt worden sei. Darüber hinaus sei in dem damaligen Verfahren vom Landgericht Heilbronn die Frage aufgeworfen worden, ob die in dem späteren Warentest geprüften Matratzen, die alle „wesentlich höherpreisigen Segmenten“ entnommen seien, noch als Matratzen derselben Warenart i. S. d. Rechtsprechung einzustufen seien.

Die Weiterentwicklung der Prüfkriterien sei „nicht technischen Erfordernissen geschuldet“, was, ebenso wie das werbliche Umfeld und die Auswahl der zu späteren Zeitpunkten getesteten Matratzen, die Eigenschaft der streitgegenständlichen Matratzen als sog. Rollmatratzen und die in dem Vorverfahren zitierte Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Celle und Frankfurt am Main die beanstandete Werbung durchaus auch als zulässig habe erscheinen lassen können. Auch deshalb könne man nicht annehmen, die Beklagte sei durch ein „einfaches Abmahnschreiben“ des Klägers „bösgläubig“ gemacht worden.

Vortrag des Klägers zu einer wirtschaftlichen Schlechterstellung der Abnehmer fehle auch in der Berufungsbegründung.

Mit Sack (WRP 2003, 549 ff.) sei § 10 UWG wegen Verstoßes gegen den Grundsatz ne bis in idem und auch als in den Gesetzesmaterialien so bezeichnete strafrechtliche Norm verfassungswidrig.

Wegen des weiteren Vortrages der Parteien im zweiten Rechtszug wird auf die im Berufungsverfahren eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen und die Sitzungsniederschrift vom 05.10. 2006 Bezug genommen.

II.

Die vorliegende Stufenklage ist zulässig (dazu 1.) und in ihrer ersten Stufe begründet (dazu 2.), weshalb der Auskunftsanspruch, das landgerichtliche Urteil abändernd, zuzusprechen und der Rechtsstreit im Übrigen - insoweit unter Aufhebung des landgerichtlichen Urteils - an das Landgericht Heilbronn zurückzuverweisen war.

1.

Die Stufenklage ist zulässig. Mit dem Schadensersatzanspruch des Wettbewerbers geht ein Recht auf Auskunft, Rechnungslegung und erforderlichenfalls eidesstattliche Versicherung einher. Nichts anderes kann für den Anspruch aus § 10 Abs. 1 UWG gelten. Hier tritt die Problematik, dass dem Anspruchsinhaber bzw. dem Klagebefugten die Tatsachen regelmäßig unbekannt sind, aus denen sich die Höhe des Anspruchs erst ergibt, nicht minder deutlich zu Tage als bei der Klage eines Konkurrenten (Fezer/v. Braunmühl, UWG, § 10 Rz. 265; Hefermehl/Köhler/Bornkamm - Köhler, Wettbewerbsrecht, 24. Aufl. § 10 Rz. 15).

Der Kläger gehört zum Kreis der nach §§ 8 Abs. 3 Nr. 2 - 4, 10 UWG Klageberechtigten.

2.

In der Sache sind die Tatbestandsvoraussetzungen des verfassungsrechtlich unbedenklichen (dazu a) § 10 Abs. 1 UWG auf der Grundlage der entscheidungserheblichen Tatsachen erfüllt. Nach dieser Vorschrift entsteht der Gewinnabführungsanspruch gegen denjenigen, der dem § 3 UWG zuwider handelt (dazu b), wenn dies vorsätzlich geschieht (dazu c) und er hierdurch zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern einen Gewinn erzielt (dazu d).

a)

Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen gegen den Gewinnabführungsanspruch aus § 10 Abs. 1 UWG nicht. Zwar soll die Gewinnabschöpfung als Sanktion gegenüber dem wettbewerbswidrig handelnden Unternehmer wirken. Die Norm enthält jedoch schon kein materielles Strafrecht. Denn der Gewinnabführungsanspruch ersetzt Schadensersatz- und Mängelgewährleistungsansprüche, welche auf Grund der tatsächlichen Gegebenheiten in der Praxis kaum zur Durchsetzung gelangen. Dies wird aus den Anrechnungsvorschriften in § 10 Abs. 2 UWG deutlich. Auf den Gewinn sind die Leistungen anzurechnen, die der Schuldner auf Grund der Zuwiderhandlung an Dritte - auch an Abnehmer - oder an den Staat erbracht hat. Soweit der Schuldner solche erst nach Erfüllung des Anspruches nach § 10 Abs. 1 UWG erbringt, erhält er von der zuständigen Stelle des Bundes den abgeführten Gewinn in Höhe der nachträglichen Zahlungen zurückerstattet. Insoweit ähnelt der Anspruch aus § 10 Abs. 1 UWG systematisch betrachtet einem Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, nicht aber einer strafrechtlichen Sanktion. Auch den von der Beklagten ins Feld geführten Gesetzgebungsmaterialien ist nichts anderes zu entnehmen. Für eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 1 GG ist deshalb kein Raum.

b)

Eine Zuwiderhandlung gegen § 3 UWG hat die Beklagte durch die umstrittene, ihr unstrittig zuzurechnende Werbung begangen. Der von ihr zu Werbezwecken zitierte Test aus dem Jahr 1998 war überholt. Die Beklagte hat mit einem Testbericht der STIFTUNG WARENTEST geworben, obgleich in deren Publikation bereits mehrere neuere Testergebnisse über Matratzen sowie Erläuterungen erschienen waren, welche die Aussagekraft des in der beanstandeten Werbung herangezogenen Tests für den Verbraucher minderten.

Diese Umstände hätte die Beklagte über die Inhaltsverzeichnisse der Jahrbücher und Zeitschriften der STIFTUNG WARENTEST sowie deren Internetauftritt in Erfahrung bringen können.

Zum anderen bewarb sie mit dem Testergebnis „GUT“ auch nicht getestete Matratzengrößen. Der klein gedruckte Hinweis auf die Maße der getesteten Matratze reicht als Aufklärung schon deshalb nicht aus, weil er für nicht unbeachtliche Teile des Publikums

nicht lesbar ist und neben dem blickfangmäßig dargebotenen Testergebnis nicht zur Geltung kommt. Auch dies war für die Beklagte erkennbar.

Hinzu kommt, dass die Beklagte diese Werbung fortsetzte, obgleich sie auf diese Umstände durch die erste Abmahnung des Klägers vom 03.01.2005 (K 3 im Hefter „Anlagen des Klägers“) hingewiesen worden war.

Die oben unter Ziff. I. aufgeführten Einwände reichen entgegen der Ansicht der Beklagten nicht aus, eine - in anderer Sache rechtskräftig festgestellte - Wettbewerbswidrigkeit ausschließen.

c)

Die Beklagte hat den Wettbewerbsverstoß aber auch vorsätzlich begangen. Bedingt vorsätzlich handelt, wer sein wettbewerbsrelevantes Verhalten fortsetzt, obgleich er sich auf Grund der ihm bekannten Tatsachen nicht der Einsicht verschließen kann, dass dieses unlauter ist (vgl. [zum Vorsatz im Bereicherungsrecht] BGHZ 133, 246, 250 m.w.N.; zum Urheberrecht OLG Hamburg, Urteil v. 8. Februar 2006 - 5 U 78/05 - [Cybersky] - bei Juris Rn. 65;). Diese Voraussetzungen hat die Beklagte bei ihrer Werbung erfüllt:

Zwar hat das Landgericht ihr zugute gehalten, sie habe sich möglicherweise auf fehlerhafte Angaben ihres Lieferanten verlassen. Darauf kann sich die Beklagte jedoch nicht berufen. Der vorliegenden Problematik vergleichbar ist diejenige einer arglistigen Täuschung, bezüglich welcher anerkannt ist, dass derjenige, der sich die Vorzüge arbeitsteiligen Wirtschaftens zunutze macht, sich gegenüber seinem Vertragspartner nicht auf eine daraus resultierende eigene Unkenntnis berufen kann (vgl. BGHZ 117, 316 ff.; 132, 30 ff.; s. ferner BGH, Urteil vom 30. November 2004 - X ZR 43/03 - NJW 2005, 893 f.; je m.w.N.). Es war Aufgabe der Beklagten, zu prüfen, ob die Angaben, welche sie in ihre Werbung aufnehmen will, zutreffen.

Dass ihr dies im entscheidenden Zeitraum bekannt war, kann bei ihr als einem Unternehmen dieser Größe, das senatsbekanntermaßen bereits eine Vielzahl wettbewerbsrechtlicher, auch werbebezogener Rechtsstreitigkeiten ausgetragen hat, ohne Weiteres angenommen werden. Stützt sie ihre Werbung - wie sie selbst vorträgt, getan zu haben - auf Angaben ihrer Lieferanten, so sieht sie damit vorsätzlich davon ab, ihrer Prüfungs-

pfllicht nachzukommen. Sie übernimmt damit auch bewusst das Risiko fehlerhafter Angaben durch ihre Lieferanten und nimmt solche mangels - zu ihrer Darlegungslast stehender - Kontrollen auch billigend in Kauf. Diese Erwägungen sind - entgegen der Auffassung der Beklagten - nicht auf die Fälle offensichtlicher Fehlerhaftigkeit der Lieferantangaben zu beschränken. Zum einen steht der Lieferant bei einer Gesamtbetrachtung im Lager des Werbenden. Zum anderen entstünde nach der von der Beklagten vertretenen Konzeption eine Verantwortlichkeitslücke, vom Werbenden verursacht, gleichwohl aber zu seinem Vorteil.

Abgesehen davon musste sich bei einem sechs Jahre alten Testergebnis der STIFTUNG WARENTEST den Verantwortlichen eines der großen Discounter in Deutschland der Verdacht geradezu aufdrängen, dass dieser Test überholt sei. Der Senat ist ohne Weiteres davon überzeugt, dass diese auf der Hand liegende Tatsache den Verantwortlichen der Beklagten bekannt war, als sie die beanstandete Werbung starteten.

Der vom Kläger insoweit angebotene Beweis brauchte schon von daher nicht erhoben zu werden.

Hinzu tritt, dass die Beklagte ihre Werbung nach der ersten Abmahnung durch den Kläger fortgesetzt hat. Selbst wenn man eine - wie die vorliegende - berechtigte Abmahnung nicht stets ausreichen lassen wollte, dem Werbenden Vorsatz der Wettbewerbswidrigkeit seines Handelns zu vermitteln (vgl. Hefermehl/Köhler/Bornkamm-Köhler, a. a. O. Rn. 6 zu § 10 UWG), käme diesen Abmahnungen des Klägers im Rahmen einer Gesamtbetrachtung entgegen der Auffassung der Beklagten Bedeutung zu. Die Beklagte kann nicht einwenden, die Abmahnungen des Klägers seien nicht hinreichend bestimmt gewesen, ihr die Gründe, aus denen sich die Wettbewerbswidrigkeit ihrer beanstandeten Werbung ergab, so deutlich vor Augen zu führen, dass sie nicht länger annehmen konnte, diese sei zulässig. In dem als K 3 vorgelegten Schreiben heißt es auf S. 2 nach konkreten Hinweisen auf die beanstandete Werbung, die beigefügten Empfehlungen der STIFTUNG WARENTEST zur Werbung mit Untersuchungsergebnissen und die Kommentierung bei Baumbach/Hefermehl (Anmerkungen 4.236 ff. zu § 5 UWG):

„Wie in der Werbung angeführt, betraf der Test ein anderes Produkt mit den Maßen 100 x 200 cm (testrelevanter Unterschied). Im Übrigen ist die Werbung mit dem Testergebnis wegen geänderter Prüfbedingungen veraltet.“

Mit diesen Ausführungen hat der Kläger die Beklagte hinreichend konkret auf zwei Tatsachen hingewiesen, welche deren Werbung i. S. d. § 3 UWG wettbewerbswidrig machten (vgl. BGH GRUR 1991, 679 f. - Fundstellenangabe; Hefermehl/Köhler/Bornkamm-Köhler, a.a.O., Rn. 101 ff. zu § 6 m.w.N.).

Vor diesem Hintergrund kann sich die Beklagte auch nicht darauf zurückziehen, sie habe ihre Werbung gleichwohl für zulässig erachtet. Es obliegt ihr ohnehin, deren Zulässigkeit zu überprüfen. Spätestens nach den Hinweisen in der Abmahnung des Klägers vom 3. Januar 2005 muss sie sich verhalten lassen, vor den die Unlauterkeit ihrer Werbung begründenden Tatsachen - ihren eigenen Prozessvortrag als richtig unterstellt - die Augen verschlossen zu haben.

Insoweit kommt ihr auch nicht zugute, dass der Kläger nicht unverzüglich Klage erhoben hat. Dies könnte eine Eilbedürftigkeit für einstweiligen Rechtsschutz entfallen lassen, nicht aber eine Kenntnis der Beklagten von der Wettbewerbswidrigkeit ihres Verhaltens. Im Übrigen ist auch der Rückschluss aus der Untätigkeit auf eine Unsicherheit des Klägers weder zwingend, noch drängte er sich auf.

d)

Ohne Erfolg muss schließlich zumindest im derzeitigen Verfahrensstadium der Einwand der Beklagten bleiben, der Kläger habe nicht hinreichend dargetan, dass sie einen Gewinn zu Lasten der Abnehmer erzielt habe (vgl. dazu Hefermehl/Köhler/Bornkamm-Köhler, a.a.O., Rn. 10 zu § 10).

Dass die Beklagte einen etwaigen Gewinn zu Lasten ihrer Abnehmer erzielt hat, ist bei der vorliegenden Fallgestaltung unzweifelhaft. Ihnen gegenüber erfolgte die unlautere Werbung, die geeignet war, sie über die Tragweite eines Warentests zu täuschen und dadurch zum Kauf des beworbenen Produkts zu veranlassen. Ein durch solche Käufe entstandener Gewinn der Beklagten ging somit zu Lasten der Abnehmer. Dass die beanstandete Werbung wirkungslos verpufft sei, macht sie selbst nicht geltend.

Eines Schadens der Kunden im Sinne des § 249 BGB bedarf es im Rahmen des § 10 UWG nicht. Im Gesetzgebungsverfahren wurden die Wörter „auf Kosten“ durch die Wörter „zu Lasten“ ersetzt, um sicherzustellen, dass es für den Gewinnabführungsanspruch keines dem Unternehmergewinn kongruenten Schadens der Abnehmer bedarf (vgl. Hefermehl/Köhler-Bornkamm-Köhler a.a.O., Rn. 1 zu § 10 m.w.N.). Erforderlich, aber auch ausreichend ist, dass durch die Zuwiderhandlung bei einer Vielzahl von Abnehmern eine wirtschaftliche Schlechterstellung eingetreten ist, welche schon im Abschluss des Vertrages zu sehen ist (vgl. zu § 37 a WpHG [Schaden durch Erwerb eines Wertpapiers unabhängig von dessen Kursentwicklung] BGHZ 162, 306 ff.).

Alles Weitere ist eine Frage der Anspruchshöhe und damit der § 287 ZPO unterfallenden haftungsausfüllenden Kausalität. Da der Kläger insoweit nicht vortragen kann, hat er einen Anspruch auf Auskunft über die zur Berechnung des abzuführenden Gewinns maßgeblichen Tatsachen. Fehlender Sachvortrag steht daher einem zusprechenden Urteil über die erste Stufe der Klage nicht entgegen.

III.

Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst; sie hat im Schlussurteil zu ergehen. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10 ZPO, die Streitwertfestsetzung auf § 53 GKG i.V.m. § 3 ZPO.

IV.

Die Revision war wegen Rechtsgrundsätzlichkeit zuzulassen.



Vors. Richter am
Oberlandesgericht



Richter am
Oberlandesgericht



Richter am
Oberlandesgericht