

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4C.468/2004 /ruo

Urteil vom 27. Oktober 2005
I. Zivilabteilung

Besetzung
Bundesrichterin Klett, präsidierendes Mitglied,
Bundesrichter Nyffeler, Bundesrichterin Kiss,
Gerichtsschreiber Mazan.

Parteien
A. _____ GmbH,
Klägerin und Berufungsklägerin, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Peter Hübner,

gegen

B. _____ AG,
Beklagte und Berufungsbeklagte, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Stephan Zimmermann.

Gegenstand
unlauterer Wettbewerb UWG,

Berufung gegen das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 15. November 2004.

Sachverhalt:

A.

Die A. _____ GmbH in Steinfurt/D (Klägerin) vertreibt in der Schweiz Polymer-Saugeinlagen, welche zwischen Fleischprodukte aller Art und die Verpackung dieser Produkte gelegt werden, um einen Teil der Fleischflüssigkeit aufzunehmen. Die B. _____ AG in Geroldswil/CH (Beklagte) vertreibt in der Schweiz unter anderem ebenfalls Saugeinlagen für Lebensmittel.

Die Beklagte hat durch die Swiss Quality Testing Services (SQTS) Polymer-Saugeinlagen auf Migrationswerte testen lassen. Die zum Test gegebenen Produkte stammten aus der Produktion der Beklagten, wurden aber als - von der Klägerin stammende - "Typ X. _____" bezeichnet. Auch im Untersuchungsbericht der SQTS vom 10. September 2001 wurde die Probe als "Typ X. _____" bezeichnet. Gemäss dem Ergebnis der Untersuchung genügten die klägerischen Produkte den gesetzlichen Anforderungen an Kunststoffe für den Kontakt mit Lebensmitteln nicht. Dieser Bericht wurde von der Beklagten an zwei Kunden, beziehungsweise potentielle Kunden der Klägerin, nämlich an die Migros Ostschweiz in Gossau und an die Grieder AG in Oensingen, verschickt. Bei diesen Firmen wurde der Eindruck erweckt, dass die SQTS die klägerischen Produkte geprüft und dabei zu hohe Migrationswerte festgestellt habe. Wenig später bemerkte die Beklagte die falsche Bezeichnung der Probe ("Typ X. _____") und ordnete bei der SQTS eine Berichtigung an. Der von der SQTS verfasste Untersuchungsbericht vom 12. September 2001 enthielt neu die Produktebezeichnung "Typ Y. _____" und den Vermerk "Berichtskorrektur: Dieser Untersuchungsbericht vom 12. September 2001 ersetzt denjenigen vom 10. September 2001". Diesen korrigierten Untersuchungsbericht vom 12. September 2001 versandte die Beklagte ebenfalls an die Migros Ostschweiz in Gossau und an die Grieder AG in Oensingen. Im Begleitschreiben vom 19. September 2001 an diese beiden Firmen bat die Beklagte darum, "den Bericht, auf welchem der Firmenname A. _____ GmbH aufgeführt sei, zu vernichten". Sodann bemerkte die Beklagte: "Das Kriterium für die Zulassung ist nicht die Herstellung, sondern das eingesetzte Absorptionsmittel, in diesem Falle die chemische Substanz Polymer". Damit bleibt offen, ob die Adressaten den Schluss zogen, dass die SQTS sämtliche am Markt erhältlichen Polymer-Saugeinlagen, darunter auch die klägerischen, geprüft und für ungenügend erachtet hat.

Eine definitive Erklärung konnte die Klägerin aber selbst herbeiführen durch eine Untersuchung, die sie beim kantonalen Labor in Zürich in Auftrag gab. Dieses Labor gelangte in seinem Bericht vom 5.

Februar 2002 zum Schluss, dass die Materialien der Klägerin für den angegebenen Verwendungszweck den gesetzlichen Anforderungen in lebensmittelhygienischer Hinsicht genügten und in Kontakt mit Lebensmitteln verwendet werden könnten. Diesen Bericht hat die Klägerin ihren Kunden, namentlich der Migros Ostschweiz in Gossau und der Grieder AG in Oensingen, zukommen lassen.

B.

Am 10. Oktober 2002 erhob die Klägerin beim Handelsgericht des Kantons Zürich Klage mit folgenden - in der Replik präzisierten und erweiterten - Anträgen, wobei nur die vom Handelsgericht als zulässig erachteten Begehren wiedergegeben werden:

"1. Es sei festzustellen, dass die Beklagte die von der Klägerin hergestellten und vertriebenen polymer Saugelagen durch unrichtige und irreführende Äusserungen gegenüber aktuellen und potentiellen Kunden der Klägerin herabsetzte und sie dadurch in ihrer Kundschaft, ihrem Kredit, ihrem beruflichen Ansehen und in ihrem Geschäftsbetrieb in widerrechtlicher Weise verletzte.

1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den Schaden nebst 5 % Zins seit der Wettbewerbsverletzung, welcher ihr durch die unrichtigen und irreführenden Äusserungen der Beklagten gemäss Ziffer 1 hievor entstanden ist, [zu ersetzen], wobei der Schaden nach richterlichem Ermessen gemäss Art. 42 Abs. 2 OR, ausgehend von mindestens Fr. 150'000.-- zu schätzen sei.

2. Es sei die Klägerin gestützt auf § 61 Abs. 2 ZPO für berechtigt zu erklären, nach Durchführung des Beweisverfahrens und der Edition der Unterlagen sowie der Auskunftserteilung durch die Beklagte, eventualiter der Migros Ostschweiz in Gossau SG sowie der Grieder AG in Oensingen SO gemäss Ziffer 6 hiernach den geltend gemachten Schaden gemäss Ziffer 2 hievor zu beziffern.

3. Es sei die Beklagte zu verpflichten, innert 10 Tagen ab Rechtskraft des Urteils der Migros Ostschweiz in Gossau SG und der Grieder AG in Oensingen SO die ausdrückliche und schriftliche Erklärung abzugeben, dass die in den Prüfberichten der SQTS vom 10. September 2001 und vom 12. September 2001 geprüften Proben keine Produkte der Klägerin sind.

4. Es sei der Beklagten zur umgehenden Edition aller Unterlagen, welche die Bemessung des klägerischen Schadens und des Ausmasses der Wettbewerbsschädigung ermöglichen, Frist anzusetzen. Sie sei namentlich zur Edition der Kopien aller Schreiben an Dritte, in welchen der Untersuchungsbericht der Firma Swiss Quality Testing Services - SQTS vom 10. September 2001 erwähnt wird, zu verpflichten.

5. Prozessuale Anträge:

6. Es sei der Beklagten zur umgehende Edition aller Unterlagen, welche die Bemessung des klägerischen Schadens und des Ausmasses der Wettbewerbsschädigung ermöglichen, Frist anzusetzen.

7. Es seien die per Klageeinreichung in Landeswährung umgerechneten Schadensposten [in] den günstigeren Kurs am Urteilstag in die Landeswährung umzurechnen.

8. Es sei die Beklagte unter Androhung einer Ordnungsbusse oder Bestrafung wegen Ungehorsams gemäss Art. 292 StGB zur Erfüllung der sich aus dem Urteil ergebenden Pflichten anzuhalten."

C. Mit Urteil vom 15. November 2004 verpflichtete das Handelsgericht des Kantons Zürich die Beklagte, der Klägerin unter dem Titel "Marktverwirrungsschaden" Fr. 5'429.60 zuzüglich Zins zu bezahlen (Ziff. 1) und gegenüber der Migros Ostschweiz in Gossau SG und der Grieder AG in Oensingen SO die Erklärung abzugeben, dass die von der SQTS geprüften Proben keine Produkte der Klägerin seien (Ziff. 2). Die übrigen Begehren - darunter insbesondere das Schadenersatzbegehren wegen entgangenem Gewinn - wurden abgewiesen (Ziff. 3). Sodann setzte das Handelsgericht die Gerichtsgebühr fest (Ziff. 4), auferlegte die Kosten zu 9/10 der Klägerin und zu 1/10 dem Beklagten (Ziff. 5) und verpflichtete die Klägerin zur Bezahlung einer reduzierten Prozessentschädigung (Ziff. 6).

D.

Mit Berufung vom 17. Dezember 2004 beantragt die Klägerin dem Bundesgericht, die Dispositivziffern 3-6 des Urteils des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 15. November 2004 aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung ans Handelsgericht zurückzuweisen.

Die Beklagte beantragt die Abweisung der Berufung.

E.

Mit Zirkulationsbeschluss vom 22. Juli 2005 hat das Kassationsgericht des Kantons Zürich eine von der Klägerin gegen das Urteil des Handelsgerichts erhobene Beschwerde abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden konnte.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

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.

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.

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.

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).

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 Saugelagen 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.

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.

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.

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).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Berufung wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtsgebühr von Fr. 6'000.-- wird der Klägerin auferlegt.

3.

Die Klägerin hat die Beklagte für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 7'000.-- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Handelsgericht des Kantons Zürich schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 27. Oktober 2005

Im Namen der I. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Das präsidiierende Mitglied: Der Gerichtsschreiber: