

Tribunale federale  
Tribunal federal

{T 0/2}  
4C.414/2006 /len

Urteil vom 14. März 2007  
I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung  
Bundesrichter Corboz, Präsident,  
Bundesrichterinnen Klett, Rottenberg Liatowitsch,  
Gerichtsschreiber Luczak.

Parteien  
X. \_\_\_\_\_ GmbH,  
Beklagte und Berufungsklägerin,  
vertreten durch Rechtsanwalt Daniel Roten,

gegen

Y. \_\_\_\_\_,  
Klägerin und Berufungsbeklagte,  
vertreten durch Rechtsanwalt Guérin de Werra.

Gegenstand  
UWG, Herausgabe des Gewinns,

Berufung gegen das Urteil des Kantonsgerichts Wallis, Zivilgerichtshof I, vom 24. Oktober 2006.

Sachverhalt:

A.

Die Y. \_\_\_\_\_ (Klägerin) ist ein Unternehmen mit Sitz in Deutschland, das sich auf den Vertrieb eines Reinigungs- und Poliersteins spezialisiert hat, der unter der Bezeichnung A. \_\_\_\_\_ in einer dunkelgrünen Dose mit einem hellgrünen, aufschraubbaren Deckel angeboten wird und in Form einer Wort- und Bildmarke geschützt ist. Die X. \_\_\_\_\_ GmbH, ebenfalls ein deutsches Unternehmen, vertrieb in der Schweiz selber und bis zum 5. Februar 2002 über eine Zweigniederlassung ein in Form und Farbe ähnliches Reinigungsmittel B. \_\_\_\_\_, und zwar durch einen Angestellten und eine selbständige Verkäuferin. Ein von der Klägerin erwirktes vorsorgliches Vertriebs- und Reklameverbot musste gerichtlich durchgesetzt und geahndet werden, zuletzt im Mai 2002, als die Beschlagnahme von Werbe- und Bestellmaterial angeordnet wurde.

B.

Binnen der vom Bezirksgericht Brig angesetzten Frist reichte die Klägerin Klage ein und verlangte nach Verbesserung der Klage im Wesentlichen von der Beklagten, deren einziger Gesellschafterin, den für die Zweigniederlassung Zeichnungsberechtigten sowie dem Angestellten und der selbständigen Verkäuferin, die das Produkt der Beklagten in der Schweiz vertrieben, den Verkauf des Produktes in der beanstandeten Aufmachung umgehend einzustellen und ihr Fr. 100'000.– nebst Zins zu bezahlen, entsprechend dem durch den Verkauf des strittigen Produktes in der Schweiz erzielten Gewinn. Der Bezirksrichter sandte die Akten an das Kantonsgericht, welches die Klage am 24. Oktober 2006 bezüglich des Unterlassungsanspruchs vollumfänglich schützte, nicht jedoch bezüglich des Beseitigungsanspruchs, da dieser nur zu Beginn des Verfahrens bis zum Mai 2002 bestanden habe. Die Klägerin habe den Nachweis nicht erbracht, dass das Produkt der Beklagten nach diesem Zeitpunkt noch in der beanstandeten Aufmachung vertrieben wurde. Im Übrigen verpflichtete das Kantonsgericht die Beklagte, der Klägerin Fr. 53'125.– nebst Zins zu bezahlen und wies die Klage im Übrigen ab.

C.

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte staatsrechtliche Beschwerde und Berufung erhoben, während die übrigen am Verfahren beteiligten Personen kein Rechtsmittel ergriffen haben. Die staatsrechtliche Beschwerde hat das Bundesgericht heute abgewiesen, soweit es darauf eintrat. Mit der Berufung beantragt die Beklagte im Wesentlichen, die Klage mit Bezug auf die der Klägerin zugesprochenen Fr. 53'125.– nebst Zins abzuweisen. Die Klägerin schliesst auf kostenfällige Abweisung der Berufung, soweit darauf einzutreten ist.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

Am 1. Januar 2007 ist das Bundesgesetz über das Bundesgericht (SR 173.110; BGG) in Kraft getreten (AS 2006 1205, 1243). Nach Art. 132 BGG ist dieses Gesetz auf die nach seinem Inkrafttreten eingeleiteten Verfahren des Bundesgerichts anwendbar, auf ein Beschwerdeverfahren jedoch nur dann, wenn auch der angefochtene Entscheid nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes ergangen ist. Da der angefochtene Entscheid vor dem 1. Januar 2007 erging, richtet sich das Verfahren noch nach dem Bundesgesetz über die Organisation des Bundesgerichts (Bundesrechtspflegegesetz [OG]).

1.1 Die vorliegende Berufung und die parallel erhobene Beschwerde werden weitgehend identisch begründet. In Bezug auf die geltend gemachten Beanstandungen ist daher im Einzelnen zu prüfen, ob die jeweiligen Rügen im Beschwerde- oder Berufungsverfahren hätten erhoben werden müssen (BGE 116 II 745 E. 2b S. 748).

1.2 Nach Art. 55 Abs. 1 lit. c OG ist in der Berufungsschrift kurz darzulegen, welche Bundesrechtssätze der angefochtene Entscheid verletzt und inwiefern er gegen sie verstösst. Unzulässig sind dagegen Rügen, die sich gegen die tatsächlichen Feststellungen und gegen die Beweiswürdigung der Vorinstanz richten (BGE 130 III 102 E. 2.2 S. 106, 136 E. 1.4 S. 140; 127 III 543 E. 2c S. 547, je mit Hinweisen), es sei denn, es werde zugleich ein offensichtliches Versehen, eine Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften (Art. 63 Abs. 2 OG) oder eine unvollständige Ermittlung des Sachverhaltes vorgeworfen (Art. 64 OG). Wer sich auf solche Ausnahmen von der Bindung des Bundesgerichts an die tatsächlichen Feststellungen der letzten kantonalen Instanz beruft und den Sachverhalt gestützt darauf berichtigt oder ergänzt wissen will, hat darüber genaue Angaben mit Aktenhinweisen zu machen (Art. 55 Abs. 1 lit. d OG; BGE 115 II 484 E. 2a S. 485 f.).

2.

Vor Bundesgericht ist einzig die Forderung der Klägerin betreffend die Einziehung des mit dem Vertrieb des Produktes B. \_\_\_\_\_ erzielten Gewinns umstritten. Die Beklagte führt aus, die Vorinstanz habe für die Berechnung des Gewinns zu Unrecht einen Zeitraum bis Mai 2002 berücksichtigt. Aus den Akten ergebe sich eindeutig, dass das streitige Produkt nach dem 5. Februar 2002 in einer neuen Verpackung angeboten worden sei. Die Vorinstanz hat diesbezüglich berücksichtigt, dass auch im Mai 2002 noch eine gerichtliche Durchsetzung des ausgesprochenen Verbots erfolgte. Sie hat mithin den Zeitpunkt in Würdigung der tatsächlichen Umstände und damit für das Bundesgericht grundsätzlich verbindlich festgestellt (BGE 127 III 73 E. 6a S. 81; 126 III 10 E. 2b S. 13; 119 II 84 E. 3 S. 85). Da die Beklagte nur pauschal auf die Akten verweist und nicht im Einzelnen dartut, woraus sich ergeben sollte, dass nach dem 5. Februar 2002 keinerlei Verkäufe mit von der Klägerin beanstandeten Dosen erfolgten, ist das Vorbringen der Beklagten auch als allfällige Versehrungsrüge (Art. 63 Abs. 2 OG) nicht hinreichend begründet (Art. 55 Abs. 1 lit. d OG), weshalb nicht darauf einzutreten ist.

3.

Weiter beanstandet die Beklagte, dass die Vorinstanz die Berechnung der Gewinnherausgabe ex aequo et bono vorgenommen hat.

3.1 Die Beklagte hat zwar im kantonalen Verfahren Erfolgsrechnungen eingereicht. Die Vorinstanz erachtete diese jedoch für unzulänglich und würdigte dies zu Lasten der Beklagten. Kritik an dieser Beweiswürdigung ist im Berufungsverfahren nicht zu hören (BGE 127 III 73 E. 6a S. 81; 126 III 10 E. 2b S. 13; 119 II 84 E. 3 S. 85).

3.2 Wenn die Beklagte der Klägerin die notwendigen Informationen zur genauen Berechnung des Gewinns vorhält, die diese selbst nicht beibringen kann, konnte die Vorinstanz ohne Verletzung von Bundesrecht davon ausgehen, der Gewinn sei ziffernmässig nicht genau berechenbar und ihn nach Ermessen unter Berücksichtigung der gesamten Umstände und des gewöhnlichen Laufs der Dinge abschätzen (Art. 42 Abs. 2 OR; vgl. auch BGE 128 III 271 E. 2b/aa S. 276 mit Hinweisen). Eine Bundesrechtsverletzung ist nicht ersichtlich.

3.3 Auch soweit die Beklagte auf die Aussagen der übrigen im kantonalen Verfahren beklagten Personen ver-

weist und daraus einen niedrigeren Umsatz als von der Vorinstanz angenommen ableiten möchte, ist sie nicht zu hören. Die ermessensweise Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR beruht auf Tatbestandsermessen. Sie gehört zur Feststellung des Sachverhalts und bleibt der Überprüfung im Berufungsverfahren grundsätzlich entzogen (BGE 128 III 271 E. 2b/aa S. 277; 122 III 219 E. 3b S. 222, je mit Hinweisen).

4.

Soweit sich die Berufung nicht in unzulässiger Kritik an der Beweiswürdigung der Vorinstanz erschöpft, erweist sie sich als unbegründet und ist abzuweisen, soweit überhaupt darauf einzutreten ist. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird die Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 156 Abs. 1 und 159 Abs. 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'500.– wird der Beklagten auferlegt.

3.

Die Beklagte hat die Klägerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 3'000.– zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Kantonsgericht Wallis, Zivilgerichtshof I, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 14. März 2007

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung

des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: