
Datum: 19.10.2000
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 139/99
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2000:1019.4U139.99.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 15 O 114/99

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 24. August 1999 verkündete Teil-Anerkenntnis- und Schlußurteil der 15. Zivilkammer – Kammer für Handelssachen – des Landgerichts Bochum unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels teilweise abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 888,75 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 19. Juli 1999 zu zahlen.

Die Kosten des ersten Rechtszuges trägt die Klägerin.

Von den Kosten der Berufung trägt die Klägerin 14/15, die Beklagte 1/15.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar und beschwert keine der Parteien mit mehr als 60.000,00 DM.

Tatbestand

1

Die Klägerin ist Inhaberin der Marke „X“. Sie hat die Beklagte wegen des Verkaufs von Kleidungsstücken mit dieser Marke, die ohne Zustimmung der Klägerin in den Verkehr gebracht worden waren, auf Unterlassung, Auskunft und Schadensersatz in Anspruch genommen.

2

Die Markenverletzung war bei einem Testkauf am 10. Oktober 1996 entdeckt worden. Am 5. November 1996 hat die Klägerin die Beklagte abgemahnt. Am 21. November 1996 hat die

3

Klägerin eine Beschlußverfügung gegen die Beklagte erwirkt, durch die dieser verboten worden ist, Bekleidungsstücke, die mit der Marke der Klägerin versehen sind, ohne deren Zustimmung in den Verkehr zu bringen. Ferner hatte die Beklagte der Klägerin Auskunft über die Herkunft und den Vertriebsweg der Bekleidungsstücke zu erteilen.

Nach Schriftwechsel und einem Telefonat vom 19. Dezember 1996 gab der Angestellte C der Beklagten unter dem 14. Januar 1997 für die Beklagte eine Abschlusserklärung ab. Mit Schreiben vom 5. Februar 1997 rügten die für die Klägerin tätigen Rechtsanwälte diese Abschlusserklärung als unzureichend, solange nicht die Bevollmächtigung des Angestellten C in geeigneter Form nachgewiesen sei. Dem kam die Beklagte aber nicht nach. 4

Die Klägerin hat daraufhin am 7. Juni 1999 Klage gegen die Beklagte erhoben, mit der sie die Beklagte auf Unterlassung, Auskunft und Schadensersatz in Anspruch nimmt, sowie die Erstattung der Rechtsanwaltsgebühren auf Grund des Telefonates vom 19. Dezember 1996 verlangt. Die Klägerin ist insoweit der Ansicht, daß die Beklagte für das Telefongespräch ihres Rechtsanwalts Dr. T mit dem Angestellten C der Beklagten eine Besprechungsgebühr gemäß § 118 BRAGO schulde. 5

Die Beklagte hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht vom 24. August 1999 die Klageansprüche bis auf die bezifferte Besprechungsgebühr in Höhe von 2.535,00 DM anerkannt. 6

Das Landgericht hat daraufhin durch Teilerkenntnis- und Schlußurteil vom 24. August 1999 wie folgt für Recht erkannt: 7

1. 8

Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Einzelfall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 500.000,00 DM, an dessen Stelle im Falle der Uneinbringlichkeit eine Ordnungshaft bis zu 6 Monaten tritt, oder einer Ordnungshaft bis zu 6 Monaten im Wiederholungsfall bis zu zwei Jahren, zu unterlassen, 9

Bekleidungsstücke, die mit einer oder mehreren der nachfolgenden Kennzeichen 10

X 11

versehen sind, anzubieten, in den Verkehr zu bringen oder zu den genannten Zwecken zu besitzen, einzuführen und/oder auszuführen, es sei denn, daß die so gekennzeichneten Bekleidungsstücke unter diesen Bezeichnungen von der Klägerin oder mit deren Zustimmung im Inland, in einem der übrigen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den europäischen Wirtschaftsraum in den Verkehr gebracht worden sind. 12

2. 13

Die Beklagte wird ferner verurteilt, in schriftlicher Form Auskunft zu erteilen und Rechnung zu legen, welcher Gewinn durch die Verletzungshandlung gemäß Ziffer 1 erzielt worden ist, insbesondere unter Bekanntgabe der Einkaufs- und Verkaufspreise. 14

3. Es wird festgestellt, daß die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin all jene Schäden zu ersetzen, die ihr durch die Handlungen gemäß Ziff. 1 seit dem 01.01.1996 entstanden sind und noch entstehen werden. 15

16

Den streitigen Zahlungsanspruch der Klägerin wegen der Besprechungsgebühr hat das Landgericht als unbegründet abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits hat es insgesamt der Klägerin nach § 93 ZPO auferlegt, weil die Beklagte auf Grund des langen Zeitraums, der seit dem letzten Schreiben der Klägerin vom 5. Februar 1997 bis zum Klageeingang am 7. Juni 1999 vergangen sei, mangels erneuter Abmahnung keine Veranlassung zur Klage im Sinne des § 93 ZPO gegeben habe. 17

Wegen des Inhaltes des Urteils im einzelnen wird auf Blatt 64 ff. der Akten verwiesen. 18

Gegen dieses Urteil hat die Klägerin form- und fristgerecht Berufung eingelegt, mit der sie ihren Zahlungsanspruch wegen der Besprechungsgebühr weiterverfolgt sowie eine Änderung der Kostenentscheidung zu Lasten der Beklagten erstrebt. 19

Unter Ergänzung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags behauptet die Klägerin, daß ihr Rechtsanwalt Dr. T am 19. Dezember 1996 um 10:15 Uhr bei der Beklagten angerufen habe, worauf sich Herr C gemeldet habe. Zunächst sei es bei dem Telefonat um die von der Beklagten geschuldete Auskunft gegangen. Sodann habe Dr. T noch einmal ausdrücklich auf die Abgabe der geforderten Abschlusserklärung gedrängt, die durch die Inhaberin der Beklagten unterzeichnet werden müsse. 20

Durch dieses Telefonat sei eine Besprechungsgebühr gemäß § 118 BRAGO angefallen, weil tatsächliche und rechtliche Fragen, die im Zusammenhang mit dem Streitgegenstand, nämlich der Markenverletzung der Beklagten gestanden hätten, erörtert worden seien. 21

Die Kostenentscheidung müsse zu Lasten der Beklagten gehen, weil die Klägerin wegen ihrer vergeblichen Aufforderungen an die Beklagte, die gewünschten und geschuldeten Erklärungen abzugeben, schließlich Veranlassung zur Klage gehabt habe. Zu einer erneuten Abmahnung der Beklagten vor Klageerhebung habe auch unter Berücksichtigung der bisher verstrichenen Zeit keine Veranlassung bestanden. Denn die weigerliche Haltung der Beklagten bleibe hiervon unberührt. 22

Die Klägerin beantragt, 23

das am 24.08.1999 verkündete Urteil des Landgerichts Bochum teilweise abzuändern und 24

1. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 2.535,00 DM nebst 4 % Zinsen seit Klageerhebung zu zahlen; hilfsweise, die Klägerin in Höhe einer entsprechenden Besprechungsgebühr von Forderungen ihrer Anwälte, Rechtsanwälte M und Partner in N freizustellen. 25

2. die Kosten des Rechtsstreits der Beklagten aufzuerlegen. 26

Die Beklagte beantragt, die gegnerische Berufung zurückzuweisen. 27

Unter Ergänzung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrages leugnet die Beklagte weiterhin, daß eine Besprechungsgebühr angefallen sei. Es sei unzutreffend, daß Dr. T mit dem Zeugen C dahingehend verblieben sei, daß Rechnungen und anderes hätten übersandt werden sollen. Ebenso wenig sei darüber gesprochen worden, daß anschließend der Versuch einer gütlichen Regelung hätte gemacht werden sollen. Das nach Erinnerung des Zeugen C lediglich wenige Minuten dauernde Telefonat habe sich auf den Inhalt des Schreibens vom 18.12.1996 bezogen, wobei der Zeuge Dr. T die erteilten Auskünfte als ausreichend betrachtet habe. Im übrigen werde die Schilderung des Telefonates durch die Klägerin mit 28

Nichtwissen bestritten.

Wegen des Inhaltes des Parteivorträge im einzelnen wird auf die gewechselten Schriftsätze verwiesen. Die Akte 15 O 175/96 LG Bochum war beigezogen. 29

Entscheidungsgründe 30

Die Berufung der Klägerin ist teilweise begründet. 31

Auf Grund ihres Anerkenntnisses schuldet die Beklagte der Klägerin Ersatz für alle Schäden, die der Klägerin aus der Markenverletzung durch die Beklagte entstanden sind. Zu den erstattungsfähigen Schäden gehören auch die notwendigen Rechtsverfolgungskosten, also die Kosten, die der Geschädigte an seinen Rechtsanwalt zahlen muß, den er mit der Verfolgung seiner Ansprüche beauftragt hat. Dabei kann die Klägerin hier auch die Zahlung des Erstattungsbetrages unmittelbar an sich verlangen, § 250 BGB, ohne daß es darauf ankäme, ob sie diese Kosten ihrerseits bereits an ihren Rechtsanwalt gezahlt hat. Denn die Beklagte hat die Erfüllung dieser Kostenforderung verweigert, so daß es der Fristsetzung nach § 250 BGB nicht bedarf, um statt der Befreiung von der Verbindlichkeit gegenüber dem Rechtsanwalt unmittelbar auf Zahlung der Rechtsanwaltskosten an sich selbst zu klagen (Palandt, BGB, 59. Aufl. vor § 249 Rz. 46). 32

Die von der Klägerin erstattet verlangte Besprechungsgebühr nach § 118 Abs. 1 Ziffer 2 BRAGO ist hier dem Grunde nach durch das Telefonat vom 19. Dezember 1996 zwischen dem Rechtsanwalt Dr. T und dem Angestellten C entstanden. Denn dazu reicht auch eine fernmündliche Verhandlung mit dem Gegner aus, die über eine bloße Nachfrage hinausgeht (Göttlich/Mümmeler, BRAGO, Stichwort: Sonstige Angelegenheiten Seite 1346 ff.; Riedel, BRAGO § 118 Rz. 38; OLG Koblenz NJW-RR 1996, 182). Diese Gebühr kann auch nicht mit anderen Gebühren verrechnet werden (Riedel a.a.O. § 118 Rz. 64). 33

Von einer solchen Verhandlung im Sinne des § 118 Abs. 1 Ziffer 2 BRAGO ist hier auszugehen. Die Klägerin hat den Inhalt des Telefonates detailliert geschildert. Diese Schilderung wird durch das Schreiben der Klägerin vom 20. Dezember 1996 an die Beklagte, in der auf das Telefonat Bezug genommen wird, bestätigt. 34

Demgegenüber ist das Bestreiten der Beklagten hinsichtlich des von der Klägerin geschilderten Inhaltes des Telefonates nicht hinreichend substantiiert. Mit Nichtwissen kann die Beklagte den Gesprächsinhalt ohnehin nicht bestreiten, weil es sich um ihre eigene Angelegenheit handelt, § 138 ZPO. Wenn die Beklagte die Zusagen des Zeugen C bestreitet, so ist dies unerheblich. Denn es geht nicht darum, ob die von der Klägerin geschilderten Auskunftsabsichten der Beklagten tatsächlich zugesagt worden sind, sondern nur darum, ob über diese Dinge geredet worden ist. Dieser Umstand wird auch von der Beklagten nicht ausdrücklich in Abrede gestellt, wenn sie einräumt, daß sich das Telefonat auf das Schreiben vom 18. Dezember 1996 bezogen habe, in dem die Beklagte der Klägerin eine Teilauskunft über Herkunft und Menge der falsch gekennzeichneten Waren gegeben hat. Wenn der Zeuge Dr. T die in diesem Schreiben erteilte Auskunft für ausreichend erachtet hätte, hätte er keinen Grund gehabt, erneut wegen der zu erteilenden Auskunft anzurufen. Insgesamt ist der Vortrag der Beklagten zum Inhalt des Telefonates so unklar, daß der Vortrag der Klägerin hierzu nach § 138 ZPO als unbestritten anzusehen ist. 35

Allerdings ist diese Schilderung der Klägerin hinsichtlich des Inhaltes des Telefonates, was das Entstehen der Besprechungsgebühr nach § 118 Abs. 1 Ziffer 2 BRAGO angeht, nur insoweit als schlüssig anzusehen, als es um die von der Klägerin erwartete Auskunft ging. 36

Nur insoweit hat auch nach der Schilderung des Telefonates durch die Klägerin eine Besprechung im Sinne des § 118 Abs. 1 Ziffer 2 BRAGO stattgefunden, als es nämlich um die Abklärung des Umfangs der noch zu erteilenden Auskunft ging. Was die Abschlußerklärung und die Schadensersatzverpflichtung angeht, liegt lediglich eine erneute Anmahnung durch die Klägerin vor, die noch keine Besprechungsgebühr auslöst.

Für die Höhe der Besprechungsgebühr kann deshalb nur der Wert zugrundegelegt werden, der für die erwartete Auskunft anzusetzen ist. Der Senat geht dabei von einem Gegenstandswert von 30.000,00 DM aus, wie ihn auch die Beklagte als maximalen Gegenstandswert angesetzt hat (vgl. Schriftsatz vom 26. Mai 2000, Blatt 144 der Akten). 37

Gerechtfertigt ist dabei nur eine Mittelgebühr, weil es sich um einen einfachen Fall einer Produktpiraterie handelt, die auch vom Produktvolumen her nicht besonders bedeutsam gewesen ist. Soweit die Klägerin in ihrer Kostenberechnung (vgl. Schriftsatz vom 12. Mai 2000, Blatt 141 der Akten) Mehrwertsteuer in Ansatz gebracht hat, ist dies ebenfalls nicht berechtigt, wie der Klägervertreter in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vom 19. Oktober 2000 eingeräumt hat, da es sich bei der Klägerin um ein gewerbliches Unternehmen handelt. Dementsprechend ist im Kostenfestsetzungsbeschluß des Landgerichts vom 30. September 1999 hinsichtlich der erstinstanzlichen Kosten auf seiten der Klägerin keine Mehrwertsteuer in Ansatz gebracht worden. 38

Geht man bei der Berechnung der Besprechungsgebühr mithin von einem Gegenstandswert von 30.000,00 DM unter Ansatz einer 7,5/10 Gebühr aus, ergibt sich der im Urteil zugesprochene Erstattungsbetrag. 39

Hinsichtlich des darüber hinausgehenden Betrages ist die Klage unbegründet. 40

Zu Unrecht wendet sich die Klägerin dagegen, daß das Landgericht ihr gemäß § 93 ZPO die auf den anerkannten Teil der Klage entfallenden Kosten auferlegt hat. 41

Zwar ist die Berufung auch insoweit das zulässige Rechtsmittel, weil im Falle einer gemischten Kostenentscheidung auch der auf § 93 ZPO beruhende Teil der Kostenentscheidung entgegen § 99 Abs. 2 ZPO mit der Berufung angefochten werden kann, wenn der Kläger mit der Berufung zugleich auch den streitigen Teil des Urteils angreift (Pastor/Ahrens, Der Wettbewerbsprozeß, 4. Aufl., Kapitel 57 Rz. 1 m.w.N.). 42

Die Berufung ist aber insoweit unbegründet, weil das Landgericht zu Recht einen Fall fehlender Klageveranlassung angenommen hat. Dabei ist hinsichtlich der einzelnen von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche zu differenzieren, weil die Klägerin in dem vorprozessualen Schriftwechsel der Parteien diese Ansprüche mit unterschiedlicher Intensität verfolgt hat. 43

Was den Unterlassungsanspruch betrifft, so ist die Abmahnung vom 5. November 1996 durch das anschließende Verfügungsverfahren zunächst verbraucht worden. Allerdings hat die Klägerin am 16. Dezember 1996 das erforderliche Abschlußschreiben (vgl. Pastor/Ahrens, a.a.O., Kapitel 62 Rz. 36) geschickt, so daß damit zunächst einmal wieder Klageveranlassung gegeben war, nachdem die Beklagte diesem Abschlußschreiben zunächst nicht nachgekommen ist. Mit Schreiben vom 20. Dezember 1996 hat die Klägerin die Abschlußerklärung sogar noch einmal angefordert. Die dann abgegebene Abschlußerklärung vom 14. Januar 1997 stellte die Klägerin schon wegen der unklaren Vertretungsverhältnisse nicht klaglos. Wenn die Klägerin dann mit Schreiben vom 5. Februar 1997 noch einmal nachgefaßt hat, hat sie zunächst einmal genug getan, um ob der 44

weigerlichen Haltung der Beklagten Veranlassung zur Klage zu haben.

Die Klägerin hat dann aber vom 5. Februar 1997 bis zum 7. Juni 1999 zugewartet, bis sie Klage erhoben hat. Angesichts dieses langen Zeitraumes war die Klageveranlassung aber, wie das Landgericht zu Recht angenommen hat, „verbraucht“. Der Klägerin war in dieser Situation zuzumuten, erneut nachzufassen, wie wenn sonstige Unklarheiten dahin bestehen, ob sich der Schuldner nicht doch freiwillig unterwerfen will. Die lange Untätigkeit der Klägerin seit dem 5. Februar 1997 erweckte den Eindruck, als gäbe sie sich im Ergebnis doch mit der abgegebenen Abschlusserklärung trotz der unklaren Vertretungsverhältnisse zufrieden. Wenn dies tatsächlich nicht der Fall war, hätte die Klägerin dies gegenüber der Beklagten erneut zum Ausdruck bringen müssen. So hat die Klägerin die Beklagte gewissermaßen aus „heiterem Himmel“ mit einer Klage überzogen, die eben den Kostennachteil des § 93 ZPO nach sich zieht, wenn die Beklagte, wie hier geschehen, sofort anerkennt.

Was den Auskunftsanspruch angeht, so geht aus der vorliegenden Abmahnung vom 5. November 1996 nicht hervor, daß auch dieser Anspruch zunächst abgemahnt worden ist.

Die Beschlußverfügung vom 21. November 1996 hat dann eine Auskunftspflicht der Beklagten statuiert, die hinter der mit der Klage begehrten Auskunft zurückbleibt. Mit der Klage wird eine Gewinnauskunft unter Einbeziehung der Einkaufs- und Verkaufspreise verlangt, während die Beschlußverfügung nur eine Auskunft über den Weg der Ware und deren Menge der Beklagten auferlegte. Auch im Abschlußschreiben vom 16. Dezember 1996 ist nur eine Auskunft entsprechend der Beschlußverfügung begehrt worden.

Erst mit Schreiben vom 20. Dezember 1996 ist nach den Ein- und Verkaufspreisen gefragt worden. Im Schreiben vom 5. Februar 1997 ist die Klägerin auf die Preisauskunft nicht mehr zurückgekommen. Dann kann aber schon unabhängig von der verstrichenen Zeit keine Veranlassung zur Klage hinsichtlich des Auskunftsanspruchs angenommen werden, zumal die Klägerin in ihrem Schreiben vom 20. Dezember 1996 die offenen Ansprüche, also auch den Auskunftsanspruch, noch gütlich regeln wollte, so daß dieses Schreiben noch nicht einmal als Abmahnung wegen der Preisauskunft gewertet werden kann und es damit an einer Abmahnung hinsichtlich der Preisauskunft überhaupt fehlt, bevor die Klägerin ihren Auskunftsanspruch klageweise geltend gemacht hat.

Auch zu dem Anspruch auf Schadensersatz ist in der Abmahnung vom 5. November 1996 noch nichts gesagt worden.

Die Beschlußverfügung verhält sich ihrer Natur nach über solche Ansprüche ebenfalls nicht.

Erstmals im Abschlußschreiben vom 16. Dezember 1996 ist beiläufig ein Schadensersatzanerkennnis dem Grunde nach verlangt worden, allerdings unter Fristsetzung mit Klageandrohung, so daß damit Klageveranlassung zunächst einmal gegeben war.

Im Schreiben vom 20. Dezember 1996 ist die Klägerin ausdrücklich auf den Schadensersatzanspruch nicht zurückgekommen. Es ist im Gegenteil, wie erwähnt, eine gütliche Regelung der noch offenen Ansprüche in Aussicht gestellt worden. Auch im Schreiben vom 5. Februar 1997 ist die Klägerin auf den Schadensersatzanspruch nicht zurückgekommen.

Damit haben auch hier die Ereignisse die Abmahnung wegen des Schadensersatzanspruches im Abschlußschreiben überholt, so daß die Klägerin die Beklagte

auch insoweit erneut hätte abmahnen müssen, wenn sie nach Jahr und Tag auf ihren Schadensersatzanspruch zurückkommen wollte.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92, 97 Abs. 1 ZPO. Die Kosten der ersten Instanz muß die Klägerin ganz tragen, weil das Unterliegen der Beklagten im Ergebnis als geringfügig anzusehen ist, nämlich nur in dem der Klägerin zugesprochenen Betrag der Besprechungsgebühr liegt, während die Klägerin hinsichtlich des gesamten restlichen Teiles der Klage die Kosten zu tragen hat, und zwar hinsichtlich des anerkannten Teiles nach § 93 ZPO und im übrigen hinsichtlich des abgewiesenen Teils der Besprechungsgebühr als unterlegene Partei. 54

Hinsichtlich der Kosten der zweiten Instanz ist die Beklagte mit einem geringfügigen Teil an den entstandenen Kosten zu beteiligen, weil insoweit ihr teilweises Unterliegen nicht unberücksichtigt bleiben kann. Hinsichtlich des anerkannten Komplexes war nämlich lediglich noch der darauf entfallende Kostenanteil in das Verhältnis des gegenseitigen Obsiegens und Unterliegens einzubeziehen. 55

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 710 ZPO. 56