
Datum: 22.07.2016
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 182/11
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2016:0722.6U182.11.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 33 O 30/11

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird unter Zurückweisung ihres weitergehenden Rechtsmittels das am 26. Juli 2011 verkündete Urteil der 33. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 33 O 30/11 – teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

I. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 18.154,22 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 22.12.2010 zu zahlen.

II. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

III. Die Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen trägt die Klägerin.

IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Beiden Parteien wird nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 Prozent des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 Prozent des zu vollstreckenden Betrages leistet.

V. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

1

2

- Die Klägerin produzierte und vertrieb unter der Bezeichnung „Fernsehfee“ ein zum Anschluss an Fernseh- oder Videogeräte bestimmtes Gerät, welches unter anderem über eine Funktion verfügte, die es ermöglichte, Werbung aus dem laufenden Programm der Sender auszuschalten. Die Fernsehfee wurde am 26.1.1999 erstmals vorgestellt. 3
- Die Beklagte betreibt einen privaten Fernsehsender. 4
- Die Parteien stritten in der Vergangenheit über die rechtliche Zulässigkeit des Werbeblockers. In dem Zeitraum vom 24.3.1999 bis zum 21.10.1999 war der Klägerin der Vertrieb der „Fernsehfee“ aufgrund einer durch Urteil des Landgerichts Berlin bestätigten einstweiligen Verfügung, die nachfolgend vom Kammergericht aufgehoben worden ist, untersagt. Mit Urteil vom 8.3.2003 – 33 O 34/02 – hat das Landgericht Köln festgestellt, „dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtlichen Schaden zu ersetzen, der ihr entstanden ist und künftig entstehen wird aufgrund der seitens der Beklagten in der Zeit vom 24.3.1999 bis zum 21.10.1999 veranlassten Vollziehung der einstweiligen Verfügung des Landgerichts Berlin vom 11.3.1999 –Az. 15 O 130/99“. 5
- Die Fernsehfee wurde seit dem 24.3.1999 nicht mehr vertrieben. Für 1999 ergab sich ein Umsatzerlös von 150.656,31 DM, was bei einem Bruttoerlös (Abgabepreis an Handel) von 240 DM/Gerät, von dem die Klägerin ausgeht, für den Zeitraum des tatsächlichen Vertriebs vom 26.1.1999 bis 24.3.1999 gerundet 628 verkaufte Geräte ergibt. Mit der vorliegenden Klage hat die Klägerin einen bezifferten Schadensersatz in Höhe von rund 1 Mio. € für die Zeit von März 1999 bis Oktober 1999 geltend gemacht. 6
- Die Klägerin hat behauptet, dass sie in der Zeit nach dem 24.3.1999 ausgehend vom Gutachten des Dipl.-Ing. M jun. etwa 1,7 Mio. Geräte abgesetzt hätte. Unter Berücksichtigung eines langsamen Zuwachses im Anfangszeitraum gehe sie davon aus, dass sie rund. 6.500 Endgeräte pro Monat hätte absetzen können. Bei einem Nettoerlös von 40 DM/Gerät ergebe sich die geltend gemachte Schadensersatzforderung in Höhe von 1.068.487 €. 7
- Die Beklagte hat behauptet, dass es der Klägerin unbenommen geblieben sei, die Fernsehfee ohne Werbeblockfunktion – wie bis dahin auch – zu vertreiben bzw. aus den Werbeblockfunktionen den Sender der Beklagten herauszunehmen. Das Gerät sei zudem nicht funktionstauglich gewesen und es hätte ohnehin der Vertrieb eingestellt werden müssen, da Radiosender, von deren Übertragung von RDS-Signalen das Gerät abhing, die Verträge mit der Klägerin zum Mai/Juni 1999 gekündigt hätten. 8
- Mit Urteil vom 26.7.2011, auf das wegen der weiteren tatsächlichen Feststellungen verwiesen wird, hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Auch wenn dem Gläubiger die Beweiserleichterungen gem. § 252 BGB und § 287 ZPO zu Gute kämen, sei vorliegend nicht zur Überzeugung des Gerichts eine deutliche überwiegende, auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit eines bestimmten Schadensverlaufs zu bejahen. Es fehle an konkreten Anhaltspunkten für eine Schadensschätzung. Dem Gutachten aus 1997 hätten nur die auf ihre Schlüssigkeit – nicht aber auf ihre Realisierbarkeit geprüften - Gewinnerwartungen der Klägerin zugrunde gelegen. Auch einen Mindestschadensersatz gemessen an 1000 Stück/Monat hat das Landgericht nicht zugesprochen mit dem Argument, dass sich die Klägerin diesen Vortrag nicht hilfsweise zu eigen gemacht habe und unstreitig das Vertriebskonzept der Klägerin angesichts der knappen Finanzausstattung auf die Refinanzierung durch den Erstvertrieb angewiesen war, der mit unter 1000 Geräten in den ersten Monaten weit hinter den eigenen Erwartungen zurückblieb, so dass völlig offen geblieben sei, ob überhaupt weitere Vertriebsaktivitäten möglich gewesen seien. 9

Mit ihrer Berufung verfolgt die Klägerin ihren Schadensersatzanspruch weiter. Sie ist der Ansicht, dass das Landgericht ihrem Beweisangebot hätte nachgehen müssen, soweit es das Privatgutachten nicht als ausreichend erachtet habe. Soweit das Landgericht bereits der Auffassung war, dass es an einer hinreichenden Substantiierung fehle, habe das Landgericht einen entsprechenden Hinweis erteilen müssen. Da im Termin zur mündlichen Verhandlung die Schätzung des Schadens angekündigt worden sei, stelle das klageabweisende Urteil ein Überraschungsurteil dar. Die Einwendungen gegen das Privatgutachten seien auch unzutreffend, weil die Wertermittlung eines Patents auf demselben Weg erreicht werde wie die Schadensberechnung. Soweit der Privatgutachter selbst davon spreche, dass die Werte risikobehaftet seien, beziehe sich dies nur darauf, dass mangels anderer vergleichbarer Produkte keine vergleichbaren Zahlen vorgelegen hätten, auf die man hätte zurückgreifen können.

Die Klägerin beantragt, 11

die Beklagte zu verurteilen, an sie 1.063.487,-- € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 22.12.2010 zu zahlen. 12

Die Beklagte beantragt, 13

die Klage abzuweisen. 14

Sie wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen. 15

Das Gericht hat Beweis erhoben durch Einholung eines Sachverständigengutachtens sowie durch eine Sachverständigenanhörung. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Stellungnahmen des Sachverständigen vom 10.12.2014 (Bl. 792 ff. d.A.), vom 18.5.2015 (Bl. 843 ff. d.A.) sowie das Protokoll der Sachverständigenanhörung vom 1.6.2016 (Bl. 897 ff. d.A.) Bezug genommen. Die Stellungnahmen der Parteien vom 13.6.2016 sowie vom 24.6.2016 lagen vor. 16

II. 17

Die zulässige Berufung ist nur teilweise begründet. Sie bleibt in der Sache weitgehend ohne Erfolg. 18

1. Der Klägerin steht auf der Grundlage des rechtskräftigen Feststellungsurteils des Landgerichts Köln vom 8.3.2003 ein Schadensersatzanspruch auf Zahlung von 35.506,56 DM (= 18.154,22 €) zu. Erweist sich die Anordnung einer einstweiligen Verfügung als von Anfang an ungerechtfertigt, so ist die Partei, welche die Anordnung erwirkt hat, verpflichtet, dem Gegner den Schaden zu ersetzen, der ihm aus der Vollziehung der angeordneten Maßnahme oder dadurch entsteht, dass er Sicherheit leistet, um die Vollziehung abzuwenden oder die Aufhebung der Maßregel zu erwirken, § 945 ZPO. Nicht zu den Vollziehungsschäden gehören in der Regel die durch die Anordnung der einstweiligen Verfügung entstandenen Schäden, beispielsweise durch Bekanntwerden der Maßnahme entstandener Schaden (vgl. Zöller, ZPIO, 31. Aufl. § 945 Rn. 14a m.w.N.). Keine Vollziehungsschäden sind auch Vermögensnachteile, die unabhängig vom Vollzug der einstweiligen Verfügung eingetreten wären (Zöller, a.a.O. § 945 Rn. 14b, m.w.N.). Der Senat geht davon aus, dass der Klägerin aufgrund der seitens der Beklagten veranlassten Vollziehung der einstweiligen Verfügung des Landgerichts Berlin vom 11.3.1999 – 15 O 130/09 – ein Mindestschaden in Form des entgangenen Gewinns gem. § 252 BGB in Höhe von 35.506,56 DM entstanden ist. 19

a. Nach den schriftlichen und mündlichen Stellungnahmen des Sachverständigen K steht zur Überzeugung des Senats fest, dass sich ein entgangener Gewinn aus den seitens der Klägerin zur Verfügung gestellten Unterlagen und Erläuterungen nicht berechnen lässt. 20

Vorgelegt wurden u.a. der Kaufvertrag mit der U GmbH & Co. KG nebst den Anlagen „zu bestellende Bauteile“, „Bewertung Lagerbestand“, „Inventur“, eine Liste mit „Stückpreisen Bauteile pro Box“ sowie eine „Preisliste“. Auf die Aufforderung des Sachverständigen, weitere Unterlagen und Informationen zur Verfügung zu stellen, wurde mitgeteilt, dass detaillierte Listen über Materialkosten bereits vorgelegt seien. Von der Vorlage von Rechnungen habe man bisher abgesehen, weil diese schon von Wirtschaftsprüfern geprüft worden seien. Eine Darlegung inklusive Nachweises des tatsächlichen Produktionszeitraums der Fernsehfee und über die monatliche Produktionsmenge sei nicht möglich, weil keine Produktion stattgefunden habe. Es seien nur Lagerbestände genutzt worden. Monatsabschlüsse seien nicht vorgenommen worden. Im Übrigen lägen die geforderten Unterlagen entweder schon vor oder seien nicht vorhanden bzw. deren Vorlage auch nicht erforderlich. Der Sachverständige hat daraufhin zunächst schriftlich Stellung genommen und ausgeführt, dass bei Vorräten nach dem sog. Niederwerttest vorzugehen sei. Es hätte vorliegend danach auf den Beschaffungsmarkt und damit auf die Wiederbeschaffungskosten und nicht auf einen Wiederverkaufswert, wie es die Klägerin getan habe, abgestellt werden dürfen. Die Vorlage von Unterlagen sei nicht entbehrlich gewesen, weil Wirtschaftsprüfer nur stichprobenartig Überprüfungen vornehmen würden. Zu den Herstellungskosten seien die Tabellen nicht selbsterklärend und auch nicht brauchbar. In dem Datei-Ordner Bauteilpreise gebe es drei unterschiedliche Excel-Dateien, die alle Einzelstücklisten der i-box enthielten, die aber voneinander abwichen. Mitarbeiterzeiten und –kosten seien dargelegt, aber nicht bestimmten Produktionsschritten zugeordnet. Auch in der Anhörung hat der Sachverständige sich - trotz nachgereichter Unterlagen - nicht der Lage gesehen, aufgrund der vorliegenden Unterlagen eine konkrete Gewinnermittlung vorzunehmen. Er hat insbesondere darauf verwiesen, dass der Bestand an fertigen Produkten nicht habe nachvollzogen werden können, weil sich Abweichungen zwischen dem Zählbestand und bewerteter Inventurliste ergeben hätten. Er hat zudem erneut auf die Problematik hinsichtlich der Personalkosten und deren Zuordnung verwiesen. Soweit der Sachverständige auf die Business-Pläne hingewiesen wurde, hat er erläutert, dass es sich bei Business-Plänen um künftige Planzahlen handelt, die sozusagen die Zukunft des Unternehmens prognostizieren und auf Scaling-Effekten und anderen Parametern beruhen. Für die Frage, welcher Gewinn in einem bestimmten Zeitraum in der Vergangenheit erzielt worden ist, stellten solche prognostischen Unterlagen keine geeignete Grundlage dar. 21

Es wäre Sache der Klägerin gewesen, als den Ersatz entgangenen Gewinns begehrende Gläubigerin, die Umstände darzulegen und zu beweisen, aus denen sich nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge oder den besonderen Umständen des Falles die Wahrscheinlichkeit des Gewinneintritts ergibt (vgl. BGH NJW 2002, 2553). Dies ist ihr nach den nachvollziehbaren Ausführungen des Sachverständigen nicht gelungen. Es fehlte dem Sachverständigen bereits an einer nachvollziehbaren Darstellung, welche Kosten welchen Produktionsschritten zuzuordnen sind. Auch konnte nicht nachvollzogen werden, welchen Wert der übernommene Bestand hatte. Auch wurde dem Sachverständigen nicht näher erläutert, dass verschiedene Vertriebswege gewählt worden sind und daher uneinheitliche Abgabepreise anzusetzen waren. Ob die Excel-Tabellen mit den Abgabepreisen valide sind, konnte vom Sachverständigen nicht überprüft werden. Auch insoweit wäre es Sache der Klägerin gewesen, zum einen den bei Erwerb der „Fernsehfee“ vorhandenen Bestand an fertigen und halbfertigen Produkten und deren Wert darzulegen und zu belegen. Auch hätte es näheren Vortrags dazu bedurft, welche Arten von Werbemaßnahmen sie wann eingeleitet 22

bzw. geplant hatte und welche Werbeaufwendungen sie tatsächlich getätigt hat und noch getätigt hätte. Der Sachverständige hat ausgeführt, dass die zur Verfügung gestellten Unterlagen eine nicht selbst erklärende Ansammlung von diversen Tabellen, Aufstellungen und Kopien von Geschäftsbriefen darstellten und auch anhand der nachträglich eingereichten Unterlagen nicht ausreichten, um als Basis einer Entscheidungsfindung zur Höhe der Gewinnmarge zu dienen.

Dem Einwand der Klägerin, dass alle Daten zur Verfügung standen und es Sache des Sachverständigen gewesen wäre, die entsprechenden Daten selbst zuzuordnen bzw. sich die Datengrundlagen in Zusammenarbeit mit der Klägerin zu erarbeiten, kann nicht gefolgt werden. Es war zunächst allein Sache der Klägerin, die Kosten und Erlöse so aufzustellen, dass sie selbsterklärend sind und dem Sachverständigen einen Überblick zum einen über die bei den Produktion- bzw. Vertriebsschritten anfallenden Kosten und zum anderen über die auf den verschiedenen Vertriebswegen zu erzielenden Erlöse bezogen auf ein Gerät zu verschaffen. 23

b. Soweit der Sachverständige K in seiner letzten Stellungnahme sowie bei seiner Anhörung die Ansicht vertreten hat, dass sicherlich ein Gewinn mit der „Fernsehfee“ erzielt worden wäre und eine Schadensschätzung vornimmt, tat er dies ausdrücklich unter Außerachtlassung von Investitionskosten und mangels besserer Erkenntnis und Vorlage tatsächlicher Berechnungen anhand der im Gutachten M Jr. unterstellten Annahmen. Er berechnet eine Spanne von 35.506,56 DM bis 126.776,24 DM für den Zeitraum vom 24.3.1999 bis 31.5.1999 unter Zugrundelegung eines Absatzes von 90 Stück/Woche, was einem durchschnittlichen Gewinn von 71.775,32 DM entspricht. Obwohl Investitionskosten außer Acht gelassen worden sind, hielt es der Sachverständige K auf Grundlage des Privatgutachtens des Dipl.-Ing. M Jr. vom 16.12.1997 für vertretbar, für die variablen Vertriebskosten DM 7,20/Stück zugrunde zu legen. Die Fertigungskosten wurden mit 20 DM angesetzt und für sonstige fixe Kosten wurden 15% vom Deckungsbeitrag (Verkaufspreis abzgl. Material- und Vertriebskosten) berücksichtigt. Für die Ermittlung der Materialkosten wurden die unterschiedlichen Excel-Tabellen berücksichtigt bzw. bei der Tabelle „Lager“ die Herstellungskosten, welche sich aus der Bewertung der Inventur zum 31.12.1999 für eine fertig verpackte i-Box ergab angesetzt und keine Fertigungskosten, sondern nur Vertriebs- sowie sonstige fixe Kosten berücksichtigt. Der Sachverständige K hat ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Schätzung nicht im luftleeren Raum erfolge, sondern auf Basis der von der Klägerin angegebenen Zahlen bewertet sei. 24

Es ist mit dem Sachverständigen davon auszugehen, dass die Klägerin aufgrund des günstigen Erwerbs von 2000 fertigen i-Boxen und dem Direktvertrieb einerseits und trotz des niedrigen Abgabepreises gegenüber Fachhändlern wie „D“ andererseits, jedenfalls in der Anfangszeit, die vorliegend überhaupt zu berücksichtigen ist, einen Gewinn mit ihren Geräten erzielt hätte. Die Zahlen, die der Sachverständige zugrunde gelegt hat und die dem Grunde nach auf den Annahmen des Privatgutachters beruhen, basieren – aus seiner Sicht – auf einer vertretbaren Schätzungsgrundlage. 25

Es bestehen auch aus Sicht des Senats keine Bedenken hinsichtlich einer Schätzung eines Mindestschadens nach § 287 ZPO, auch wenn die Zahlen der Klägerin nicht anhand von Rechnungen im Einzelnen geprüft worden sind. Die Zahlen, die der Schätzung des Sachverständigen K zugrunde gelegt worden sind, stimmen im Wesentlichen mit den Annahmen des Privatgutachtens überein. Die Zahlen, die im Privatgutachten angesetzt worden sind, hat der Sachverständige K jedenfalls als für eine Schätzung ausreichend erachtet. Anhand der verschiedenen Listen, die unterschiedliche Abgabepreise bzw. 26

Materialkosten ergaben, hat der Sachverständige K unterschiedliche Schätzungsbeträge errechnet. Da jedoch letztlich unklar ist, zu welchen Anteilen die Abgabepreise bzw. Materialkosten gemäß den verschiedenen Listen verlangt worden wären und wie sich die einzelnen Listen zueinander verhalten, erscheint eine Schätzung entlang den Angaben der Klägerin sachgerechter als der Mittelwert aller Schätzungsvarianten.

Gemessen an den Annahmen, die die Klägerin selbst ihrer Klageforderung zugrunde gelegt hat, ergibt sich für den Zeitraum vom 24.3.-31.5.1999 ein geschätzter Mindestschaden von 35.506,56 DM bei unterstellten 90 Stück/Woche. Dass die Berechnungsweise der Klägerin eine zulässige Grundlage für eine Schätzung darstellt, ergibt sich aus dem Gutachten des Sachverständigen K, der den weiteren Schätzwerten die Annahmen entlang dem Privatgutachten zugrunde gelegt hat. Da sich die Klägerin selbst hinsichtlich der Berechnung der Klageforderung auf das Privatgutachten stützt und diese Berechnung vom Sachverständigen als eine von mehreren zulässigen Schätzungsgrundlagen angesehen wurde, lässt sich anhand der von der Klägerin selbst gewählten Berechnungsgrundlage der Betrag von 35.506,56 DM = 18.154,22 € als Gewinn für den Verkauf von 874 „Fernsehfee“-Geräten in der Zeit bis zum 31.5.1999 schätzen.

27

c. Als Anhaltspunkt für die Absatzmenge konnten der Schätzung weder die im Privatgutachten angesetzten Zahlen noch die angekündigten 1000 Stück zugrunde gelegt werden. Das Privatgutachten stellt eine Prognose über den Wert eines Patents dar und befasst sich nicht mit der Ermittlung eines konkreten Gewinns bzw. den verkauften Geräten für eine bestimmte Zeit. Dafür, dass in der hier maßgeblichen Zeit 6500 Stück pro Monat vertrieben worden wären, fehlt jeder Anknüpfungspunkt. Die 1000 Stück, auf die die Klägerin selbst ihren Vertrieb zunächst beschränkt hatte, können der Schätzung ebenso wenig zugrunde gelegt werden. Zum einen hat die Klägerin behauptet, dass diese ohnehin nur als Vergleichsangebot zu verstehen gewesen seien und zum anderen sprechen die tatsächlichen Verkaufszahlen gegen eine Übernahme dieser willkürlich festgesetzten Zahl. Trotz der Neueinführung und Vorstellung des Geräts konnten in den ersten 1 ½ Monaten lediglich 628 Geräte verkauft werden. Wenn aber unmittelbar nach der Markteinführung, die mit der Vorstellung des Geräts besonders werbewirksam ist, die Klägerin ihr (sei es von vornherein bestimmtes oder als Vergleich angedachtes) eigenes Ziel von 1000 Stück/Monat nicht erreicht, erscheint es nicht wahrscheinlich, dass in den nächsten Monaten eine Steigerung der Verkaufszahlen erreicht worden wäre. Anders wäre dies gegebenenfalls für den Fall, dass weitere und intensivere Werbemaßnahmen in der Zeit bis Juli 1999 vorgesehen waren, die den Kaufanreiz dann möglicherweise weiter erhöht hätten. Dass solche Werbemaßnahmen geplant und ohne die Vollziehung der einstweiligen Verfügung durchgeführt worden wären, ist jedoch weder hinreichend vorgetragen noch sonst ersichtlich.

28

d. Ein weitergehender Schaden lässt sich nicht feststellen. Insbesondere war der Schadensersatz nur für die Zeit vom 24.3.1999 bis 31.5.1999 zu gewähren.

29

aa. Spätestens ab Juni 1999 stand der Klägerin unstreitig kein flächendeckendes Radiodaten-System-Netz (RDS-Netz) mehr zur Verfügung, welches für den Betrieb der „Fernsehfee“ erforderlich war. Dieses Netz war der Klägerin auf Grund abgeschlossener Verträge weitgehend flächendeckend von Deutschlandfunk und Deutschlandradio sowie in den ländlichen Gebieten in Rheinland-Pfalz, Bayern und Baden Württemberg von den privaten Radiosendern Radio RPR, Antenne Bayern und Hit-Radio Antenne 1 zur Verfügung gestellt worden. Die Hauptsender haben die Datenübertragung unstreitig Ende Mai 1999 eingestellt. Soweit die Klägerin behauptet hat, dass sie ab Juni 1999 technisch in der Lage gewesen sei, ihren Werblocker mit einer über das Internet zu steuernden Technologie zu

30

bestücken und nicht auf das RDS-Netz angewiesen gewesen sei, handelt es sich um ein neues Vorbringen, mit dem die Klägerin nach den §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ZPO - ungeachtet der fehlenden Entscheidungsrelevanz für das Landgericht - ausgeschlossen ist. Denn die Beklagte hatte schon in ihrer Klageerwidderung ausgeführt, dass die Klägerin wegen des Wegfalls des RDS-Netzes im Frühjahr 1999 ihr Werbeblockersystem nicht habe fortsetzen können. Damit gehörte dieser Gesichtspunkt zum erstinstanzlichen Streitstoff und für eine umsichtige Partei hätte es auf der Hand gelegen, als Reaktion hierauf schon in erster Instanz zur Alternativtechnologie vorzutragen. Im Übrigen steht ihr Vorbringen ohnehin in Widerspruch zu ihrem sonstigen Vorbringen. So hat die Klägerin in der Klageschrift angeführt, dass sie 2001 mangels alternativen Sendernetzes nicht in der Lage gewesen sei, ihren Werbeblocker zu betreiben. Gegen eine schon im Jahr 1999 verfügbare Alternativtechnologie spricht auch, dass der Vorstandsvorsitzende der Klägerin nach einem Bericht des Fachmagazins „Infosat“ vom 1.7.1999 in einem Interview erklärt hat, die Kündigungen der Radiosender trafen die Klägerin, man arbeite aber an einer neuen Technologie. Ausweislich des Berichts über die Hauptversammlung der Klägerin wurde vom Vorstand noch Mitte des Jahres 2002 erklärt, dass das Internet als Sender nutzende Nachfolgeprodukt zur „Fernsehfee“ erst zu 80% fertig gestellt sei.

Demzufolge ist davon auszugehen, dass der Klägerin spätestens ab Juni 1999 nicht mehr flächendeckend die technischen Voraussetzungen für den Betrieb des Werbeblockersystems „Fernsehfee“ zur Verfügung standen. Das möglicherweise einige kleinere Sender noch bis Ende Juni 1999 weitersendeten, ändert nichts daran, dass das System der Klägerin mangels flächendeckenden Netzes nicht mehr verkäuflich war. 31

bb. Ob die Radiosender die Verträge gekündigt haben, weil der Klägerin durch die einstweilige Verfügung des Landgerichts Berlin der Vertrieb untersagt worden ist oder weil die Klägerin die Radiosender nicht über die zusätzliche Werbeblockerfunktion der „Fernsehfee“ unterrichtet hatte, spielt vorliegend keine Rolle. Denn ein Schadensersatzanspruch aus § 945 ZPO setzt eine durch die begonnene Vollziehung erlittene Vermögenseinbuße voraus (vgl. BGH NJW 1990, 122, 124). Demgegenüber sind durch den schlichten Erlass der einstweiligen Verfügung entstandene Schäden, die sog. Anordnungsschäden, nicht von § 945 ZPO erfasst (Zöller/Vollkommer, ZPO, 31. Aufl. § 945 Rn. 14a). Nicht ersatzfähig sind daher Vermögenseinbußen, die darauf beruhen, dass ein Vertragspartner wegen einer ergangenen einstweiligen Verfügung vom Vertrag Abstand nimmt, da das Scheitern des Vertrags nicht auf dem Vollzug der Eilmaßnahme, sondern auf einer eigenständigen Entschließung des Vertragspartners beruht (vgl. OLG Saarbrücken, NJW-RR 1998, 1039). Die durch die Kündigung der Verträge durch die Radiosender entstandene Vermögenseinbuße beruht, selbst wenn man den Vortrag der Klägerin unterstellt, nicht auf der Vollziehung, sondern bereits auf der Anordnung der einstweiligen Verfügung des Landgerichts Berlin. 32

2. Soweit die Beklagte behauptet, dass gar kein Gewinn erzielt worden wäre, weil die Geräte von vornherein nicht funktionstauglich waren, kann dem nicht gefolgt werden. Die Beklagte hat zwar einen negativen Testbericht der „Stiftung Warentest“ vorgelegt. Dieser Test ist jedoch erst im Heft 10/99 veröffentlicht worden und konnte daher das Kaufverhalten der Abnehmer nicht mehr relevant beeinflussen. Entsprechendes gilt für den Testbericht in der Ausgabe 5/99 der Zeitschrift „Video“. Im Übrigen hat die Klägerin auf positive Veröffentlichungen hingewiesen. 33

Auch von einer etwaigen Aufzehrung der durch den Verkauf erwirtschafteten Gewinne durch Reklamationen und Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen von Kunden kann nicht ausgegangen werden. Nachdem die Klägerin die Funktionsfähigkeit ihres Geräts im 34

Einzelnen dargelegt hat, wäre es Sache der Beklagten gewesen, Beweis dafür anzutreten, dass die „Fernsehfee“ nicht funktionsfähig war. Hierfür hat die Beklagte, die für diesen anspruchsvernichtenden Umstand die Darlegungs- und Beweislast trägt, keinen geeigneten Beweis angeboten.

Ob der zunächst erwirtschaftete Gewinn nachträglich durch die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen deshalb aufgezehrt worden wäre, weil die Kunden mangels RDS-Netz (s. Ziff. 2) die Werbeblockfunktion nicht mehr verwenden konnten, lässt sich ebenfalls nicht feststellen. Hinreichender Vortrag und Beweisangebote dafür, dass bezüglich der tatsächlich verkauften Geräte nach Wegfall des RDS-Netzes von Kunden Gewährleistungsrechte in überdurchschnittlichem Umfang geltend gemacht worden wären, fehlt. 35

3. Soweit die Beklagte einwendet, dass die Klägerin ihre Schadensminderungspflicht verletzt habe, indem sie es unterlassen habe, die „Fernsehfee“ entweder ohne Werbeblockerfunktion oder zwar mit Werbeblockerfunktion, aber unter Ausnahme der Sender der Beklagten weiterverkauft habe, liegt keine Schadensminderungspflichtverletzung vor, § 254 Abs. 2 BGB. Wie die Klägerin vorgetragen hat, leuchtet es ein, dass ein Gerät mit einer beworbenen Werbeblockfunktion nicht verkäuflich ist, wenn einer der Marktführer nicht blockiert wird. Auch erscheint es sehr zweifelhaft, dass die i-Box angesichts der technischen Veränderungen ohne Werbeblockerfunktion weiter verkäuflich gewesen wäre. Dass und inwieweit es schuldhaft war, den Verkauf der „Fernsehfee“ mit eingeschränkten Funktionen zu unterlassen, ist nicht hinreichend dargetan und geht zu Lasten der insoweit beweisbelasteten Beklagten (vgl. Palandt-Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 73. Aufl., § 254 Rn. 72). 36

4. Der Zinsanspruch ergibt sich aus den §§ 291, 288 Abs. 2 BGB. Der Prozessbevollmächtigte der Beklagten hat laut handschriftlichem Vermerk auf Bl. 167 d.A.) mitgeteilt, dass die Klageschrift am 21.2.2010 zugestellt worden sei. 37

III. 38

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus den § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO analog sowie den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 39

Das Urteil betrifft die tatrichterliche Übertragung allgemein anerkannter Auslegungs- und Rechtsanwendungsgrundsätze auf einen Einzelfall, so dass kein Anlass besteht, gemäß § 543 Abs. 2 ZPO die Revision zuzulassen 40