

Urteil vom 30. August 2011

ZK1 2011 5

Mitwirkend Kantonsgerichtspräsident Dr. Martin Ziegler,
Kantonsrichter Erich Gmür, Pius Betschart,
Walter Christen und Dr. Hansruedi Hiestand,
Gerichtsschreiber lic.iur. Mathis Bösch.

In Sachen **A._____ AG,**
Klägerin und Appellantin,
vertreten durch Rechtsanwalt B._____,

gegen

C._____ AG,
Beklagte und Appellatin,
vertreten durch Rechtsanwalt D._____,

betreffend Forderung aus Kaufvertrag, CISG
(Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichts March vom 21. Dezember
2010, BZ 08 18);-

hat die 1. Zivilkammer,

nachdem sich ergeben und in Erwägung:

1. Anlässlich der Verhandlung vom 15. März 2007 vor dem Landgericht Frankfurt verpflichtete sich die A. _____ AG in einem Vergleich mit E. _____, der Verletzungen seines Geschmacksmusterrechts M9500691.5 (KB 7) eingeklagt hatte, in ihrem Besitz und/oder Eigentum befindlichen Warensicherungsetiketten auf ihre Kosten zu vernichten (KB 24). 229'000 solcher Etiketten wurden der A. _____ AG bzw. deren deutschen Vertriebsgesellschaft von der C. _____ AG ab 2002 bis anfangs 2005 und danach weitere 202'000 von der F. _____ AG geliefert. Die A. _____ AG entsorgte aufgrund des Vergleichs 317'295 Sicherungsetiketten. Sie fordert von der C. _____ AG die Bezahlung ihres Anteils an den Kosten, welche ihr durch das deutsche Gerichtsverfahren sowie die Vernichtung und Neuanschaffung der Etiketten entstanden sein sollen und hat beim Bezirksgericht March Fr. 210'464.00 zuzüglich 7.6% MWST auf Fr. 164'735.55 nebst 5% Zins seit dem 17. Oktober 2007 eingeklagt. Mit Urteil vom 21. Dezember 2010 hat dieses die Klage abgewiesen, die Verfahrenskosten von Fr. 8'523.00 der Klägerin überbunden und diese verpflichtet, die Beklagte mit Fr. 10'000.00 zu entschädigen. Mit rechtzeitiger Berufung vom 1. Februar 2011 beantragt die Klägerin dem Kantonsgericht, das angefochtene Urteil aufzuheben und das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen, eventualiter die Beklagte zu verpflichten, ihr Fr. 118'663.00 nebst Zins zu 5% seit dem 17. Oktober 2007 zu bezahlen. Die Beklagte verlangt mit auf die Frage der Rückweisung beschränkte (vgl. KG-act. 3) Berufungsantwort vom 4. März 2011, die Berufung abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen. Es wurde kein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt.

2. Unter Hinweis auf die einschlägige Lehre und Rechtsprechung hat die Vorinstanz die Klage abgewiesen, weil die mit dem strikten Beweis belastete Klägerin die von ihr behauptete Vertragswidrigkeit, nämlich die Lieferung gefälschter Warensicherungsetiketten durch die Beklagte, nicht bewiesen habe (angef. Urteil E. 4.3). Die Klägerin rügt diese Rechtsanwendung mit ihrer Be-

rufung als eindeutig fehlerhaft, denn die Vorinstanz habe festgestellt, es liege im Konkreten „ein Anwendungsfall von Art. 42 CISG“ vor. Beim Vorliegen eines Rechtsmangels bedürfe es aber in Bezug auf die Vertragsmässigkeit des Kaufgegenstandes keiner weiteren Abklärungen mehr. Zusage dieses unauflösbaren Widerspruchs sei das Verfahren gestützt auf Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO zurückzuweisen. Die Vorinstanz ist indes einzig zur Verwerfung des Einwandes der Beklagten, die Mängelrügefristen nach Art. 39 CISG seien abgelaufen, von einem Anwendungsfall von Art. 42 CISG ausgegangen, um festzustellen, die Klägerin sei umgehend ihren Rügepflichten nach Art. 43 CISG nachgekommen. Davon hat sie ausdrücklich die Prüfung der Frage ausgenommen, ob die Beklagte der Klägerin tatsächlich rechtmängelbelastete Ware geliefert und damit eine Vertragsverletzung im Sinne von Art. 45 CISG begangen habe (angef. Urteil E. 2.2.1 S. 7 unten). Ferner hat sie die Verjährungsrede nach entsprechenden Verzichtserklärungen der Beklagten für rechtsmissbräuchlich gehalten bzw. die ordentliche zehnjährige Verjährung nach Art. 127 OR als nicht eingetreten betrachtet, da es sich nicht um einen Fall der Sach-, sondern der Rechtsgewährleistung handle (dazu vgl. Brunner, HK-CISG, Bern 2004, Art. 41 N 9). Den entsprechenden Erwägungen des angefochtenen Urteils zur Einhaltung von Mängelrügen- und Verjährungsfristen (angef. Urteil E. 2 S. 5 ff.) kann demnach nur entnommen werden, dass sie diesbezüglich von der Anwendung von Rechtsgewährleistungsrecht ausgeht, nicht aber, dass sie materiell vom Vorliegen eines Falls von Vertragsverletzung wegen tatsächlicher *Lieferung* mit Rechtsmängeln belasteter Sicherheitsetiketten überzeugt gewesen wäre. Die Behauptung der Klägerin, die Vorinstanz habe explizit die Tatsache, die Beklagte habe mit Rechtsmängeln belastete Etiketten geliefert, anerkannt (vgl. Berufung Ziff. 13), geht deshalb fehl. Nachdem die Klägerin im Berufungsverfahren nicht dartut, dass dies aus andern Gründen als bewiesen anzusehen sei, bleibt daher zu prüfen, wer hinsichtlich der vertragskonformen bzw. -widrigen Lieferung beweisbelastet ist.

3. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und herrschender Lehre sind Fragen der Beweislast im UN-Kaufrecht anhand der dem CISG zugrunde lie-

genden allgemeinen Grundsätzen zu lösen, womit im Grundsatz jede Partei die tatsächlichen Voraussetzungen derjenigen Vorschrift zu beweisen hat, aus der sie einen Vorteil für sich herleitet (Art. 7 Abs. 2 CISG; Stadler, AJP 12/2004 S. 1473 f.; BGE 130 III 258 ff. E. 5.3 mit Hinweisen; Ferrari, Schwenzner bzw. Müller-Chen in Schlechtriem/Schwenzner, Kommentar zum CISG, 5. Aufl., Basel 2008, Art. 4 N 50, Art. 7 N 56 und Art. 45 N 9; Schönle/Higi, ZK, Art. 194 OR N 25).

a) In der Frage der Vertragsmässigkeit wird auch im CISG nach Sach- und Rechtsmängel differenziert (Schwenzner, a.a.O., Art. 35 N 5). Die Nichterfüllung einer Vertragspflicht ist der Grundtatbestand der Verkäuferhaftung (Brunner, a.a.O., Art. 42 N 1 und Art. 45 N 1 und 5). Art. 42 CISG enthält im Rahmen der Rechtsmängelhaftung des Verkäufers (Art. 41-43) eine Sonderregel für den Fall wie dem vorliegenden, dass die Ware mit Rechten oder Ansprüchen belastet ist, die Dritte aus Immaterialgüterrechten herleiten. Die Rechtsbehelfe der Käuferin bei Rechtsmängeln ergeben sich aus Art. 45 CISG und den dort genannten Bestimmungen (Art. 46 bis 52 und Art. 74 bis 77 CISG; Schwenzner, a.a.O., Art. 41 N 20 i.V.m. Art. 42 N 25).

b) Vorliegend ist nun fraglich, ob die Klägerin in concreto die Vertragsverletzung beweisen muss, nämlich ob die von der Beklagten gelieferten Sicherheitsetiketten mit Rechten oder Ansprüchen Dritter belastet sind (so Schönle/Higi, ZK, Art. 194 OR N 26; Schwenzner, a.a.O., Art. 74 N 64), oder ob sie sich mit dem Nachweis der Beanspruchung des Schutzrechts durch einen Dritten und der dem Verkäufer vorwerfbaren Unkenntnis begnügen kann (so legt es Schwenzner, a.a.O., Art. 42 N 29 nahe). Der letztzitierte Kommentar gibt indes die in der Voraufgabe und vorliegend von der Appellantin vertretenen Meinung auf, der Käufer müsse die Nichterfüllung der Pflicht, also die Vertragsmässigkeit des Kaufgegenstands, nur behaupten und nicht beweisen (Müller-Chen a.a.O., Art. 45 N 10 FN 20; vgl. auch Ferrari, a.a.O., Art. 4 N 52). Insoweit ist deshalb nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz den Hauptbeweis dafür, ob die Beklagte als Verkäuferin der Sicherheitsetiketten ihre Pflicht

nach Art. 42 CISG, die Ware frei von Rechten und Ansprüchen Dritter aus dem Immaterialgüterrecht zu *liefern*, verletzt und damit vertragswidrig im Sinne von Art. 45 CISG gehandelt hat, der Klägerin auferlegte, welche daraus ihr Recht auf Schadenersatz ableiten möchte.

c) Es kommt nach dem CISG nicht darauf an, ob E._____ das Geschmacksmusterrecht zu Recht oder zu Unrecht gegen die Klägerin geltend machte (Brunner, a.a.O., Art. 41 N 3 und 42 N 4; Schwenger, a.a.O., Art. 42 N 5; Schönle/Higi, ZK, Art. 193 OR N 42). Dies liegt darin begründet, dass Art. 41 f. CISG in Abweichung von Art. 192 OR den Verkäufer zur Gewährleistung der Freiheit der Kaufgegenstände von Rechten und Ansprüchen Dritter verpflichten und für die Haftung nicht deren Entzug voraussetzen (vgl. Honsell, BSK, vor Art. 192-210 OR N 9 sowie zum Eviktionsprinzip ebd. N 4 und 10 bzw. Art. 192 OR N 6). Die Entwehrung ist aber ein anderes Beweisthema als die von der Klägerin behauptete Nichterfüllung des Vertrages durch die Beklagte. Das Abrücken des CISG vom Eviktionsprinzip ist daher für die Frage hinsichtlich des Beweises, dass die fraglichen Kaufgegenstände, also die von der Beklagten verkauften Golftags überhaupt von der Drittsprache (in casu Ansprüche E._____) betroffen waren, nicht relevant. Dass die Rechte E._____s letztlich ungeklärt geblieben sind und dies die Beklagte insofern mitzuverantworten hätte, weil sie im deutschen Prozess nicht mitgewirkt hat, mag dieser nur den Einwand verwehren, E._____ berufe sich zu Unrecht auf ein Geschmacksmusterrecht, nicht aber die Bestreitung der Tatsache, dass sie überhaupt E._____s Schutzrechte verletzende Sicherheitsetiketten *geliefert* habe. Dafür obliegt aber der Klägerin der Hauptbeweis (vgl. oben lit. b). Dass ihr dieser Beweis nicht einfach fallen würde, nachdem sie die Golftags der Beklagten mit denjenigen der späteren Lieferungen der F._____ AG vermischt hat, kann sie nicht der Beklagten anlasten.

4. Abgesehen davon wird als Grundsatz – und damit ungeachtet der Unterscheidung zwischen Sach- oder Rechtsgewährleistung – anerkannt, dass

Tatsachen aus einem Bereich, welcher einer Partei deutlich besser bekannt sind als der anderen, diejenige Partei nachweisen muss, welche die Herrschaft über diesen Bereich hat (Kriterium der Beweisnähe, vgl. BGE 130 III 258 ff. E. 5.3; vgl. auch Ferrari, a.a.O., Art. 4 N 48 ff.). Deshalb hat die Vorinstanz über das bisher schon Gesagte (E. 3) hinaus die Klägerin nach der Übernahme der Sicherheitsetiketten zutreffend als beweisbelastet angesehen, weil sich danach die Ware in deren alleinigen Herrschaftsbereich befand und sie daher besser in der Lage war, die angebliche Vertragswidrigkeit der von der Beklagten gelieferten Ware zu beweisen als die Beklagte (BGE ebd. E. 5.3 i.f.). Dagegen konnte sich die Beklagte auf Bestreitungen und den Gegenbeweis von Tatsachen beschränken, welche die klägerische Behauptung, sie habe „unechte“ Sicherheitsetiketten geliefert, als zweifelhaft erscheinen lassen. Dabei ist noch punktuell auf folgende Vorbringen der Klägerin einzugehen.

a) Die Klägerin bestreitet mit ihrer Berufung die von der Beklagten mit den eingereichten Lieferscheinen belegten Bezüge von autorisierten Firmen an sich nicht, hält damit aber nicht für bewiesen, dass die Beklagte ihr exakt aus diesen Lieferungen echte Etiketten geliefert habe. Es ist indes keineswegs willkürlich, dass die Vorinstanz aufgrund der Bezugsquellen der Beklagten zur Vervollständigung ihrer Beweiswürdigung feststellte, dass die Unechtheit der von ihr an die Klägerin verkauften Etiketten nicht leichthin angenommen werden dürfe (angef. Urteil E. 4.3 S. 14). Die Beklagte braucht nicht zu beweisen (vgl. oben E. 3.b), dass die von ihr gelieferten Etiketten mit dem Einverständnis des Geschmackmusterrechtsinhabers verkauft wurden, sondern nur den der Klägerin obliegenden Hauptbeweis in Frage zu stellen, dass sie unlicenzierte Golftags verkauft hätte (vgl. Gasser/Ricklin, KK ZPO, Art. 154 N 6; Hausheer/Jaun, Die Einleitungsartikel des ZGB, Bern 2003, Art. 8 ff. N 45).

b) An dieser Beweislage ändert auch nichts, dass sich die Klägerin zur Vernichtung der (vermischten) Etiketten in einem Prozess vergleichsweise verpflichtet hat, in welchen die Beklagte trotz Streitverkündung nicht eingetre-

ten ist (KB 21 ff.); denn der Prozess um die Berechtigung des von E. _____ geltend gemachten Geschmacksmusterrechts ist wie gesagt ein anderes Beweisthema (vgl. oben E. 3.c). Zum andern regelt das CISG keine Verfahrensfragen. Die Wirkungen der Unterlassung der Beklagten, dem deutschen Prozess beizutreten, richten sich im vorliegenden Rückgriffsprozess daher nach schweizerischem Recht bzw. nach damals noch anwendbarem kantonalem Prozessrecht (Schönle/Higi, ZK, Art. 193 OR N 14; Art. 404 ZPO). Danach war der Denunziat zwar zum Prozessbeitritt ohne Interessensnachweis berechtigt, aber nicht verpflichtet, weshalb er ohne *prozessrechtliche* Nachteile darauf verzichten konnte (§ 43 Abs. 1 aZPO; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar ZPO-ZH, § 47 N 1). Die materiellrechtlichen Wirkungen der Streitverkündung können daher an sich offen gelassen werden. Folgen aus einem unterlassenen Prozessbeistand ergeben sich in casu jedenfalls nicht. Das CISG enthält auch keine diesbezüglichen Bestimmungen und hinsichtlich des schweizerischen Rechts hat die Vorinstanz gestützt auf Art. 194 Abs. 1 OR zutreffend erwogen (angef. Urteil S. 11 E. 3.2 mit Hinweis auf BGE 100 II 24; vgl. auch Schönle/Higi, ZK, Art. 194 OR N 3 f., 10a; Honsell, BSK, Art. 194 OR N 1), dass sich die Klägerin vorhalten lassen muss, sie hätte unabhängig davon, ob die Anerkennung des Anspruches von E. _____ in guten Treuen erfolgte oder nicht, der Beklagten unter ausdrücklicher Anzeige des angestrebten Vergleichs nochmals Gelegenheit zur Übernahme des Prozesses einräumen müssen, wenn sie sich deren Rechtsgewährleistungspflicht erhalten wollte (vgl. auch CHK-Hrubesch, OR 194 N 2).

c) Abgesehen davon war die von der Klägerin behauptete Tatsache, dass die Beklagte ihr unlizenzierte Ware verkauft hätte, weder Gegenstand des deutschen Prozesses noch des währenddem geschlossenen Vergleichs zwischen der Klägerin und E. _____. Der dem Vergleich zugrunde liegenden Erklärung der Klägerin lässt sich nämlich nur deren Verpflichtung entnehmen, Etiketten weder einzuführen noch zu gebrauchen, die von nicht autorisierten Herstellern stammten (KB 18). Die Beklagte kann deshalb vorliegend nicht mit

der Bestreitung zur Behauptung ausgeschlossen sein, der Klägerin unechte Ware geliefert zu haben.

d) Kommt hinzu, dass der Klägerin, welcher laut Abmahnung vom 16. September 2005 nicht ersichtlich war, welche Sicherungsetiketten im Einzelnen durch die Geschmacksmusteransprüche betroffen waren (KB 8), sich schon damals des Problems des tatsächlichen Nachweises bewusst gewesen sein musste, ob die von der Beklagten gelieferten Etiketten nicht effektiv frei von Rechten und Ansprüchen Dritter waren. Selbst der Rechtsvertreterin von E. _____ schien es im Übrigen nahezu ein Jahr nach der Klageabfassung (KB 18), wenige Monate vor dem Vergleich mit der Klägerin als unsicher, ob die Beklagte der Klägerin überhaupt unechte Ware geliefert habe und sich die Klägerin nicht ausschliesslich an die F. _____ AG halten könne (BB 7). Unter diesen Umständen hätte sich eine Absprache hinsichtlich des Vergleichs geradezu aufgedrängt. Als beweisbelastete Partei hat es mithin die Klägerin zu verantworten, dass sie durch Vermischung und Vernichtung der von der Beklagten und der F. _____ AG gelieferten Golftags den Beweis für die von ihr behaupteten vertragswidrigen Lieferungen der Beklagten aus der Hand gegeben hat und letzterer der Nachweis nicht mehr möglich ist, ob die Etiketten nicht hätten weiterverwendet werden können, weil sie von autorisierten Händlern stammten. Dies würde in casu die Übertragung der Beweislast auf die Klägerin selbst dann rechtfertigen, wenn sie nur die Geltendmachung des Schutzrechtes durch einen Dritten und dem Verkäufer vorwerfbare Unkenntnis davon beweisen müsste (entgegen E. 3.b).

5. Zusammenfassend hat die Vorinstanz der Klägerin zutreffend die Beweislosigkeit der Tatsache angelastet, dass die Beklagte ihr Sicherheitsetiketten geliefert hätte, welche nicht frei vom geltend gemachten deutschen Geschmacksmusterrecht waren, und daher zu Recht die Klage abgewiesen. Bei diesem Ergebnis musste sie sich weder weiter mit der Frage der Haftung der Beklagten auseinandersetzen noch die eingeklagten Schadenersatzansprüche beurteilen bzw. diesbezüglich ein Beweisverfahren durchführen. Aus

denselben Gründen sind auch keine weiteren Abklärungen im Berufungsverfahren bezüglich des gestellten Eventualantrages erforderlich. Die Berufung ist mithin abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen.

Ausgangsgemäss gehen die Kosten- und Entschädigungsfolgen, unter der Berücksichtigung des Umstandes, dass die Beklagte nur eine beschränkte Berufungsantwort einreichen musste, zu Lasten der Klägerin.

Nachdem die Klägerin die eingeklagte Forderung mit ihrer Berufung auf Fr. 118'663.00 reduziert hat (Teilrückzug, Berufung Ziff. 38), ist dieser Betrag für die Streitwertangabe nach Art. 112 Abs. 1 lit. d BGG massgebend;-

erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das angefochtene Urteil bestätigt, soweit die Klage nicht als durch Teilrückzug erledigt abzuschreiben ist.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens von Fr. 8'000.00 werden der Klägerin auferlegt und vom geleisteten Vorschuss bezogen.
3. Die Klägerin wird verpflichtet, die Beklagte für das Berufungsverfahren mit Fr. 5'000.00 (inkl. Auslagen und 8% MWST) zu entschädigen.
4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung nach Massgabe von Art. 72 ff. des Bundesgerichtsgesetzes *Beschwerde in Zivilsachen* beim Bundesgericht in Lausanne eingereicht werden; die Beschwerdeschrift muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen. Der Streitwert beträgt Fr. 118'663.00.
5. Zufertigung an Rechtsanwalt B._____ (2/GU), Rechtsanwalt D._____ (2/R) und nach definitiver Erledigung an die Vorinstanz (2/R, unter Rückgabe der Akten).

Namens der 1. Zivilkammer
Der Kantonsgerichtspräsident

Der Gerichtsschreiber

Versand

2. September 2011 cn