

Urteil vom 21. November 2017

ZK1 2013 33

Mitwirkend Kantonsgerichtspräsident Dr. Urs Tschümperlin,
Kantonsrichter Hannelore Räber, Pius Schuler,
Clara Betschart und Jörg Meister,
Gerichtsschreiber lic. iur. Claude Brüesch.

In Sachen **A._____ Inc.**,
Klägerin,
vertreten durch Rechtsanwalt B._____,

gegen

M._____ AG,
Beklagte,
vertreten durch Rechtsanwalt D._____,

betreffend Forderung aus Markenrechtsverletzung, Stufenklage
(Direktprozess);-

hat die 1. Zivilkammer,

nachdem sich ergeben:

A. Die Klägerin ist einer der grössten Filmproduzenten und ein führendes Unternehmen im Bereich Unterhaltung, Merchandising, Verwertung von Immaterialgüterrechten und Fernsehen. Sie ist Inhaberin der berühmten Marke HARRY POTTER, deren Verwertung vollumfänglich bei ihr liegt (ZK1 2011 39: act. 2, KB 3 S. 2).

Die Beklagte kann heute mit zahlreichen Erotikläden in der ganzen Schweiz als Marktleaderin im schweizerischen Erotikgeschäft bezeichnet werden. Die Beklagte vertreibt nicht nur Produkte anderer Anbieter, sondern entwickelt und verkauft auch eigene Produkte (ZK1 2011 39: act. 2, KB 3 S. 2 f.).

Im Herbst 2006 stiess die Klägerin auf die schweizerische Wort-/Bildmarke 542 377 der Beklagten, die im Wesentlichen aus den Worten HARRY POPPER bestand und für Präservative geschützt war. Diese Marke wurde am 15. Dezember 2005 hinterlegt und am 30. Januar 2006 im schweizerischen Markenregister eingetragen (ZK1 2011 39: act. 2, KB 3 S. 3).

B. Nachdem die Klägerin die Beklagte im September und Oktober 2006 sowie November 2007 ohne Erfolg aufgefordert hatte, die Marke HARRY POPPER freiwillig zurückzuziehen bzw. zu löschen, reichte die Klägerin am 13. Mai 2008 gegen die Beklagte beim Kantonsgericht Schwyz Klage ein mit dem Hauptantrag, es sei die Schweizer Marke Nr. 542 377 (HARRY POPPER) für nichtig zu erklären (ZK1 2011 39: act. 2, KB 3 S. 3).

Mit Urteil vom 17. August 2010 erklärte das Kantonsgericht Schwyz die Schweizer Marke Nr. 542 377 (HARRY POPPER) für nichtig und verbot der Beklagten und ihren Organen unter Androhung von Busse nach Art. 292 StGB, das Zeichen HARRY POPPER im Geschäftsverkehr im Zusammenhang mit Präservativen und anderen Erotik- bzw. Pornoprodukten zu verwenden.

den, insbesondere unter diesem Zeichen Waren und Dienstleistungen anzubieten, Dienstleistungen zu erbringen, das Zeichen auf Geschäftspapieren und in der Werbung zu verwenden sowie Waren unter diesem Zeichen in Verkehr zu bringen, zu lagern, ein- oder auszuführen (ZK1 2011 39: act. 2, KB 3 S. 41).

C. Am 1. November 2010 schlossen die Parteien ein Agreement, worin sie insbesondere vereinbarten, dass die Wirkungen des Urteils des Kantonsgerichts Schwyz vom 17. August 2010 bis Ende Februar 2011 aufgeschoben würden (ZK1 2011 39: act. 2, KB 18).

Mit Schreiben vom 6. Dezember 2010 und 6. Januar 2011 hielt die Klägerin die Beklagte an, ihren Schadenersatz- und Gewinnherausgabeanspruch anzuerkennen. Gleichzeitig forderte die Klägerin die Beklagte auf, durch Rechnungslegung Auskunft zu geben über die Menge der von ihr hergestellten und verkauften Präservative und anderen Produkten mit dem Zeichen HARRY POPPER und die dadurch erzielten Umsätze und Gewinne (ZK1 2011 39: act. 2, KB 11 und 13).

Am 13. Januar 2011 gab die Beklagte der Klägerin bekannt, dass sie einen Anspruch der Klägerin auf Schadenersatz und/oder Gewinnherausgabe verneine, und zwar sowohl in grundsätzlicher als auch – eventualiter – in quantitativer Hinsicht (ZK1 2011 39: act. 2, KB 14).

D. Am 26. September 2011 reichte die Klägerin gegen die Beklagte beim Kantonsgericht Schwyz Klage ein mit folgenden Rechtsbegehren (ZK1 2011 39: act. 1):

1. Die Beklagte sei unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung nach Art. 292 StGB im Unterlassungsfall zu verpflichten, der klagenden Partei binnen 30 Tagen seit Rechtskraft des entsprechenden (Teil-)Urteils durch Rechnungslegung über die Menge der von

ihr und ihren Lizenznehmern hergestellten und verkauften Präservativen und anderen Produkten mit dem Zeichen „HARRY POPPER“ insbesondere (nachfolgend „Produkte“), sowie die dadurch erzielten Umsätze und Gewinne, Auskunft zu erteilen. Dabei sind insbesondere folgende, nach anerkannten Grundsätzen der Rechnungslegung mit beweiskräftigen Dokumenten der Finanz- und Betriebsbuchhaltung belegte Angaben zu machen:

- a. Nachweis der hergestellten und bei Dritten bestellten Stückzahlen der Produkte, pro Monat, aufgeschlüsselt nach Produktkategorien;
- b. einzelne Lieferungen, aufgeschlüsselt nach Liefermengen, -zeiten und -preisen sowie die Namen und Anschriften der Abnehmer;
- c. einzelne Angebote, aufgeschlüsselt nach Angebotsmengen, -zeiten und -preisen sowie die Namen und Anschriften der Angebotsempfänger;
- d. Nachweis der getätigten Verkäufe von Produkten an Zwischenhändler und Endabnehmer, aufgeschlüsselt nach Mengen, Zeiten und Preisen sowie, wo anwendbar, Verkaufslokalen;
- e. betriebene Werbung, aufgeschlüsselt und nach Werbeträgern, deren Auflagenhöhe, Verbreitungszeitraum und Verbreitungsgebiet;
- f. Nachweis der von der Beklagten mit den Produkten erzielten Umsätze, die nicht durch den Abzug von Fixkosten und variablen Kosten gemindert sind;
- g. Nachweis der mit den Produkten erzielten Lizenzeinnahmen;
- h. Nachweis der fixen und variablen Gestehungskosten der Beklagten zur Erwirtschaftung der Umsätze mit den Produkten sowie Nachweis der von ihr verbuchten Gewinne, aufgeschlüsselt nach Kalenderjahren.

Die Auskünfte gemäss Ziff. 1 lit. a-h seien für den Zeitraum vom 30. September 2006 bis zum 28. Februar 2011 zu erteilen.

2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der klagenden Partei einen nach Auskunftserteilung zu beziffernden Betrag zuzüglich Zins von 5 % p.a. seit Ende des jeweiligen Geschäftsjahres zu bezahlen (Start der Zinsrechnung mit Ende des Geschäftsjahres 2005; geschätzter Mindestwert im Sinne von Art. 85 Abs. 1 ZPO: CHF 100'000.-).
3. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der klagenden Partei den Betrag von CHF 525 zuzüglich Zins zu 5 % p.a. seit dem 13. Mai 2008 zu bezahlen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich Mehrwertsteuerzuschlag von 8 %, zulasten der beklagten Partei.

Mit Klageantwort vom 26. Januar 2012 trug die Beklagte auf vollumfängliche Abweisung der Klage an, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin. Ausserdem bestritt die Beklagte die örtliche Zuständigkeit des Kantonsgerichts Schwyz (ZK1 2011 39: act. 10).

Am 5. März 2012 nahm die Klägerin Stellung zur Einrede der fehlenden örtlichen Zuständigkeit und beantragte Nichteintreten, eventualiter Abweisung, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten (ZK1 2011 39: act. 14).

Mit Beschluss vom 26. Februar 2013 trat das Kantonsgericht auf die Klage nicht ein, auferlegte die Kosten des kantonsgerichtlichen Verfahrens von Fr. 5'000.00 der Klägerin und verpflichtete diese, der Beklagten für das kantonsgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 5'000.00 zu bezahlen. Die gegen diesen Beschluss erhobene Beschwerde der Klägerin vom 22. April 2013 hiess das Bundesgericht mit Urteil vom 7. November 2013 teilweise gut. Das Bundesgericht hob den kantonsgerichtlichen Beschluss auf und wies die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurück (ZK1 2011 39: act. 30 und 36).

E. Der Kantonsgerichtspräsident setzte das Verfahren am 25. Februar 2014 unter der neuen Prozessnummer ZK1 2013 33 fort und befragte im Zusammenhang mit der örtlichen Zuständigkeit des Kantonsgerichts E. _____ am 11. April 2014 als Zeugin, wozu die Parteien am 8. Mai und 2. Juni 2014 Stellung nahmen (act. 3, 10, 20 und 24).

Das Kantonsgericht trat mit Beschluss vom 16. Juli 2014 auf die Klage ein (act. 32). Das Bundesgericht bestätigte diesen Beschluss mit Urteil vom 26. Januar 2015 (act. 41).

Am 23. März 2015 fand eine Instruktionsverhandlung mit Aktenschluss statt, aber nur hinsichtlich des ersten Teils der Stufenklage bzw. bezüglich des grundsätzlichen Bestandes der Forderung nebst Zins und des Auskunftsanspruchs (act. 46).

Anlässlich der Hauptverhandlung vom 23. Juni 2015 hielten die Parteien je zwei Schlussvorträge (act. 59). Gleichentags erliess das Kantonsgericht folgendes Teil-Urteil (act. 59a):

1. Die Beklagte ist unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe mit Busse nach Art. 292 StGB im Unterlassungsfalle verpflichtet, der klagenden Partei innert 30 Tagen seit Rechtskraft des vorliegenden Teil-Urteils Auskunft zu erteilen über die von ihr hergestellten und verkauften Präservative und allenfalls anderen Produkte mit dem Zeichen HARRY POPPER sowie die dadurch erzielten Umsätze und Gewinne und hat darüber nach anerkannten Grundsätzen und unter Vorlage von beweiskräftigen Dokumenten Rechnung abzulegen. Insbesondere sind die folgenden Angaben zu machen:
 - a) Nachweis der hergestellten und bei Dritten bestellten Stückzahlen der Produkte, aufgeschlüsselt nach Geschäftsjahr und Produktkategorien;
 - b) einzelne Lieferungen, aufgeschlüsselt nach Liefermengen, -zeiten und -preisen sowie die Namen und Anschriften der Abnehmer;
 - c) Nachweis der getätigten Verkäufe von Produkten an Zwischenhändler und Endabnehmer, aufgeschlüsselt nach Mengen, Zeiten und Preisen;
 - d) allenfalls betriebene Werbung (insb. Kosten);
 - e) Nachweis der von der Beklagten mit den Produkten erzielten Umsätze, die nicht durch den Abzug von Fixkosten und variablen Kosten gemindert sind;
 - f) Nachweis der mit den Produkten allenfalls erzielten Lizenzeinnahmen;
 - g) Nachweis der fixen und variablen Gestehungskosten der Beklagten zur Erwirtschaftung der Umsätze mit den Produkten sowie Nachweis der von ihr verbuchten Gewinne, aufgeschlüsselt nach Kalenderjahren.

Diese Auskünfte sind für den Zeitraum vom 30. September 2006 bis zum 28. Februar 2011 zu erteilen.

Im darüber hinausgehenden Umfang werden die Auskunfts- und Rechnungslegungsbegehren abgewiesen.

2. Die Beklagte ist verpflichtet, der Klägerin einen nach Auskunftserteilung noch festzulegenden Betrag als Gewinnherausgabe zuzüglich Zins von 5 % seit Ende des jeweiligen Geschäftsjahres zu bezahlen.
3. Die Beklagte ist verpflichtet, der Klägerin einen noch festzulegenden Betrag nebst 5 % Zins für vorprozessuale Rechtsverfolgungskosten zu bezahlen.
4. Die Gerichts- und Parteikosten werden dem Endentscheid vorbehalten.

Dieses Teil-Urteil blieb unangefochten.

Mit Eingabe vom 27. November 2015 reichte die Beklagte bezugnehmend auf Dispositivziffer 1 des Teil-Urteils des Kantonsgerichts vom 23. Juni 2015 dem Kantonsgericht elf Bundesordner ein (act. 66).

F. Da sich die Parteien in der Auslegung des Dispositivs des Teil-Urteils vom 23. Juni 2015 in mehreren Punkten nicht einig waren, schlossen sie auf Vorschlag des Gerichts am 28. Januar 2016 folgende Prozessvereinbarung ab (act. 80):

1. Die Klägerin akzeptiert, dass die von der Beklagten am 27. November 2015 gelieferten Unterlagen hinsichtlich Ziffer 1 lit. a des Dispositivs des Teilurteils vom 23. Juni 2015 nicht weiter nach Produktkategorien aufzuschlüsseln sind.
2. Die Beklagte wird bis spätestens 15. März 2016 die von ihr gelieferten Unterlagen im Sinne von Ziffer 1 lit. c des Dispositivs des Teilurteils vom 23. Juni 2015 auch noch hinsichtlich der Preise aufschlüsseln. Die Aufschlüsselung nach Mengen, Zeiten und Preisen kann in einem Dokumente (sic!) erfolgen, sofern die Übersichtlichkeit gewahrt bleibt.
3. Die Parteien sind sich darin einig, dass innert der gleichen Frist die Auskunft gemäss Ziff. 1 des Dispositivs des Teilurteils vom 23. Juni 2015 für den ganzen Zeitraum auch für die M.V. _____ AG zu erteilen ist. Sofern bezüglich der M.V. _____ AG eine vollumfängliche Auskunft nicht mehr möglich ist, ist das detailliert und nachvollziehbar darzulegen und es sind all jene Elemente zu liefern, welche eine möglichst genaue Schätzung des Umsatzes und des Bruttogewinnes erlauben.

4. Die Klägerin akzeptiert die nachträgliche Lieferung der Unterlagen gemäss Ziffer 2 und 3 vorstehend als rechtzeitig.

Mit Eingabe vom 15. März 2016 reicht die Beklagte umfassende Dokumente ein mit dem Hinweis, dass sich die Umsätze der M.V. _____ AG bzw. M.V. _____ AG an die Endkunden in der Zeit nach der Fusion nicht eruieren liessen (act. 82, 82/1 sowie 82/2-82/10), wozu die Klägerin am 3. Mai 2016 Stellung nahm. Bereits mit Eingabe vom 24. März 2016 hatte die Beklagte das Schreiben der C. _____ GmbH & Co ins Recht gelegt (act. 84 und 84/1).

Am 1. Juli 2016 bezifferte die Klägerin die Forderung und stellte, anknüpfend an ihre Klageschrift vom 26. September 2011 und das Teil-Urteil des Kantonsgerichts vom 23. Juni 2015 folgende Rechtsbegehren (act. 96):

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 812'695.18 als Gewinnherausgabe zuzüglich Zins von 5 % p.a. ab Ende des jeweiligen Geschäftsjahres zu bezahlen.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 525 als Ersatz für vorprozessuale Rechtsverfolgungskosten zuzüglich Zins von 5 % p.a. ab dem 13. Mai 2008 zu bezahlen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

Mit Klageantwort vom 25. August 2016 trug die Beklagte auf Abweisung der Klage an, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin (act. 103).

Am 10. November 2016 fand die Instruktionsverhandlung statt, bei welcher die Parteien den Sachverhalt betreffend die Höhe der Forderung bzw. die materiellen Ansprüche, die sich aus den edierten oder noch zu edierenden Unterlagen im Rahmen des zweiten Teils der Stufenklage ergeben, ergänzten sowie sämtliche Angriffs- und Verteidigungsmittel bekanntgaben.

Im Rahmen des Beweisverfahrens gab die Eidgenössische Steuerverwaltung ESTV, Bern, am 2. Dezember 2016 dem Gericht Auskunft über die von ihr in der Zeit vom 15. bis 26. März 2010 bei der M.V. _____ AG vorgenommene Kontrolle (act. 117 und act. 117/1 bis 117/4) und gab die K. _____ GmbH, Deutschland, rechtshilfweise schriftliche Auskunft über ihre Geschäftsbeziehungen zur M. _____ AG und der M.V. _____ AG in den Jahren 2006 bis 2011 im Zusammenhang mit Präservativen mit dem Zeichen HARRY POPPER (act. 111 und 121/2).

Anlässlich der Hauptverhandlung vom 4. April 2017 hielten beide Parteien an ihren Anträgen fest (act. 126, act. 126a und act. 126b).

Mit Verfügung vom 12. Juli 2017 forderte die Gerichtsleitung die Beklagte auf, schriftlich, unter Beilage der entsprechenden Dokumente, Auskunft zu erteilen über die Gesamtumsätze der M.R. _____ AG in den Jahren 2006 bis 2010 (act. 127). Die Beklagte antwortete dem Gericht mit Eingabe vom 21. August 2017, wozu die Klägerin am 6. September 2017 Stellung nahm (act. 128 und 130);-

in Erwägung:

1. Die örtliche Zuständigkeit des Kantonsgerichts ist gegeben, nachdem das Bundesgericht mit Urteil vom 26. Januar 2015 den Beschluss des Kantonsgerichts vom 16. Juli 2014, mit welchem es auf die Klage eintrat, bestätigte (act. 32 und 41). Das Kantonsgericht ist ebenfalls sachlich und funktional zuständig zur Beurteilung der Klage (vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. a ZPO; Vock/Nater, in: Spühler/Tenchio/Infanger, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2017, N 4 zu Art. 5 ZPO; § 19 EGzOR vom 25. Oktober 1974,

SRSZ 217.110). Anzuwenden ist schweizerisches Recht (vgl. Art. 110 Abs. 1 IPRG).

2. In der vorliegend zu beurteilenden zweiten Stufe fordert die Klägerin von der Beklagten die Gewinnherausgabe in der Höhe von Fr. 812'695.18 zuzüglich Zins von 5 % pro Jahr, jeweils ab Ende des Geschäftsjahres sowie die Bezahlung von Fr. 525.00 als Ersatz für vorprozessuale Rechtsverfolgungskosten zuzüglich Zins von 5 % pro Jahr ab dem 13. Mai 2008.

Das Kantonsgericht gelangte mit Teil-Urteil vom 23. Juni 2015 bezüglich dieser beiden Ansprüche zum Schluss, dass sämtliche Voraussetzungen erfüllt seien und liess lediglich die Höhe der beiden geltend gemachten Forderungen offen (Teil-Urteil vom 23. Juni 2015, E. 2d und e S. 15-30). Zum einen werde die Klägerin den von der Beklagten im relevanten Zeitraum mit den HARRY POPPER Produkten erwirtschafteten Bruttogewinn inkl. Schadenszins erst nach Auskunftserteilung durch die Beklagte substantiiert zu behaupten haben (Teil-Urteil vom 23. Juni 2015, E. 2e/cc S. 25). Zum anderen befand es noch nicht über die von der Klägerin geltend gemachte Höhe der Rechtsverfolgungskosten von Fr. 525.00 (Teil-Urteil vom 23. Juni 2015, E. 2d/bb S. 16). Daher wurde die Beklagte im gleichen Entscheid verpflichtet, der Klägerin einen nach Auskunftserteilung noch festzulegenden Betrag als Gewinnherausgabe zuzüglich Zins von 5 % seit Ende des jeweiligen Geschäftsjahres sowie einen noch festzulegenden Betrag nebst 5 % Zins für vorprozessuale Rechtsverfolgungskosten zu bezahlen (act. 59, S. 3, Dispositivziff. 2 und 3).

Da die Beklagte der Klägerin inzwischen Auskunft über die von ihr hergestellten und verkauften Präservative mit dem Zeichen HARRY POPPER sowie über die dadurch erzielten Umsätze und Gewinne erteilte und darüber Rechnung ablegte, ist die erste Stufe der Stufenklage abgeschlossen. Ob die Auskunft im erforderlichen Umfang geschah, kann an dieser Stelle offen bleiben.

Nachfolgend ist über die von der Klägerin geltend gemachten Forderungsbeträge von Fr. 812'695.18 und Fr. 525.00, jeweils zuzüglich Zinsen, zu befinden.

3. a) Die Klägerin bringt vor, die Beklagte sei ihren Auskunfts- und Rechnungslegungspflichten gemäss Dispositivziffer 1 des Teil-Urteils des Kantonsgerichts vom 23. Juni 2015 nicht vollständig nachgekommen. Daher sei für die Bezifferung des herauszugebenden Verletzergewinns auf die Angaben und Schätzungen der Klägerin abzustellen, welche sie mit Eingabe vom 1. Juli 2016 geliefert habe. Darin habe die Klägerin nämlich jederzeit transparent gemacht, wo die Berechnungen basierend auf den vorgelegten Zahlen aufhören und wo die (notwendigen) Schätzungen beginnen würden. Aus dem Umstand, dass die Klägerin ihren Anspruch beziffert habe, folge nicht, dass die Auskunftserteilung vollständig erfolgt sei (act. 96, S. 3 N 3 f.; act. 109a, S. 1-4 N 2 und 5-13; act. 126a, S. 1-3 N 2-10). Die Beklagte bestreitet dies, zumal die Klägerin in der Lage gewesen sei, ihren Anspruch anhand der beklaglichen Angaben – wenn auch falsch – mit Fr. 70'984.06 und Fr. 8'233.07 zu beziffern (act. 103, S. 3 N 9 f. und S. 5 N 20).

b) Mit Teil-Urteil des Kantonsgerichts vom 23. Juni 2015 wurde die Beklagte verpflichtet, der Klägerin für den Zeitraum vom 30. September 2006 bis zum 28. Februar 2011 Auskunft zu erteilen über die von ihr hergestellten und verkauften Präservative und allenfalls anderen Produkte mit dem Zeichen HARRY POPPER sowie die dadurch erzielten Umsätze und Gewinne und darüber nach anerkannten Grundsätzen und unter Vorlage von beweiskräftigen Dokumenten Rechnung abzulegen (act. 59a). In der Begründung (E. 2f/aa S. 31) führte das Kantonsgericht unter anderem aus, dass bei unterlassener Auskunftserteilung und Rechnungslegung auf die Angaben des Klägers abgestellt werde. Am 27. November 2015 reichte die Beklagte umfangreiche Unterlagen ein (act. 66). Die Klägerin rügte mit Eingabe vom 10. Dezember 2015, dass

die Beklagte nur ungenügend ihrer Informationspflicht gemäss Teil-Urteil vom 23. Juni 2015 nachgekommen sei (act. 69/1). Aus diesen Gründen schlossen die Parteien am 28. Januar 2016 eine Prozessvereinbarung. Darin wurde insbesondere festgehalten, die Parteien seien sich darin einig, dass die Auskunftserteilung gemäss Ziff. 1 des Dispositivs des Teilurteils vom 23. Juni 2015 auch für die M.V. _____ AG zu erteilen sei, und sofern bezüglich der M.V. _____ AG eine vollumfängliche Auskunft nicht mehr möglich sei, sei das detailliert und nachvollziehbar darzulegen und es seien all jene Elemente zu liefern, welche eine möglichst genaue Schätzung des Umsatzes und des Bruttogewinnes erlauben würden (act. 80, S. 1 N 3). Daher liess die Beklagte am 15. März 2016 weitere Unterlagen einreichen (act. 82/1 und 82/2). Die Klägerin gab mit Eingabe vom 3. Mai 2016 zu verstehen, dass die Beklagte mit dieser Sendung die gemäss Ziffer 3 der Prozessvereinbarung vom 28. Januar 2016 geschuldeten Unterlagen betreffend die M.V. _____ AG nicht beigebracht habe, was dazu führen werde, dass das Gericht (auch) den von der M.V. _____ AG erwirtschafteten und an die Klägerin herauszugebenden Nettogewinn schätzen werde (act. 86/1).

Ob die Beklagte ihren Pflichten gemäss Teil-Urteil vom 23. Juni 2015 und Prozessvereinbarung vom 28. Januar 2016 ausreichend Folge leistete, ist an gegebener Stelle weiter hinten zu prüfen (vgl. E. 5.2c hinten).

4. Die Klägerin errechnet einen von der Beklagten direkt erzielten Gewinn in der Höhe von Fr. 54'032.57 (Bruttogewinn von Fr. 45'027.14 + Zuschlag von Fr. 9'005.43) sowie einen Schadenszins von Fr. 24'253.76 (Stichtag 4. April 2017), den die Beklagte herauszugeben habe (act. 126a, S. 4 N 13; act. 109a, S. 8 N 42). Die Beklagte will dagegen einen Nettoverlust von Fr. 34'121.52 erlitten haben (Bruttogewinn von Fr. 23'929.61 ./. [Kosten für die Markenregistrierung und Rechtsberatung von Fr. 22'247.50 + Logistikkosten von Fr. 35'803.63]; act. 103, S. 7-12).

4.1 a) Die Parteien sind sich einig, dass die Beklagte im relevanten Zeitraum von der L._____ GmbH 51'926 Stück HARRY POPPER Artikel erwarb, wofür ihr ein (Waren)Aufwand von Fr. 115'542.23 entstand (act. 96, S. 7 f. N 14 f.; act. 103, S. 6 N 27).

Was die Wareneinkäufe anbelangt, ist festzuhalten, dass das Vorbringen der Klägerin, wonach die Beklagte HARRY POPPER Kondome auch direkt von der Herstellerin K._____ GmbH bezogen habe (KG-act. 96, S. 6 N 12), entkräftet ist. N._____, der Geschäftsführer der K._____ GmbH, Deutschland, bestätigte mit Schreiben vom 25. August 2016, eingereicht durch die Beklagte mit Eingabe vom 25. August 2016, dass die K._____ erstmals im Verlaufe des Jahres 2011 direkt an die M._____ AG geliefert, diese seither bestehende Lieferbeziehung aber keine Kondome der Marke HARRY POPPER beinhaltet habe (act. 103, S. 6 N 26 und act. 103/2). In gleicher Weise antwortete N._____ auf dem Wege der Rechtshilfe dem Amtsgericht Hildesheim, Deutschland, in seiner schriftlichen Auskunft vom 19. Dezember 2016. Die K._____ habe der M._____ AG oder der M.V._____ AG in den Jahren 2006 bis 2011 weder Kondome noch andere Produkte mit dem Namen HARRY POPPER geliefert. Solche Kondome seien nur der L._____ GmbH geliefert worden, und zwar nur Kondome bzw. nicht auch noch andere Produkte (act. 111 und 121/2).

b) Die Beklagte weist in den mit Bezug auf Dispositivziffer 1 des Teil-Urteils des Kantonsgerichts vom 23. Juni 2015 am 27. November 2015 eingereichten Unterlagen Verkäufe in der Gesamthöhe von Fr. 143'214.52 aus (act. 66, schwarzer Bundesordner, M._____ AG 2006 – 2011, Gesamtübersicht für die Zeit vom 30. September 2006 bis 28. Februar 2011, Register 1). Aus ihrer Eingabe vom 15. März 2016 gehen Verkäufe in der Höhe von insgesamt Fr. 139'471.84 hervor (act. 82/2, S. 30). Gestützt auf diese Unterlagen legt die Klägerin in ihrer Eingabe vom 1. Juli 2016 das Total der einzelnen Verkäufe

der Beklagten an die M.R._____ AG, M.R._____ GmbH M.V._____ AG und O._____ GmbH substantiiert dar und errechnet einen Gesamtertrag von Fr. 160'569.36 (act. 96, S. 8 N 16-18; act. 96/2, Tabellen 3-6). Die Beklagte anerkennt einen Bruttogewinn von Fr. 45'027.14 (recte: Fr. 45'027.13; Fr. 160'569.36 ./ Fr. 115'542.23; act. 126b, S. 3).

aa) Im Gegensatz zur Klägerin will die Beklagte vom Betrag von Fr. 45'027.13 die Warenretouren im unbestrittenen Betrag von Fr. 20'365.34 abgezogen haben.

Die Parteien sind sich einig, dass die Beklagte die Produkte vom Markt nahm, um dem Urteil des Kantonsgerichts vom 17. August 2010 betreffend die Nichtigkeit der Marke HARRY POPPER nachzukommen und dass diese Rücknahmen als Retouren verbucht wurden (act. 96, S. 8 f. N 18; act. 103, S. 6 f. N 31-34; vgl. auch act. 96/3). Selbst wenn es im Umfang der Rückrufe bereits zu Markenrechtsverletzungen gekommen wäre, wie die Klägerin mit Verweis auf Art. 13 MSchG behauptet (act. 126a, S. 5 N 17), so vermöchte sie daraus nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Denn mit Urteil vom 17. August 2010 erklärte das Kantonsgericht die Kondome der Marke HARRY POPPER für nichtig und verbot der Beklagten und ihren Organen unter Androhung von Busse nach Art. 292 StGB deren Verwendung im Geschäftsverkehr im Zusammenhang mit Präservativen und anderen Erotik- bzw. Pornoprodukten. Somit litten diese Kondome an einem rechtlichen Mangel i.S.v. Art. 197 Abs. 1 OR, der deren Wert zu dem vorausgesetzten Gebrauche vollends aufhob. Aus diesem Grund kam es im Umfang der erfolgten Warenrückrufe zur Wandelung der von der Beklagten an die Abnehmerfirmen erfolgten Kondomverkäufe i.S.v. Art. 205 Abs. 1 OR (vgl. Schönle/Higi, Zürcher Kommentar, 2005, N 371 zu Art. 197 OR). Entgegen dem klägerischen Vorbringen (vgl. act. 126a, S. 5 N 18) fanden diese Warenrückrufe nicht freiwillig statt, sondern waren eben Folge des kantonsgerichtlichen Urteils vom 17. August 2010. Die Beklagte

erzielte also mit den HARRY POPPER Kondomen im Umfang der erfolgten Warenrückrufe keinen Gewinn. Die Klägerin übersieht, dass sie nur einen *Gewinn*herausgabeanspruch hat. Daher sind die Warenretouren im Betrag von Fr. 20'365.34 (vgl. auch act. 96/2, Beilage 7) vom Ertrag von Fr. 160'569.36 bzw. vom Bruttogewinn von Fr. 45'027.13 in Abzug zu bringen, zumal die Klägerin anerkennt, dass die Beklagte ihren Abnehmerinnen entsprechende Zahlungen oder Gutschriften leistete (vgl. act. 126a, S. 5 N 18). Es resultiert somit vorerst ein Ertrag von Fr. 140'204.02 bzw. ein Bruttogewinn von Fr. 24'661.79.

bb) Die Klägerin führt in ihrer Eingabe vom 1. Juli 2016 aus, es ergäben sich weitere (geringfügige) Abweichungen aufgrund von Rundungsdifferenzen und Währungsumrechnungen (act. 96, S. 9 N 18). Diese sind in ihren substantiierten Berechnungen des Gesamtertrages von Fr. 160'569.36 enthalten (vgl. act. 96, S. 8 N 16-18; act. 96/2, Tabellen 3-6). Darauf geht die Beklagte nicht ein, sondern trägt bloss vor, der als vernachlässigbar erachtete weitere Differenzbetrag belaufe sich auf Fr. 732.18 (Ertrag gemäss Klägerin von Fr. 160'569.36 ./ Ertrag gemäss Beklagte von Fr. 139'471.84 ./ Betrag der Warenretouren von Fr. 20'365.34 = von den Warenretouren nicht erfasste Restdifferenz des Ertrages von Fr. 732.18 (act. 103, S. 6 N 30). Es sei somit festzustellen, dass der relevante Ertrag, wie von ihr dargelegt, Fr. 139'471.84 betrage und sich der Bruttogewinn auf Fr. 23'929.61 (Fr. 139'471.84 ./ Fr. 115'542.23) belaufe (act. 103, S. 7 N 35 f.). Entgegen dem Vorbringen der Klägerin (vgl. act. 126b, S. 3 Abs. 1) ist die Rechnungsdifferenz von Fr. 732.18 also nicht unstrittig. Unterlässt es die Beklagte indessen darzulegen, weshalb die substantiierte Darstellung des klägerischen Ertrages in der Höhe von Fr. 160'569.36 neben den Warenretouren im Betrag von Fr. 20'365.34 weiter bzw. um Fr. 732.18 zu reduzieren ist, bleibt es beim Ertrag von Fr. 140'204.02 bzw. beim Bruttogewinn von Fr. 24'661.79. Auf das unsubstantiierte Vorbringen der Beklagten bezüglich des (weiteren) Abzugs von Fr. 732.18 ist nicht einzutreten.

c) Zu prüfen ist nachfolgend, ob vom Bruttogewinn von Fr. 24'661.79 weitere Abzüge vorzunehmen sind, wie dies die Beklagte behauptet (vgl. act. 103, S. 7-9 N 39-44; act. 126b, S. 3 f.), was von der Klägerin aber bestritten wird (act. 96, S. 10-12 N 21-27; act. 126a, S. 5-7 N 20-23).

aa) Der Geschäftsherr hat Anspruch auf Herausgabe des Nettogewinns. Zur Ermittlung des Nettogewinns sind die konkret dem Geschäftsführer erwachsenen Unkosten festzustellen, während allfällige branchenübliche Kosten allenfalls für eine Schätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR berücksichtigt werden können, wenn die Voraussetzungen dafür erfüllt sind. Die Abgrenzung der abzugsfähigen Aufwendungen erfolgt grundsätzlich danach, ob sie vom Geschäftsführer besonders für den gewinnbringenden Umsatz getätigt wurden und dafür auch objektiv erforderlich waren oder ob sie ebenfalls anderen Zwecken dienen konnten. Nur soweit feststeht, dass Kosten ausschliesslich für die Herstellung der patentverletzenden Produkte angefallen sind, besteht der erforderliche Zusammenhang zum erzielten Bruttogewinn (BGE 134 III 306 E. 4.1.4 S. 310 f.). Gemäss Lehre sind abzugsfähig insbesondere die Kosten für den konkreten Werbeaufwand, Personalaufwand und Werkzeugkosten (Staub, in: Noth/Bühler/Thouvenin, Markenschutzgesetz, 2017, N 116 f. zu Art. 55 MSchG).

Der Kläger trägt die Beweislast für den Bruttoerlös und die Zinsen, der Beklagte jene für die von ihm behaupteten Aufwendungen (BGE 134 III 306 E. 4.1.2 S. 309; Staub, a.a.O., N 127 zu Art. 55 MSchG; Schmid, Zürcher Kommentar, 1993, N 127 zu Art. 423 OR).

bb) Die von der Beklagten geltend gemachten Anwaltskosten für die Markenregistrierung von Fr. 1'542.00 (act. 66, schwarzer Bundesordner, M._____ AG 2006 – 2011, Kostendetail Markenregistrierung, Register 6 [Beträge ohne MWST]; act. 103, S. 8 N 41) sind abziehbar, da sie, wie es der

Name schon sagt, allein mit dem Eintrag der strittigen Marke HARRY POPPER und den diesbezüglichen Abklärungen, also mit dem Produkt HARRY POPPER, zusammenhängen. Was die Klägerin dagegen einwendet (vgl. act. 96, S. 11 N 25), ist weder substantiiert noch überzeugend. Dagegen haben die von der Beklagten geforderten Kosten für die Rechtsberatung im Hinblick auf den Gerichtsprozess ZK1 2008 19 und weitere diverse Verfahren in der Periode vom 14. Dezember 2010 bis 17. März 2011 im Betrag von insgesamt Fr. 20'705.50 (Fr. 22'247.50 ./ Fr. 1'542.00; act. 66, schwarzer Bundesordner, M._____ AG 2006 – 2011, Kostendetail Beratungshonorare, Register 7 [Beträge ohne MWST]; act. 103, S. 8 N 41) ausser Acht zu bleiben, da sie eben keinen Bezug zur Registrierung der Marke HARRY POPPER haben. Die Rechtsvertretungskosten der Beklagten aus dem Prozess betreffend die Nichtigkeit der Marke HARRY POPPER (ZK 2008 19) können nicht auf diesem Wege auf die Klägerin abgewälzt werden.

cc) Zwar sind Logistikkosten grundsätzlich abziehbar, falls sie ausschliesslich im Zusammenhang mit den rechtsverletzenden Produkten anfallen würden, was auch die Klägerin nicht bestreitet (act. 96, S. 11 N 27). Indessen will die Beklagte zum einen pauschale Logistikkosten (in der Höhe von 25 %) weiterverrechnet haben, ohne konkret zu begründen, weshalb diese gerade 25 % sämtlicher Kosten betragen sollen (act. 66, schwarzer Bundesordner, M._____ AG 2006 – 2011, Kostendetail Logistikaufwand, Register 5, erstes Blatt; act. 84/1; act. 103, S. 8 N 42; act. 126b, S. 3 unten und S. 4 oben). Zum anderen steht dieser Prozentsatz im Widerspruch zum Bericht von P._____, Revisionsexperte, vom 20. November 2015, wonach die Logistikkosten für die HARRY POPPER Produkte durchschnittlich 9.31 % betragen hätten (act. 66, schwarzer Bundesordner, M._____ AG 2006 – 2011, Kostendetail Logistikaufwand, Register 5, Blätter zwei und drei). Aber auch auf diesen Prozentbetrag kann nicht abgestellt werden. Denn die Beklagte legt die für die einzelnen Jahre 2006 bis 2011 aufgelisteten Logistikkosten und

deren Prozentsatz im Verhältnis zum Warenumsatz nicht ansatzweise dar. Die Klägerin weist ebenfalls auf die ungenügende Substanziierung der Logistikkosten hin (vgl. act. 96, S. 11 N 27; act. 126a, S. 6 f. insbesondere N 21 und 24). Ausserdem hätte die Beklagte grundsätzlich in ihren Rechtsschriften die Höhe der Logistikkosten für die HARRY POPPER Produkte substanziiert darlegen müssen. Da sie dies nicht tat, bleibt unklar, weshalb zum Beispiel die Logistikkosten im Jahre 2006 nur 0.74 % des Warenumsatzes, in den Jahren 2008, 2009 und 2011 aber über 10 % betragen. Wegen unzureichender Substanziierung können keine Logistikkosten in Abzug gebracht werden, da sie auch nach Art. 42 Abs. 2 OR nicht vernünftig geschätzt werden können. Ganz abgesehen davon, vermöchte die beweisbelastete Beklagte ihre unsubstanzierten Logistikkosten nicht zu beweisen, da sie keine einzige Logistikrechnung ins Recht legt.

dd) Die Klägerin bringt vor, die von der Beklagten in Abzug gebrachten Projektkosten (vgl. act. 66, schwarzer Bundesordner, M. _____ AG 2006 – 2011, Kostendetail Projektkosten, Register 8) seien nicht abzugsfähig. Denn diese Arbeiten seien allesamt intern bzw. von Mitarbeitern der Beklagten erbracht worden. Die Beklagte mache nicht geltend, speziell für das Projekt HARRY POPPER zusätzliche Mitarbeiter eingestellt oder Pensen bestehender Mitarbeiter erhöht zu haben. Sie hätte daher die Löhne für die mit dem Projekt befassten Mitarbeiter ohnehin im gleichen Mass entrichten müssen. Ebenso wenig abzugsfähig sei der unzureichend substanziierte, geschweige denn nachgewiesene Gemeinkostenanteil (act. 96, S. 10 f. N 23 f.; act. 126a, S. 7 N 24). Die Beklagte führt dazu lediglich aus, gemäss Bundesgericht könnten bei Beschäftigung eines Mitarbeiters während längerer Zeit mit einer patentverletzenden Tätigkeit die damit verbundenen Lohnkosten während der Kündigungsdauer dieses Mitarbeiters nicht angerechnet werden, wenn dieser sonst unterbeschäftigt wäre; anders verhalte es sich aber für die darüber hinausgehende Zeit. Ein Produktionsbetrieb solle eine mangelhafte Auslastung

nicht dadurch kompensieren, dass er als Zwischenbeschäftigung ein patentverletzendes Gut produziere. Ob dies auch bei Markenrechtsverletzungen für Dienstleistungsbetriebe gelte, habe das Bundesgericht noch nicht entschieden. Es treffe also zu, dass Gemeinkostenanteile und interne Produktionskosten abzugsfähig seien. Mangels Relevanz erübrigten sich derzeit Weiterungen dazu; solche würden aber ausdrücklich vorbehalten (act. 103, S. 8 f. N 44). Weitere Ausführungen macht die Beklagte nicht dazu (vgl. act. 126b, S. 3 f.).

Es ist nicht entscheidend, ob die verwendeten und erforderlichen Produktionsmittel vor der Aufnahme der Produktion schon zur Verfügung stehen oder eigens angeschafft bzw. hergestellt werden, um die patentverletzenden Waren zu produzieren. Fixkosten bzw. die nicht konkret zurechenbaren Gemeinkosten bei der Verwendung von Infrastruktur für die Herstellung verschiedener Güter fallen zumindest dann ausser Betracht, wenn vorhandene Produktionsmittel ohne die patentverletzende Produktion nicht ausgelastet wären oder nicht verwendet werden könnten und somit durch die Patentverletzung Verluste vermieden oder vermindert werden. Da diese Kosten dem Geschäftsführer ohnehin anfallen würden, sind sie zur Ermittlung des massgebenden Nettogewinns vom Bruttoerlös jedenfalls für die Zeit nicht in Abzug zu bringen, welche für eine Liquidation oder Verkleinerung der entsprechenden betrieblichen Infrastruktur erforderlich wäre. Soweit die strengen Voraussetzungen für eine Schätzung fehlen, trägt der Geschäftsführer die Beweislast für die Ersatzfähigkeit seiner Kosten, auch soweit sich die Ausscheidung der spezifisch für die patentverletzenden Produkte verwendeten Produktionsmittel als schwierig erweist (BGE 134 III 306 E. 4.1.5 S. 311). Allgemeine Geschäftsunkosten sind nicht abzugsfähig, ebenso wenig darf eine Vergütung für persönliche Tätigkeiten verlangt werden (Schmid, a.a.O., N 118 zu Art 423 OR). Weder behauptet noch beweist die Beklagte, dass die von ihr in Abzug gebrachten internen Produktionsmittel ohne die Markenverletzung ausgelastet gewesen wären. Die in den Monatsrapporten aufgeführten Stun-

denaufwände (vgl. act. 66, schwarzer Bundesordner, M. _____ AG 2006 – 2011, Kostendetail Projektkosten, Register 8) stellen reine Parteibehauptungen dar. Die betreffenden Stundenansätze, z.B. von Q. _____ von Fr. 300.00, erscheinen als unrealistisch hoch und laufen auf die Geltendmachung eines persönlichen Honorars hinaus. Interne Personalkosten können deshalb nicht berücksichtigt werden. Gleiches gilt nach dem Gesagten für die von der Beklagten geltend gemachten Abzüge für „Gemeinkosten, Einkauf, Verkauf und Marketing“ von Fr. 17'185.74 (vgl. act. 66, schwarzer Bundesordner, M. _____ AG 2006 – 2011, Kostenübersicht, Register 3). Gemeinkosten sind Kosten, die nicht direkt dem einzelnen Produkt belastet werden können (Ulrich/Hill/Kunz, Brevier des Rechnungswesen, 1985, S. 15). Lediglich konkrete Kosten für HARRY POPPER Produkte wie jene für Marketing wären abzugsfähig. Die stichprobenweise Überprüfung der Kostenrechnungen für November 2006 und Februar 2007 brachte aber keine solchen Kosten zum Vorschein. Die „Gemeinkosten, Einkauf, Verkauf und Marketing“ von Fr. 17'185.74 sind somit nicht genügend substantiiert und bleiben daher unberücksichtigt.

ee) Zusammenfassend sind vom Bruttogewinn von Fr. 24'661.79 lediglich die Kosten für die Markenregistrierung von Fr. 1'542.00 in Abzug zu bringen, woraus ein Nettogewinn von Fr. 23'119.79 resultiert.

4.2 Die Klägerin fordert in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR wegen Lücken und Unzulänglichkeiten der beklagtischen Berichterstattung eine Ergebniskorrektur von pauschal plus 20 % auf den von ihr auf Fr. 45'027.14 berechneten Nettogewinn, mithin einen Betrag von Fr. 9'005.43, insgesamt also Fr. 54'032.57 (act. 96, S. 12-14, N 28-34; act. 126a, S. 4 N 13). Die Beklagte bestreitet dies (act. 103, S. 9-12 N 45-62; act. 126b, S. 4 f.).

a) Auszugehen ist – wegen den Warenretouren – von einem Nettogewinn von Fr. 23'119.79 (vgl. E. 4.1c/ee vorne), bzw. nicht von Fr. 45'027.14.

b) Die Klägerin macht geltend, die Beklagte habe mehr HARRY POPPER Produkte verkauft, als sie eingekauft habe. Sie zeigt dies anhand von zwei Beispielen, in denen 15 bzw. 11.5 % mehr verkauft als eingekauft worden sei. Dies stelle ein Indiz dar, dass die Beklagte nicht alle relevanten Informationen offengelegt habe (act. 96, S. 12 N 28; act. 126a, S. 7 N 25). Die Beklagte erklärt dies damit, dass bei niedrigpreisigen Massenprodukten eine höhere Stückzahl geliefert als bestellt und verrechnet werde, weil die Lieferanten so das aufwändige Abzählen und die Überprüfung, ob die Auslieferung der Bestellung entspreche, vermeiden könnten und bei Qualitätsproblemen, einzelnen beschädigten Artikeln etc. der Kunde den Ersatz bereits habe (act. 103, S. 9 f. N 48). Diese Begründung erscheint plausibel und ist durch das Schreiben von R._____, ehemaliger Geschäftsführer der L._____ GmbH, Köln (act. 103/1), Lieferantin der Beklagten, belegt. Die Klägerin wendet dagegen ein, wäre dem so, wie die Beklagte behaupte, müssten die Mengendifferenzen bei allen Artikeltypen in etwa gleichmässig auftreten, was aber gerade nicht der Fall sei. Unverdächtig seien Artikeltypen wie die 24er Packung „Tutti Frutti Mix“, von welchen die Beklagte 1'928 Stück eingekauft, aber weniger bzw. nur 1'902 verkauft habe. Anders verhalte es sich bei der 24er Packung „extra dick“, von welchen die Beklagte lediglich 129 Stück eingekauft, aber deren 266 verkauft habe (act. 109a, S. 6 f. N 31 f.; act. 126a, S. 8 f. N 31). Die Beklagte geht auf dieses Vorbringen nicht ein (vgl. act. 126 und 126b), weshalb es unbestritten bleibt. Insoweit trifft zu, dass die Zahlen der Beklagten teilweise fraglich erscheinen, auch wenn die Firma K._____ (D), für allfällige weitere Lieferungen von HARRY POPPER Produkten an die Beklagte nicht in Frage kommt (vgl. E. 4.1a vorne mit Hinweis auf act. 111 und 121/2). Allerdings stellt die Beklagte zutreffend fest, dass bei tieferen Einkaufszahlen als Verkaufszahlen weniger Kosten, konkret Warenkosten, von

den Verkaufsumsätzen in Abzug gebracht werden müssen, was der Klägerin zum Vorteil gereicht, weil sich dadurch der Verletzergewinn erhöht (act. 103, S. 10 N 50). Dadurch, dass die Zahlen der Beklagten teilweise fraglich erscheinen, weil die Beklagte verschiedentlich erheblich mehr HARRY POPPER Kondome verkaufte als sie einkaufte, erleidet die Klägerin im Ergebnis also keinen Nachteil.

c) Die Klägerin bringt weiter vor, aus den Unternehmensbroschüren der Beklagten gehe hervor, dass diese das M._____-Shop-Konzept auch im Rahmen eines Franchising-Modells betreibe, aber keine Verkäufe an Franchisenehmer deklarieren (act. 96, S. 12 f. N 29). Es trifft zu, dass sich die Beklagte für Franchisenehmer empfahl (vgl. KG-act. 96/4). Aus welcher Zeit diese Broschüre stammt, geht aus der Beilage nicht direkt hervor. Die Beklagte legt plausibel dar, dass sie nicht aus der streitgegenständlichen Zeit herrühren kann, weil die Broschüre als Adresse der Beklagten die G._____-strasse xx in H._____- anführe und die Beklagte ihren Sitz erst im August 2011 von S._____- nach H._____- verlegt habe (act. 103, S. 10 N 51 f.), was zutrifft (vgl. act. 96/4, unten auf jeder Seite). Vor allem aber kann aus der Empfehlung für Franchisenehmer nicht geschlossen werden, dass auch solche Verträge abgeschlossen und daraus Umsätze mit HARRY POPPER Produkten erzielt worden wären, was die Beklagte denn auch einwendet (act. 103, S. 11 N 53). Die Klägerin machte diesbezüglich keine Einwände (vgl. act. 109a, S. 6 f. N 31-34; act. 126 und 126a).

d) Die Klägerin macht überdies Vorbringen zu den Verkäufen der Beklagten an die M.V._____- AG und die O._____- (act. 96, S. 13 f. N 30-35; act. 109a, S. 7 f. N 34-39), wozu die Beklagte in der Klageantwort vom 25. August 2016 Stellung nimmt (act. 103, S. 11 f. N 54-57).

Es ist unbestritten, dass die Beklagte erst ab September 2007 Verkäufe an die M.V. _____ AG ausweist. Die Beklagte erklärt dies damit, dass die M.V. _____ AG erst im September 2005 gegründet worden und der Aufbau des internetbasierenden Erotikversandhandels langwierig gewesen sei (act. 96, S. 13 N 30; act. 103, S. 11 N 54). Die Klägerin wendet ein, der M. _____-Webshop sei bereits im Sommer 2005 operativ tätig gewesen. M. _____ sei tatsächlich Franchisenehmerin von T. _____ gewesen, weshalb der Webshop nicht auf der grünen Wiese habe errichtet werden müssen (act. 109a, S. 7 N 35-37). Den von der Klägerin eingereichten Presseberichten vom 14. September 2016 kann entnommen werden, dass die T. _____ AG bisher in der Schweiz 34 Ladengeschäfte, den Erotik-Versandhandel und den Web-Shop von T. _____ während fast 15 Jahren in Lizenz geführt habe, sich vom Namen T. _____ trenne und durch die Marke „M. _____“ ersetzt werde (act. 109b, Beilagen 13 und 14). Damit ist zwar davon auszugehen, dass die M.V. _____ AG nach der Gründung im September 2005 den Webshop nicht bei Null beginnen musste. Indessen lässt sich daraus nichts über den genauen Beginn der operativen Tätigkeit des M. _____-Webshops ableiten. Aussagekräftiger ist diesbezüglich der Amtsbericht der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) vom 2. Dezember 2016 zur Mehrwertsteuerdeklarationen der M.V. _____ AG. Danach wurden infolge Umsatzdifferenzen und Vorsteuerkorrektur insgesamt Fr. 870.00 nachbelastet, wobei die Umsatzdifferenzen von Fr. 590.00 auf jeden Fall keine HARRY POPPER Produkte betreffen (act. 117 und 117/2, S. 2). Für das Jahr 2006 liegen keine Zahlen vor (vgl. act. 117/3). In den ersten drei Quartalen des Jahres 2007 betrug der Umsatz zwischen Fr. 52'000.00 und Fr. 66'000.00. Im vierten Quartal stieg dieser auf Fr. 325'000.00. Dieser pendelte in der Folge zwischen Fr. 165'000.00 und Fr. 279'000.00. Im dritten Quartal 2011 betrug der Umsatz mehr als Fr. 900'000.00 (act. 117/3). Daraus ist zu schliessen, dass die M.V. _____ AG bereits im ersten Quartal des Jahres 2007 in den Markt trat, aber erst ab 1. Oktober 2007 einen substanziellen Um-

satz erzielte, der im Vergleich zu den vorherigen Quartalen fünf Mal höher war. Trotzdem machte die M.V. _____ AG stets Verluste (vgl. act. 103/45-49). Aus dem Gesagten kann daher nicht geschlossen werden, die Beklagte habe die Bekanntgabe von Verkäufen an die M.V. _____ AG vor September 2007 unterschlagen.

Weiter ist unbestritten, dass keine Abrechnungen für Verkäufe an die M.V. _____ AG von April bis Juli 2008 vorliegen. Die Beklagte begründet dies damit, es habe keine Verkäufe der streitgegenständlichen Kondome gegeben, ohne hierfür eine plausible Erklärung abzugeben (act. 103, S. 11 N 56). Dieser Umstand lässt gewisse Zweifel an der Vollständigkeit der Verkaufszahlen für das Jahr 2008 aufkommen. Daran vermag auch die Einreichung der von der Beklagten an die M.V. _____ AG gestellten Rechnungen, auch solche, die nicht HARRY POPPER Kondome betreffen, sowie sämtlicher Kontenblätter 30010 „Wareneinkauf“ der Jahre 2007 bis 2009 und des Kontoblattes 42100 „Wareneinkauf“ für das Jahr 2010 der M.V. _____ AG (act. 103, S. 11 N 56 und S. 25 ff. N 131 ff.; act. 103/10-44), nichts zu ändern. Denn es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die M.V. _____ AG über weitere Warenaufwandkonti verfügte, in denen HARRY POPPER Kondome enthalten sein könnten (vgl. auch E. 5.2d/aa hinten). Um diesbezüglich vollständige Klarheit zu schaffen, hätte die Beklagte die gesamte Buchhaltung der M.V. _____ AG einreichen müssen, und nicht nur einzelne Konti, auch wenn sie mit Teil-Urteil 23. Juni 2015 hierfür nicht verpflichtet wurde.

Unbestritten ist das Vorbringen der Klägerin, wonach die Verkäufe an die M.V. _____ AG für die Zeit von April bis Dezember 2010 nur in einer einzigen Rechnung dokumentiert werden (act. 96, S. 13 f. N 32). Die Beklagte erklärt dies mit dem Umstand, dass von April 2010 bis 31. Dezember 2010 wegen der Umstellung auf SAP keine Rechnung der Beklagten an die M.V. _____ AG habe gestellt werden können. Die Rechnung vom 31. De-

zember 2010 beinhalte entsprechend mehrere Monate, was sich auch aus deren Höhe ergebe (act. 103, S. 11 f. N 57). Dieser Einwand der Beklagten ist nachvollziehbar. In der Folge geht die Klägerin nicht mehr darauf ein (vgl. act. 109, S. 7 f.; 126 und 126a, S. 7-10 N 25-34).

Hinsichtlich der Verkäufe der Beklagten an die O._____ steht fest, dass für bestimmte Wochen keine Abrechnungen für Verkäufe in Slowenien vorliegen. Allerdings gibt die Beklagte hierfür eine plausible Erklärung ab, wonach die Abnehmerinnen der Beklagten über eigene Lagermöglichkeiten verfügen würden, weshalb nicht jeder Abnehmerin jeden Monat eine Rechnung habe gestellt werden können, bzw. Rechnungen gestellt worden seien, diese aber keine HARRY POPPER Kondome umfasst hätten (act. 96, S. 14 N 33; act. 103, S. 12 N 58). Auch diesbezüglich unterlässt die Klägerin in der Folge weitere Ausführungen.

e) Zusammenfassend bestehen nur hinsichtlich der Verkäufe der Beklagten an die M.V._____ AG von April bis Juli 2008 gewisse Zweifel an der Vollständigkeit der beklagtischen Angaben. Fest steht, dass die Beklagte der M.V._____ AG in den Jahren 2006 bis 2011 insgesamt 646 HARRY POPPER Artikel verkaufte und dabei einen Ertrag (Umsatz) von Fr. 2'295.95 erzielte, wobei in den Jahren 2006 und 2011 keine Verkäufe stattfanden (act. 96/2, Tabelle 5). Dagegen betrug der Ertrag (Umsatz) der Beklagten mit dem Verkauf von HARRY POPPER Artikeln an die M.R._____ AG, M.R._____ GmbH, M.V._____ AG UND O._____ in der gleichen Zeit rund Fr. 140'200.00 (vgl. E. 4.1b/bb vorne). Der entsprechende Nettogewinn belief sich auf Fr. 23'119.79 (vgl. E. 4.1c/ee vorne). Daraus lässt sich ein anteilmässiger Gewinn der Beklagten mit den Verkäufen an die M.V._____ AG in den vier Jahren 2007 bis 2010 von rund Fr. 378.60 errechnen (Fr. 23'119.79 x Fr. 2'295.95 : Fr. 140'200.00). Da nur hinsichtlich der Verkäufe der Beklagten an die M.V._____ AG von April bis Juli 2008, also für die Zeit von vier

Monaten, gewisse Zweifel bestehen, rechtfertigt sich ein Gewinnzuschlag von 8.33 % (100 % x 4/48 Mt.) auf den anteilmässigen Nettogewinn der Beklagten gegenüber der M.V. _____ AG von Fr. 378.60, mithin ein solcher im Betrag von Fr. 51.55. Die Beklagte übersieht mit ihrem Hinweis auf Art. 42 Abs. 2 OR (vgl. act. 103, S. 12 N 61), dass der Nettogewinn gestützt auf das von ihr eingereichte Zahlenmaterial konkret auf Fr. 23'119.79 berechnet wurde, aber nur wegen Zweifeln an der Vollständigkeit der Verkaufszahlen für eine Periode von vier Monaten ein Zuschlag von 8.33 % auf den anteilmässigen Nettogewinn der Beklagten gegenüber der M.V. _____ AG von Fr. 378.60 erfolgte. Die Höhe des von der Beklagten direkt von ihr erwirtschafteten und der Klägerin herauszugebenden Nettogewinns ist somit auf gerundet Fr. 23'171.35 (Fr. 23'119.79 + Fr. 51.55) festzusetzen.

4.3 a) Die Klägerin verlangt einen Schadenszins von 5 % p.a. ab Ende des jeweiligen Geschäftsjahres (act. 96, S. 2, Rechtsbegehren N 1). Dass ein solcher Zins in dieser Höhe grundsätzlich geschuldet ist, ergibt sich aus Dispositivziffer 2 des kantonsgerichtlichen Teil-Urteils vom 23. Juni 2015, wonach die Beklagte verpflichtet wird, der Klägerin einen nach Auskunftserteilung noch festzulegenden Betrag als Gewinnherausgabe zuzüglich Zins von 5 % seit Ende des jeweiligen Geschäftsjahres zu bezahlen (act. 59a).

b) Die Klägerin beziffert den Schadenszins per Stichtag 4. April 2017 auf insgesamt Fr. 24'253.76 (act. 126a, S. 4 N 13 mit Hinweis auf N 42 der Eingabe vom 1. Juli 2016).

Auszugehen ist von der substantiierten Berechnung des Schadenszinses durch die Klägerin per Stichtag 10. November 2016 anlässlich der Instruktiionsverhandlung vom 10. November 2016 (act. 126a, S. 8 N 42) bzw. aus der betreffenden Beilage (act. 109b, Beilage 12). Betreffend die abzugsfähigen Kosten für die Registrierung der Marke HARRY POPPER im Betrage von

Fr. 1'542.00 sind die Abzüge wie folgt vorzunehmen: Fr. 432.00 ab 1. Januar 2007 und Fr. 1'110.00 ab 1. Januar 2008 (vgl. act. 66, schwarzer Bundesordner, M. _____ AG 2006 – 2011, Kostenübersicht und Kostendetail Markenregistrierung, Register 3 und 6). Vom Ertrag sind die Warenretouren von insgesamt Fr. 20'365.34 abzuziehen (vgl. E. 4.1b/aa vorne; act. 96/3). Die Beklagte verbuchte alle Retouren im Jahre 2011 (act. 66, schwarzer Bundesordner, M. _____ AG 2006 – 2011, Umsatzübersicht, Register 2, S. 2). Daher ist dieser Betrag für die Berechnung der jährlichen Schadenszinse erst ab 1. Januar 2012 vom Bruttogewinn von Fr. 45'027.14 in Abzug zu bringen. Der Gewinnzuschlag von 8.33 % bzw. Fr. 51.55 (vgl. E. 4.2e vorne) ist ab 1. Januar 2009 vorzunehmen. Ausgehend von der klägerischen Tabelle „Berechnung Netto-Gewinn M. _____ AG“ (act. 109b, Beilage 12, korrigierte Tabelle 8) ergeben sich somit folgende Gewinn-/Verlustzahlen (per Ende des jeweiligen Jahres):

Saldo	Total	
2006: Verlust Fr. 6'220.04; Markenr. Fr. 432.00	Fr. 6'652.04	Fr. 6'652.04
2007: Gewinn Fr. 15'304.95; Markenr. Fr. 1'110.00 7'542.91	Fr. 14'194.95	Fr.
2008: Verlust	Fr. 5'841.90	Fr. 1'701.01
2009: Gewinn Fr. 5'153.98; Gewinnzuschlag Fr. 51.55;	Fr. 5'205.53	Fr. 6'906.54
2010: Gewinn	Fr. 32'508.12	Fr. 39'414.66
2011: Gewinn	Fr. 4'122.03	Fr. 43'536.69
2012: Retouren	Fr. 20'365.34	<u>Fr. 23'171.35</u>

Die Beklagte hat der Klägerin somit folgende Schadenszinse zu bezahlen:

5 % auf Fr. 7'542.91	01.01.2008-31.12.2008:	Fr. 377.15
5 % auf Fr. 1'710.01	01.01.2009-31.12.2009:	Fr. 85.50
5 % auf Fr. 6'904.54	01.01.2010-31.12.2010:	Fr. 345.25
5 % auf Fr. 39'414.66	01.01.2011-31.12.2011:	Fr. 1'970.75
5 % auf Fr. 43'536.69	01.01.2012-31.12.2012:	<u>Fr. 2'176.85</u>
Total		Fr. 4'955.50

und 5 % auf Fr. 23'171.35 ab 01.01.2013.

5. Die Klägerin errechnet für die Jahre 2006 bis 2011 (für die Jahre 2006 und 2011 liegen keine Zahlen vor; vgl. act. 96/2, Tabelle 9) gestützt auf die Unterlagen der Beklagten bei 646 Stück verkauften HARRY POPPER Artikel einen von der M.V. _____ AG erzielten Nettogewinn von Fr. 8'233.07 sowie einen Schadenszins von Fr. 3'166.74 per Stichtag 4. April 2017. Bei den Stückzahlen von 646 seien die ungerechtfertigten Warenretouren nicht berücksichtigt worden (act. 96, S. 14-16 N 36-40; act. 126a, S. 10 N 36).

5.1 a) Die Beklagte ist mit der klägerischen Herleitung des Bruttoverletzergewinns der damaligen M.V. _____ AG dem Grundsatz nach einverstanden, hält aber zum einen die Zahl von 646 Stück als unsubstanziert, da nicht nachvollziehbar sei, wie die Klägerin eine Gesamtstückzahl von 646 errechne. Die Nichtberücksichtigung von Warenretouren sei irrelevant, weil die Beklagte gar keine Retouren von der damaligen M.V. _____ AG an sie geltend gemacht habe. Zutreffend sei daher eine Stückzahl von 568, weshalb sich der Nettogewinn auf Fr. 7'241.04 reduziere (act. 103, S. 13 N 64 f.; act. 82/4, M.V. _____ AG, S. 12). Anlässlich der Hauptverhandlung vom 4. April 2017 bezeichnet die Beklagte die strittige Differenz zwischen Fr. 8'233.07 und Fr. 6'516.93 als nicht bedeutend (act. 126b, S. 5 Abs. 5).

Die Klägerin berechnet gestützt auf die mit Eingabe vom 27. November 2015 eingereichten umfangreichen Unterlagen der Beklagten (vgl. zu act. 66) den Nettogewinn der M.V. _____ AG (act. 96, S. 15 f. N 39 f.; act. 96/2, Tabelle 9). Diese Berechnung ist ausführlich und nachvollziehbar. Die Beklagte geht in ihrer Klageantwort darauf nicht ein. Unterlässt es die Beklagte somit aufzuzeigen, inwiefern die klägerische Darstellung unzutreffend sein soll, ist auf das unsubstanzierte Vorbringen der Beklagten bezüglich der Stückzahl von HARRY POPPER Artikel (568 statt 646) nicht weiter einzutreten. Der Vollständig-

keit halber ist darauf hinzuweisen, dass die Beklagte in ihrer mit Eingabe vom 15. März 2016 eingereichten Tabelle „Umsatzübersicht nach Preisen“ für die M.V. _____ AG eine Gesamtstückzahl von 568 HARRY POPPER Produkten ausweist (act. 82/2, M.V. _____ AG, S. 12). Ihren am 27. November 2015 eingereichten umfangreichen Unterlagen konnte indessen noch eine Stückzahl von 586 entnommen werden (act. 66, schwarzer Bundesordner, M. _____ AG 2006 – 2011, Umsatzübersicht, Register 2). Das Vorbringen der Beklagten ist also nicht nur unsubstanziert, sondern auch widersprüchlich.

Die Beklagte fordert eine weitere Reduktion des Nettogewinns von Fr. 7'241.04 um 10 % auf Fr. 6'516.93. Zur Begründung führt sie aus, wegen Rabattierungen und Aktionen hätten nicht alle Kunden den vollen Preis bezahlen müssen. Auch seien geringfügige Debitorenverluste zu berücksichtigen (act. 103, S. 13 N 65; act. 126b, S. 5 Abs. 5). Die Klägerin hält eine pauschale Reduktion als unzulässig, weil sie weder substantiiert sei noch Beweis hierfür offeriert werde. Auf diese zutreffende Kritik geht die Beklagte in ihrer Duplik nicht ein (vgl. act. 126b, S. 5). Es kann somit offen bleiben, ob die Beklagte mit diesem Vorbringen überhaupt gehört werden kann, was die Klägerin bestreitet (act. 126a, S. 16 N 53).

Nach dem Gesagten bleibt es bei dem von der Klägerin substantiiert dargelegten Nettogewinn von Fr. 8'233.07.

b) Neben dem Nettogewinn von Fr. 8'233.07 ist die Beklagte auch zu verpflichten, der Klägerin den von ihr geltend gemachten Schadenszins von Fr. 3'166.74 per Stichtag 4. April 2017 zu bezahlen (vgl. auch E. 5 vorne). Denn die Beklagte äussert sich dazu mit keinem Wort (vgl. act. 103, S. 12 f. N 63-65; act. 126b, S. 5). Per Stichtag des heutigen Urteils vom 21. November 2017 lässt sich der Schadenszins wie folgt berechnen:

5 % auf Fr. 1'754.32	01.01.2008-21.11.2017:	Fr. 862.25
5 % auf Fr. 1'750.14	01.01.2009-21.11.2017:	Fr. 772.70
5 % auf Fr. 3'046.19	01.01.2010-21.11.2017:	Fr. 1'192.60
5 % auf Fr. 1'682.42	01.01.2011-21.11.2017:	<u>Fr. 574.55</u>
Total		Fr. 3'402.10

Ausserdem ist der Gesamtbetrag von Fr. 8'233.07 ab 21. November 2017 mit 5 % zu verzinsen.

5.2 Fest steht nach dem Gesagten, dass die Klägerin gestützt auf die Unterlagen der Beklagten bei 646 Stück verkauften HARRY POPPER Artikeln einen von der M.V._____ AG erzielten Nettogewinn von Fr. 8'233.07 errechnen konnte, was einem Stückgewinn von Fr. 12.75 entspricht. Insoweit war eine Schätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR nicht notwendig.

a) Die Klägerin bringt vor, es erscheine ausgeschlossen, dass die vorliegenden Zahlen (vgl. E. 5.1 vorne) die von der M.V._____ AG mit den streitgegenständlichen HARRY POPPER Artikeln erzielten vollständigen Umsätze wiedergeben würden. Dies würde nämlich bedeuten, dass die M.V._____ AG in den Jahren 2006 bis Februar 2011 lediglich 646 HARRY POPPER Artikel verkauft hätte. Diese geringe Anzahl könne nicht stimmen, da die M.R._____ AG im gleichen Zeitraum über ihr Schweizer Filialnetz 40'903 HARRY POPPER Artikel verkauft und dabei einen Gewinn von Fr. 420'471.15 erzielt habe. Es sei wahrscheinlich, dass die M.V._____ AG die relevanten HARRY POPPER Produkte nicht nur von der Beklagten, sondern auch von Dritten bezogen habe. Ein Vergleich mit der deutschen T._____ AG zeige, dass über den Versandhandel 47 % mehr Artikel verkauft würden als über das Filialnetz, weshalb sich der Versandhandelsumsatz der M.V._____ AG auf Fr. 618'092.60 (Fr. 420'471.15 x 1.47) belaufe. Dieser Betrag sei um 20 % zu erhöhen, weil wegen der Lücken und Unzulänglichkeiten der beklagten Auskünfte bereits die Ausgangsinformationen be-

züglich des Umsatzes über das Filialnetz zu gering gewesen seien (vgl. E. 4.2 vorne). Somit resultiere für die Beklagte ein über die M.V. _____ AG erzielter Gewinn von Fr. 741'711.12 (Fr. 618'092.60 x 1.2), den die Beklagte der Klägerin zu ersetzen habe. Hinzu kämen Schadenszinsen von insgesamt Fr. 300'501.60 per Stichtag 4. April 2017 (act. 96, S. 16-19 N 42-51; act. 109a, S. 5 N 19 und S. 9 f. N 49-51; act. 126a, S. 11-13 N 37-43).

Die Beklagte wendet ein, erstens seien die von der Klägerin herangezogenen Kennzahlen nicht vergleichbar, zweitens sei der Vergleich der Beklagten mit der T. _____ untauglich, drittens liessen Vergleiche der Gesamtumsätze im Erotikhandel zwischen Einzelhandel und Versandhandel keine Rückschlüsse auf Produktumsätze mit Kondomen im Einzelhandel und Versandhandel zu und viertens würde sich die Korrektheit der beklagtischen Angaben zu den Versandhandelsumsätzen aus den Akten und dem Vergleich mit dem entsprechenden Konto der Finanzbuchhaltung der damaligen M.V. _____ AG ergeben (act. 103, S. 15-29 N 75-143; act. 109a, S. 10-15; act. 126b, S. 5-15).

b) Stützt sich der Anspruch auf Herausgabe des aus der Patentverletzung erzielten Gewinnes auf Art. 423 OR, ist in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR eine Schätzung des Gewinnes nach Ermessen des Richters zulässig. Die Voraussetzungen für die Schätzung müssen aber auch hier erfüllt sein. Die beweisbelastete Partei, die sich auf diese Erleichterung beruft, muss alle Umstände, die für die Erzielung eines Gewinnes oder für dessen Verminderung sprechen, soweit möglich und zumutbar behaupten und beweisen. Der Schädiger, der die Höhe seiner Gewinne bestreitet, muss dies spezifiziert unter Vorlage von Detailzahlen tun und kann sich nicht mit pauschaler Bestreitung begnügen (BGE 134 III 306 E. 4.1.2 S. 309 mit Hinweis auf BGE 122 III 219 E. 3a S. 221; vgl. auch Staub, a.a.O., N 128 f. zu Art. 55 MSchG). Die vom Kläger vorgebrachten Umstände müssen geeignet sein, den Bestand des Schadens hinreichend zu belegen und seine Grössen-

ordnung genügend fassbar werden zu lassen (BGE 128 III 271 E. 2b/aa S. 276 f.; BGE 122 II 219 E. 3a S. 222; BGer, Urteil 4a_232/2010 vom 19. Juli 2010, E. 10.1). Der Schluss, dass tatsächlich ein Schaden vom behaupteten ungefähren Umfang eingetreten ist, muss sich dem Gericht mit einer gewissen Überzeugungskraft aufdrängen. Der Eintritt des geltend gemachten Schadens darf nicht bloss im Bereich des Möglichen liegen, sondern muss als annähernd sicher erscheinen (BGE 122 II 219 E. 3a S. 222; BGer, Urteil 4A_232/2010 vom 19. Juli 2010, E. 10.1). Die Abrechnungen müssen den Tatsachen entsprechen und sind so detailliert einzureichen, um der Gegenpartei eine genaue Bezifferung (Schätzung) ihres Anspruchs zu erlauben und dem Gericht eine detaillierte Kontrolle des errechneten Betrags zu ermöglichen (BGer, Urteil 4P.318/2006 vom 14. März 2007, E. 2.3.2). Soweit die strengen Voraussetzungen für eine Schätzung fehlen, trägt der Geschäftsführer die Beweislast für die Ersatzfähigkeit seiner Kosten, auch soweit sich die Ausscheidung der spezifisch für die patentverletzenden Produkte verwendeten Produktionsmittel als schwierig erweist (BGE 134 III 306 E. 4.1.5 S. 311). Diese Rechtsprechung gilt nach Auffassung des Kantonsgerichts nicht nur für patentverletzende Produkte, sondern ist auch auf allgemein rechtsverletzende, also auch auf markenrechtsverletzende Produkte anzuwenden.

c) aa) Mit Einreichung der Akten vom 15. März 2016 trug die Beklagte gegenüber der Klägerin vor, die Umsätze der M.V. _____ AG an die Endkunden in der Zeit nach der Fusion (vom 30. Juni 2011) hätten sich nicht eruieren lassen, weil das Warenwirtschafts-System in jener Phase an den Logistik-Dienstleister „outgesourct“ gewesen sei und dieser diese Umsätze nicht herausziehen könne (act. 82/1). Zu Recht entgegnete die Klägerin, dass die Zeit nach der Fusion gar nicht relevant sei, sondern vielmehr der in Dispositiv-Ziffer 1 des kantonsgerichtlichen Teil-Urteils erwähnte Zeitraum vom 30. September 2006 bis 28. Februar 2011 (act. 96, S. 4 N 5 Abs. 1), was die Beklagte

eingesteht und sich dabei auf einen Irrtum beruft (act. 103, S. 3 N 10). Damit steht fest, dass die Beklagte über den Umsatz und den Nettogewinn der M.V. _____ AG keine Auskunft erteilte.

bb) Fraglich ist, ob die Beklagte die Gewinn- und Umsatzzahlen der M.V. _____ AG hätte liefern können, was die Klägerin behauptet (vgl. act. 96, S. 4 f. N 5 f.; act. 109a, S. 2 N 3 f. und S. 4 N 17 f.; act. 126a, S. 1 f. N 3), von der Beklagten aber bestritten wird (vgl. act. 103, S. 4 N 12-15; act. 126b, S. 8 f.). Der Einwand der Beklagten, sie könne die Informationen beim externen Outsourcingpartner nicht erhältlich machen, vermag nicht zu überzeugen. Denn unabhängig davon war die M.V. _____ AG bzw. – nach der Fusion im Juni 2011 – die Beklagte verpflichtet, insbesondere Geschäftsbücher und Buchungsbelege während zehn Jahren aufzubewahren, nach neuem wie nach altem Recht (vgl. Art. 958f Abs. 1 OR bzw. Art. 957 Abs. 1, Art. 958 Abs. 1 und Art. 962 aOR). Die Beklagte unterlässt es somit, nachvollziehbar darzulegen, weshalb sie bezüglich der M.V. _____ AG keine vollumfängliche Auskunft mehr geben könne. Ebenso wenig liefert sie jene Elemente, die eine möglichst genaue Schätzung des Umsatzes und des Bruttogewinnes erlauben würden.

Mangels anderweitiger, zuverlässiger Unterlagen erwog das Kantonsgericht am 12. Juli 2017, den Gewinn der M.V. _____ AG anhand eines Vergleichs von Umsatz und Ertrag der M.R. _____ AG und der M.V. _____ AG in den Jahren 2006-2010 zu schätzen (vgl. act. 127). Indessen reicht die Beklagte trotz dieser ausdrücklicher Anordnung der Gerichtsleitung keine substantiierten und belegten Zahlen hinsichtlich der Gesamtumsätze der M.R. _____ AG ein (vgl. act. 128), obwohl F. _____ einziges Mitglied der M.V. _____ AG war (act. 47/3) und auch Geschäftsführer der M.R. _____ AG ist (act. 57/3, S. 1 unten). Der von der Beklagten behauptete Umsatz der M.R. _____ AG im dreistelligen Millionenbereich bzw. von

mehr als 100 Millionen Franken (act. 128, S. 2) entbehrt somit jeglicher Grundlage. Entgegen dem Vorbringen der Beklagten (vgl. act. 128) war diese Verfügung sehr wohl statthaft. Denn wenn das Kantonsgericht wegen der fehlenden Informationen seitens der Beklagten den Gewinn der M.V. _____ AG zu schätzen hat, muss es ihm auch möglich sein, die hierfür notwendigen Unterlagen edieren zu lassen (hinsichtlich der Rechtsgrundlagen, vgl. act. 127). Es ist deshalb irrelevant, dass die Klägerin zum Umsatz der M.R. _____ AG keine Behauptungen anstellte. Eine Verletzung der Eventualmaxime kann darin jedenfalls nicht erblickt werden.

cc) Es steht fest, dass die Firma K. _____ in den Jahren 2006 bis 2011 der Beklagten oder der M.V. _____ AG weder Kondome noch andere Produkte mit dem Namen HARRY POPPER lieferte, sodass nur der Bezug von Kondomen von der L. _____ GmbH an die Beklagte bewiesen ist (vgl. E. 4.1a vorne). Denn die Klägerin behauptete nie, dass die M.V. _____ AG von der L. _____ HARRY POPPER Produkte bezog. Insoweit hat es sich die Klägerin selbst zuzuschreiben, dass allfällige Lieferungen der L. _____ GmbH an die M.V. _____ AG unbewiesen bleiben. Diese Umstände vermögen indessen nichts daran zu ändern, dass nach dem Gesagten die Beklagte mit ihrem Verhalten es verhindert, die nötigen Zahlen zu liefern, die es der Klägerin ermöglichen würden, den gesamten Gewinn der M.V. _____ AG mit HARRY POPPER Produkten darzulegen und zu beweisen. Insoweit ist der Beklagten somit eine Beweisvereitelung vorzuwerfen. Wegen der unzureichenden Auskunftserteilung und Rechnungslegung der Beklagten ist androhungsgemäss auf die Angaben der Klägerin abzustellen (vgl. Teil-Urteil vom 23. Juni 2015, E. 2f/aa S. 31; act. 80, S. 1, N 3). Allerdings ist gestützt auf die Prozessvereinbarung vom 28. Januar 2016 zu prüfen, ob die Vorbringen der Klägerin zum geschätzten Nettogewinn der M.V. _____ AG (vgl. E. 5.2a vorne) aufgrund der im Recht liegenden Unterlagen plausibel erscheinen oder von der Beklagten entkräftet werden können. Entgegen dem Vorbringen der

Beklagten (vgl. act. 126b, S. 8 Abs. 1) vermag daran nichts zu ändern, dass eine Gewinnschätzung nicht ins Dispositiv des kantonsgerichtlichen Teil-Urteils vom 23. Juni 2015 aufgenommen wurde, da den Erwägungen (E. 2f/bb S. 31) entnommen werden kann, dass gemäss Fusionsvertrag vom 27. Juni 2011 die Beklagte die M.V. _____ AG übernahm und sie auch diesbezüglich Auskunft zu erteilen hat.

d) aa) Die Beklagte hält dafür, sie habe mit Eingabe vom 27. November 2015 (act. 66) alle ihre Rechnungen an die M.V. _____ AG eingereicht, sofern diese HARRY POPPER Kondome enthalten hätten. Am 25. August 2016 habe sie zusätzlich diejenigen Rechnungen von ihr einreichen lassen, in denen keine HARRY POPPER Kondome zu finden seien. Sämtliche Wareneinkäufe seien im Konto 30010 (ab 2010: Konto 42100) „Wareneinkauf“ verbucht worden. Die im Konto 30010 ausgewiesenen Wareneinkäufe, die ebenfalls Bestandteil der revidierten Finanzbuchhaltung der M.V. _____ AG sei, stimmten überein mit den von der Beklagten ins Recht gelegten Rechnungen der Beklagten an die M.V. _____ AG. Damit habe die Beklagte zum einen nachgewiesen, dass die M.V. _____ AG ihren gesamten Wareneinkauf bei ihr getätigt habe. Zum anderen stehe fest, dass die Beklagte mehr Rechnungen herausgegeben habe als sie gestützt auf das Teil-Urteil des Kantonsgerichts vom 23. Juni 2015 verpflichtet gewesen wäre. Denn mit erwähntem Entscheid sei die Beklagte nicht zur Offenlegung der ganzen Buchhaltung, sondern bloss zur Auskunftserteilung über Umsätze und Aufwendungen hinsichtlich der HARRY POPPER Kondome verpflichtet worden (act. 103, S. 25-29 N 132 f. und 135-143; act. 126b, S. 6). Die Klägerin wendet ein, die von der Beklagten vorgelegten Kontenblätter könnten bestenfalls Warenbezüge belegen, welche die M.V. _____ AG im Konto 30010 bzw. 42100 verbucht habe. Es sei aber nicht ausgeschlossen, dass die M.V. _____ AG zusätzliche Warenbezüge in anderen Warenaufwandskonten verbucht habe (act. 126a, S. 15 N 51; act. 126, S. 11). Dieser Einwand ist begründet (vgl. E. 4.2d vorne). Die

Beklagte vermag also aus den von ihr eingereichten zahlreichen Rechnungen nichts zu ihren Gunsten abzuleiten.

bb) Die Klägerin bringt vor, auch die Revisionsberichte oder der Amtsbericht der ESTV könnten nicht belegen, dass die von der M.V. _____ AG eingekauften HARRY POPPER Produkte vollständig aus den von der Beklagten für ihre eigenen Umsätze ins Recht gelegten Unterlagen hervorgingen. Vielmehr liessen die Mehrwertsteuerunterlagen einzig den Schluss zu, dass die M.V. _____ AG mehr Wareneinkäufe getätigt habe als aus den von der Beklagten offengelegten Zahlen ersichtlich sei (act. 126a, S. 15 f. N 51 f.; act. 126, S. 11). Die Beklagte hält dagegen dafür, der Kontrollbericht der ESTV aus dem Jahre 2010 attestiere der M.V. _____ AG eine ordnungsgemässe Buchführung. Damit sei auch erstellt, dass die Angaben der Beklagten zu ihren Verkäufen an die M.V. _____ AG und zu deren Umsätzen richtig seien. Aus dem Verhältnis von Vorsteuern auf Warenaufwand zu den gesamten Vorsteuern lasse sich nichts gegen die Beklagte herleiten (act. 126b, S. 7; act. 126, S. 13 f.).

Richtig ist, dass gestützt auf den Kontrollbericht der ESTV aus dem Jahre 2010, abgesehen von einer Ergänzungskorrektur, die zu einer Nachsteuer von Fr. 870.00 führte, der M.V. _____ AG für die Jahre 2007 und 2008 eine ordnungsgemässe Buchführung attestiert wird (act. 117/1 und 117/2). Daraus ist zu schliessen, dass die Umsätze der M.V. _____ AG, wie sie in act. 117/3 und 117/4 aufgeführt werden, richtig sind. Wie es sich in den Jahren 2006 und 2009 bis 2011 verhält, steht indessen nicht fest. Ebenso wenig ist ersichtlich, ob auch die Angaben der Beklagten zu ihren Verkäufen an die M.V. _____ AG vollständig sind, da die Beklagte diesbezüglich nichts weiter substantiiert. Nicht bewiesen ist ebenfalls die gegenteilige Behauptung der Klägerin, nämlich dass die M.V. _____ AG mehr Wareneinkäufe tätigte als aus den von der Beklagten offengelegten Zahlen ersichtlich ist. Denn die Aus-

führungen der Klägerin (vgl. act. 126a, S. 15 N 52) sind nicht nachvollziehbar. Ausserdem sind sie auch nicht ausreichend substantiiert, weil die Klägerin gerade einmal zwei Perioden – das dritte Quartal 2008 und das vierte Quartal 2009 – herauspickt.

e) Die Beklagte bringt vor, der Versandhandel spiele beim Vertrieb von Kondomen eine absolut untergeordnete Rolle. Zum Beweis offerierte sie das Schreiben von I._____, CEO der J._____ GmbH, an sie vom 23. August 2016. Darin führte dieser aus, diese Firma sei seit über 35 Jahren einer der bedeutendsten Grosshändler für Erotikprodukte und Kondome in Europa. Sie würden über sehr gute Kundenkontakte zu den wichtigen Online-Plattformen im Internet in ganz Europa verfügen. Bei ihren Versandhaus- und Online-Kunden sei der Umsatzanteil mit Kondomen vernachlässigbar und habe in den letzten Jahren immer deutlich weniger als 1 % ausgemacht. In den Jahren 2007 bis 2010 sei der Umsatzanteil bei 0.8 % gelegen (act. 103/9). Ausserdem offerierte die Beklagte U._____, Leiter des Grosshandelssegments der deutschen T._____ AG, als Zeugen, für ihre Behauptung, wonach bei der erwähnten Firma in den Jahren 2014 und 2015 der Anteil am Umsatz mit Kondomen im Internetversandhandel zwischen 1.08 bis 1.18 % gelegen sei (act. 103, S. 24 N 124-128). Die Klägerin bestreitet dies, ohne konkret auf die genannten Prozentzahlen einzugehen, aber mit dem Hinweis, dass über das von der M.R._____ AG betriebene Schweizer Filialnetz während derselben Zeit mehr als 40'000 solcher Packungen verkauft worden seien, also ca. das Sechzigfache (act. 109a, S. 13 f., N 67-72; act. 126a, S. 11 f. N 37 und 43 sowie S. 14 f. N 49 f.).

aa) Bei der Beurteilung, ob ein Vergleich der M.V._____ AG mit der M.R._____ AG statthaft erscheint, ist zu beachten, dass der Verkauf über das Filialnetz der M.R._____ AG nicht ohne weiteres mit dem Onlineversand der M.V._____ AG verglichen werden kann. Kondome sind nämlich

unbestrittenermassen teurer, wenn sie über den Internetshop bezogen werden, da Versandkosten und Minimalmengenzuschläge anfallen. Ausserdem stellt ein Kondom ein Verbrauchsartikel dar, der grundsätzlich kurzfristig verfügbar sein sollte, weshalb der Versandhandel ein weniger geeigneter Vertriebskanal ist. Allerdings gilt dies nur bedingt für Kondome aus Erotikshops, da diese oftmals nicht als Hygiene-, sondern als Lifestyle-Produkte positioniert werden (vgl. act. 103, S. 22-24 N 115 f. und 121 f.; act. 109a, S. 13 f. N 67-72).

Weiter ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die im September 2005 mit einem AK von Fr. 100'000.00 gegründete M.V. _____ AG anlässlich der Fusion mit der Beklagten im Juni 2011 bzw. per 31. Dezember 2010 (vgl. act. 47, N 2; act. 47/2 und 47/3) wie in den Jahren zuvor überschuldet war (act. 103, S. 25-29 N131-146; act. 103/45-49). Deren Onlinehandel war also defizitär, was aber nicht ausschliesst, dass mit einzelnen Produkten (viel) Gewinn erzielt wurde. Fest steht nämlich, dass allein gestützt auf die von der Beklagten eingereichten Unterlagen ein von der M.V. _____ AG erzielter Gewinn von Fr. 8'233.07 errechnet werden kann (vgl. E. 5.1 vorne).

Die Klägerin bringt vor, die Auffassung der Beklagten, wonach diese wegen des fehlenden Zugriffs auf Kataloge so wenig Umsatz erzielt habe, sei nicht durchschlagend. Die Beklagte übersehe dabei, dass etwa der V. _____ seine Kataloge eingestellt habe. Auch W. _____ erwirtschaftete seinen Umsatz nur online. Online sei heute im Trend und viel besser (act. 126, S. 10 oben). Die Beklagte entgegnet, es treffe zu, dass der V. _____ seinen Hardcopy-Katalog-Versand eingestellt habe. Allerdings sei diese Einstellung erst im Jahre 2017 erfolgt (act. 126, S. 14). Dazu ist zu bemerken, dass auch der Versand der T. _____ AG in der fraglichen Zeit schwergewichtig auf Hardcopy-Katalogen fusste. Im Jahre 2007 erfolgte aber immerhin knapp ein Drittel aller Bestellungen über das Internet (act. 109, Beilage 18, S. 2 oben).

Im Jahre 2010 erschienen die Kataloge in einer Auflage von 36 Millionen Stück (act. 103/4, S. 4 Mitte). Erst im Jahre 2016 wurde der letzte Katalog verschickt (vgl. act. 103/3). Die Klägerin bedenkt somit nicht, dass der Onlinehandel vor zehn Jahren noch nicht so hochrentabel war wie heute.

Nach dem Gesagten geht es nicht an, den von der Klägerin behaupteten und mangels ausreichender Informationen der Beklagten bewiesenen erwirtschafteten Gewinn der M.R._____ AG von Fr. 420'471.15 unbesehen dem (teilweisen) Gewinn der M.V._____ AG gleichzusetzen.

bb) Die Klägerin errechnete gestützt auf die Zahlen der Beklagten für die M.R._____ AG einen mit 40'903 HARRY POPPER Kondomen in den Jahren 2006 bis 2011 erzielten Gewinn von Fr. 420'471.15 (act. 96/2, Tabelle 10). Davon ist wegen der fehlenden Informationen der Beklagten auszugehen.

Weiter ist der Gesamtumsatz der M.V._____ AG bekannt, den sie vom 1. Januar 2007 bis 31. März 2011 erzielte. Gemäss den Mehrwertsteuerabrechnungen der M.V._____ AG beliefen sich deren Gesamtumsätze in den ersten drei Quartalen des Jahres 2007 zwischen Fr. 52'000.00 und Fr. 66'000.00. Im vierten Quartal stieg der Gesamtumsatz auf Fr. 325'000.00. Dieser schwankte in der Folge zwischen Fr. 165'000.00 und Fr. 279'000.00. Im dritten Quartal 2011 betrug der Umsatz mehr als Fr. 900'000.00 (act. 117/3). Allerdings ist nur der Zeitraum vom 30. September 2006 bis 28. Februar 2011 relevant (vgl. act. 59a). Von Januar 2007 (frühere Zahlen sind nicht verfügbar) bis Ende März 2011 ergibt sich für die M.V._____ AG ein Gesamtumsatz von rund Fr. 3.293 Millionen Franken (vgl. act. 117/3 und 117/4). Darauf ist abzustellen, da nicht davon auszugehen ist, die Beklagte habe den Steuerbehörden nicht sämtliche Unterlagen eingereicht.

Da die Beklagte entgegen der Verfügung der Gerichtsleitung vom 12. Juli 2017 keine substantiierten und belegten Zahlen hinsichtlich der Gesamtumsätze der M.R. _____ AG lieferte (vgl. E. 5.2c/bb vorne), kann der Gewinn der M.V. _____ AG auch nicht anhand eines Umsatz- und Ertragsvergleichs der M.R. _____ AG und der M.V. _____ AG hergeleitet werden, was allein die Beklagte zu vertreten hat.

Die Beklagte behauptet einen Umsatzanteil von Kondomen von 1 %. Ginge man zugunsten der Beklagten von dieser Höhe aus, ergäbe sich für die M.V. _____ AG ein Kondomumsatz von Fr. 32'930.00 (1 % von 3.293 Millionen Franken). Hätte die M.V. _____ AG, bezogen auf ihren Umsatz, verhältnismässig gleich viele Kondome verkauft wie die Beklagte, wären dies ca. 12'068 Stück (51'382 Stk. : ca. Fr. 140'200.00 [vgl. E. 4.1b/bb vorne] x Fr. 32'930.00), also nicht nur 646 Stück gewesen. Diesfalls hätte sich der Nettogewinn auf Fr. 153'802.90 belaufen (Fr. 8'233.07 [vgl. E. 5.1a vorne] x 12'068/646).

cc) Zwar ist unbestritten und erstellt, dass die Umsätze des Versandhandels der T. _____ AG deren Umsätze des Einzelhandels in den Jahren 2006 bis 2010 durchschnittlich um 47 % überstieg (vgl. act. 96/7-96/11). Doch ist unerfindlich, weshalb diese Verhältniszahl übernommen werden soll, um den von der M.V. _____ AG mit den HARRY POPPER Artikeln erwirtschafteten Gewinn zu bestimmen. Denn Umsätze verschiedener Sparten (Einzelhandel und Versandhandel) müssen nicht verhältnismässige Gewinne zur Folge haben. Weiter handelt es sich bei den Umsätzen der T. _____ AG um Gesamtumsätze ohne Unterteilung in Artikelkategorien, wogegen vorliegend der Gewinn der M.V. _____ AG einer einzelnen Produktkategorie (Kondome) herzuleiten ist. Zudem ist die T. _____ AG mit der M.V. _____ AG nicht vergleichbar, auch wenn die Beklagte während 15 Jahren Lizenznehmerin der T. _____ war (vgl. act. 109b, Beilage 14). Die T. _____ AG war und ist

nämlich unbestrittenermassen eine europaweit tätige Publikumsgesellschaft, die in der fraglichen Zeit im Versandhandel schwergewichtig auf dem Katalogversand fusste. Die M.V. _____ AG wurde dagegen erst im September 2005 mit einem AK von Fr. 100'000.00 gegründet und war bei der Fusion mit der Beklagten im Juni 2011 bzw. per 31. Dezember 2010 (vgl. act. 47, N 2; act. 47/2 und 47/3) wie in den Jahren zuvor überschuldet (vgl. E. 5.2e/aa vorne). Bereits aus diesen Gründen kann die T. _____ AG nicht mit M.V. _____ AG verglichen werden bzw. das Verhältnis der Umsatzzahlen des Einzelhandels der T. _____ AG zu deren Umsatzzahlen des Versandhandels von 1 : 1.47 kann nicht übernommen werden, um den von der M.V. _____ AG mit den HARRY POPPER Artikeln erwirtschafteten Gewinn zu bestimmen. Selbst wenn daher Kondome in den Webshops der T. _____ AG in den Jahren 2006 und 2007 Top-Seller gewesen wären (vgl. act. 109a, S. 13 N 69 und 109b, Beilagen 22 f.), kann da-raus nicht geschlossen werden, dies habe auch für die M.V. _____ AG gegolten. Ausserdem sind in casu nicht Kondome generell, sondern einzig HARRY POPPER Kondome relevant.

Lässt sich nach dem Gesagten die M.V. _____ AG nicht mit der T. _____ AG vergleichen, ist die Beweisofferte der Beklagten, Befragung von U. _____ als Zeuge, nicht geeignet, den Umsatzanteil des Kondomverkaufs am Gesamtumsatz der M.V. _____ AG herzuleiten, und ist somit nicht abzunehmen.

f) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beklagte die Umsatz- und Nettogewinnzahlen der M.V. _____ AG hätte vorlegen müssen, dies aber nicht tat, obwohl sie es hätte tun können (vgl. E. 5.2c/bb vorne). Ebenso wenig lieferte sie hinreichende Angaben für eine Schätzung des Verletzergewinns. Insoweit ist der Beklagten eine Beweisvereitelung vorzuwerfen. Auch erscheint unglaublich, dass die M.V. _____ AG in den Jahren 2006 bis 2011

lediglich 646 HARRY POPPER Artikel verkauft haben soll, weshalb auf die Angaben der Beklagten nicht abgestellt werden kann. Da Kondome teurer sind, wenn sie über den Internetshop bezogen werden, die erst im September 2005 gegründete M.V. _____ AG anlässlich der Fusion mit der Beklagten im Juni 2011 bzw. per 31. Dezember 2010 wie in den Jahren zuvor überschuldet war und der Onlinehandel vor zehn Jahren noch nicht so hochrentabel war wie heute, kann der Gewinn der M.R. _____ AG von Fr. 420'471.15 nicht dem (teilweisen) Gewinn der M.V. _____ AG gleichgesetzt werden. Der Gesamtumsatz der M.V. _____ AG in der Zeit von Januar 2007 bis Ende März 2011 beträgt rund 3.293 Millionen Franken. Ginge man zu Gunsten der Beklagten von einem Umsatzanteil von Kondomen von 1 % am Gesamtumsatz der M.V. _____ AG aus, ergäbe sich ein Kondomumsatz von insgesamt Fr. 32'930.00. Hätte die M.V. _____ AG, bezogen auf ihren Umsatz, verhältnismässig gleich viele Kondome verkauft wie die Beklagte, hätte daraus ein Nettogewinn von Fr. 153'802.90 resultiert. Die M.V. _____ AG kann nicht mit der T. _____ verglichen werden, weshalb auch das Verhältnis der Umsatzzahlen des Einzelhandels der T. _____ AG zu deren Umsatzzahlen des Versandhandels von 1 : 1.47 nicht übernommen werden kann, um den von der M.V. _____ AG mit den HARRY POPPER Artikeln erwirtschafteten Gewinn zu bestimmen. Aufgrund dieser Umstände erscheint der von der Beklagten behauptete und bereits bewiesene Nettogewinn der M.V. _____ AG von Fr. 8'233.07 (vgl. E. 5.1 vorne) eindeutig zu tief. Gestützt auf Art. 42 Abs. 2 OR schätzt das Kantonsgericht den Gewinn der M.V. _____ AG (zusätzlich bzw. neben den Fr. 8'233.07) ermessensweise auf Fr. 120'000.00. Darin ist auch die von der Klägerin behauptete pauschale Erhöhung um 20 % (vgl. act. 96, S. 19 N 51) enthalten.

g) Die Klägerin verlangt einen Schadenszins von Fr. 300'501.60 per Stichtag 4. April 2017 (act. 126a, S. 13 N 43 mit Hinweis auf ihre Eingabe vom 1. Juli 2016).

Der Betrag von Fr. 120'000.00 (vgl. E. 5.2f vorne) ist ab mittlerem Verfall per 1. August 2009 (1. Januar 2008 [da die M.V. _____ AG im Jahre 2006 weder Umsatz noch Gewinn erzielt haben soll; vgl. act. 96/2, Beilage 9] bis 28. Februar 2011) mit 5 % zu verzinsen.

6. Die Klägerin macht vorprozessuale Anwaltskosten von Fr. 525.00 sowie einen Zins seit 13. Mai 2008 geltend (act. 96, S. 19 N 53; ZK1 2011 39: act. 1, S. 9 f. N 26). Die Beklagte bestreitet diesen Anspruch (vgl. act. 103, S. 30 N 148 f.).

a) Dass die Klägerin grundsätzlich einen Anspruch auf Entschädigung der vorprozessualen Anwaltskosten hat, ergibt sich aus dem rechtskräftigen Teilurteil des Kantonsgerichts vom 23. Juni 2015. Gemäss Dispositiv-Ziff. 2 dieses Entscheids wurde die Beklagte nämlich verpflichtet, der Klägerin einen nach Auskunftserteilung noch festzulegenden Betrag als Gewinnherausgabe zuzüglich Zins von 5 % seit Ende des jeweiligen Geschäftsjahres zu bezahlen. Zur Begründung kann auf E. 2d S. 15-23 desselben Entscheids verwiesen werden. Daher sind nur mehr die Höhe des Anspruchs und der Beginn des Zinsenlaufs strittig.

b) Die Klägerin führte in ihrer Klageschrift vom 26. September 2011 aus, die Kostenabrechnungen für den behaupteten Anspruch von Fr. 525.00 würden noch nachgereicht (ZK1 2011 39: act. 1, S. 9 f. N 25-27). Eine solche liegt nicht im Recht. Zu finden sind einzig drei Mahnschreiben vom 29. September 2006, 26. Oktober 2006 und 19. November 2007, die der Klageschrift beiliegen (ZK1 2011 39: act. 2, Beilagen 4-6). Der behauptete Anspruch von Fr. 525.00 geht aber auch daraus nicht hervor. Fehlt es an einer Honorarnote betreffend die vorprozessualen Anwaltskosten, geschweige denn liegen diesbezüglich Konkretisierungen und Erläuterungen vor, ist dieser behauptete An-

spruch mangels ausreichender Substanziierung abzuweisen (vgl. BGer, Urteil 4A_264/2015 vom 10. August 2015, E. 4.2.2).

7. a) Das vorliegende Verfahren war sehr aufwändig. Gestützt auf § 3 Abs. 2 und § 34 i.V.m. § 33 Gebührenordnung für die Verwaltung und die Rechtspflege im Kanton Schwyz (SRSZ 173.111) sind die Kosten dieses Verfahrens auf insgesamt Fr. 35'000.00 festzusetzen (vgl. Art. 95 Abs. 2 ZPO). Sie werden von den Kostenvorschüssen der Klägerin in der Höhe von insgesamt Fr. 30'000.00 (vgl. act. 107) bezogen.

Entgegen dem Vorbringen der Beklagten (vgl. act. 103, S. 29 f. N 147) ist für die Auferlegung der Prozesskosten vorliegend nicht massgebend, was die Klägerin mit der Erhöhung ihrer Forderung auf über Fr. 800'000.00 bezweckte. Vielmehr ist zu beachten, dass die Klägerin hinsichtlich der Zuständigkeit des Kantonsgerichts, des Auskunftsanspruchs gemäss Teil-Urteil des Kantonsgerichts vom 23. Juni 2015 und des grundsätzlichen Bestandes der Forderung nebst Zins obsiegt bzw. einzig bezüglich der Höhe der Forderung mehrheitlich unterliegt. Indessen ist die Gefahr des Überklagens nahezu immanent, da die Bezifferung des Anspruchs für die Klägerin grundsätzlich schwierig ist, die Beklagte für die Gewinnberechnung der M.V. _____ AG überhaupt keine Zahlen liefert (vgl. act. 82/1) und die Höhe dieses Gewinns vom Ermessen des Kantonsgerichts abhängt (vgl. Rüegg/Rüegg, in Spühler/Tenchio/Infanger, a.a.O., N 3 zu Art. 107 ZPO). Daher sind die Kosten dieses Verfahrens gestützt auf Art. 106 Abs. 1 und 2 sowie Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO der Klägerin zu 3/10 (Fr. 10'500.00) und der Beklagten zu 7/10 (Fr. 24'500.00) aufzuerlegen.

b) Bei der Festlegung der Höhe der Parteientschädigung ist zu beachten, dass bei einem Streitwert von Fr. 100'001.00 bis 1 Million Franken das Grundhonorar zwischen Fr. 5'500.00 bis Fr. 39'600.00 beträgt (§ 8 Abs. 2

GebTRA), wobei gemäss § 16 Abs. 1 GebTRA aussergewöhnlichem Aufwand mit einem Zuschlag von bis zu 100 Prozent Rechnung getragen werden kann. Das Verfahren beanspruchte für beide Parteien aussergewöhnlich viel Arbeit. Allerdings musste die Klägerin bzw. deren Rechtsanwälte deutlich mehr Zeit investieren als die Beklagte bzw. deren Rechtsanwalt. Dies vor allem deshalb, weil die Zusammenstellung der Unterlagen zur Erfüllung des klägerischen Auskunftsanspruchs (elf Bundesordner) nicht durch den beklagischen Rechtsanwalt, sondern durch die Beklagte selber erfolgte, wofür sie nur eine Umtriebsentschädigung zugute hat, wogegen der klägerische Rechtsanwalt gestützt auf diese umfangreichen, aber dennoch nicht vollständigen Akten die Forderung zu substantzieren hatte. Daher ist die Parteientschädigung für die Klägerin auf pauschal Fr. 55'000.00 und jene der Beklagten auf Fr. 40'000.00 festzusetzen. Die Klägerin hätte der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 12'000.00 (30 % von Fr. 40'000.00) und die Beklagte der Klägerin eine solche von Fr. 38'500.00 (70 % von Fr. 55'000.00) zu bezahlen. Daher ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 26'500.00 (inkl. Auslagen und 8 % MWST) zu bezahlen. Ausserdem wird das Gericht der Klägerin die von ihr bezahlte Sicherheitsleistung für eine allfällige Parteientschädigung zugunsten der Beklagten von Fr. 15'000.00 zurückbezahlen.

erkannt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin folgende Beträge als Gewinnherausgabe zu bezahlen:

- a) Fr. 23'171.35 zuzüglich Zinsen von Fr. 4'955.50 und 5 % auf Fr. 23'171.35 ab 01.01.2013.
- b) Fr. 8'233.07 zuzüglich Zinsen von Fr. 3'402.10 und von 5 % auf Fr. 8'233.07 ab 21. November 2017.
- c) Fr. 120'000.00 zuzüglich Zinsen von 5 % ab 1. August 2009.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Die Kosten des Berufungsverfahrens von Fr. 35'000.00 werden der Klägerin zu Fr. 10'500.00 und der Beklagten zu Fr. 24'500.00 auferlegt. Sie werden von den Kostenvorschüssen der Klägerin von insgesamt Fr. 30'000.00 bezogen. Für den Restbetrag von Fr. 5'000.00 wird der Beklagten Rechnung gestellt. Ausserdem hat die Beklagte der Klägerin unter dem Titel Gerichtskostenersatz Fr. 19'500.00 zu bezahlen.

3. Die Beklagte ist verpflichtet, der Klägerin für dieses Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 26'500.00 (inkl. Auslagen und 8 % MWST) zu bezahlen. Das Gericht wird der Klägerin die Sicherheitsleistung von Fr. 15'000.00 zurückerstatten.

4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung nach Art. 72 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht in Lausanne eingereicht werden; die Beschwerdeschrift muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen. Der Streitwert beträgt Fr. 813'220.18 (Fr. 812'695.18 + Fr. 525.00).

5. Zufertigung an die Klägerin (2/R), die Beklagte (2/R) und nach definitiver Erledigung an die Kantonsgerichtskasse (1/ü, im Dispositiv).

Namens der 1. Zivilkammer
Der Kantonsgerichtspräsident

Der Gerichtsschreiber

Versand

23. November 2017 kau