

Nachschlagewerk: ja
Antliche Sammlung: nein

2426 095

ZPO § 253

"Mampe Halb und Halb"

Zur Frage des Rechtsschutzbedürfnisses und der Bestimmtheit des Antrags bei Unterlassungsklagen, die auf eine erst im Rechtsstreit erklärte Berührung des Beklagten gestützt sind.

BGH, Urt. v. 16. Oktober 1962 - I ZR 162/60

OLG Hamburg

I ZR 162/60

Verkündet am 16. Oktober 1962
Grunau, Justizhauptsekretär,
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Firma F. J. M. [REDACTED], H. [REDACTED], E. [REDACTED]straße [REDACTED] - [REDACTED],
vertreten durch ihren persönlich haftenden Gesellschafter,
den Kaufmann Benno N. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma Carl M. [REDACTED] AG, B. [REDACTED], G. [REDACTED]allee [REDACTED] - [REDACTED],
gesetzlich vertreten durch die Vorstandsmitglieder Direktor
G. [REDACTED] und Direktor K. [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 21. September 1962 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Prof. Dr. h. c. Wilde und der
Bundesrichter Dr. Löscher, Pehle, Dr. Spengler und Claßen

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des
3. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts
zu Hamburg vom 28. Juli 1960 im Kostenpunkt und in-
soweit aufgehoben, als es den Unterlassungsantrag
zu 1 a und den dazu gestellten Hilfsantrag abgewiesen
hat. In diesem Umfange wird die Sache zur anderweiten
Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten
des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht
zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Beide Parteien stellen Spirituosen her und führen in ihren Firmen den Namen M a m p e . Ebenso wie andere Hersteller bringen sie auch eine Likörsorte "Halb und Halb" auf den Markt. Die Klägerin bezeichnet ihr Erzeugnis als "Halb und Halb Mampe-Likör", die Beklagte das ihrige als "Mampe Halb und Halb". Beide Bezeichnungen sind als Warenzeichen eingetragen und werden von den Parteien seit Jahrzehnten verwendet. Als weitere Kennzeichen führt die Klägerin einen Doppelturm oder Doppelmönch, die Beklagte ein Schimmelgespann sowie Elefantenzeichen. Zur Unterscheidung ihrer Firmen haben die Parteien vereinbart, stets das Domizil hinzuzusetzen, so daß sich die Klägerin "Mampe-Hamburg", die Beklagte "Mampe-Berlin" nennt.

Nach näherer Maßgabe eines gerichtlichen Vergleichs vom 22. März 1930 (Ziff. VI) haben die Parteien sich verpflichtet, sich in ihrer Werbung nicht mit der anderen Firma zu vergleichen, vielmehr beide als gleichwertig zu behandeln. In einem weiteren Vergleich vom 29. Februar 1952 haben sie vereinbart, ihren Vertretern ein gemeinschaftlich verfaßtes Rundschreiben zu übersenden, das einen Überblick über die Ursprünge beider Unternehmen und über die verwendeten Bezeichnungen sowie eine Wiederholung der im Vergleich von 1930 festgelegten Verpflichtung enthält.

Die Klägerin macht zur Begründung der vorliegenden Klage geltend, das Publikum habe die eingewurzelte, auch durch entsprechende Aufklärung nicht zu beseitigende allgemeine Gewohnheit, bei Warenbezeichnungen, soweit sie einen Namen enthalten, diesen voranzustellen; darum sei es unvermeidlich, daß auch ihre eigene Ware vom Publikum abkürzend als "Mampe Halb und Halb" bezeichnet und diese Bezeichnung



bei mündlichen Bestellungen verwendet werde, wenn der Kunde einen Likör der Klägerin wünsche. Auch Gastwirte pflegten vielfach von sich aus ihre - der Klägerin - Liköre unter dieser Bezeichnung auf Getränkekarten anzubieten. Hiergegen habe die Beklagte sich gewandt; dabei sei sie jedoch in einer gegen die geschlossenen Vereinbarungen verstoßenden, im übrigen aber auch wettbewerbswidrigen Art und Weise vorgegangen, indem sie nämlich Wiederverkäufer darauf hingewiesen habe, sie dürften, wenn ein Kunde "Mampe Halb und Halb" bestelle, nur ihren - der Beklagten - Likör, nicht dagegen den der Klägerin verkaufen. Die Klägerin ist der Ansicht, in einem derartigen Hinweis der Beklagten liege ein Verstoß sowohl gegen den Vergleich von 1930, als auch gegen § 1 UWG. Im einzelnen handelt es sich um folgende unstreitige Vorfälle:

1. In der Zeitschrift "Der Lebensmittelhandel" vom 29. Juni 1957 veröffentlichte die Beklagte eine kleine Anzeige mit dem hervorgehobenen Wort SCHIMMELGESPANN, in der es heißt: "Auch im Sommer bekömmlich für jedermann Mampe Halb und Halb mit dem Schimmelgespann. Verkaufen Sie stets unseren Original Mampe Halb und Halb, wenn der Kunde diesen oder nur Schimmelgespann verlangt ...".
2. Der Vertreter E [REDACTED] der Beklagten besuchte ein Restaurant in L [REDACTED] und bestellte "4 Mampe Halb und Halb, aber aus Berlin bitte". Als ihr Aushilfskellner B [REDACTED] statt dessen das Erzeugnis der Klägerin ausschenkte, wies E [REDACTED] dies zurück und machte den Kellner auf den Unterschied zwischen seiner Bestellung und der Kennzeichnung der Flasche, aus der ausgeschenkt worden war, aufmerksam. Eine wegen dieses Vorfalls von der Klägerin gegen E [REDACTED] erhobene Klage ist rechtskräftig abgewiesen worden (Urteil des erkennenden Senats vom 26. Februar 1960, I ZR 166/58).

3. Das S [REDACTED] in F [REDACTED] führte nur das Erzeugnis der Klägerin, hatte dies jedoch auf der Getränkekarte als "Mampe Halb und Halb" ausgezeichnet. Der Vertreter der Beklagten, K [REDACTED], erklärte dem Wirt, diese Bezeichnung dürfe lediglich für das Produkt der Berliner Firma verwendet werden, und machte ihn gleichzeitig auf möglicherweise entstehende gerichtliche Schwierigkeiten aufmerksam.
4. Das Restaurant B [REDACTED] in Bochum führte ebenfalls nur das Erzeugnis der Klägerin, kündigte es jedoch auf der Getränkekarte als "Mampe Halb und Halb" an. Im Auftrage der Beklagten beanstandete dies Rechtsanwalt Dr. D [REDACTED].
5. In Ahrweiler besuchte der Vertreter S [REDACTED] der Beklagten im Jahre 1956 den Lebensmittelhändler St [REDACTED], der das Erzeugnis der Klägerin führte, und warb für die Beklagte. Dabei erklärte er u.a., St [REDACTED] mache sich strafbar, wenn er einem Kunden, der Mampe Halb und Halb verlange, ein Erzeugnis der Klägerin verkaufe. In einem anschließenden Prozeß wurde Spitze zur Unterlassung verschiedener Werbemaßnahmen rechtskräftig verurteilt.

Die hierauf gestützten Klageanträge lauten, soweit sie im Revisionsrechtszuge noch verfolgt werden:

Die Beklagte zu verurteilen, es bei Vermeidung einer für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Geldstrafe in unbeschränkter Höhe oder Haftstrafe bis zu 6 Monaten zu unterlassen, in gedruckten Werbeäußerungen oder bei mündlichen Verkaufsgesprächen zu erklären, die Wiederverkäufer dürften, sofern ein Mampe Halb und Halb gefordert wird, nur das Halb und Halb-Erzeugnis der Beklagten liefern, dagegen nicht den

"Halb und Halb Mampe-Likör" der Klägerin,
hilfsweise,

in gedruckten Werbeäußerungen und bei mündlichen Verkaufsgesprächen zu erklären, die Wiederverkäufer dürften, sofern ein "Mampe Halb und Halb" gefordert wird, nur das Halb und Halb-Erzeugnis der Beklagten liefern.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt und das Recht für sich in Anspruch genommen, in der Werbung darauf hinzuweisen, daß nur ihr Erzeugnis verkauft werden dürfe, wenn der Kunde einen Likör unter der ihr vorbehaltenen Warenbezeichnung fordere; wenn Wiederverkäufer das Erzeugnis der Klägerin unter demselben Warenzeichen anboten, so müsse sie sich dagegen zur Wehr setzen können; sie befinde sich dabei in einer Abwehrlage auch gegenüber der Klägerin, da diese bestrebt sei, sich an ihre starke Werbung für das Zeichen "Mampe Halb und Halb" anzuhängen.

Das Landgericht hat die Klage aus sachlichen Gründen abgewiesen und ausgeführt, sie finde in dem Vergleich von 1930 und in § 1 UWG keine Grundlage. Mit der hiergegen erhobenen Berufung hat die Klägerin ergänzend geltend gemacht, die Beklagte werbe in anderem Zusammenhang damit, nur ihr stehe an der Bezeichnung "Mampe Halb und Halb" Warenzeichenschutz zu. In diesem Verhalten liege im Zusammenhang mit den bereits vorgetragenen Verstößen eine Verletzung der aus dem Vergleich von 1930 und aus § 3 UWG folgenden Pflichten der Beklagten.

Die Beklagte hat erwidert, die Klage sei hinsichtlich des Hauptantrages nicht schlüssig, und im übrigen im wesentlichen ihr früheres Vorbringen wiederholt.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen und in den Gründen ausgeführt, daß die Klage schon mangels Rechtsschutzinteresses ohne Sachprüfung als unzulässig abzuweisen sei.

Mit der dagegen eingelegten Revision verfolgt die Klägerin die wiedergegebenen Anträge weiter, wobei sie jedoch anheimstellt, den letzten Halbsatz des Hauptantrages im Wege der Klarstellung zu streichen, da er ohne Bedeutung sei (Revisionsbegründung S. 7). Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

- I. Die Klägerin stellt zu dem mit der Revision allein noch verfolgten Hauptantrag einen Hilfsantrag, der sich von dem Hauptantrag nur dadurch unterscheidet, daß in ihm der jenem beigefügte Nebensatz "dagegen nicht den Halb und Halb-Likör der Klägerin" fehlt; es bedarf keiner näheren Begründung, daß der Hilfsantrag wegen seiner uneingeschränkten Fassung weiter geht als der Hauptantrag und alle von diesem erfaßten Fälle deckt. Die Revision verkennt dies nicht, hat vielmehr anheimgegeben, den wiedergegebenen Nebensatz im Wege einer Klarstellung zu streichen, allerdings, ohne den Hauptantrag damit fallen zu lassen. Auch sie stellt damit jedoch den bisher als Hilfsantrag bezeichneten Antrag in die erste Reihe. Es ist deshalb zunächst dieser Antrag zu prüfen und nur für den Fall, daß ihm nicht stattgegeben werden kann, darüber zu entscheiden, ob wenigstens das im Hauptantrag enthaltene Begehren begründet ist.

II. Das Berufungsgericht hat in der Urteilsformel die Zurückweisung der Berufung der Klägerin ausgesprochen; da das Landgericht die Klage aus sachlich-rechtlichen Gründen abgewiesen hatte, bringt die Formel damit an sich ebenfalls eine Sachabweisung zum Ausdruck, denn im Falle der Prozeßabweisung wäre die Formel wegen der dann vorliegenden Änderung des angefochtenen Urteils in einer Weise zu fassen gewesen, die diese Änderung erkennen ließ. Die Revision stellt darüber hinaus aber auch nach dem Inhalt der zur Auslegung der Tragweite des Berufungsurteils heranzuziehenden Urteilsgründe zur Nachprüfung, ob es sich um eine Abweisung mangels Rechtsschutzbedürfnisses oder aus sachlich-rechtlichen Gründen handelt. Sie meint, das Berufungsgericht habe trotz mehrerer Hervorhebungen, wonach die Klage schon mangels Rechtsschutzbedürfnisses abzuweisen gewesen sei, mit seinen Ausführungen darüber, daß die zur Klagebegründung angeführten 5 Einzelfälle den Klageantrag nicht rechtfertigten, weil er mit den konkreten Merkmalen dieser Fälle nicht übereinstimme, die Klage in Wahrheit sachlich abgewiesen.

1. Diese Ausführungen treffen nur zu, soweit sie sich auf den die Würdigung der Einzelfälle betreffenden Teil des angefochtenen Urteils beziehen. Insoweit hat das Berufungsurteil für jeden der Fälle geprüft, ob er ein Verbot des begehrten Inhalts rechtfertige; dabei ist es zu dem Ergebnis gekommen, daß in jedem Falle wesentliche Unterschiede gegenüber dem Antrag gegeben seien. Die im Tatbestand unter Nr. 1 aufgeführte Anzeige enthalte mit der Werbung "Verkaufen Sie stets..." etwas anderes als die angegriffene Erklärung, die Wiederverkäufer "dürften nur ..." das Erzeugnis der Beklagten liefern; auch beziehe sich die Anzeige auf den anders liegenden Fall, daß der Kunde einen "Original Mampe Halb und Halb" verlangt habe. Das Verhalten des Vertreters E. [REDACTED] im Falle Nr. 2 werde gleichfalls wegen der

besonderen Umstände der Bestellung, die ausdrücklich auf einen "Berliner" Mamepe gerichtet gewesen sei, vom Klagebegehren nicht erfaßt; außerdem habe es sich nicht um ein Verkaufsgespräch gehandelt. Die Fälle Nr. 3 und 4 seien durch das zusätzliche Merkmal gekennzeichnet, daß die Wiederverkäufer der Klägerin deren Ware auf den Getränkearten unter dem Warenzeichen der Beklagten angeboten hätten; dies sei von den Vertretern der Beklagten mit Recht beanstandet worden; solche aufklärenden Beanstandungen seien aber mit dem Klageantrage überhaupt nicht angegriffen. Der Fall Nr. 5 betreffe einen allerdings unzulässigen Hinweis eines Vertreters auf die Strafbarkeit des Verhaltens von Wiederverkäufern; auch dieses Merkmal fehle aber im Klageantrag.

Diese Begründung rechtfertigt, wie der Revision zuzugeben ist, nicht die Verneinung schon des Rechtsschutzbedürfnisses an dem gestellten, allgemeiner gefaßten Klageantrag. Sie stellt im Ergebnis die sachliche Verneinung des allgemeiner gehaltenen Unterlassungsanspruchs aus zwei teilweise zusammen treffenden Gründen dar; einmal (Fälle Nr. 2, 3, 4) wird das Verhalten des Beauftragten der Beklagten als nicht wettbewerbswidrig bezeichnet; im übrigen aber wird in dem Urteil für alle Einzelfälle hervorgehoben, daß das konkrete Verhalten bisher ein anderes als das angegriffene gewesen sei. In der letzteren Erwägung liegt der Sache nach die Verneinung der ernstlichen Gefahr, die Beklagte werde sich des angegriffenen Hinweises bedienen. Eine solche Gefahr erstmaliger Begehung ist aber sachliche Voraussetzung des vorbeugenden Unterlassungsanspruchs in den Fällen, in denen eine Rechtsverletzung bisher nicht oder jedenfalls nicht in der angegriffenen Art stattgefunden hat (vgl. zuletzt BGH GRUR 1962, 34 - Torsana; Wieczorek, § 253 C I a 2). Ihr Fehlen muß deshalb zur Sachabweisung führen.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts zu den einzelnen "Verletzungsfällen" sind an sich aus sachlich-rechtlichen Gründen nicht zu beanstanden. Die Revision macht demgegenüber zwar unter Hinweis auf die Rechtsprechung des erkennenden Senats (GRUR 1957, 606, 608 - Heilmittelvertrieb) namentlich geltend, der Klageantrag bringe den Unrechtsgehalt des beanstandeten Verhaltens unter Verzicht auf unwesentliche Begleiterscheinungen im Kern zutreffend zum Ausdruck; das genüge. Dieser Angriff wird allerdings der Betrachtungsweise des Berufungsgerichts nicht gerecht, denn es vermißt in dem Klageantrag gerade nicht unwesentliche Begleiterscheinungen, sondern die das Verhalten im jeweiligen Einzelfall seiner Ansicht nach kennzeichnenden Umstände, in einzelnen Fällen (2, 3, 4) überhaupt das Vorliegen eines Hinweises, der sich auf ein Verhalten der Wiederverkäufer gegenüber Kunden beziehe, um das es im vorliegenden Streit allein geht.

2. Es kann jedoch für die vorliegende Entscheidung dahingestellt bleiben, ob bereits die zur Begründung der Klage vorgetragenen Einzelfälle, gegebenenfalls in ihrer Zusammenfassung, die Annahme einer für das Unterlassungsbegehren der Klägerin erforderlichen Wiederholungs- oder Begehungsgefahr rechtfertigen; denn die Klage ist im Laufe der Tatsacheninstanzen auch auf Erklärungen der Beklagten gestützt worden, mit denen diese nach Auffassung der Klägerin das Recht zu Hinweisen der mit der Klage angegriffenen Art in vollem Umfange in Anspruch genommen hat. Daß diese Erklärungen erst im Laufe des Rechtsstreits und zur Ausführung von Rechten gemacht worden sind, steht ihrer Berücksichtigung im Rahmen der Wiederholungsgefahr nicht entgegen; das folgt aus dem Grundsatz, daß der Entscheidung die bei Schluß der mündlichen Verhandlung gegebene Sachlage zugrunde zu legen ist.

Das Berufungsgericht hat sich mit dieser rechtlich selbständig zu würdigenden Klagebegründung nicht ausdrücklich befaßt. Es führt lediglich allgemein aus, dem Antrag fehle das Rechtsschutzbedürfnis, weil er nicht klar auf bestimmte Verletzungsfälle Bezug nehme, sondern eine grundsätzliche Entscheidung für alle theoretisch denkbaren Fälle der Werbung ohne Rücksicht auf die näheren Umstände begehre. Der Hinweis, den die Klägerin untersagt wissen wolle, könne je nach den Umständen zulässig oder unzulässig sein. Wenn die Beklagte unrichtige Ankündigungen in Getränkearten der Gastwirte bekämpfe, so sei sie dabei im Recht, falls nicht sonstige Verstöße vorkämen, die aber im Klageantrag nicht aufgeführt seien. Wenn Vertreter dagegen die im Falle Nr. 5 bezeichnete Werbung betrieben, so könnten im Zusammenhang des ganzen auch solche Sätze unzulässig erscheinen, die für sich allein nicht zu beanstanden wären. Es seien so viele Gestaltungen der Werbung denkbar, daß eine grundsätzliche Entscheidung nicht getroffen werden könne. Für eine solche bestehe auch kein Bedürfnis, weil die Klägerin gegen jeden konkreten Verstoß vorgehen könne und schon bisher vorgegangen sei.

Auch diese Ausführungen betreffen jedoch nicht die Frage des Rechtsschutzbedürfnisses, das bei einem Leistungsbegehren nur in Ausnahmefällen verneint werden kann. Vielmehr läuft diese Begründung darauf hinaus, das Klagebegehren sei insgesamt so vieldeutig und unklar abgegrenzt, daß es nicht möglich sei, darüber zu urteilen. Damit wäre allerdings die Zulässigkeit der Klage, und zwar unter dem Gesichtspunkt mangelnder Bestimmtheit des Antrages, in Frage gestellt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Nun muß zwar der Klageantrag so ungrenzt sein, daß der Beklagte sich erschöpfend verteidigen kann (Rosenthal, UWG, 8. Aufl. S. 66; RGZ 123, 307, 309); auch die Rücksicht auf die Rechtskraft-

wirkung und die Zwangsvollstreckung erfordert ein genaues tatsächliches Vorbringen darüber, welches Verhalten verboten sein soll. Es kommt also darauf an, ob die in Betracht kommenden Fallgruppen so vielfältig sind, daß es füglich der künftigen Beurteilung überlassen werden muß, ob die Gesamtumstände des Einzelfalles ein Verbot rechtfertigen, oder ob sich bereits jetzt bestimmte Gruppen von Fällen so klar herauschälen lassen, daß dem Gericht eine abschließende Beurteilung über sie möglich ist. Geht solchenfalls ernsthafter Streit um diese Fälle, so besteht ein Anspruch auf Sachentscheidung.

An den hiernach erforderlichen Voraussetzungen der Sachentscheidung fehlt es im Streitfall aber entgegen der Annahme des Berufungsgerichts nicht; der umstrittene Hinweis ist genau bezeichnet. Zwar können die Umstände, unter denen er gegeben wird, verschieden liegen. Diese Ungewißheit ist bei den in die Zukunft gerichteten Unterlassungsbegehren, namentlich in Wettbewerbsstreitigkeiten, aber nie völlig auszuschließen. Für die Zulässigkeit der Klage kommt es insoweit nur darauf an, ob der Kläger, wie hier, für alle in Betracht kommenden Umstände die Wettbewerbswidrigkeit des Hinweises geltend macht; kommt das Gericht bei der dann gebotenen sachlichen Prüfung zu dem Ergebnis, daß der Hinweis nicht unter allen Umständen wettbewerbswidrig ist, so muß es die Klage voll abweisen, sofern sie erkennbar nur auf ein schlechthin ausgesprochenes Verbot gerichtet sein soll; andernfalls aber muß ihr unter Abweisung im übrigen insoweit stattgegeben werden, als die zu bezeichnenden Umstände den Anspruch rechtfertigen. Lautet die Berührung des Beklagten, wie im Streitfall, ihrem Wortlaut nach dahin, daß ein Verhalten schlechthin in Anspruch genommen werde, so kann einem Klagebegehren, dessen Fassung sich der Berührung anschließt, hiernach nicht schon Unbestimmtheit oder Mangel des Rechtsschutzbedürfnisses entgegengehalten werden. Viel-

mehr ist es in einem solchen Falle Aufgabe des Gerichts, die vor ihm erklärte Berühmung in bezug auf Inhalt und Tragweite auszulegen. Diese Auslegung war hier schon deshalb geboten, weil der Klageantrag seinerseits das Spiegelbild der Berühmung darstellte und die Erklärungen, in denen die Klägerin die Berühmung erblickt, aus dem Zusammenhang des Parteivorbringens hervorgegangen und nur unter Würdigung desselben zu verstehen sind. Eine solche Auslegung der Berühmung und des Klageantrages wäre auch hier geeignet gewesen, den Kern des Streits klarzustellen und damit Tatbestände auszuschneiden, die zwar vom Wortlaut der Berühmung erfaßt sein mögen, jedoch nicht ernstlich streitbefangen sind oder hinsichtlich derer die ernste Gefahr erstmaliger Begehung nicht besteht.

- III. Nach alledem war die Zulässigkeit der Klage unter dem Gesichtspunkt des Klagegrundes der Berühmung zu bejahen.

Beide Parteien stehen im Revisionsrechtszuge auf dem Standpunkt, daß dem Revisionsgericht hiernach eine ihnen günstige Sachentscheidung möglich sei; die Beklagte insbesondere ist der Meinung, die Klage sei auch bei Unterstellung der Richtigkeit der tatsächlichen Klagebehauptungen sachlich abzuweisen.

Eine Sachentscheidung ist an und für sich statthaft. Dem steht die Vorschrift des § 563 ZPO nicht entgegen. Das Revisionsgericht ist allerdings dem Grundsatz nach nicht in der Lage, eine Klage, die das Berufungsgericht aus verfahrensrechtlichen Gründen als unzulässig abgewiesen hat, aus sachlichen Gründen abzuweisen (BGHZ 11, 222; 33, 399/40.); dieser Grundsatz gilt jedoch nicht ausnahmslos; für den Fall der Feststellungsklage hat der Bundesgerichtshof vielmehr die sachliche Abweisung für zulässig erachtet, wenn

die Klage im zweiten Rechtszuge fehlerhafterweise mangels Rechtsschutzinteresses als unzulässig abgewiesen worden war; er hat dazu ausgeführt, das in § 256 ZPO geforderte Feststellungsinteresse stelle keine Prozeßvoraussetzung dar, ohne deren Vorliegen dem Gericht eine Sachentscheidung oder ein Sachurteil überhaupt verwehrt sei (BGHZ 12, 308, 316; vgl. dazu Fischer in der Anmerkung bei LM Nr. 5 zu § 563 ZPO). Dem ist trotz der in der Literatur dagegen erhobenen Bedenken beizutreten; die Frage des Feststellungsinteresses ist, wie die des hier in Betracht kommenden Rechtsschutzbedürfnisses, zwar verfahrensrechtlicher Natur, aber - namentlich in der Frage der Wiederholungsgefahr - häufig so eng mit der sachlich-rechtlichen Beurteilung verknüpft, daß die tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen zur Prozeß- und zur Sachfrage vielfach zusammenfallen. Das trifft auch für den Fall zu, daß die Auslegung einer die Unterlassungsklage begründenden Rechtsberührung des Beklagten durch das Revisionsgericht nachzuprüfen ist. Enthält das tatrichterliche Urteil in einem solchen Falle im Rahmen der Prüfung des Rechtsschutzbedürfnisses eine vollständige tatsächliche Würdigung auch des für die betreffende Sachfrage erheblichen Parteivorbringens, so ist das Revisionsgericht bei feststehendem Sachverhalt nach dem in § 565 Abs. 3 ZPO zum Ausdruck gelangten Grundsatz berechtigt, in der Sache selbst zu entscheiden, wie dies der Bundesgerichtshof auch in sonstigen Fällen der Prozeßabweisung mehrfach angenommen hat (NJW 1954, 150; LM Nr. 6 a zu § 565 Abs. 3 ZPO; BGHZ 4, 58, 59; 33, 398, 401). Führt die Sachprüfung danach zur Abweisung der Klage als unbegründet, statt als unzulässig, so liegt darin auch kein Verstoß gegen das Verbot der Schlechterstellung des Revisionsklägers (Fischer aaO; Rosenberg, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 9. Aufl., § 143 III 2 und 138 I 2 b).

Es fehlt aber in tatsächlicher Hinsicht an einer die abschließende Entscheidung des Revisionsgerichts ermöglichen- den feststehenden Beurteilungsgrundlage. Was insoweit Inhalt und Tragweite der Berührung der Beklagten betrifft, so wäre eine selbständige Auslegung durch das Revisionsgericht allerdings möglich, da es sich um Erklärungen handelt, die innerhalb des Rechtsstreits abgegeben worden sind. Es ist jedoch weitgehend eine Frage tatsächlicher Art, ob die Erklärungen der Beklagten die ernste Besorgnis künftiger Begehung begründet haben und in welchem Umfange das zu bejahen ist. Diese Auslegung war dem Tatrichter vorzu- behalten, vor dem diese Erklärungen abgegeben worden sind und aus dessen Verfahren sie hervorgegangen sind. Die von den Parteien in der Revisionsverhandlung abgegebenen Erklärungen haben insoweit erkennen lassen, daß der Sachverhalt noch der Klärung bedarf. Die Klägerin hat vorgetragen, die Berührung sei dahin zu verstehen, die Beklagte wolle Wiederverkäufer ohne jeden Anlaß und ohne Erläuterung dahin belohnen, sie dürften, wenn ein Verbraucher einen "Mampe Halb und Halb" bestelle, nur das Erzeugnis der Beklagten verabreichen; es bestehe die Gefahr, daß die Wiederverkäufer sich nach einer solchen Belehrung nicht einmal mehr für berechtigt hielten, den Verbraucher zu fragen, welches Erzeugnis er wünsche. Die Beklagte hat dagegen vortragen lassen, sie wende sich aufgrund der geschlossenen Vereinbarungen nur dagegen, daß Wiederverkäufer die Ware der Klägerin mit dem Zeichen der Beklagten versehen oder auf die Bestellung eines "Mampe Halb und Halb" ohne weiteres das Erzeugnis der Klägerin verabreichen; den Wiederverkäufern sei klar, daß sie an einer aufklärenden Frage an die Verbraucher nicht gehindert seien. Wiederverkäufer dagegen, die nur ihre - der Beklagten - Ware führten, seien nicht verpflichtet, bei Bestellung eines "Mampe Halb und Halb" noch zuvor die von der Klägerin geforderte

Rückfrage zu halten, welches Erzeugnis der Verbraucher wünsche; ein solches Verlangen sei lebensfremd.

Auch unter Heranziehung des schriftsätzlichen Vorbringens steht der Inhalt der Berühmung hiernach nicht eindeutig fest. In der Revisionsbegründung (S. 5) hat die Klägerin in bezug auf Haupt- und Hilfsantrag ausgeführt, sie wolle, wie in den Fällen K [REDACTED] und S [REDACTED], mit dem gerichtlichen Verbot erreichen, daß Vertreter der Beklagten, wenn sie die Bezeichnung "Mampe Halb und Halb" für die Liköre der Klägerin auf Getränkekarten bei Gastwirten vorfinden, nicht mehr die einseitige Behauptung aufstellen, diese Bezeichnung dürfe nur für das Produkt der Berliner Firma verwendet werden, sondern daß sie die Gastwirte in der im Rundschreiben von 1952 festgelegten Weise über die Bezeichnung der Erzeugnisse der Prozeßparteien aufklären. Das Berufungsgericht wird hiernach zunächst prüfen müssen, ob und inwieweit die Berühmung der Beklagten die ernstliche Besorgnis begründete, die Beklagte werde sich des mit der Klage angegriffenen Hinweises auch ohne den wiedergegebenen konkreten Anlaß der falschen Bezeichnung auf den Getränkekarten bedienen. Dieselbe Frage erhebt sich für die Fälle, in denen Wiederverkäufer nur das Erzeugnis der Beklagten führen; wenn entsprechend den wiedergegebenen Ausführungen der Beklagten davon ausgegangen werden kann, daß ein entsprechender Hinweis gegenüber solchen Wiederverkäufern erkennbar gar nicht beabsichtigt ist, so kann das für die Frage der Begehungsfahr von erheblicher Bedeutung sein. Den Kern des Streits bilden danach möglicherweise nur Hinweise an Wiederverkäufer nur der Klägerin oder beider Parteien. Hier wäre wiederum zu unterscheiden, ob die Wiederverkäufer die Waren auf den Getränkekarten korrekt bezeichnen oder aber die Ware der Klägerin mit dem Warenzeichen der Beklagten ankündigen. Der Streit ließe sich

dann möglicherweise dahin kennzeichnen: Die Klägerin fordert, ausgehend von der Behauptung, daß die vom Verbraucher aufgegebenen Bestellung eines "Mampe Halb und Halb" nicht eindeutig auf das Erzeugnis der Beklagten hinweise, für jeden Fall solcher Bestellung eine Frage des betreffenden Wiederverkäufers an den Verbraucher, welches der beiden Erzeugnisse er wünsche; die Beklagte hingegen will den Wiederverkäufern sagen können, sie brauchten auf solche Bestellungen nicht zu fragen, wenn sie ihr (der Beklagten) Erzeugnis verabreichen wollten, müßten aber fragen, bevor sie das Erzeugnis der Klägerin lieferten (gegebenenfalls auch: dürften eine solche Frage überhaupt nicht stellen, siehe oben). Schließlich muß geklärt werden, wie die Erklärung der Beklagten (Schriftsatz vom 16. Dezember 1959, S. 7/8) auszulegen ist, sie brauche "es nicht hinzunehmen", wenn die Wiederverkäufer auf die Bestellung eines "Mampe Halb und Halb" nach ihrem Gutdünken die Ware der Klägerin oder die der Beklagten verabreichten, selbst wenn feststünde, daß Kunden ausnahmsweise das Erzeugnis der Klägerin meinen sollten.

Für eine abschließende Sachentscheidung ist hiernach kein Raum; eine Klageabweisung käme - von den unter V erörterten Gesichtspunkten abgesehen - schon deshalb nicht in Betracht, weil die Berührung der Beklagten sich möglicherweise auch auf den Fall bezieht, daß nach den Umständen klar erkennbar ist, daß der Kunde mit der Bestellung das Erzeugnis der Klägerin bezeichnen will. Wenn die Beklagte auch für einen solchen Fall von den Wiederverkäufern fordern will, daß sie ohne weiteres ihr (der Beklagten) Erzeugnis verabreichen, so ständen dem rechtliche Bedenken entgegen.

- IV. Auch über den "Hauptantrag" kann bei dieser Sachlage noch nicht sachlich entschieden werden, wie keiner besonderen Begründung bedarf. Das Berufungsurteil war deshalb im Umfange der Anfechtung aufzuheben; insoweit war die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens war dem Berufungsgericht vorzubehalten; ihm obliegt auch die Entscheidung über die auf den endgültig abgewiesenen Teil der Klage entfallenden Kosten (§ 92 ZPO).
- V. Bei der sachlich-rechtlichen Beurteilung des Ergebnisses der von ihm noch vorzunehmenden Auslegung wird das Berufungsgericht von den Rechtsgrundsätzen ausgehen müssen, die in der Rechtsprechung für das wettbewerbliche Verhalten sogenannter gleichnamiger Unternehmen entwickelt worden sind (vgl. BGH GRUR 1953, 252 ff; GRUR 1957, 346 ff - Underberg). Unter der Voraussetzung, daß beide Parteien an ihrer Warenbezeichnung einen wertvollen Besitzstand erworben haben, kommt es dabei auf die Frage, wer die übereinstimmenden Merkmale der Bezeichnungen als erster in Benutzung genommen hat, nicht entscheidend an, da beide Parteien diese seit vielen Jahrzehnten befugtermaßen verwenden; es ist dann vielmehr ein billiger Ausgleich der widerstreitenden Interessen nötig und es haben beide Beteiligten das ihnen Zumutbare beizutragen, um Verwechslungen einzudämmen (BGH GRUR 1953, 254). Haben die Beteiligten, wie hier, Vereinbarungen darüber getroffen, wie der Verwechslungsgefahr auf bestimmte, von ihnen ins Auge gefaßte Weise vorzubeugen sei, so muß der Inhalt dieser Vereinbarungen im Wege der Auslegung (§ 157 BGB) daraufhin geprüft werden, ob er den neu aufgetretenen Streitfall deckt; auch bestehen keine rechtlichen Bedenken dagegen, Grundgedanken der Vereinbarungen, die in ihnen etwa zum

Ausdruck gekommen sind, im Rahmen der Frage zu berücksichtigen, was den Parteien auch im Rahmen des § 1 UWG zugemutet werden kann.

Nach dem Vorbringen der Parteien muß als möglich unterstellt werden, daß die von der Klägerin behauptete Bezeichnungsgewohnheit des Publikums bis in die Zeit vor Abschluß der Vereinbarungen von 1930 und 1952 zurückreicht. Das Berufungsgericht wird deshalb auch prüfen müssen, ob die Parteien in diesen Zeitpunkten etwa an die Frage gedacht haben, wie sich die Wiederverkäufer gegenüber der behaupteten Bezeichnungsgewohnheit verhalten sollen und welcher Einfluß insoweit von den Parteien auf die Wiederverkäufer genommen werden soll. Bei Bejahung dieser Frage wäre auch auf das einen Bestandteil des Vergleichs vom 29. Februar 1952 bildende Anschreiben vom 10. März 1952 einzugehen, in dem Mitteilungen, die über den Rahmen des Rundschreibens hinausgehen, untersagt worden sind. Eine solche Vereinbarung würde allerdings nicht das Recht der Beklagten ausschließen, Mißbräuchen ihrer Bezeichnung durch Maßnahmen entgegenzuwirken, die die Gefahr von Verwechslungen begrenzen und den Beteiligten zuzumuten sind; für die Frage der Zumutbarkeit kann es dabei von Bedeutung sein, ob es die Klägerin ihrerseits an den notwendigen Maßnahmen zur Verhütung von Verwechslungen ihren Wiederverkäufern gegenüber hat fehlen lassen.

Handelt es sich, wie die Klägerin behauptet, um eine dem Einfluß der Parteien entzogene Bezeichnungsgewohnheit des kaufenden Publikums, so daß bei der Verwendung des Warenzeichens der Beklagten in Einzelfall, sofern nicht besondere Umstände vorliegen, ernsthafte Zweifel darüber bestehen, welches Erzeugnis gemeint ist, so wird im Rahmen der Frage der Zumutbarkeit darauf Bedacht zu nehmen sein,

daß sichergestellt sein muß, daß der Käufer das von ihm wirklich gewollte Erzeugnis erhält. Daß eine entsprechende Frage des Wiederverkäufers an den Kunden unzumutbar wäre, ist jedenfalls für die Fälle, in denen der Wiederverkäufer nur das Erzeugnis der Klägerin führt, nicht dargetan; wie zumutbarerweise zu verfahren ist, wenn der Wiederverkäufer beide Waren führt und korrekt anbietet, wird dagegen mit besonderer Sorgfalt zu prüfen sein. Insoweit ist zu bemerken, daß der mit der Klage angegriffene Werbehinweis eine Anweisung oder Empfehlung an die Wiederverkäufer darstellt, sich unter gewissen Voraussetzungen ihren Kunden gegenüber in einer bestimmten, dem Werbenden günstigen und dem Mitbewerber möglicherweise nachteiligen Weise zu verhalten. Eine solche Verhaltensanweisung hat möglicherweise schärfere Wirkungen als bloße Aufklärungen über die bestehende warenzeichenrechtliche Lage. Sie stellt eine Form des Behinderungswettbewerbs dar, über deren Vereinbarkeit mit den Anforderungen des lauterer Wettbewerbs nur unter Heranziehung aller Umstände des Falles sowie der getroffenen Vereinbarungen entschieden werden kann. Wenn der fragliche Hinweis etwa dahin geht oder aufgefaßt werden kann, die Wiederverkäufer seien nicht berechtigt, Zweifel darüber, welches Erzeugnis der Kunde in Einzelfall wünsche, durch Fragen aufzuklären, sie hätten vielmehr unter allen Umständen das Erzeugnis der Beklagten zu liefern, so würde die Beklagte damit möglicherweise auch gegen den Sinn der Vereinbarungen handeln, die der Ausräumung oder Einschränkung der durch die Zeichenähnlichkeit bedingten Verwechslungsgefahr, nicht aber der Aufrechterhaltung oder Ausnutzung vorkommender Verwechslungen dienen sollten. Schließlich ist gegenüber dem Vorbringen der Klägerin, die Wiederverkäufer müßten in jedem

Falle beim Kunden Rückfrage halten, darauf hinzuweisen, daß es eher zumutbar erscheinen kann, bestimmte Verhaltensanweisungen zu unterlassen, als solche zu geben.

Wilde

Löscher

Pehle

Spengler

Claßen