

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 264/95

Verkündet am:
19. März 1998
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

Brennwertkessel

UWG § 3; ZPO §§ 91a, 256

- a) Stellt der Hersteller, der ein technisches Gerät mit irreführenden Angaben bewirbt, die Produktion des Gerätes ein, entfällt dadurch nicht die Wiederholungsgefahr für die irreführende Werbung.
- b) Zur Frage der Zulässigkeit des Begehrens, hilfsweise die Erledigung des - weiterverfolgten - Hauptantrags festzustellen (Ergänzung zu BGHZ 106, 359, 368 ff.).

BGH, Urt. v. 19. März 1998 - I ZR 264/95 - OLG Celle

LG Hildesheim

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. März 1998 durch die Richter Prof. Dr. Ullmann, Dr. v. Ungern-Sternberg, Starck, Dr. Bornkamm und Pokrant

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Teilurteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 25. Oktober 1995 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien stellen Heizkessel her, die sie als Brennwertkessel bezeichnen, und vertreiben sie. Brennwertkessel sind nach der einschlägigen Norm Kessel, in denen latente Wärme, die im Abgas in Form von Wasserdampf enthalten ist, durch Kondensation nutzbar gemacht wird.

Die Klägerin hat eine Werbung der Beklagten für deren Heizkessel "B. K 6-BW" unter mehreren Gesichtspunkten als irreführend beanstandet. Der revisionsrechtlichen Überprüfung unterliegt aus dem Klage und Widerklage betreffenden Rechtsstreit allein das Begehren der Klägerin, es der Beklagten zu verbieten,

im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs zu behaupten,

- der B. -Heizkessel sei ein Brennwertkessel bzw. ein Kondensationskessel;
- die B. -Brennwerttechnik eröffne dem Kunden den Zugang zu modernster Technik und zu hohen Einsparmöglichkeiten, u.a. durch den Einsatz von zweistufigen Öl- und Gasbrennern.

Das Landgericht hat die Klage mit diesem Unterlassungsbegehren abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin insoweit durch Teilurteil zurückgewiesen. Die Wiederholungsgefahr sei wegen der inzwischen erfolgten Einstellung der Produktion des Kessels "B. K 6-BW" entfallen. Den von der Klägerin für diesen Fall hilfsweise gestellten Antrag, insoweit den Rechtsstreit in der Hauptsache



für erledigt zu erklären, hat das Berufungsgericht als nicht statthaft angesehen.

Hiergegen richtet sich die Revision der Klägerin, mit der sie die im Berufungsrechtszug gestellten Klageanträge weiterverfolgt. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat angenommen, die geltend gemachten Unterlassungsansprüche bestünden wegen Wegfalls der Wiederholungsgefahr nicht mehr. Gegenstand des Unterlassungsantrags sei allein der Heizkessel "B. K 6-BW", auf den sich die beanstandeten Äußerungen bezogen hätten. Die Produktion dieses Kessels habe die Beklagte - wie sich aus dem nicht substantiiert bestrittenen Vorbringen der Beklagten und aus den Verkaufsunterlagen ergebe - eingestellt. Aufgrund dieser Produktionseinstellung sei die Vermutung der Wiederholungsgefahr widerlegt. Denn es widerspreche jeder Lebenserfahrung, daß ein als veraltet abgelöstes technisches Produkt erneut in die Produktion genommen werde.

Den hilfsweise gestellten Antrag, die Hauptsache für erledigt zu erklären, hat das Berufungsgericht als nicht statthaft angesehen. Das Gericht könne nicht gleichzeitig eine Klage abweisen und ihre Erledigung feststellen. Hierfür bestehe auch kein dringendes Bedürfnis.

II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg. Sie führen zur Aufhebung und Zurückverweisung.

1. Nicht zu beanstanden ist es allerdings, daß das Berufungsgericht als Streitgegenstand der Klage allein die beanstandeten Werbeaussagen bezogen auf den Heizkessel "B. K 6-BW" angesehen hat.

Im Streitfall ergibt sich das vom Berufungsgericht zugrundegelegte Verständnis bereits aus der Auslegung des Klageantrags. Denn dieser ist nicht allein nach seinem Wortlaut, der hier auf ein umfassenderes Klagebegehren hindeutet, sondern auch unter Heranziehung des Vorbringens auszulegen, auf das sich die Klage stützt (st. Rspr; vgl. BGH, Urt. v. 19.9.1996 - I ZR 72/94, GRUR 1997, 304, 305 = WRP 1997, 179 - Energiekosten-Preisvergleich II, m.w.N.). Die Klägerin hat ihren Antrag damit begründet, daß die Beklagte einen bestimmten Kessel, nämlich den "B. K 6-BW", in der beanstandeten Weise beworben habe. Werbeaussagen für andere (Nachfolge-)Geräte, die sich in ihren technischen Merkmalen unstreitig vom "B. K 6-BW" unterscheiden, sind nicht Gegenstand des Streits.

2. Dagegen ist die Annahme des Berufungsgerichts, im Streitfall sei die Wiederholungsgefahr infolge der Einstellung der Produktion des Heizkessels "B. K 6-BW" entfallen, nicht frei von Rechtsfehlern.

a) Da es das Berufungsgericht offengelassen hat, ob die beanstandeten Angaben, mit denen die Beklagte für ihren Heizkessel "B. K 6-BW" geworben hat, zutreffen, ist für

die revisionsrechtliche Prüfung die Richtigkeit des Klagevorbringens zu unterstellen.

b) Mit Erfolg wendet sich die Revision bereits gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe die Produktion des Heizkessels "B. K 6-BW" eingestellt. Diese Feststellung hat das Berufungsgericht nicht verfahrensfehlerfrei getroffen (§ 286 ZPO).

Das Berufungsgericht hat aufgrund des Vortrags der Beklagten und der von ihr vorgelegten umfangreichen Verkaufsunterlagen angenommen, daß die Beklagte die Produktion und den Vertrieb des Heizkessels "B. K 6-BW" endgültig eingestellt habe. Das Berufungsgericht hat sich dabei davon leiten lassen, daß die Klägerin den entsprechenden Vortrag der Beklagten nicht substantiiert bestritten und nicht behauptet habe, daß es neben den - von der Beklagten vorgelegten neueren - Prospekten noch Werbeschriften für den Heizkessel "B. K 6-BW" gebe. Indem das Berufungsgericht das Vorbringen der Klägerin nicht als hinreichend angesehen hat, hat es die insoweit zu stellenden Anforderungen überspannt (§ 138 Abs. 3 und 4 ZPO).

Vorliegend war es allein Sache der Beklagten, die für die Klägerin streitende Vermutung der Wiederholungsgefahr zu widerlegen (vgl. BGH, Urt. v. 13.5.1987 - I ZR 79/85, GRUR 1987, 640, 641 = WRP 1987, 557 - Wiederholte Unterwerfung II). Wie die Revision mit Recht hervorhebt, wäre es nach § 138 Abs. 4 ZPO ausreichend gewesen, wenn die Klägerin die - erstmals gegen Ende des Berufungsverfahrens im Schriftsatz vom 30. Mai 1995 (GA IV 415) vorgebrachte - Behauptung der Beklagten, der Verkauf des Heizkessels "B. K 6-BW" sei

bereits im Jahre 1991 eingestellt worden, mit Nichtwissen bestritten hätte. Darüber hinausgehend hat sie mit Schriftsatz vom 27. September 1995 (GA IV 438) vorgetragen, die Beklagte habe den in Rede stehenden Heizkessel jedenfalls bis ins zweite Halbjahr 1993 produziert und vertrieben und tue es wahrscheinlich auch weiterhin. Diese Behauptung hat sie durch die Vorlage eines aus dem Jahre 1993 stammenden Prospektes der Beklagten belegt, in dem der Heizkessel "B. K 6-BW" beworben worden war (Anlage I zum Schriftsatz vom 27.9.1995). Unter diesen Umständen durfte das Berufungsgericht nicht davon ausgehen, die Klägerin habe das Vorbringen der Gegenseite nicht substantiiert bestritten.

Ohne Erfolg wendet die Revisionserwiderung demgegenüber ein, dem Tatrichter stehe eine Würdigung streitigen Parteivorbringens frei; es sei ihm nicht verwehrt, allein aufgrund eines streitigen Vortrags eine tatrichterliche Überzeugung zu gewinnen. Denn im Streitfall geht es nicht darum, daß es dem Richter erlaubt sein kann, allein aufgrund des Vortrags der Parteien und ohne Beweiserhebung darüber zu befinden, was für wahr und was für nicht wahr zu erachten ist (§ 286 ZPO; vgl. BGHZ 82, 13, 20). Denn das Berufungsgericht hat sich nicht allein auf die Überzeugungskraft des Vorbringens der Beklagten, sondern maßgeblich auch darauf gestützt, daß dieses Vorbringen von der Klägerin nicht in ausreichender Form bestritten worden sei. Ob das Berufungsgericht im Streitfall, in dem es um eine dem Beweis ohne weiteres zugängliche Tatfrage ging, auf die Erhebung der von der beweispflichtigen Beklagten angebotenen Beweise hätte verzichten und sich allein aufgrund des streitigen Parteivorbringens eine abschließende Überzeugung hätte bilden dürfen

(vgl. BGHZ 82, 13, 20 f.), bedarf unter diesen Umständen keiner Entscheidung.

c) Doch auch auf der Grundlage der verfahrensfehlerhaft getroffenen Feststellung begegnet die Annahme des Berufungsgerichts, die Gefahr einer Wiederholung der beanstandeten Werbeäußerung sei entfallen, durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Sie wird den strengen Anforderungen nicht gerecht, die im Wettbewerbsrecht nach einem erfolgten Verstoß an den Wegfall der Wiederholungsgefahr zu stellen sind.

Grundsätzlich kann der Verletzer nach einem Wettbewerbsverstoß die zu vermutende Wiederholungsgefahr lediglich durch eine strafbewehrte Unterwerfungserklärung beseitigen (vgl. BGHZ 14, 163, 168 - Constanze II; BGH, Urt. v. 10.12.1971 - I ZR 65/70, GRUR 1972, 550 f. = WRP 1972, 252 - Spezi alsatz II; Urt. v. 30.11.1989 - I ZR 55/87, GRUR 1990, 617, 624 = WRP 1990, 488 - Metro III; Urt. v. 19.3.1992 - I ZR 166/90, GRUR 1993, 53, 55 = WRP 1992, 762 - Ausländischer Inserent; Urt. v. 10.2.1994 - I ZR 16/92, GRUR 1994, 443, 445 = WRP 1994, 504 - Versicherungsvermittlung im öffentlichen Dienst; ferner Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, 7. Aufl., Kap. 7 Rdn. 4 f.; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 19. Aufl., Einl. UWG Rdn. 263; Köhler in Köhler/Piper, UWG, vor § 13 Rdn. 4). Der Streitfall gibt keinen Anlaß, von diesen Grundsätzen abzuweichen. Vielmehr spricht gegen den Wegfall der Wiederholungsgefahr schon der Umstand, daß die Beklagte trotz der von ihr dargelegten Umstände keine Unterwerfungserklärung abgegeben hat (vgl. BGH, Urt. v. 6.2.1959 - I ZR 50/57, GRUR 1959, 367, 374 = WRP 1959, 178 - Ernst Abbe).

Im Streitfall kommt noch ein weiteres hinzu: Das Unterlassungsbegehren der Klägerin richtet sich nicht gegen die Herstellung und den Vertrieb des Heizkessels "B. K 6-BW". Den Erwägungen des Berufungsgerichts zur Produktionseinstellung käme allenfalls dann eine Bedeutung zu, wenn es um dieses Verhalten ginge; auch dann wäre allerdings eine zurückhaltende Beurteilung geboten (vgl. BGH, Urt. v. 25.2.1977 - I ZR 165/75, GRUR 1977, 543, 547 = WRP 1977, 394 - Der 7. Sinn, insoweit nicht in BGHZ 68, 132). Der Streitfall betrifft dagegen allein die Werbung für den Heizkessel. Die Einstellung der Produktion einer Ware besagt nicht zwingend, daß damit in Zukunft auch eine Werbung für das Produkt entfällt. Da die Beklagte ihre Produktion mit Nachfolgemodellen fortsetzt, liegt es keineswegs fern, daß sie unter Hervorhebung der positiven Eigenschaften ihrer in der Vergangenheit angebotenen Erzeugnisse auf eine kontinuierlich erfolgreiche Tätigkeit hinweist. Ohne das ernsthafte, d.h. strafbewehrte Versprechen, auf diese Werbeaussagen nicht mehr zurückzugreifen, ist die Gefahr ihrer Wiederholung nicht ausgeräumt.

III. Da die Wiederholungsgefahr nicht entfallen ist, kann das die Klageabweisung bestätigende Teilurteil des Berufungsgerichts keinen Bestand haben. Die Sache ist daher an das Berufungsgericht zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen. Das Berufungsgericht wird nunmehr der - sich ohnehin im Rahmen der Widerklage stellenden - Frage nachgehen müssen, ob die angesprochenen Verkehrskreise durch die beanstandete Werbeaussage irregeführt worden sind oder nicht.

IV. Auf die Erwägungen des Berufungsgerichts zum Hilfsantrag kommt es unter diesen Umständen nicht an. Es ist je-

doch darauf hinzuweisen, daß das mit dem Hilfsantrag verbundene Klagebegehren nicht auf die (eventualiter abgegebene) Erledigungserklärung beschränkt war. Eine hilfsweise erklärte Erledigung der Hauptsache, die in der Erwartung der Zustimmung der Gegenseite abgegeben wird und dazu führen soll, daß das Gericht nicht mehr über die Hauptsache, sondern nur noch über die Kosten entscheiden soll, ist - wie das Berufungsgericht im Anschluß an die Entscheidung BGHZ 106, 359, 368 ff. zutreffend ausgeführt hat - mit dem auf Verurteilung gerichteten Hauptantrag nicht zu vereinbaren. Sie verbietet sich aus prozessualen Gründen.

In dem Hilfsbegehren der Klägerin ist jedoch auch der Antrag enthalten festzustellen, daß sich das mit dem Hauptantrag verfolgte Unterlassungsverlangen in der Hauptsache erledigt hat. Dieses Begehren, das für den Fall gestellt ist, daß das Unterlassungsgebot wegen eines inzwischen eingetretenen Umstands nicht mehr für die Zukunft ausgesprochen werden kann, ist auf die Feststellung gerichtet, daß die Unterlassungsklage bis zum Eintritt des erledigenden Ereignisses zulässig und begründet war. Einem solchen hilfsweise gestellten Feststellungsantrag stehen die verfahrensrechtlichen Bedenken, die der (damalige) IVa-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in der Entscheidung BGHZ 106, 359 mit Recht angeführt hat, ersichtlich nicht entgegen. Denn mit einem solchen Eventualfeststellungsantrag kann der Kläger die Abweisung der Klage mit dem Hauptantrag nicht verhindern. Der Feststellungsantrag kommt vielmehr nur bei einer Abweisung des Hauptantrages zum Zuge.

Ein solcher allein auf Feststellung gerichteter Hilfsantrag setzt ein rechtliches Interesse auf seiten des Klägers

voraus (§ 256 ZPO). Streiten die Parteien darüber, ob ein erledigendes Ereignis eingetreten ist - etwa im Rahmen der Unterlassungsklage darüber, ob eine Unterwerfungserklärung die Wiederholungsgefahr hat entfallen lassen -, könnte sich ein solches Interesse aus einer günstigeren Kostenfolge ergeben, wenn festgestellt wäre, daß die Klage bis zum Eintritt des erledigenden Ereignisses zulässig und begründet war. Dem kann nicht entgegengehalten werden, der Kläger könne in erster Linie die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache erklären und hilfsweise seinen Leistungsantrag aufrechterhalten. Denn mit einer solchen Antragsfolge begibt er sich der Möglichkeit, sein in erster Linie verfolgtes Begehren, gegebenenfalls durch Einlegung eines Rechtsmittels, weiterzuverfolgen.

Ullmann

v. Ungern-Sternberg

Starck

Bornkamm

Pokrant