



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 106/99

Verkündet am:
31. Mai 2001
Walz
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Berühmungsaufgabe

UWG § 1

- a) Eine Berühmung, aus der die unmittelbar oder in naher Zukunft ernsthaft drohende Gefahr einer Begehung abzuleiten ist, kann unter Umständen auch in Erklärungen zu sehen sein, die im Rahmen der Rechtsverteidigung in einem gerichtlichen Verfahren abgegeben werden. Die Tatsache allein, daß sich ein Beklagter gegen die Klage verteidigt und dabei die Auffassung äußert, zu dem beanstandeten Verhalten berechtigt zu sein, ist jedoch nicht als eine Berühmung zu werten, die eine Erstbegehungsgefahr begründet.
- b) An die Beseitigung der Erstbegehungsgefahr sind grundsätzlich weniger strenge Anforderungen zu stellen als an den Fortfall der durch eine Verletzungshandlung begründeten Gefahr der Wiederholung des Verhaltens in der Zukunft. Eine durch Berühmung geschaffene Erstbegehungsgefahr und mit ihr der Unterlassungsanspruch entfallen grundsätzlich mit der Aufgabe der Berühmung. Eine solche liegt jedenfalls in der uneingeschränkten und

eindeutigen Erklärung, daß die beanstandete Handlung in der Zukunft nicht vorgenommen werde.

BGH, Urt. v. 31. Mai 2001 - I ZR 106/99 - OLG Hamburg
LG Hamburg

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 31. Mai 2001 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Erdmann und die Richter Dr. v. Ungern-Sternberg, Pokrant, Dr. Büscher und Dr. Schaffert

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg, 3. Zivilsenat, vom 25. Februar 1999 aufgehoben.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Hamburg, Zivilkammer 15, vom 11. Juni 1997 abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden der Klägerin auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien sind Wettbewerber bei der Herstellung und dem Vertrieb von Arzneimitteln für die Behandlung der Multiplen Sklerose (MS) mit sog. Beta-Interferonen. Das Arzneimittel der Beklagten "R. ", das auf CHO-Beta-Interferon ("Interferon-Beta-1a") beruht, ist in Europa nicht für die MS-Behandlung zugelassen; seine Zulassung in Italien betrifft andere Indikationen.

Die Beklagte versandte im Dezember 1995 an Ärzte die Broschüre "Neue Konzepte in der MS-Therapie". Einer der Beiträge darin enthält Hinweise auf das Arzneimittel "R. " der Beklagten und dessen Eignung zur MS-Therapie.

Auf Abmahnung der Klägerin verpflichtete sich die Beklagte in einer strafbewehrten Unterlassungserklärung vom 24. Januar 1996, bestimmte in der Broschüre "Neue Konzepte in der MS-Therapie" enthaltene Aussagen zu unterlassen. Am 29. Januar 1996 erging gegen die Beklagte eine einstweilige Verfügung. Diese hatte das Verbot zum Inhalt, die Broschüre an Ärzte und sonstige an der MS-Therapie Interessierte abzugeben, auch wenn sie diejenigen Aussagen nicht mehr enthalte, die von der Unterlassungserklärung vom 24. Januar 1996 erfaßt würden. In der Widerspruchsverhandlung vom 31. Juli 1996 verpflichtete sich die Beklagte zudem mit einem Vertragsstrafeversprechen gegenüber der Klägerin, die Broschüre an Ärzte und sonstige an der MS-Therapie Interessierte nicht abzugeben, wenn darin auf Seite 18 "A. " als Hersteller und/oder auf Seite 23 oder 24 das Produkt "R. " genannt werde.

Mit ihrer Klage hat die Klägerin der Sache nach begehrt, der Beklagten zu verbieten, die Broschüre "Neue Konzepte in der MS-Therapie" in einer den

Unterlassungserklärungen vom 24. Januar und 31. Juli 1996 entsprechenden Form an Ärzte oder sonstige an der MS-Therapie Interessierte abzugeben. Auch in dieser Form wäre die Broschüre noch eine nach § 3a HWG unzulässige Werbung für das Arzneimittel "R. ", das für die MS-Therapie nicht zugelassen sei. Wie aus den Erklärungen des Prozessvertreters der Beklagten in der Widerspruchsverhandlung vom 31. Juli 1996 hervorgegangen sei, beabsichtige diese weiterhin, die Broschüre als Werbemittel zu verwenden.

Die Beklagte hat entgegnet, eine ihren Unterlassungsverpflichtungen entsprechende Broschüre könne nicht als Werbung für ein bestimmtes Produkt angesehen werden. Der Unterlassungsanspruch sei jedenfalls verjährt. Eine Erstbegehungsgefahr sei nicht gegeben. In der Widerspruchsverhandlung vom 31. Juli 1996 sei die Broschüre lediglich als zulässig verteidigt worden; ein Vorbehalt, sie weiter abzugeben, sei nicht erklärt worden. Bereits mit einem Schreiben vom 29. Januar 1997, aber auch im vorliegenden Verfahren, sei klargestellt worden, daß die Rechtsverteidigung nicht als Berühmung zu verstehen sei.

Das Landgericht hat dem Klageantrag mit einer geringfügigen Abwandlung stattgegeben.

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Berufung eingelegt. Sie hat erneut vorgebracht, sie habe sich gegen die einstweilige Verfügung von Anfang an nicht in der Absicht gewandt, die Broschüre, die seit zwei Jahren nicht mehr abgegeben werde, weiter zu verwenden. Eine solche Absicht bestehe auch jetzt nicht. In ihrem Schriftsatz vom 30. September 1997 erklärte sich die Beklagte bereit, die vorprozessual mit Schreiben vom 29. Januar 1997 abgegebe-

ne Erklärung, die streitgegenständliche Broschüre auch zukünftig nicht mehr abzugeben, durch ein Vertragsstrafeversprechen zu sichern.

Die Klägerin hat im Berufungsverfahren zunächst beantragt,

die Berufung der Beklagten mit der Maßgabe zurückzuweisen, daß die Beklagte verurteilt wird, es zu unterlassen,

die dem Urteil anzuheftende Broschüre "Neue Konzepte in der MS-Therapie" an Ärzte oder sonstige an der MS-Therapie Interessierte abzugeben,

soweit folgende Veränderungen in der Broschüre vorgenommen worden sind:

a) Auf Seite 19 wird nicht mehr behauptet, E.coli-IFN- β sei nur in den USA gegen MS zugelassen, und

b) auf Seite 19 unten wird die Behauptung

"die zitierten Wirkungen (nämlich Minderung der Schubzahl, Reduktion der Läsionen im ZNS und Verlangsamung der MS) sind für das CHO-Beta-Interferon - und nur für dieses - in großen Studien belegt"

mit einem verdeutlichenden Hinweis versehen, daß die Besonderheit darin liegt, daß für das CHO-Beta-Interferon sämtliche dieser Wirkungen in Studien belegt seien, und

c) auf Seite 19 in der Tabelle bei dem Hinweis, daß CHO-Beta-Interferon "in Europa als Arzneimittel zugelassen" sei, erfolgt ein verdeutlichender Zusatz, daß CHO-Beta-Interferon in Europa bisher nicht bei MS zugelassen ist, und

d) auf Seite 18 entfällt die Herstellerangabe "A. " und auf den Seiten 23 und 24 entfällt die Bezeichnung "R. ".

In der mündlichen Berufungsverhandlung hat die Beklagte dargelegt, ihre Erklärung im Schriftsatz vom 30. September 1997 sei als Angebot einer strafbewehrten Unterlassungsverpflichtung zu verstehen. Die Klägerin hat dieses Angebot angenommen und den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt. Die Beklagte hat sich der Erledigterklärung nicht angeschlossen.

Die Klägerin hat beantragt festzustellen, daß der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist. Die Beklagte hat beantragt, diesen Antrag zurückzuweisen.

Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts zurückgewiesen und dem Feststellungsantrag der Klägerin stattgegeben.

Gegen diese Entscheidung wendet sich die Beklagte mit ihrer Revision. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten hat Erfolg.

I. Das Berufungsgericht hat angenommen, daß der mit der Klage geltend gemachte Unterlassungsantrag ursprünglich begründet gewesen sei. Der Antrag sei darauf gerichtet gewesen, der Beklagten zu verbieten, die Broschüre "Neue Konzepte in der MS-Therapie" nach Vornahme der Änderungen, die

durch ihre strafbewehrten Unterlassungserklärungen erforderlich geworden seien, weiter abzugeben.

Die Broschüre wäre auch in einer solchen geänderten Form eine nach § 3a HWG unzulässige Werbung für das nicht zugelassene Arzneimittel "R. ". Auf ihrer Vorder- und Rückseite werde die Firma der Beklagten genannt. Das Mittel "R. " werde durch die werbenden Ausführungen zu Beta-Interferon ("Interferon-Beta-1a"), seinem Wirkstoff, der in Europa sonst nur in einem einzigen weiteren Arzneimittel verwendet werde, ohne weiteres erkennbar gemacht. In der Broschüre sei von den Kosten der Therapien (und damit mittelbar auch von "R. ") die Rede. Es werde auf die Möglichkeit des Importbezugs nach einer Einzelverordnung hingewiesen. Diese eindeutige Produktwerbung sei nicht deshalb zulässig, weil die Broschüre auch Beiträge und Hinweise zu anderen Wirkstoffen enthalte.

Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch sei allerdings bereits verjährt gewesen, soweit er auf die tatsächliche Verbreitung der Broschüre gestützt gewesen sei. Durch das Verhalten der Beklagten in der Widerspruchsverhandlung des Verfügungsverfahrens vom 31. Juli 1996 sei jedoch - unter dem Gesichtspunkt der Erstbegehungsgefahr - ein neuer Unterlassungsanspruch begründet worden. Diese Begehungsgefahr sei erst durch die Unterlassungserklärung der Beklagten in der Berufungsverhandlung beseitigt worden.

Bereits das Antwortschreiben der Beklagten auf die Abmahnung, in dem sie eine Teilunterlassungserklärung abgegeben habe, enthalte die Berühmung, die Broschüre in veränderter Form weiter abgeben zu dürfen. Damit sei auch ernsthaft zu rechnen gewesen, weil die Broschüre mit ihren wissenschaftlich anspruchsvollen Beiträgen selbst nach den notwendig gewordenen geringfügi-

gen Änderungen noch ein wertvolles Werbemittel gewesen sei. Dem entspreche die Art und Weise, wie die Beklagte mit Schreiben vom 26. April 1996 auf das Abschlußschreiben der Klägerin geantwortet und sich im Verfügungsverfahren eingelassen habe. Sie habe dabei das angegriffene Verhalten uneingeschränkt als rechtmäßig verteidigt, ohne klarzustellen, daß damit nicht das Recht zu einem entsprechenden künftigen Handeln in Anspruch genommen werde. In der Widerspruchsverhandlung habe die Beklagte zwar eine weitere Verpflichtungserklärung abgegeben, nach wie vor aber den verbleibenden, der Hauptsacheklage entsprechenden Verfügungsantrag bekämpft. Deshalb sei ernsthaft zu befürchten gewesen, daß die Beklagte die Broschüre nach geringfügigen Änderungen weiter benutzen werde. Die Begehungsgefahr habe nicht dadurch beseitigt werden können, daß die Beklagte - wie sie behauptete - in der Widerspruchsverhandlung klargestellt habe, die Broschüre nicht weiter verwenden zu wollen. Die Beklagte hätte zumindest eine verbindliche Unterlassungserklärung abgeben müssen. Es könne dahinstehen, ob dies wegen der wiederholten eindeutigen Berühmungen hätte strafbewehrt geschehen müssen.

Das Schreiben der Beklagten vom 29. Januar 1997 enthalte keine eindeutige Aufgabe der Berühmung. Dies gelte ebenso für ihre schriftsätzlichen Äußerungen im vorliegenden Verfahren bis hin zu ihrem Schriftsatz vom 30. September 1997.

Der Unterlassungsantrag habe sich jedoch dadurch erledigt, daß die Beklagte ihre im Schriftsatz vom 30. September 1997 abgegebene strafbewehrte Verpflichtungserklärung in der Berufungsverhandlung eindeutig klargestellt habe.

II. Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Der Feststellungsantrag, den die Klägerin nach der strafbewehrten Unterlassungserklärung der Beklagten gestellt hat, wäre nur begründet, wenn die ursprüngliche Unterlassungsklage bis zu diesem Ereignis zulässig und begründet gewesen wäre (vgl. BGHZ 83, 12, 13; BGH, Urt. v. 9.5.1996 - I ZR 107/94, GRUR 1996, 800, 801 = WRP 1996, 899 - EDV-Geräte; Urt. v. 5.5.1999 - XII ZR 184/97, NJW 1999, 2520, 2522). Dies ist, wie die Revision mit Erfolg geltend macht, nicht der Fall.

1. Das Berufungsgericht hat allerdings zutreffend angenommen, daß die Broschüre "Neue Konzepte in der MS-Therapie" auch nach Vornahme der Veränderungen, die in dem zuletzt gestellten Unterlassungsantrag aufgeführt sind, als eine nach § 3a HWG unzulässige Werbung für das Arzneimittel "R. " anzusehen wäre.

Nach § 3a HWG ist es unzulässig, für Arzneimittel zu werben, die der Pflicht zur Zulassung unterliegen und die nicht nach den arzneimittelrechtlichen Vorschriften zugelassen sind oder als zugelassen gelten. Dieses Verbot bezieht sich auf die produktbezogene Werbung (Produkt-, Absatzwerbung), nicht aber auf die allgemeine Firmenwerbung (Unternehmens-, Imagewerbung), die ohne Bezugnahme auf bestimmte Arzneimittel für Ansehen und Leistungsfähigkeit des Unternehmens allgemein wirbt, obwohl auch diese - mittelbar - den Absatz der Produkte des Unternehmens fördern kann und soll (vgl. BGH, Urt. v. 15.12.1994 - I ZR 154/92, GRUR 1995, 223 = WRP 1995, 310 - Pharma-Hörfunkwerbung; vgl. weiter Doepner, Heilmittelwerbegesetz,

2. Aufl., § 1 Rdn. 12, § 3a Rdn. 9; Gröning, Heilmittelwerberecht, § 1 HWG Rdn. 21 ff.). Die Beurteilung des Berufungsgerichts, daß die angegriffene Broschüre auch in abgeänderter Form eine Werbung für das Arzneimittel "R. " wäre, weil dieses auch ohne namentliche Nennung anhand des näher behandelten Wirkstoffs ohne weiteres individualisierbar wäre, ist rechtsfehlerfrei. Ihre tatsächlichen Grundlagen werden von der Revision nicht mit Verfahrensrügen angegriffen.

2. Der vor der einseitigen Erledigterklärung gestellte Unterlassungsantrag war jedoch - wie die Revision zu Recht geltend macht - mangels einer Begehungsgefahr nicht begründet.

a) Die Klägerin hat ihren Unterlassungsantrag nicht auf die Abgabe der Broschüre "Neue Konzepte in der MS-Therapie" im Dezember 1995 gestützt, sondern daraus hergeleitet, daß sich die Beklagte in der mündlichen Verhandlung über ihren Widerspruch gegen die ergangene einstweilige Verfügung am 31. Juli 1996 berührt habe, die Broschüre in veränderter Form weiter abgeben zu dürfen, und dadurch eine Erstbegehungsgefahr begründet habe.

b) Ein auf Erstbegehungsgefahr gestützter vorbeugender Unterlassungsanspruch besteht nur, soweit ernsthafte und greifbare tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, der Anspruchsgegner werde sich in naher Zukunft in der näher bezeichneten Weise rechtswidrig verhalten (vgl. BGH, Urt. v. 16.1.1992 - I ZR 84/90, GRUR 1992, 318, 319 = WRP 1992, 314 - Jubiläumsverkauf; Urt. v. 14.7.1993 - I ZR 189/91, GRUR 1994, 57, 58 = WRP 1993, 749 - Geld-zurück-Garantie; Urt. v. 15.4.1999 - I ZR 83/97, GRUR 1999, 1097, 1099 = WRP 1999, 1133 - Preissturz ohne Ende, m.w.N.). Eine Erstbegehungsgefahr kann auch begründen, wer sich des Rechts be-

rühmt, bestimmte Handlungen vornehmen zu dürfen (vgl. BGH, Urt. v. 9.10.1986 - I ZR 158/84, GRUR 1987, 125, 126 = WRP 1987, 169 - Berühmung).

Eine Berühmung, aus der die unmittelbar oder in naher Zukunft ernsthaft drohende Gefahr einer Begehung abzuleiten ist, kann unter Umständen auch in Erklärungen zu sehen sein, die im Rahmen der Rechtsverteidigung in einem gerichtlichen Verfahren abgegeben werden (vgl. BGH, Urt. v. 15.10.1998 - I ZR 120/96, GRUR 1999, 418, 420 = WRP 1999, 211 - Möbelklassiker). Die Tatsache allein, daß sich ein Beklagter gegen die Klage verteidigt und dabei die Auffassung äußert, zu dem beanstandeten Verhalten berechtigt zu sein, ist jedoch nicht als eine Berühmung zu werten, die eine Erstbegehungsfahr begründet (vgl. BGH, Urt. v. 31.5.1967 - Ib ZR 119/65, GRUR 1968, 49, 50 = WRP 1968, 54 - Zentralschloßanlagen; Urt. v. 24.4.1986 - I ZR 56/84, GRUR 1987, 45, 46 f. = WRP 1986, 603 - Sommerpreiswerbung; Urt. v. 12.7.1990 - I ZR 278/88, WM 1990, 1839, 1841 - Kreishandwerkerschaft II; Urt. v. 24.1.1991 - I ZR 133/89, GRUR 1991, 764, 765 f. = WRP 1991, 470 - Telefonwerbung IV, insoweit nicht in BGHZ 113, 282; Urt. v. 19.3.1992 - I ZR 122/90, GRUR 1992, 627, 630 = WRP 1992, 553 - Pajero; Großkomm/Köhler, Vor § 13 UWG Rdn. 79; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, 7. Aufl., Kap. 10 Rdn. 10, 12; Borck, WRP 1984, 583, 587). Andernfalls würde der Beklagte in der wirksamen Verteidigung seiner Rechte, zu der auch das Recht gehört, in einem gerichtlichen Verfahren die Rechtmäßigkeit bestimmter Verhaltensweisen klären zu lassen, und in seinem Recht auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) beschränkt (vgl. dazu auch Ullmann, WRP 1996, 1007, 1010). Einem Beklagten, der sich gegen einen Anspruch, den er für unbegründet hält, verteidigt, kann auch nicht ohne weiteres unterstellt werden, er werde selbst eine gerichtliche Entscheidung, mit der die

Rechtslage geklärt worden ist, nicht beachten (vgl. GroßKomm/Köhler, Vor § 13 UWG Rdn. 79; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Aufl., Einl. UWG Rdn. 301; Fritzsche, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage, 2000, S. 180 f.).

Eine Rechtsverteidigung kann aber dann eine Erstbegehungsgefahr begründen, wenn nicht nur der eigene Rechtsstandpunkt vertreten wird, um sich die bloße Möglichkeit eines entsprechenden Verhaltens für die Zukunft offenzuhalten, sondern den Erklärungen bei Würdigung der Einzelumstände des Falles auch die Bereitschaft zu entnehmen ist, sich unmittelbar oder in naher Zukunft in dieser Weise zu verhalten. An einer Erstbegehungsgefahr fehlt es jedoch insbesondere, wenn eindeutig klargestellt wird, daß es dem Beklagten nur um die Rechtsverteidigung geht und keine Rechtsverletzungen zu besorgen sind (vgl. BGH WM 1990, 1839, 1841 - Kreishandwerkerschaft II). Wäre sein Verhalten sonst als eine die Erstbegehungsgefahr begründende Berührung anzusehen, ist es allerdings Sache des Beklagten, zweifelsfrei deutlich zu machen, daß es ihm nur um das Obsiegen im Prozeß geht (vgl. BGH, Urt. v. 16.1.1992 - I ZR 20/90, GRUR 1992, 404, 405 = WRP 1992, 311 - Systemunterschiede; BGH GRUR 1999, 1097, 1099 - Preissturz ohne Ende).

c) Die Frage, ob eine Erstbegehungsgefahr besteht, ist nach dem Stand der letzten mündlichen Verhandlung zu beantworten (vgl. BGH GRUR 1994, 57, 58 - Geld-zurück-Garantie, m.w.N.). Diese Beurteilung ist im wesentlichen tatsächlicher Natur und im Revisionsverfahren nur beschränkt, nämlich darauf nachprüfbar, ob der Tatrichter von richtigen rechtlichen Gesichtspunkten ausgegangen ist und keine wesentlichen Tatumstände außer acht gelassen hat (vgl. BGH GRUR 1987, 45, 46 - Sommerpreiswerbung, m.w.N.). Die Revision

rügt jedoch mit Erfolg, daß das Berufungsgericht unzutreffende rechtliche Maßstäbe angelegt hat und bei der Würdigung des Sachverhalts wesentliche Umstände außer acht gelassen hat.

(1) Das Berufungsgericht hat die Erstbegehungsfahr vor allem aus dem vorprozessualen Verhalten der Beklagten hergeleitet. Aus seinen Ausführungen geht hervor, daß es dabei rechtsfehlerhaft angenommen hat, daß bereits die bloße Rechtsverteidigung eine Berührung darstellt, aus der sich eine Erstbegehungsfahr ergibt, wenn sie nicht mit dem ausdrücklichen Vorbehalt versehen wird, daß es nur um die Vertretung eines Rechtsstandpunkts gehe.

Das Berufungsgericht hat angenommen, daß schon das Anwaltsschreiben vom 24. Januar 1996, mit dem die Beklagte auf die Abmahnung geantwortet hat, die Erwartung begründet habe, daß sie die Broschüre im wesentlichen unverändert weiter verwenden werde. Ob dies zutrifft, kann offenbleiben, weil die Beklagte davon jedenfalls später ausdrücklich Abstand genommen hat (vgl. dazu nachstehend unter (2)). Dem Anwaltsschreiben der Beklagten vom 26. April 1996 konnte dagegen - anders als das Berufungsgericht gemeint hat - bei rechtlich zutreffender Beurteilung nicht einmal eine Berührung entnommen werden. Denn dort wird lediglich mitgeteilt, daß die einstweilige Verfügung gegen die Broschüre "Neue Konzepte in der MS-Therapie" als unbegründet angesehen und nicht als endgültige Regelung anerkannt werde; es werde zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit Widerspruch eingelegt werden, um ein mit Entscheidungsgründen versehenes Urteil zu erhalten.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts hat die Beklagte eine Erstbegehungsfahr insbesondere durch Erklärungen begründet, die sie in der mündlichen Verhandlung vom 31. Juli 1996 über ihren Widerspruch gegen die einst-

weilige Verfügung abgegeben habe. Diese Beurteilung wird von der Revision zu Recht als verfahrensfehlerhaft beanstandet, weil das Berufungsgericht dabei einen von der Beklagten angebotenen Zeugenbeweis zu ihren Erklärungen in diesem Verhandlungstermin übergangen hat. Eine Nachholung dieser Beweisaufnahme ist jedoch entbehrlich. Denn selbst wenn die Beklagte in der Widerspruchsverhandlung vom 31. Juli 1996 durch ihre Einlassung eine Erstbegehungsgefahr begründet haben sollte, wäre diese durch das weitere Verhalten der Beklagten im vorliegenden Hauptsacheverfahren jedenfalls beseitigt worden.

(2) An die Beseitigung der Erstbegehungsgefahr sind grundsätzlich weniger strenge Anforderungen zu stellen als an den Fortfall der durch eine Verletzungshandlung begründeten Gefahr der Wiederholung des Verhaltens in der Zukunft (vgl. BGH, Urt. v. 11.7.1991 - I ZR 31/90, GRUR 1992, 116, 117 = WRP 1991, 719 - Topfgucker-Scheck). Anders als für die durch einen begangenen Wettbewerbsverstoß begründete Wiederholungsgefahr besteht für den Fortbestand der Erstbegehungsgefahr keine Vermutung (BGH, Urt. v. 23.2.1989 - I ZR 18/87, GRUR 1989, 432, 434 - Kachelofenbauer I). Eine durch Berühmung geschaffene Erstbegehungsgefahr und mit ihr der Unterlassungsanspruch entfallen grundsätzlich mit der Aufgabe der Berühmung. Eine solche liegt jedenfalls in der uneingeschränkten und eindeutigen Erklärung, daß die beanstandete Handlung in der Zukunft nicht vorgenommen werde (vgl. BGH GRUR 1992, 116, 117 - Topfgucker-Scheck; Urt. v. 19.3.1992 - I ZR 166/90, GRUR 1993, 53, 55 = WRP 1992, 762 - Ausländischer Inserent; Urt. v. 6.10.1994 - I ZR 155/90, GRUR Int. 1995, 503, 505 = NJW 1995, 868 - Cliff Richard II; Baumbach/Hefermehl aaO Einl. UWG Rdn. 306; Köhler/Piper, UWG, 2. Aufl., Vor § 13 Rdn. 21 m.w.N.; Teplitzky aaO Kap. 10 Rdn. 21 f.).

Die Beklagte hat eine durch Berühmung etwa begründete Erstbegehungsgefahr schon vor Klageerhebung durch ihre Erklärungen im Schreiben vom 29. Januar 1997 ausgeräumt. Dort ist ausgeführt:

"Soweit Sie darlegen, das streitgegenständliche Verhalten meiner Mandantin sei in der mündlichen Verhandlung verteidigt worden, ist dies zutreffend. Eine die Begehungsgefahr für neue Verstöße begründende Berühmung ist darin freilich nicht zu sehen, weil die erstinstanzlichen Ausführungen, welche am Schluß der mündlichen Verhandlung dann auch mit der Abgabe einer Unterlassungsverpflichtungserklärung endeten, lediglich der Rechtsverteidigung gedient haben. Ich stelle dies hiermit nochmals ausdrücklich klar. Die streitgegenständliche Broschüre wird von unserer Mandantin ungeachtet der Reichweite des Verbotes auch in Zukunft nicht mehr abgegeben werden."

Für die Ansicht des Berufungsgerichts, daß diesen Ausführungen keine eindeutige Aufgabe der Berühmung zu entnehmen sei, fehlt eine nachvollziehbare Begründung. Ebenso unmißverständlich wie in ihrem vorprozessualen Schreiben vom 29. Januar 1997 hat die Beklagte auch im vorliegenden Verfahren - bereits in der Klageerwiderung und danach immer wieder in ihren Schriftsätzen (vgl. Schriftsätze vom 11.4.1997 und vom 13.5.1997 sowie Berufungsbegründung vom 30.9.1997) - klargestellt, daß sie sich nicht des Rechts berühme, die streitgegenständliche Broschüre - nach Vornahme der durch die Unterlassungserklärungen notwendig gewordenen Änderungen - wieder zu verwenden. Die Beklagte konnte kaum deutlicher erklären, daß sie nicht die Absicht hatte, die Broschüre erneut abzugeben, zumal sie diese nach ihren unwiderlegten Angaben schon bei Absendung ihres Schreibens vom 29. Januar 1997 seit über einem Jahr nicht mehr verwendet hatte. Dem steht - abweichend von der Ansicht des Berufungsgerichts - nicht entgegen, daß die Beklagte auch Ausführungen dazu gemacht hat, daß ihre vorprozessualen Erklärungen nicht als Berühmung zu verstehen seien. Selbst wenn diese unzu-

treffend gewesen sein sollten, wären jedenfalls ihre im Verfahren abgegebenen Erklärungen als unzweideutige Aufgabe einer Berühmung zu werten.

Umstände, die dem entgegenstehen könnten, sind nicht gegeben. Die Tatsache, daß die Beklagte in verjährter Zeit bereits eine Verletzungshandlung begangen hat, kann nicht mehr als Grundlage für die Annahme einer Erstbegehungsgefahr herangezogen werden, weil sonst die Regelung der Verjährung in § 21 UWG umgangen würde (vgl. BGH GRUR 1994, 57, 58 - Geld-zurück-Garantie; Teplitzky aaO Kap. 10 Rdn. 17, Kap. 16 Rdn. 31; Groß-Komm/Messer, § 21 UWG Rdn. 12). Ebensowenig kann die bloße Möglichkeit einer werbewirksamen Wiederverwendung der Broschüre in veränderter Gestalt eine für die Annahme der Erstbegehungsgefahr hinreichende Wahrscheinlichkeit ihrer tatsächlichen Verwendung begründen (vgl. dazu auch BGH GRUR 1992, 404, 405 - Systemunterschiede).

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kann schließlich auch daraus, daß die Beklagte zunächst nur - in zeitlichem Abstand - Teilunterlassungserklärungen abgegeben hat, nichts für eine Erstbegehungsgefahr hergeleitet werden. Angesichts des sonstigen Verhaltens der Beklagten war ihr Zögern, sich strafbewehrt zur Unterlassung zu verpflichten, nur als Folge aus der von ihr vertretenen Rechtsansicht, zu dem beanstandeten Verhalten berechtigt zu sein, zu verstehen. Selbst wenn dem Berufungsgericht darin zugestimmt werden könnte, daß die Beklagte in der Berufungsbegründung eine strafbewehrte Unterlassungserklärung nicht bereits angeboten, sondern erst angekündigt hat, war dieser Erklärung jedenfalls erneut ein ernsthaftes und eindeutiges Abstandnehmen von einer etwaigen Berühmung zu entnehmen.

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts konnte demgemäß die Vereinbarung einer strafbewehrten Unterlassungsverpflichtung in der mündlichen Berufungsverhandlung mangels Bestehens eines Unterlassungsanspruchs keine erledigende Wirkung haben.

III. Auf die Revision der Beklagten war danach das Berufungsurteil aufzuheben und auf ihre Berufung das Urteil des Landgerichts abzuändern. Die Klage war abzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

Erdmann

v. Ungern-Sternberg

Pokrant

Büscher

Schaffert