



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VERSÄUMNISURTEIL

I ZR 179/98

Verkündet am:
7. Dezember 2000
Walz
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein
BGHR : ja

ZPO § 139

Ein richterlicher Hinweis bzw. eine Rückfrage des Gerichts ist auch dann geboten, wenn für das Gericht offensichtlich ist, daß der Prozeßbevollmächtigte einer Partei die von dem Prozeßgegner erhobenen Bedenken gegen die Fassung eines Klageantrags oder die Schlüssigkeit der Klage falsch aufgenommen hat.

BGH, Vers.-Urt. v. 7. Dezember 2000 - I ZR 179/98 - OLG Düsseldorf
LG Duisburg

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Dezember 2000 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Erdmann und die Richter Dr. v. Ungern-Sternberg, Prof. Dr. Bornkamm, Pokrant und Dr. Schaffert

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 7. Juli 1998 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte ist Inhaber einer Apotheke. Er hat seit Oktober 1996 - unaufgefordert - überregional an Ärzte eine Preisliste für Impfstoffe übersandt, die keiner gesetzlichen Preisbindung unterliegen. In einem der Preisliste beige-fügten Anschreiben betreffend den "preisgünstigen Bezug von Impfstoffen für die Vorsorgeimpfung" heißt es u.a. wie folgt:

"Mit der beige-fügten Preisliste biete ich Ihnen die Vorsorge-impfstoffe an. Bitte beachten Sie im Vergleich zu unseren Mitbe-werbern, daß unsere Preise bereits die gesetzliche Mehrwertsteuer beinhalten.

Diese Preise (vorbehaltlich Preisänderungen) liegen bis zu 33 % - je nach Packungsgröße - unter den vereinbarten Zuschlägen laut Arzneimittelliefervertrag zwischen dem Deutschen A. und dem Ver-band der E. (VDAK) und entsprechen dem jeweils gültigen Apothe-keneinkaufspreis zzgl. MwSt am Tage der Bestellung."

Im Falle einer Bestellung der angebotenen Impfstoffe durch einen Arzt läßt sich der Beklagte ein Formular unterschreiben, in dem der Arzt einen Schnell-Lieferdienst "autorisiert", die Impfstoffe in der Apotheke des Beklagten abzuholen.

Die Klägerin, die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, sieht darin einen Verstoß gegen das Verbot aus § 17 Abs. 1 und 2 ApBetrO, Arzneimittel zu versenden, sowie gegen das Verbot des § 8 Abs. 1 HWG, für den Bezug apothekenpflichtiger Arzneimittel im Wege des Versandes zu werben. Sie nimmt den Beklagten deshalb aus § 1 UWG auf Unterlassung in An-spruch. Ferner begehrt sie den Ersatz von Abmahnkosten.

Die Klägerin hat in erster Instanz beantragt,

1. den Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs
 - a) in Anschreiben an Ärzte mit beigefügten Impfstoff-Preislisten für den Bezug von Impfstoffen auf dem Versandwege zu werben (vgl. Anlage A 1 nebst beigefügter Impfstoff-Preisliste)

und/oder
 - b) im Wege des Versandes Impfstoffe an Ärzte zu versenden, die außerhalb der Stadt W. praktizieren, es sei denn, es liegt eine vorherige ärztliche Anforderung oder ein Ausnahmefall des § 47 AMG vor;
2. den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin 294,25 DM nebst Zinsen zu zahlen.

Der Beklagte ist dem entgegengetreten. Er hat die Unterlassungsanträge als unzulässig und unverständlich beanstandet und geltend gemacht, er sei durch eine Verurteilung im Sinne des Klageantrages zu 1 b "praktisch nicht betroffen", da er nicht "ohne vorherige ärztliche Anforderung" handele. Er gebe Impfstoffe ausschließlich an solche Ärzte ab, die genau diese Impfstoffe zuvor bei ihm bestellt hätten. Ferner hat der Beklagte die Auffassung vertreten, die von der Klägerin beanstandete Versendung von Preislisten für Impfstoffe verstoße nicht gegen § 8 Abs. 1 HWG, weil es sich dabei nicht um Werbung, sondern in erster Linie um eine Preisinformation für Ärzte handele. Nach Sinn und Zweck des § 8 Abs. 1 HWG dürfe das Werbeverbot nicht auf eine Preisinformation gegenüber Ärzten erstreckt werden.

Das Landgericht hat dem Klageantrag zu 1 a (Werbeverbot) stattgegeben und den Antrag zu 1 b (Versandverbot) abgewiesen. Dem Zahlungsbegehren hat es in Höhe von 187,12 DM nebst Zinsen entsprochen.

Die Klägerin hat Berufung eingelegt. Zur Begründung hat sie u.a. ausgeführt, der vom Landgericht abgewiesene Klageantrag zu 1 b (Versandverbot) sei darauf gerichtet gewesen, dem Beklagten die Durchführung der Versendung von Impfstoffen im Anschluß an eine ohne vorherige ärztliche Anforderung erfolgte Werbung zu untersagen. Der in dem abgewiesenen Unterlassungsantrag enthaltene Vorbehalt "es sei denn, es liegt eine vorherige ärztliche Anforderung" vor, sei ersichtlich auf den angegriffenen Gesamttatbestand bezogen gewesen. Etwaigen Bedenken gegen die erstinstanzliche Antragsformulierung, die das Landgericht gemäß § 139 ZPO hätte beheben müssen, trage der nunmehr in erster Linie verfolgte Unterlassungsantrag zu 1 a Rechnung.

Die Klägerin hat beantragt,

das angefochtene Urteil teilweise abzuändern und den Beklagten - über die in dem landgerichtlichen Urteil ausgesprochene Verurteilung hinaus - unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verurteilen,

1. es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs

a) im Wege des Versandes Impfstoffe an Ärzte zu versenden, die außerhalb der Stadt W. praktizieren, es sei denn, daß ein Ausnahmefall des § 47 AMG vorliegt,

b) hilfsweise zu a):

im Wege des Versandes oder der Zustellung durch Boten Impfstoffe an Ärzte zu versenden, die außerhalb der Stadt W. praktizieren, es sei denn, daß ein Ausnahmefall des § 47

AMG vorliegt oder der bestellende Arzt für jede Bestellung individuell-konkret darlegt, warum er zu einer Abholung der Impfstoffe in der Apotheke nicht in der Lage ist,

c) äußerst hilfsweise zu a) und b):

im Wege des Versandes Impfstoffe an Ärzte zu versenden, die außerhalb der Stadt W. praktizieren, es sei denn, es liegt eine vorherige ärztliche Anforderung oder ein Ausnahmefall des § 47 AMG vor;

2. an die Klägerin insgesamt (unter Einbeziehung der landgerichtlichen Zahlungsverurteilung) 294,25 DM nebst Zinsen zu zahlen.

Der Beklagte hat gegen seine Verurteilung unselbständige Anschlußberufung eingelegt, mit der er die Abweisung der Klage insgesamt erstrebt.

Das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin als unzulässig verworfen und die Anschlußberufung des Beklagten für wirkungslos erklärt.

Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihre im Berufungsverfahren gestellten Anträge weiter. Der ordnungsgemäß geladene Beklagte war im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgericht nicht vertreten. Die Klägerin beantragt, durch Versäumnisurteil zu entscheiden.

Entscheidungsgründe:

I. Über den Revisionsantrag ist, da der Revisionsbeklagte trotz ordnungsgemäßer Ladung im Revisionsverhandlungstermin nicht vertreten war, auf Antrag der Revisionsklägerin durch Versäumnisurteil zu entscheiden

(§§ 331, 557 ZPO). Das Urteil beruht allerdings nicht auf der Säumnis. Es wäre nach dem der Revisionsentscheidung gemäß § 561 ZPO zugrundezulegenden Sach- und Streitstand inhaltlich ebenso ergangen, wenn der Beklagte nicht säumig gewesen wäre (vgl. BGHZ 37, 79, 81 f.).

II. Das Berufungsgericht hat das Rechtsmittel der Klägerin mangels Zulässigkeit gemäß § 519b Abs. 1 Satz 2 ZPO verworfen. Dazu hat es ausgeführt:

Die Berufungsanträge zu 1 a und 1 b seien unzulässig, weil sie sich nicht gegen die im angefochtenen Urteil enthaltene Beschwer wendeten. Die Zulässigkeit eines Rechtsmittels erfordere neben einer Beschwer zusätzlich, daß mit dem Rechtsmittel die Beseitigung gerade der durch das angegriffene Urteil geschaffenen Beschwer erstrebt werde. Daran fehle es, wenn der erstinstanzlich unterlegene Kläger nicht die Abweisung seines ursprünglichen Klagebegehrens angreife, sondern mit dem Rechtsmittel im Wege der Klageänderung einen neuen, bislang nicht geltend gemachten Anspruch zur Entscheidung stelle. Mit den in zweiter Instanz gestellten Unterlassungsanträgen zu 1 a und 1 b werde etwas anderes als mit dem erstinstanzlichen Antrag zu 1 b verlangt. Ein Versandverbot mit der Einschränkung, "es sei denn, es liegt eine vorherige ärztliche Anforderung" vor, habe einen anderen Streitgegenstand als das im Berufungsverfahren begehrte uneingeschränkte Versandverbot. Das Landgericht sei nicht gemäß § 139 ZPO verpflichtet gewesen, das Stellen des unbegründeten (erstinstanzlichen) Klageantrages zu 1 b zu verhindern, weil die anwaltlich vertretene Klägerin trotz berechtigter Kritik des Beklagten an diesem Antrag erkennbar habe festhalten wollen.

Die Klägerin wende sich nur mit dem Berufungsantrag zu 1 c, der inhaltlich dem erstinstanzlich gestellten Klageantrag zu 1 b entspreche, gegen die in

dem angefochtenen Urteil enthaltene Beschwer. Insoweit sei die Berufung jedoch ebenfalls unzulässig, weil sie nicht in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise begründet worden sei.

III. Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist die Berufung der Klägerin, mit der sie sich hauptsächlich gegen die Abweisung des mit dem ursprünglichen Klageantrag zu 1 b verfolgten Begehrens wendet, zulässig.

Das Berufungsgericht ist im rechtlichen Ansatz zunächst zutreffend davon ausgegangen, daß die Berufung nur dann zulässig ist, wenn der Berufungskläger mit ihr die Beseitigung einer in dem angefochtenen Urteil liegenden Beschwer erstrebt. Das Rechtsmittel ist daher unzulässig, wenn es den in erster Instanz erhobenen Klageanspruch nicht wenigstens teilweise weiterverfolgt, also - im Falle einer erstinstanzlichen Klageabweisung - die Richtigkeit der Entscheidung nicht in Frage stellt, sondern lediglich im Wege der Klageänderung einen neuen, bislang nicht geltend gemachten Anspruch zur Entscheidung stellt. Die bloße Erweiterung oder Änderung der Klage in zweiter Instanz (§§ 523, 263, 264 Nr. 2 ZPO) kann nicht alleiniges Ziel des Rechtsmittels sein; vielmehr setzt ein derartiges Prozeßziel eine zulässige Berufung voraus (st. Rspr.; vgl. BGHZ 140, 335, 338; BGH, Urt. v. 13.3.1998 - V ZR 190/97, NJW 1998, 2058; Urt. v. 25.2.1999 - III ZR 53/98, NJW 1999, 1407; Urt. v. 22.4.1999 - IX ZR 352/98, NJW-RR 2000, 1521; Urt. v. 20.3.2000 - II ZR 250/99, NJW 2000, 1958). Im Streitfall kann die Zulässigkeit der Berufung der Klägerin nicht verneint werden.

a) Das Berufungsgericht hat entgegen der Auffassung der Revision allerdings rechtsfehlerfrei angenommen, daß das in der Berufungsinstanz mit dem Klageantrag zu 1 a begehrte uneingeschränkte Versandverbot einen anderen Streitgegenstand hat als das in erster Instanz mit dem Unterlassungsantrag zu 1 b verfolgte Klageziel. Zu diesem Ergebnis gelangt der Senat, der die erstinstanzlichen Prozeßerklärungen der Klägerin eigenständig und ohne Bindung an die Auslegung des Berufungsgerichts zu werten hat (vgl. BGH, Urt. v. 25.11.1992 - XII ZR 116/91, NJW 1993, 597, 598; Urt. v. 12.7.1995 - IV ZR 369/94, NJW-RR 1995, 1469, 1470), aufgrund der zutreffenden Erwägung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe trotz ständiger Kritik des Beklagten in erster Instanz darauf beharrt, daß dem Beklagten der Versand von Impfstoffen an Ärzte nur verboten werden solle, wenn eine vorherige ärztliche Anforderung oder ein Ausnahmefall des § 47 AMG nicht vorlägen. Ein Versandverbot mit der Einschränkung "es sei denn, es liegt eine vorherige ärztliche Anforderung" vor, zielt auf das Verbot ab, Ärzten unbestellte Waren zukommen zu lassen. Mit dem Berufungsantrag zu 1 a erstrebt die Klägerin dagegen ein uneingeschränktes Versandverbot. Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, daß dieses Klageziel einen anderen Gegenstand hat als das in erster Instanz mit dem Klageantrag zu 1 b verfolgte Begehren.

b) Gleichwohl fehlt es im Streitfall nicht an der für die Zulässigkeit der Berufung erforderlichen Beschwer im Sinne der Darlegungen unter III 1. Die Klägerin hat die Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung u.a. mit der Rüge aus § 139 ZPO angegriffen. Im allgemeinen ist eine Verfahrensrüge zwar unerheblich, wenn der Rügende das prozessuale Ergebnis, hier die Abweisung des Klageantrags zu 1 b, hinzunehmen bereit ist. Im vorliegenden Fall hat die Klägerin mit ihrer Rüge, das Landgericht habe seine Hinweispflicht gemäß § 139 ZPO verletzt, aber auch geltend gemacht, daß sie, wenn sie in erster

Instanz auf Bedenken gegen die Fassung des Klageantrags zu 1 b hingewiesen worden wäre, dem durch eine Antragsneufassung mit dem Inhalt des in der Berufungsinstanz gestellten Antrags zu 1 a Rechnung getragen hätte. Hinsichtlich der Durchführbarkeit der darin zu sehenden Klageänderung wären keine derartigen Schwierigkeiten aufgetaucht wie bei der gegebenen Prozeßlage. Die Abweisung des in erster Instanz gestellten Unterlassungsantrags zu 1 b wollte die Klägerin nach ihrem Berufungsvorbringen nur unter der Voraussetzung hinnehmen, daß eine Antragsänderung im anhängigen Verfahren noch möglich ist. Die erhobene Verfahrensrüge bedeutet daher, daß ihre Berufung nicht ausschließlich den neuen Anspruch zum Gegenstand hat (vgl. BGH NJW 1993, 597, 598).

c) Der danach bestehenden Verpflichtung zur Prüfung, ob die erhobene Verfahrensrüge durchgreift, ist das Berufungsgericht allerdings nachgekommen. Es hat diese Frage jedoch zu Unrecht verneint.

aa) Das Berufungsgericht hat angenommen, für das Landgericht habe gemäß § 139 ZPO kein Anlaß bestanden, das Stellen unbegründeter Anträge zu verhindern, an denen die anwaltlich vertretene Klägerin trotz berechtigter Kritik der Gegenseite erkennbar habe festhalten wollen; derartige Anträge seien schlicht abzuweisen. Ungeachtet einer Erörterungspflicht des Gerichts sei es grundsätzlich Sache des Klägers, Inhalt, Umfang und Grenzen des begehrten Verbots aufzuzeigen und die insoweit maßgebenden Umstände darzutun. Aus dem Grundsatz, daß das Gericht gehalten sei, auf die Stellung sachdienlicher Anträge hinzuwirken, könne selbst bei unbestimmten Anträgen nicht hergeleitet werden, daß es weitgehend dem Gericht überlassen werden könne, einem zu unbestimmt gefaßten und damit unzulässigen Klageantrag einen zulässigen Wortlaut und Inhalt zu geben. Für zulässige, aber erkennbar unbe-

gründete Anträge müsse dies erst recht gelten. Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

bb) Auf Bedenken gegen die Schlüssigkeit der Klage muß das Gericht gemäß § 139 ZPO grundsätzlich auch eine anwaltlich vertretene Partei hinweisen. Das gilt insbesondere dann, wenn der Rechtsanwalt die Rechtslage ersichtlich falsch beurteilt oder darauf vertraut, daß sein schriftsätzliches Vorbringen ausreichend sei (BGHZ 127, 254, 260; BGH, Urt. v. 27.11.1996 - VIII ZR 311/95, NJW-RR 1997, 441; Urt. v. 21.1.1999 - VII ZR 269/97, NJW 1999, 1264; Zöller/Greger, ZPO, 22. Aufl., § 139 Rdn. 13; Musielak/Stadler, ZPO, 2. Aufl., § 139 Rdn. 6; MünchKommZPO/Peters, 2. Aufl., § 139 Rdn. 11 ff.). Ein Hinweis bzw. eine Rückfrage ist vor allem auch dann geboten, wenn für das Gericht offensichtlich ist, daß der Prozeßbevollmächtigte einer Partei die von dem Prozeßgegner erhobenen Bedenken gegen die Fassung eines Klageantrags oder die Schlüssigkeit der Klage falsch aufgenommen hat (vgl. Zöller/Greger aaO § 139 Rdn. 13). Das ist hier der Fall.

Die Klägerin hat das in erster Instanz mit dem Klageantrag zu 1 b verfolgte Versandverbot sowohl in der Klageschrift als auch im weiteren Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens hauptsächlich auf die in § 17 Abs. 1 und 2 ApBetrO enthaltenen Regelungen gestützt. Gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1 ApBetrO dürfen Arzneimittel, zu denen nach § 4 Abs. 4 i.V. mit § 2 Abs. 1 AMG auch Impfstoffe der hier in Rede stehenden Art gehören, nur in den Apothekenbetriebsräumen in den Verkehr gebracht werden. Die Versendung aus der Apotheke oder die Zustellung durch Boten ist gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 ApBetrO nur im begründeten Einzelfall zulässig. In der Klageschrift hat die Klägerin vortragen, der Beklagte verstoße mit der Durchführung eines umfangreichen Versandhandels mit Impfstoffen gegen § 17 Abs. 1 und 2 ApBetrO. Dieses

Vorbringen hat sie in ihrem Schriftsatz vom 16. April 1997 wiederholt und dahingehend präzisiert, daß der Versand von Arzneimitteln seitens des Beklagten über den in § 17 Abs. 2 Satz 1 ApBetrO geregelten zulässigen Einzelfall hinausgehe. In ihrem Schriftsatz vom 1. April 1997 hat die Klägerin allerdings vorgebracht, der zweite Klageantrag (1 b) betreffe die praktische Durchführung des Versandhandels, "und zwar ohne ärztliche Aufforderung", obwohl der Wortlaut der Regelungen in § 17 Abs. 1 und 2 ApBetrO keinerlei Veranlassung für die Annahme gibt, daß nur der unaufgeforderte überregionale Versand von Arzneimitteln unzulässig ist. Ein Verbot, das auf die überregionale Versendung unbestellter Impfstoffe an Ärzte beschränkt ist, liefe praktisch auch ins Leere. Selbst der Beklagte ist nicht davon ausgegangen, daß die Klägerin ein derart eingeschränktes Verbot erstrebt hat. Denn er hat in seiner Klageerwiderung vorgebracht, "es sollte unstreitig sein, daß kein Apotheker einem Arzt unbestellte Ware zukommen läßt".

Nachdem die Klägerin den genannten Hinweis des Beklagten nicht zum Anlaß genommen hat, ihren Klageantrag zu 1 b zu ändern, hätte das Landgericht erkennen und gemäß § 139 ZPO darauf hinweisen müssen, daß ein Verbotsausspruch mit der im Unterlassungsantrag zu 1 b enthaltenen Einschränkung "es sei denn, es liegt eine vorherige ärztliche Anforderung" vor, nicht auf die von der Klägerin angeführte Klagegrundlage des § 17 Abs. 1 und 2 ApBetrO gestützt werden kann und die Einschränkung überdies dem von der Klägerin tatsächlich verfolgten Ziel, dem Beklagten den Versand von Impfstoffen aus seiner Apotheke generell verbieten lassen zu wollen, wenn kein begründeter Einzelfall vorliegt, entgegensteht.

2. Die Begründetheit der von der Klägerin in ihrer Berufungsbegründung erhobenen Rüge aus § 139 ZPO führt dazu, daß an die Sachdienlichkeit der in

der Berufungsinstanz vorgenommenen Klageänderung keine strengeren Anforderungen gestellt werden können als diejenigen, die für eine solche in erster Instanz gelten (vgl. BGH NJW 1993, 597, 598). Die Revision macht insoweit mit Recht geltend, daß das Berufungsgericht die in Rede stehende Klageänderung gemäß § 263 ZPO als sachdienlich hätte zulassen müssen, da das mit dem Berufungsantrag zu 1 a nunmehr verfolgte Begehren keine Auswechslung des bisherigen Streitstoffes erfordert. Der Rechtsstreit kann vielmehr auf der Grundlage des bislang vorhandenen Sach- und Streitstands abschließend vom Berufungsgericht entschieden werden mit der Folge, daß ein neuer Prozeß vermieden wird. In einem derartigen Fall ist im allgemeinen die Sachdienlichkeit einer Klageänderung zu bejahen (vgl. BGH, Urt. v. 30.11.1999 - VI ZR 219/98, NJW 2000, 800, 803 m.w.N.; Zöller/Greger aaO § 263 Rdn. 13 m.w.N.).

3. Erweist sich die Berufung nach alledem als zulässig, so wird das Berufungsgericht nunmehr unter Berücksichtigung der Senatsentscheidung vom 6. April 2000 (- I ZR 294/97, GRUR 2001, 178 = WRP 2000, 1397 - Impfstoffversand an Ärzte) und der im Streitfall in tatsächlicher Hinsicht gegebenen Besonderheiten in der Sache zu entscheiden haben.

IV. Danach war das Berufungsurteil auf die Revision der Klägerin aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Erdmann

v. Ungern-Sternberg

Bornkamm

Pokrant

Schaffert