

BGH 1. Zivilsenat, Urteil vom 27. Februar 1992, Az: I ZR 35/90

ZPO § 91a, ZPO § 198, ZPO § 256, ZPO § 261 Abs 2 Alt 2, ZPO § 263

Erklärung der Hauptsacheerledigung hinsichtlich früheren Klagebegehrens nach wirksam gewordener Klageänderung; Wirksamkeit der Klageänderung durch Stellung von Anwalt zu Anwalt; Erfordernis für Einwilligung in Klageänderung - Btx-Werbung II

Leitsatz

Btx-Werbung II

1. Hat nach Eintritt eines den ursprünglichen Rechtsstreit in der Hauptsache erledigenden Ereignisses die klagende Partei eine Klageänderung vorgenommen und ist diese wirksam geworden, so ist ein nunmehr unter Berufung auf das frühere Ereignis gestellter Antrag, die Erledigung der Hauptsache auszusprechen, schon deswegen unbegründet, weil es an einem auch den neuen Streitgegenstand (nachträglich) erledigenden Ereignis fehlt; auf die Frage, ob der neue Sachantrag begründet gewesen wäre, kommt es bei dieser Sachlage nicht an.

2.1. Die Zustellung eines klageändernden Schriftsatzes kann gemäß ZPO § 198 von Anwalt zu Anwalt erfolgen. Ihre Wirksamkeit setzt die Erteilung eines Empfangsbekanntnisses voraus, jedoch kann der Formmangel des Fehlens eines solchen Empfangsbekanntnisses gemäß ZPO § 187 geheilt werden. Die für die Annahme einer Heilung erforderliche Ermessensentscheidung kann bei zweifelsfreier Sachlage auch vom Revisionsgericht getroffen werden.

2.2. Willigt die beklagte Partei in eine durch Zustellung des Schriftsatzes mit geändertem Klageantrag (ZPO § 261 Abs 2 Alt 2) vorgenommene Klageänderung ein, so wird diese wirksam mit der Folge, daß der neue Streitgegenstand an die Stelle des ursprünglichen tritt. Hierfür ist weder die Stellung des neuen Antrags noch eine Erklärung der Einwilligung in der mündlichen Verhandlung erforderlich.

Fundstellen

MDR 1992, 707 (Leitsatz und Gründe)

NJW 1992, 2235-2237 (Leitsatz und Gründe)

Tatbestand

Der Kläger ist ein Verbraucherschutzverband. Er hat die Beklagte, eine B. Brenn- und Baustoffhändlerin, auf Unterlassung unverlangter Werbeschreiben an Endverbraucher im Btx-Mitteilungsdienst in Anspruch genommen.

Er hat die Auffassung vertreten, daß Werbemitteilungen an Endverbraucher, die zur Zeit der Klageerhebung nach der damals gültigen Regelung der Deutschen Bundespost nicht gesondert gekennzeichnet zu werden brauchten und aus technischen Gründen nur nach vorheriger Darstellung auf dem Bildschirm gelöscht werden konnten, für den Empfänger eine erhebliche Belästigung darstellten bzw. mindestens in Zukunft bei größerer Verbreitung des Btx-Dienstes darstellen könnten, und deshalb wettbewerbswidrig seien.

Klage und Berufung des Klägers sind erfolglos geblieben.

Auf die Revision des Klägers hat der erkennende Senat durch Urteil vom 3. Februar 1988 (I ZR 222/85, GRUR 1988, 614 = WRP 1988, 522 - Btx-Werbung) das Berufungsurteil

aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Nachdem die Deutsche Bundespost ihre Vorschriften dahin geändert hatte, daß Werbetexte nunmehr durch ein "W" kenntlich zu machen seien, und die technischen Voraussetzungen dafür geschaffen hatte, daß Btx-Mitteilungen auch ohne vorherigen Bildaufbau gelöscht werden konnten, hat der Kläger im fortgesetzten Berufungsverfahren mit Schriftsatz vom 15. September 1988 einen geänderten Klageantrag angekündigt, der die Beschränkung des Verbots auf Werbemitteilungen vorsah, die nicht durch ein "W" gekennzeichnet waren.

Die Beklagte hat in diese Änderung mit Schriftsatz vom 27. Juli 1989 eingewilligt.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht hat der Kläger den geänderten Antrag nicht verlesen, sondern die Hauptsache für erledigt erklärt, weil die Beklagte nach Einführung der Änderungen durch die Deutsche Bundespost von jeglicher Btx-Werbung bei Endverbrauchern abgesehen hat. Da die Beklagte sich der Erledigungserklärung nicht angeschlossen hat, hat der Kläger beantragt, die Erledigung der Hauptsache festzustellen. Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

Das Berufungsgericht hat dem Antrag des Klägers entsprochen und die Kosten des Rechtsstreits der Beklagten auferlegt.

Hiergegen richtet sich die - zugelassene - Revision der Beklagten, mit der diese ihren Klageabweisungsantrag weiterverfolgt. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache festgestellt und dies wie folgt begründet:

Ein den ursprünglichen Streitstoff des Verfahrens erledigendes Ereignis sei dadurch eingetreten, daß die Beklagte unstreitig jegliche Btx-Werbung aufgegeben habe, seit im Juli 1987 vorgeschrieben worden sei, Werbemitteilungen durch ein "W" zu kennzeichnen, und gleichzeitig den Btx-Teilnehmern technisch die Möglichkeit eröffnet worden sei, eine Mitteilung direkt, ohne vorherigen Abruf auf den Bildschirm, zu löschen. Damit sei - worin die Parteien sich einig seien - jegliche Begehungsfahr entfallen. Zwar verlange die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für die Feststellung der Erledigung der Hauptsache eines Rechtsstreits weiter, daß die Klage bis zum Eintritt des erledigenden Ereignisses zulässig und begründet gewesen sei. Darauf könne es jedoch nicht entscheidend ankommen, wenn sich eine solche Beurteilung nicht ohne eine Reihe weiterer Feststellungen vornehmen lasse, tatsächlich aber - wie dargelegt - eine Erledigung des Streitstoffs eingetreten sei. In einem solchen Fall sei die Beklagte, wenn sie - wie vorliegend - der Erledigung widersprochen habe, im Erledigungsstreit unterlegen und deshalb verpflichtet, die durch diesen Streit entstandenen Mehrkosten zu tragen. Die bis zur Erledigung entstandenen Kosten habe die Beklagte nach den Grundsätzen des § 91 a ZPO zu tragen, denn nach dem bei Erledigungseintritt gegebenen Sach- und Streitstand habe eine gewisse Erfolgsaussicht der Klage zu jenem Zeitpunkt bestanden.

Unerheblich sei, daß der Kläger noch längere Zeit nach Einführung der Kennzeichnungspflicht bei der Btx-Werbung und nach der mit dieser zusammenhängenden Einstellung der Btx-Werbung durch die Beklagte schriftsätzlich einen geänderten Antrag angekündigt habe; denn diesen Antrag habe er in der mündlichen Verhandlung nicht gestellt, so daß er bei der Entscheidung nicht habe berücksichtigt werden dürfen.

II. Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat die Feststellung der Erledigung der Hauptsache eines Rechtsstreits und die im Zusammenhang damit ergehende Kostenentscheidung nicht nur den Eintritt eines erledigenden Ereignisses zur Voraussetzung, sondern weiter auch, daß die Klage im Zeitpunkt dieses Eintritts zulässig und begründet war (BGHZ 37, 137, 142 f.; 83, 12, 13; 91, 126, 127; BGH, Urt. v. 6.12.1984 - VII ZR 64/84, NJW 1986, 588, 589; BGH, Urt. v. 8.3.1990 - I ZR 116/88, GRUR 1990, 530, 531 = WRP 1990, 685 - Unterwerfung durch Fernschreiben; Zöller/Vollkommer, ZPO, 17. Aufl., § 91 a Rdn. 44 m.w.N.).

Davon ist das Berufungsgericht bewußt abgewichen, weil es die Hauptsache-Erledigung vorliegend allein in der Tatsache des technischen Fortschritts und des Unterbleibens jeglicher weiterer Werbung der Beklagten erblickt und hinsichtlich der Kostenentscheidung gemeint hat, daß in Fällen, in denen wie hier die Frage der Begründetheit der Klage ohne weitere Feststellungen nicht beurteilt werden könne, eine Kostentrennung vorzunehmen sei, mit der Folge, daß die durch den Streit über die Hauptsache-Erledigung verursachten Mehrkosten der in diesem Streit unterlegenen Partei zur Last fallen müßten, während im übrigen über die Kosten des Rechtsstreits unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands nach billigem Ermessen und damit inhaltlich gemäß der Bestimmung des § 91 a ZPO zu entscheiden sei.

Dem kann nicht beigetreten werden. War die Klage bereits im Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses unzulässig oder unbegründet, geht eine Erledigungserklärung ins Leere; die Klage ist abzuweisen. Daraus folgt, daß eine sachliche Prüfung der Zulässigkeit und Begründetheit - bezogen auf den Zeitpunkt des Eintritts des erledigenden Ereignisses - unerlässlich ist und hierfür erforderlichenfalls auch Beweise zu erheben sind (vgl. BGH, Urt. v. 8.12.1981 - VI ZR 181/80, NJW 1982, 767, 768; Zöller/Vollkommer aaO). Eines besonderen Rechtsschutzinteresses hierfür bedarf es nicht (BGH, Urt. v. 15.1.1980 - VI ZR 191/78, VersR 1980, 384, 385). Es wäre nicht nur interessenwidrig, wenn der Kläger sich einseitig den Folgen einer unzulässigen oder unbegründeten Klage entziehen könnte (so zuletzt BGH, Urt. v. 6.12.1984 - VII ZR 64/84, NJW 1986, 588, 589 m.w.N.), sondern außerdem auch eine unzulässige Beschränkung eines elementaren und selbstverständlichen Verteidigungsrechts des Beklagten, wenn man ihm das Recht versagen wollte, einer auch weiterhin, wenngleich nunmehr mit geändertem Streitgegenstand (vgl. dazu BGH aaO unter II - Unterwerfung durch Fernschreiben), gegen ihn gerichteten Klage mit dem Antrag auf deren Abweisung zu begegnen.

Dem steht die vom Berufungsgericht zitierte Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts nicht entgegen. Ersteres hat seine Auffassung aufgegeben; die abweichende Beurteilung des Bundesverwaltungsgerichts mag ihre Gründe in einer anderen Verfahrensordnung finden, die jedenfalls für Verfahren der ordentlichen Gerichtsbarkeit nicht gelten (vgl. BGH, Urt. v. 14.5.1979 - II ZR 15/79, WM 1979, 1128; BGH, Urt. v. 15.1.1980 - VI ZR 191/78, VersR 1980, 384, 385; ferner die bereits in anderem Zusammenhang zitierte Entscheidung NJW 1982, 767, 768). In den beiden erstgenannten Entscheidungen ist auch bereits ausgeführt, daß und warum es ungeachtet der Rechtsprechungsdivergenz einer Anrufung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes nicht bedarf.

Das Berufungsgericht hätte daher auf der Grundlage der von ihm angenommenen Unbeachtlichkeit des mit Schriftsatz vom 15. September 1988 angekündigten neuen Antrags des Klägers nicht offenlassen dürfen, ob das ursprüngliche Klagebegehren zur Zeit des erledigenden Ereignisses begründet war, sondern diese Frage prüfen und - gegebenenfalls nach Beweisaufnahme - entscheiden müssen.

2. Jedoch kommt es auf eine solche Prüfung deshalb nicht an, weil die Erledigungserklärung des Klägers sich nicht mehr auf dieses ursprüngliche Klagebegehren bezogen hat; denn vor Abgabe der Erledigungserklärung ist - was das Revisionsgericht aufgrund der aus den Akten

ersichtlichen und unstreitigen Umstände selbst feststellen kann - das Klagebegehren (und damit der Streitgegenstand des Verfahrens) geändert worden. Hierfür bedurfte es - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - keiner Stellung des (angekündigten) neuen Antrags in der mündlichen Verhandlung. Gemäß § 261 Abs. 2 ZPO kann - was auch das Berufungsgericht nicht verkannt hat - ein im Wege der Klageänderung eingeführter neuer Streitgegenstand auch durch Zustellung eines entsprechenden Antrags in Schriftsatzform rechtshängig werden. Dies kann zwar in den Fällen, in denen es einer gerichtlichen Entscheidung über die Sachdienlichkeit der Klageänderung bedarf, allein noch keine Ersetzung des ursprünglichen Streitgegenstands durch den neuen bewirken; insoweit kommt der Antragstellung in der mündlichen Verhandlung wesentliche Bedeutung zu, weil sie Voraussetzung einer gerichtlichen Entscheidung über die Wirksamkeit der Klageänderung ist. Anders ist die Rechtslage jedoch zu beurteilen, wenn der Gegner der Klageänderung wirksam zugestimmt hat. In diesem Falle wird die Klageänderung bereits im Zeitpunkt der Zustimmung wirksam, der ursprüngliche Streitgegenstand also durch den neuen ersetzt (vgl. BGH, Urt. v. 1.6.1990 - V ZR 48/89, NJW 1990, 2682; Stein/Jonas/Schumann, ZPO, 20. Aufl., § 264 Rdn. 37).

Ein solcher Fall liegt hier vor. Der neue Antrag ist durch Zustellung an den Gegner rechtshängig geworden (vgl. nachfolgend unter a) und als Folge der Zustimmung der Beklagten an die Stelle des ursprünglichen Klagebegehrens getreten (vgl. nachfolgend unter b).

a) Es ist allgemein anerkannt, daß es zur Bewirkung der Rechtshängigkeit im Fall der Klageänderung keiner förmlichen Amtszustellung bedarf, sondern auch die Zustellung im Sinne des § 198 ZPO von Anwalt zu Anwalt genügt (BGHZ 17, 234, 235 f.; Zöller/Stephan, ZPO, 17. Aufl., § 261 Rdn. 6). Eine solche Zustellung setzt allerdings außer der hier - wie aus der schriftlichen Reaktion der Beklagten ersichtlich ist - unzweifelhaften Zusendung des den Antrag enthaltenden Schriftsatzes von Anwalt zu Anwalt weiter - als wesentliches Formelement (vgl. BGHZ 30, 299, 304 f.; Stein/Jonas/Schumann aaO § 198 Rdn. 8) - die Erteilung eines Empfangsbekanntnisses voraus, an der es vorliegend unstreitig fehlt. Jedoch ist der damit gegebene Formmangel der Zustellung nach § 187 ZPO geheilt.

Zwar ist die Beurteilung, ob ein Mangel nach dieser Vorschrift als geheilt angesehen werden kann, eine Entscheidung nach pflichtgemäßem Ermessen, die grundsätzlich dem Tatrichter obliegt. Sie kann unter den vorliegenden Umständen jedoch auch vom Revisionsgericht getroffen werden, da feststeht, daß - und wann spätestens - der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten den Schriftsatz mit dem geänderten Antrag zugesandt erhalten hat; denn er hat mit direktem Bezug auf den in dem Schriftsatz angekündigten neuen Antrag seine ausdrückliche Zustimmung zur Klageänderung erklärt. Bei dieser Sachlage ist dem Sinn und Zweck des Zustellungserfordernisses zweifelsfrei auch ohne Einhaltung der Förmlichkeit genügt; eine gegenteilige Beurteilung wäre ermessensfehlerhaft (vgl. Stein/Jonas/Schumann aaO § 187 Rdn. 7, 8 und 22).

b) Auch die schriftsätzlich erklärte Einwilligung in die Klageänderung ist wirksam. Der - auf eine mißverständliche Wendung bei Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, § 264 Anm. 4 A (jetzt in der 50. Aufl.: Anm. 5) gestützten - Auffassung des Berufungsgerichts, die Zustimmung zur Klageänderung könne nur in der mündlichen Verhandlung erteilt werden, kann nicht beigetreten werden. Sie findet weder im Gesetzeswortlaut noch in der Gesetzessystematik eine Stütze. Soweit dem Kläger im Gesetz die Möglichkeit eingeräumt wird, allein durch bestimmende Schriftsätze über den Streitstoff zu verfügen (vgl. § 261 Abs. 2, § 269 Abs. 1 ZPO), kann es dem Beklagten nicht verwehrt werden, hierfür erforderliche Zustimmungserklärungen ebenfalls nur schriftsätzlich abzugeben. Dies ist für die Zustimmung zur Klagerücknahme allgemein anerkannt (vgl. Stein/Jonas/Schumann aaO § 269 Rdn. 15 m.w.N.) und muß in gleicher Weise für die Zustimmung zur Klageänderung gelten.

Mit der im Schriftsatz vom 27. Juli 1989 erklärten Einwilligung ist somit die Klageänderung wirksam geworden. Streitgegenstand war von diesem Zeitpunkt an allein das im Schriftsatz vom 15. September 1988 formulierte Klagebegehren, auf das demgemäß die Erledigungserklärung auch nur bezogen werden kann.

3. Damit erweist sich der Antrag, die Erledigung der Hauptsache festzustellen, als unbegründet; denn nach Einführung des neuen Streitgegenstands ist ein Ereignis, das geeignet gewesen wäre, diesen in der Hauptsache zu erledigen, nicht eingetreten, da die Änderung der rechtlichen und tatsächlichen Lage, aus der die Parteien übereinstimmend den Wegfall einer Begehungsgefahr herleiten wollen, bereits vor Einführung des neuen Streitstoffs in das Verfahren erfolgt war.

Auf die Frage, ob das geänderte Klagebegehren begründet war oder nicht, kommt es bei dieser Sachlage nicht an.

III. Auf die Revision der Beklagten ist daher das Berufungsurteil aufzuheben und die Berufung des Klägers gegen das landgerichtliche Urteil zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung ergeht gemäß §§ 91 und 97 Abs. 1 ZPO.