



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

I ZR 17/09

vom

22. April 2010

in dem Rechtsstreit

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 22. April 2010 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Pokrant, Prof. Dr. Büscher, Dr. Schaffert und Dr. Koch

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten wird das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg, 5. Zivilsenat, vom 10. Dezember 2008 gemäß § 544 Abs. 7 ZPO aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Gründe:

- 1 Die Beklagte macht zu Recht eine entscheidungserhebliche Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG geltend.
- 2 Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte im Rahmen einer Werbekampagne mit dem Werbeslogan "Simply the Best!" unter dem Gesichtspunkt einer unzulässigen Alleinstellungswerbung irreführend geworben hat.
- 3 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

- 4                    Das Berufungsgericht hat die Berufung zurückgewiesen und die Revision nicht zugelassen (OLG Hamburg OLG-Rep 2009, 781).
- 5                    Die Nichtzulassungsbeschwerde wendet sich mit Recht dagegen, dass das Berufungsgericht den in der Berufungsverhandlung am 29. November 2008 vorgelegten Testbericht der Stiftung Warentest unter Verletzung des Verfahrensgrundrechts der Beklagten aus Art. 103 Abs. 1 GG auf rechtliches Gehör als gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO verspätet und deshalb nicht mehr berücksichtigungsfähig angesehen hat. Die Vorlage des Testberichts war schon deshalb nicht im Sinne der genannten Vorschrift verspätet, weil dieser Bericht erst im Juni 2008 veröffentlicht worden war und bereits aus diesem Grund in dem Mitte 2007 abgeschlossenen Verfahren erster Instanz nicht hätte geltend gemacht werden können. Ob das Berufungsgericht die Vorlage des Testberichts aus einem anderen Grund als verspätet hätte zurückweisen können, kann schon deshalb dahinstehen, weil eine mit dem vom Gericht dafür angegebenen Grund nicht zu rechtfertigende Zurückweisung nicht mit anderer Begründung aufrechterhalten werden kann (vgl. BGH, Urt. v. 4.5.2005 - XII ZR 23/03, NJW-RR 2005, 1007, 1008; BGHZ 166, 227 Tz. 19).
- 6                    Das Berufungsgericht hat die Nichtberücksichtigung des vorgelegten Testberichts allerdings auch damit zu begründen versucht, dass dieser Bericht einen substantiierten Vortrag nicht zu ersetzen vermöge. Dem steht jedoch entgegen, dass der Testbericht den Rasierer der Beklagten mit einer Gesamtbewertung von 1,4 (sehr gut) ohne weiteres erkennbar und deutlich als Testsieger vor dem Rasierer der Klägerin ausweist, der - insbesondere wegen seines erheblich schlechteren Abschneidens bei der Handhabung - insgesamt nur mit 1,8 (gut) bewertet wurde.

7

Die Nichtberücksichtigung des durch den Test, den die Stiftung Waren-test durchgeführt und im Juni 2008 veröffentlicht hat, zu diesem Zeitpunkt für die Beklagte in Form des Testberichts neu entstandenen Beweismittels lässt sich ferner nicht mit der vom Berufungsgericht des Weiteren angestellten Erwägung rechtfertigen, die Beklagte habe bereits zum Zeitpunkt der Werbeaktion im Jahr 2006 Anhaltspunkte dafür haben müssen, auf welche tatsächliche Grundlage sie ihre Alleinstellungsbehauptung habe stützen können, und hätte entsprechende Umstände deshalb auch rechtzeitig in den Rechtsstreit einführen müssen. Die Bestimmung des § 531 ZPO regelt allein die Zurückweisung von Angriffs- und Verteidigungsmitteln, die bereits während des Rechtsstreits erster Instanz bestanden haben und entweder in diesem ausgeschlossen worden sind (Abs. 1) oder aber infolge eines Fehlers des Gerichts oder unter Verletzung der der Partei obliegenden Prozessförderungspflicht nicht berücksichtigt oder vorgebracht worden sind (Abs. 2; vgl. Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 30. Aufl., § 531 Rdn. 1). Im Hinblick auf die erhebliche Beschwer für die säumige Partei verbietet sich auch eine ausdehnende Auslegung dieser Bestimmung (vgl. BGHZ 166, 227 Tz. 17). Dementsprechend können nach dem Schluss der

mündlichen Verhandlung erster Instanz neu entstandenen Angriffs- und Verteidigungsmittel ohne die sich aus § 531 Abs. 2 ZPO ergebenden Beschränkungen jederzeit in das Berufungsverfahren eingeführt werden (vgl. BGH, Urt. v. 6.10.2005 - VII ZR 229/03, NJW-RR 2005, 1687 f.; BGHZ 182, 158 Tz. 91; Zöller/Heßler aaO § 531 Rdn. 29 m.w.N.).

Bornkamm

Pokrant

Büscher

Schaffert

Koch

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 14.06.2007 - 315 O 1/07 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 10.12.2008 - 5 U 129/07 -