

BEITRÄGE

Friedrich Bernreuther

Rechtsanwalt, München

Der negative Feststellungsantrag im einstweiligen Verfügungsverfahren

INHALT

Einleitung

1. Verfügungsanspruch

- 1.1 Die gesetzlich geregelten Ansprüche
- 1.2 Die Ableitung des negativen Feststellungsanspruchs aus § 940 ZPO bzw. vermittelt Analogie
 - 1.2.1 Die Rechtfertigung des negativen Feststellungsanspruchs vermittelt dessen Regelungswirkung
 - 1.2.2 Die Rechtfertigung des negativen Feststellungsantrags vermittelt Analogie

2. Verfügungsgrund

- 2.1 Die Dringlichkeit bei tatsächlicher oder möglicher Beteiligung Dritter
- 2.2 Die Dringlichkeit als Folge der Gefahr einer unrichtigen Entscheidung
 - 2.2.1 Voraussetzungen, welche die Gefahr einer unrichtigen Entscheidung ergeben
 - 2.2.2 Glaubhaftmachung der voraussichtlichen Unrichtigkeit einer Entscheidung

3. Feststellungsinteresse

- 3.1 Das negative Feststellungsinteresse im Hauptsacheverfahren
- 3.2 Das negative Feststellungsinteresse im einstweiligen Verfügungsverfahren

4. Anderweitige Rechtshängigkeit

4.1 Zusammentreffen der negativen Feststellungsklage mit der Leistungsunterlassungsklage (Hauptsacheverfahren)

- 4.1.1 Prioritätsjüngere negative Feststellungsklage und prioritätsältere Leistungsunterlassungsklage
- 4.1.2 Prioritätsältere negative Feststellungsklage und prioritätsjüngere Leistungsunterlassungsklage

4.2 Zusammentreffen des negativen Feststellungsantrags mit dem Leistungsunterlassungsantrag (einstweiliges Verfügungsverfahren)

- 4.2.1 Prioritätsjüngerer negativer Feststellungsantrag und prioritätsälterer positiver Leistungsunterlassungsantrag
- 4.2.2 Prioritätsälterer negativer Feststellungsantrag und prioritätsjüngerer Leistungsunterlassungsantrag

5. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

6. Vollziehung

6.1 Die Vollziehung der Unterlassungs- und der Beseitigungsverfügung

6.2 Die Vollziehung der Feststellungsverfügung

- 6.2.1 Die Leistungswirkung von Feststellungsentscheidungen im Hauptsacheverfahren
- 6.2.2 Die Leistungswirkung von Feststellungsentscheidungen im einstweiligen Verfügungsverfahren und deren Auswirkung auf die Vollziehung der negativen Feststellungsentscheidung

7. Zusammenfassung

Einleitung

Die negative Feststellungsklage im Hauptsacheverfahren stellt gerade in den Bereichen des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts keine Besonderheit dar. Bereits von daher besteht ein allgemeiner Anlass, sich mit der Zulässigkeit des negativen Feststellungsantrags im einstweiligen Verfügungsverfahren zu befassen. Im Besonderen ist die Frage aufgeworfen, ob etwa nach einer rechtswidrigen Abnehmerverwarnung das Verfahrensrecht tatsächlich nur Hauptsacheklagen, bezogen auf Schadensersatzansprüche, oder nicht doch effektiven Rechtsschutz mittels negativem Feststellungsbegehren bereit stellt.

1. Verfügungsanspruch

1.1 Die gesetzlich geregelten Ansprüche

Die §§ 916, 936 ZPO ermöglichen die Geltendmachung eines Verfügungsanspruchs zur Sicherung der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung. Dieser sog. Sicherungsanspruch spielt in der Praxis des einstweiligen Verfügungsverfahrens – soweit ersichtlich – nur eine geringe Rolle. § 940 ZPO ermöglicht die Geltendmachung eines Verfügungsanspruchs zur Regelung eines einstweiligen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis. Dieser sog. Regelungsanspruch besitzt im Verfahrensrecht des einstweiligen Rechtsschutzes eine überragende Bedeutung. Soweit es aber nicht um die Regelung, sondern um die Feststellung geht, findet sich im Verfügungsverfahrensrecht keine gesetzliche Vorschrift.

1.2 Die Ableitung des negativen Feststellungsanspruchs aus § 940 ZPO bzw. vermittelt Analogie

Der negative Feststellungsanspruch fügt sich dann in die Regelungen der §§ 936, 916 ZPO, wenn dessen konkreter Einsatz erstens die in § 940 ZPO vorausgesetzten Regelungswirkungen entfaltet. Die Zulässigkeit dieses Antrags könnte sich zweitens aus den Grundsätzen der Rechtsanalogie ergeben.

1.2.1 Die Rechtfertigung des negativen Feststellungsanspruchs vermittelt dessen Regelungswirkung

Nachstehend wird zur Verdeutlichung möglicher Rechtfertigungsvoraussetzungen zwischen den im Hauptsacheverfahren anerkannten Regelungswirkungen des positiven und negativen Feststellungsanspruchs sowie deren möglichen Vorhandensein beim negativen Feststellungsantrag im einstweiligen Verfügungsverfahren unterschieden.

1.2.1.1 Die Regelungswirkungen des Feststellungsanspruchs im Hauptsacheverfahren

Wie erwähnt ist weiter zu unterscheiden zwischen den Regelungswirkungen des positiven und des negativen Feststellungsanspruchs.

1.2.1.1.1 Die Regelungswirkung des positiven Feststellungsanspruchs im Hauptsacheverfahren

Die Regelungswirkung des positiven Feststellungsanspruchs wird auch und gerade in der Abgrenzung zur – angeblich – vor-

rangigen Leistungsklage deutlich: verneint man die gleiche Zielrichtung, ist es möglich, auf Feststellung der Geltung verschiedener vertraglicher Bedingungen zu klagen¹⁾.

Speziell im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts erfährt darüber hinaus der angebliche Vorrang der Leistungsklage eine Einschränkung zu Gunsten der positiven Feststellungsklage. Da auch nach erteilter Auskunft die Begründung des Schadensersatzanspruchs und die Berechnung des Schadens Schwierigkeiten bereiten können, wird die Feststellungsklage dort aus prozessökonomischen Erwägungen anerkannt. Auf diese Weise ist der Verletzte zweitens vor dem Verjährungseinwand sicher und drittens entspricht es der prozessualen Erfahrung, dass die Parteien auf Grund des Feststellungsurteils die Schadenregulierung ohne Hilfe der Gerichte vornehmen²⁾.

1.2.1.1.2 Die Regelungswirkung des negativen Feststellungsanspruchs im Hauptsacheverfahren

Die Zulässigkeit der negativen Feststellungsklage wird erneut für Bereiche bejaht, die sonst einer einen Titel verschaffenden und die Verjährung unterbrechenden³⁾ Leistungsklage vorbehalten sind. So besteht das negative Feststellungsinteresse bei Anhängigkeit des Feststellungsverfahrens in der Revisionsinstanz⁴⁾ fort, es besteht bei Unzulässigkeit⁵⁾ der parallelen Unterlassungsklage; wenn der Leistungskläger zusätzliche Voraussetzungen überwinden müsste, die im Feststellungsverfahren nicht gegeben sind⁶⁾; bei Entscheidungsreife⁷⁾ sowie bis zu dem Zeitpunkt, in dem die später erhobene Leistungsklage nicht mehr zurückgenommen werden kann⁸⁾. Am deutlichsten wird die Anerkennung der negativen Feststellungsklage als Regelungsinstrument aber dann, wenn nach Abschluss eines zu Gunsten des positiven Gläubigers entschiedenen einstweiligen Unterlassungsbegehrens über § 927 ZPO die Aufhebung der Verfügungsentscheidung mittels Obsiegens des negativen Feststellungsklägers im Hauptsacheverfahren⁹⁾ erreichbar ist.

Ausgehend von den Regelungswirkungen des positiven und des negativen Feststellungsanspruchs (s.o. Ziff. 1.2.1.1.1 und hier 1.2.1.1.2) lautet der Befund: selbst wenn man in den §§ 916, 930 ZPO und in § 940 ZPO eine abschließende und ausschließende Regelung erblicken wollte, stünde dies der Anerkennung des negativen Feststellungsantrags vom einstweiligen Verfügungsverfahren insoweit nicht entgegen, als der dort geltend gemachte Feststellungsantrag in Wahrheit Regelungswirkungen beinhaltet.

1) BGH v. 27.01.2010 – XII ZR 148/07.

2) BGH WRP 2003, 1238 = GRUR 2003, 900, 901 – Feststellungsinteresse III; BGH WRP 2001, 1164 = GRUR 2001, 1177 – Feststellungsinteresse II; zur letztgenannten Entscheidung *Teplitzky*, GRUR 2003, 272.

3) Die negative Feststellungsklage hemmt nicht die Verjährung, BGH WRP 1994, 810 = GRUR 1994, 846 – Parallelverfahren II; *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren (WuV), 9. Auflage 2007, Kapitel 52, Rdn. 20.

4) BGH NJW 1968, 50; *Teplitzky*, WuV Kapitel 52, Rdnr. 20 a.

5) BGH NJW 1997, 870; *Teplitzky*, WuV, Kap. 52, Rdnr. 21.

6) BGH GRUR 1985, 571 = WRP 1985, 212 – Feststellungsinteresse.

7) BGHZ 18, 22, 41 = NJW 1955, 1437; *Teplitzky*, WuV, Kap. 52, Rdnr. 20 a.

8) BGH WRP 1987, 459 = GRUR 1987, 402 – Parallelverfahren I; BGH WRP 1994, 810 = GRUR 1994, 846 – Parallelverfahren II; *Teplitzky*, WuV, Kap. 52, Rdnr. 20 a; s. u. Ziffer 3.2, Fn 59.

9) *Teplitzky*, WuV, Kap. 56, Rdnr. 32.

1.2.1.2 Die Regelungswirkungen des negativen Feststellungsanspruchs im einstweiligen Verfügungsverfahren

Die Regelungswirkung des negativen Feststellungsanspruchs zeigt sich z. B. dann, wenn nach einer Abnehmerverwarnung der Unterlassungsschuldner (nachfolgend: negativer Gläubiger) den Abnehmern die Unrichtigkeit der Abmahnung durch Hinweis auf eine negative Feststellungsentscheidung nachweisen kann. Die Regelungswirkung des negativen Feststellungsanspruchs zeigt sich ferner bei kontradiktorischen Entscheidungen und zwar darin, dass einem Antrag auf Einstellung der Zwangsvollstreckung kaum der Erfolg versagt werden dürfte. Wer in diesem Zusammenhang einwendet, den Feststellungsantrag gäbe es im einstweiligen Verfügungsverfahren überhaupt nicht, weder als positiven noch als negativen, daher dürfe es diesen auch nicht geben, sei ungeachtet methodischer Einwände (Sein und Sollen) daran erinnert, dass bei Erklärung einer ausreichenden Unterlassungserklärung nach Erlass einer einstweiligen Verfügung und Annahme dieser Unterlassungserklärung durch den Unterlassungsgläubiger (nachfolgend: positiver Gläubiger) mit Wirkung ex nunc zur Sicherung von Ordnungsmittelanträgen für den Fall zwischenzeitlicher Zuwiderhandlungen jener (der positive Gläubiger) gehalten ist, seine einseitig gebliebene Erledigungserklärung im Verfügungsverfahren nach Widerspruch des Unterlassungsschuldners auf Feststellung¹⁰⁾ umzustellen¹¹⁾.

Ob durch die Bejahung des Feststellungsantrags im einstweiligen Verfügungsverfahren, ausgestattet mit Regelungswirkung, nicht nur die Zulässigkeit des Verfügungsanspruchs, sondern auch die Unzulässigkeit dieses Begehrens wegen Missachtung des Vorrangs der Leistungsklage begründet wird, ist nicht hier, sondern zur Frage der anderweitigen Rechtshängigkeit, nach der h. M. – prinzipwidrig – im Rahmen des Feststellungsinteresses, zu klären.

1.2.2 Die Rechtfertigung des negativen Feststellungsantrags vermittelt Analogie

Wer sich dem gefundenen Ergebnis – Zulässigkeit des negativen Feststellungsantrags im einstweiligen Verfügungsverfahren für den Fall der Geltendmachung von Regelungswirkungen nebst Legitimation gem. § 940 ZPO – sowie den vorgetragenen Begründungen nicht anschließen möchte, wird die Analogie, die hier hilfsweise erwogen wird, möglicherweise nicht verneinen können.

Eine Analogie setzt eine Regelungslücke voraus, welche in Gegenüberstellung zu den Vorstellungen und Verwirklichungen des historischen Gesetzgebers planwidrig ist, jedoch in Entsprechung, also analog zur vorhandenen Gesetzes- oder Rechtslage deshalb geschlossen werden kann, weil Sinn und Zweck

der entsprechend vorhandenen Gesetzes- oder Rechtslage verallgemeinerungsfähig und damit übertragbar sind¹²⁾.

In Beantwortung dieser Voraussetzungen kann gesagt werden: eine Regelungslücke ist gegeben. Die Möglichkeit, sich mittels negativen Feststellungsantrags zu wehren, ist im einstweiligen Verfügungsverfahren nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt. In Gegenüberstellung mit den Vorstellungen zumindest eines auf die Gegenwart bezogenen Gesetzgebers der ZPO ist diese Regelungslücke auch planwidrig. Hiergegen spricht nicht, dass man im Zuge der Novellierung der ZPO im Jahr 2000¹³⁾ keine Ausweitung der Antragsmöglichkeiten im einstweiligen Verfügungsverfahren vorgenommen hat. Denn die hier vorgeschlagene Lösung war – soweit ersichtlich – seinerzeit nicht diskutiert, geschweige denn erkannt. Das Bedürfnis allerdings, den angeblichen oder tatsächlichen Unterlassungsschuldner im einstweiligen Verfügungsverfahren aus der Waffenungleichheit zu lösen, ist seit langem anerkannt¹⁴⁾, was sich gegenwärtig ansatzweise in der Rechtsprechung des BGH zur Erstattungsmöglichkeit von Kosten der Schutzschrift¹⁵⁾ beweist.

Die somit festgestellte, planwidrige Regelungslücke kann mit Rückgriff auf verallgemeinerungsfähige, der negativen Feststellungsklage zu Grunde liegenden Zwecküberlegungen geschlossen werden: wenn der Unterlassungsschuldner im Hauptsacheverfahren berechtigterweise auf eigene Angriffsmittel zu seiner Verteidigung zurückgreifen kann, gilt solches gleichermaßen (oder: erst recht) für das Verfügungsverfahren. M.a.W., es ist kein Grund ersichtlich, weshalb durch den Antrag auf Feststellung auch im Verfügungsverfahren nicht gleichermaßen der Streit um die Rechtmäßigkeit des Verhaltens des angeblichen oder tatsächlichen Unterlassungsschuldners geklärt werden könnte. Somit sind Sinn und Zweck der negativen Feststellungsklage – Beilegung des Streits – nicht nur verallgemeinerungsfähig, sondern auch für den negativen Feststellungsantrag im Verfügungsverfahren übertragbar und gültig; die negative Feststellungsklage ist somit auch durch Analogie gerechtfertigt.

2. Verfügungsgrund

Der Verfügungsgrund gem. § 940 ZPO setzt bei Verfügungen die Unzumutbarkeit des abwarten Könnens wegen anderenfalls eintretender wesentlicher Nachteile, wegen der Verhinderung drohender Gewalt oder wegen anderer Gründe voraus. Nachfolgend ist allein die Abwendung wesentlicher Nachteile von Bedeutung.

Dabei sind die Nachteile, die sich aus dem Überschreiten des Kommunikationsbereichs zwischen positivem Gläubiger und negativen Gläubiger ergeben, zu unterscheiden von den innerhalb dieses Bereichs möglichen Nachteilen.

Was die aus dieser Unterscheidung gefolgerten, nachstehend zu Ziffer 2.1 und Ziffer 2.2 erläuterten Fallgruppen anbelangt, so

10) „Die einstweilige Verfügung des LG ... vom ... bleibt bis zum ... (Zeitpunkt der Geltungswirkung der Unterlassungserklärung) aufrecht erhalten; im Übrigen wird festgestellt, dass das Unterlassungsbegehren zulässig und begründet war (die bequemere Formulierung lautet: „Im Übrigen wird festgestellt, dass die Angelegenheit erledigt ist)“. Der Unterlassungsschuldner wird trotz Abgabe der Unterlassungserklärung Widerspruch einlegen und sich der Erledigungserklärung des Unterlassungsgläubigers nicht anschließen, wenn er formelle Einwendungen wie z. B. eine fehlerhafte Zustellung erheben kann, weil nur auf diese Weise er eine Kostenentscheidung erreichen kann, die Gesichtspunkte der Billigkeit nicht enthält (so aber § 91 a ZPO; zu § 91 a ZPO vgl. BGH WRP 2010, 776 – „Unzuständiges Gericht“).

11) Bernreuther, GRUR 2001, 400.

12) Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage 1991, 381 ff.

13) Zivilprozessreformgesetz vom 27.07.2001, BGBl I, 1887, zuletzt geändert durch Gesetz vom 06.11.2001, BGBl I, 3133.

14) Schrickler, GRUR Int. 1990, 112, 116 nebst Fn. 33.

15) BGH WRP 2008, 951 = 2008, 640 – Kosten der Schutzschrift.

wird für den Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts auf der Rechtsfolgenseite unterstellt, dass bei Überschreiten des Kommunikationsbereichs zwischen positivem und negativem Gläubiger, mithin bei Einbeziehung Dritter durch den positiven Gläubiger, jene Dritte den Vorwürfen oder angedrohten Nachteilen nach Kenntniserlangung von einer negativen Feststellungsentscheidung weniger Gewicht beimessen werden.

Der Regelfall der Nachteilsauslösung ist die Abmahnung¹⁶⁾. Erlangen Dritte von jener Kenntnis, kommen als Dritte in Betracht der Störer¹⁷⁾ (bei Verletzung absoluter Schutzrechte) oder im Fall des sog. Verhaltensunrechts (UWG; GWG) der Mittäter / Gehilfe¹⁸⁾ einerseits bzw. der Unterlassungstäter¹⁹⁾ andererseits; Dritter kann darüber hinaus jeder sonstige Unbeteiligte sein.

Der Verfügungsgrund entfällt schließlich nicht dadurch, dass der negative Gläubiger eine Schutzschrift hinterlegen, Rechtsmittel oder Rechtsbehelfe gegen die Unterlassungsentscheidung im Eilverfahren einlegen, Schadensersatzansprüche²⁰⁾ geltend machen kann oder gar eine Anspruchsgrundlage als positiver Gläubiger besitzt. Im ersten Fall beinhaltet das in der Schutzschrift verkörperte rechtliche Gehör²¹⁾ lediglich die Verteidigung gegen einen aus Sicht des negativen Gläubigers ungerechtfertigten Angriff, nicht aber einen Verteidigungsangriff selbst. Damit stellt die Schutzschrift noch nicht das Grundrecht auf Rechtsschutzgleichheit²²⁾ sicher. Im zweiten Fall ist der Nachteil bereits eingetreten, überdies entscheidet über den Widerspruch das Ausgangsgericht. Im dritten Fall hat unabhängig von den zeitlichen Zusammenhängen das Recht die Aufgabe, drohende Schäden zu verhindern, nicht aber Rechtsverletzungen im Zuge eines Schadensersatzes zu liquidieren²³⁾; ein „dulde und liquidiere“ gibt es hier nicht. Im vierten Fall widerlegt ein eventuell vorhandener eigener Unterlassungsanspruch nicht die Dringlichkeit des negativen Feststellungsanspruchs, sondern betrifft – wenn überhaupt – das Feststellungsinteresse. Die Dringlichkeit ist, sofern sie nicht gem. § 12 Abs. 2 UWG vermutet wird, gem. den §§ 936, 920 II ZPO glaubhaft zu machen.

2.1 Die Dringlichkeit bei tatsächlicher oder möglicher Beteiligung Dritter

Hauptfall der Beteiligung Dritter bei Geltendmachung eines Rechtsverstoßes ist die Abnehmerverwarnung²⁴⁾. In der Be-

hauptung gegenüber Abnehmern, diese würden in ihrer Position als Weiterveräußerer oder Dienstleistungsabnehmer sich rechtswidrig verhalten, liegt ein erheblich nachteiliger Angriff gegenüber dem negativen Gläubiger als Lieferanten oder vorausgehenden Dienstleister, welchem die Dringlichkeit einer Reaktion gegenüber dem positiven Gläubiger auf die Stirn geschrieben ist. Weshalb bislang diese Konstellation ausschließlich unter dem Gesichtspunkt des möglichen Schadensersatzes als Folge des Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gem. § 823 Abs. 1 BGB ein Gegenstand juristischer Erwägungen war, ist diesseits nicht bekannt.

Eine vergleichbare Dringlichkeit betreffend im Hinblick auf Reaktionsmöglichkeiten ist auch bei bloßer Behauptung eines Rechtsverstoßes gegenüber Dritten gegeben.

Ähnlich ist die Lage schließlich bei der an den negativen Gläubiger gerichteten Drohung, man werde Dritte als Abnehmer abmahnen bzw. jene von dessen Rechtsverstoßen unterrichten. Hinzukommen kann in jedem Fall die Gefahr, dass ein Gericht entsprechend der Abmahnung oder Androhung unrichtig entscheiden wird. Letzteres (Gefahr der Unrichtigkeit einer Entscheidung) ist der Gegenstand selbstständiger Ausführungen zu nachstehend Ziffer 2.2.

2.2 Die Dringlichkeit als Folge der Gefahr einer unrichtigen Entscheidung

Geschäftliche Nachteile drohen auch im Falle einer bevorstehenden oder verkündeten unrichtigen Unterlassungsentscheidung, ohne dass es insoweit noch zu Verlautbarungen gegenüber Dritten gekommen sein muss. Wurde also beispielsweise abgemahnt, ist der negative Gläubiger nicht verpflichtet, gleichsam einem Lamm auf seinen Rächer und damit die Verwirklichung der Gefahr in Gestalt einer möglicherweise unrichtigen Unterlassungsentscheidung zu warten; die Dringlichkeit für den negativen Feststellungsantrag ist gegeben. Kam es bereits zu einer unrichtigen Unterlassungsentscheidung im Eilverfahren, muss diese wegen ihrer Auswirkungen auf die eigenen Handlungsmöglichkeiten dringlich beseitigt werden.

Mit einer Entscheidung zu seinen Gunsten kann der negative Gläubiger zwar nicht verhindern, dass der positive Gläubiger zu seinen Gunsten eine Eil- und damit titulierte Unterlassungsentscheidung herbeiführen kann bzw. nach wie vor auf diese sich beruft. Die allerdings so gut wie nie vorkommende, allenfalls auf formelle Mängel²⁵⁾ gestützte Entscheidung auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung hat aber hier ihren Platz: divergierende Eilentscheidungen müssen zur Vermeidung einer Verletzung des Willkürverbots²⁶⁾ zu einer Einstellung der Zwangsvollstreckung führen. Maßgebend für die nachstehenden Überlegungen ist ausschließlich der Bereich divergierender Eilentscheidungen. Dies bedeutet: kündigt der positive Gläubiger die Anrufung der Einigungsstelle oder die Erhebung der Hauptsacheklage an, scheidet die Dringlichkeit auch für den negativen Feststellungsantrag aus, da die Gefahr einer sofortigen Titeldurchsetzung auf der Grundlage einer unrichtigen Entscheidung fehlt (s.u. Ziffer 4.2.2.9).

16) Köhler/Bornkamm, UWG, 28. Auflage 2010, § 12, Rdnr. 2.30.

17) BGH WRP 2004, 1287 = GRUR 2004, 860 – Internetversteigerung I; BGH WRP 2007, 964 = GRUR 2007, 708 – Internetversteigerung II; BGH WRP 2008, 1104 = GRUR 2008, 702 – Internetversteigerung III.

18) WRP 2008, 1182 = GRUR 2008, 810 – Kommunalversicherer.

19) BGH WRP 2007, 1173 = GRUR 2007, 890 – Jugendgefährdende Schriften bei eBay.
20) Großer Zivilsenat des BGH WRP 2005, 1408 (Gründe) und 1550 (LS) = GRUR 2005, 882 – Unberechtigte Schutzrechtsverwarnung; zur Formulierung der Vorlagefrage Meier-Beck, WRP 2006, 790 und Ullmann WRP 2006, 1070; zu der aufgrund der hier zitierten Entscheidung eröffneten Möglichkeit des Vorgehens gegen eine Abmahnung mit einer Abmahnung Teplitzky, WuV, Kap. 41, Rdnr. 79a.

21) Teplitzky, WRP 1980, 373.

22) BVerfG NJW 2010, 987.

23) BGH NJW-RR 2010, 750, Rdnr. 12: „Die Auffassung des Berufungsgerichts, dem Kläger ... sei zuzumuten, den Eintritt des Schadens abzuwarten und sodann den Gewährleistungsanspruch geltend zu machen, ist dem Senat nicht nachvollziehbar. ... Das Berufungsgericht verkennt eklatant die ständige Rechtsprechung des BGH, wonach ...“.

24) BGH WRP 2005, 1408 = GRUR 2005, 882 – Unberechtigte Schutzrechtsverwarnung (s.o. Fn. 20).

25) Teplitzky, WuV, Kap. 57, Rdnr. 44.

26) BVerfG NJW 2010, 987.

Im Zusammenhang mit der Gefahr einer unrichtigen Entscheidung stellen sich vor allem zwei Fragen: Unter welchen Voraussetzungen kann von einer zu erwartenden oder ergangenen unrichtigen Entscheidung ausgegangen werden (nachstehend Ziffer 2.4.1)? Wie kann das Drohen einer unrichtigen Entscheidung glaubhaft gemacht werden (nachstehend Ziffer 2.4.2)?

2.2.1 Voraussetzungen, welche die Gefahr einer unrichtigen Entscheidung ergeben

Die Gefahr einer unrichtigen Entscheidung kann im Zusammenhang mit der Verweigerung der Gefolgschaft einer höchstrichterlichen Rechtsprechung bestehen. Die Gefahr der Unrichtigkeit kann hier zum einen darin liegen, dass das vom Unterlassungsgläubiger voraussichtlich bemühte Gericht der höchstrichterlichen Rechtsprechung folgen wird, obschon jene Rechtsprechung bereits von verschiedenen Instanzgerichten als überholt angesehen und die Richtigkeit dieser Bewertung später durch das Bundesverfassungsgericht bestätigt wird²⁷⁾. Die Gefahr der Unrichtigkeit kann zum zweiten darin liegen, dass die Instanzgerichte der neueren Rechtsprechung des BGH bewusst nicht folgen, eine bedauerlicher Weise andauernde Erscheinung gegenüber der Rechtsprechung des I. Zivilsenats, wahrnehmbar seit etwa dem Jahr 2000²⁸⁾. Die Gefahr einer unrichtigen Entscheidung ist ferner gegeben, wenn eine höchstrichterliche Rechtsprechung fehlt und die Oberlandesgerichte vergleichbare Sachverhalte unterschiedlich entscheiden. Vorzeigebispiele sind die divergierenden Entscheidungen der Oberlandesgerichte zur Frage des übertriebenen Anlockens und der Zugabe als Gegenstand der Bewertung der sog. Handywerbung²⁹⁾, die ebenfalls unterschiedlichen Entscheidungen der Oberlandesgerichte betreffen die Frage der markenmäßigen Verwendung von Wortmarken zur Steigerung der Auffindbarkeit von Adwords (sog. Keyword-Advertising³⁰⁾), die Frage, ob Apotheker Kundenbindungssysteme mittels der Abgabe von Boni, die auch gegenüber preisgebundenen Arzneimitteln³¹⁾ gelten, anbieten und durchführen dürfen, das nicht zuzuordnen Können der auf unterschiedliche Ausgangslagen bezogenen Rechtsprechung des BGH zu Fragen der Täter- und Störerverantwortlichkeit im Zusammenhang mit dem Internet seitens einiger Instanzgerichte, erkennbar anhand der Entscheidungen des BGH betreffend die Verantwortlichkeit von Betreibern von Verkaufsportalen bei Schutzrechtsverletzungen³²⁾,

bei Wettbewerbsverstößen³³⁾, betreffend die Verantwortlichkeit von Betreibern von Meinungsforen³⁴⁾, von Anbietern von Urheberrechtsverstößen³⁵⁾, eines eBay-Accounts³⁶⁾, des Verpächters einer Domain³⁷⁾, bei Affiliates³⁸⁾, bei der Verantwortlichkeit von Betreibern von Informationsportalen³⁹⁾ und bei ungesicherten wlan-Verbindungen⁴⁰⁾. Die Gefahr einer unrichtigen Entscheidung ist ferner gegeben im Hinblick auf die divergierende Rechtsprechung des BPatG zur Frage der Bindung von unterschiedlichen Eintragungen beim DPMA⁴¹⁾, weiter, wenn die von einem Bundesgericht vorgenommene Rechtsprechungsänderung von den Instanzgerichten nur zögerlich oder nicht nachvollzogen wird, wie dies der Fall war hinsichtlich der Rechtsprechung des I. Zivilsenats betreffend die spätestens seit dem Jahr 2000 wahrnehmbare einsetzende Öffnung vor allem im Bereich des UWG und des Markenrechts⁴²⁾. Ein Beispiel hierfür ist das unverwüsthliche Auftauchen von seitens des BGH beerdigten⁴³⁾ Argumentationsfiguren wie des übertriebenen Anlockens oder des psychischen Kaufzwangs⁴⁴⁾. Einen „Vorsprung durch Rechtsbruch“ gibt es ebenfalls entgegen teilweisen Fortlebens in der Rechtsprechung der Instanzgerichte⁴⁵⁾ nicht mehr, das Verbraucherleitbild⁴⁶⁾ hat sich gewandelt. Im Markenrecht vollzieht das DPMA und das BPatG den Paradigmenwechseln hin zur Öffnung der Markenregister⁴⁷⁾ teilweise nur schleppend, die Instanzgerichte haben diese Öffnung mittlerweile wohl nachvollzogen. Die Gefahr einer unrichtigen Entscheidung ist gegeben, wenn die Rechtsprechung von Bundesgerichten divergiert⁴⁸⁾ oder wenn ein Instanzgericht bewusst von der Rechtsprechung des BGH abweicht⁴⁹⁾ ferner, wenn zu Entscheidungen Minderheitsvoten mit beachtlichen Gründen verlautbart werden⁵⁰⁾.

Zum Schluss, aber nicht an geringster Stelle, ist die Gefahr einer unrichtigen Entscheidung dann gegeben, wenn der um eigene Bewertungsfähigkeit bemühte anwaltliche Vertreter des Unterlassungsschuldners eine solche Gefahr auf Grund rational motivierter Argumente annehmen darf. Die Gefahr einer unrichtigen Entscheidung ist also nicht nur dann gegeben, wenn – wie in den Beispielen zuvor – der Anwalt sich auf Autoritäten wie das bewusste Abweichen mancher Gerichte von der höchstrichterlichen Rechtsprechung oder auf nicht nachvoll-

27) BGHZ 106, 269 = NJW 1989, 830: Keine Inhaltskontrolle von Verträgen bei gestörter Vertragsparität; Vertrag ist Vertrag. Aufgehoben durch BVerfG NJW 1994, 36, 37: „Auch einige Instanzgerichte haben ihr (sc: dieser Rechtsprechung) die Gefolgschaft verweigert“.
28) Als Beispiel sei genannt: BPatG GRUR 2000, 424 – Bravo (Vorlageentscheidung an den EuGH).
29) vgl. hierzu die Antworten des BGH vom 08.10.1998, WRP 1999, 94 = GRUR 1999, 261 – Handy-Endpreis; WRP 1999, 505 „Nur 1 Pfennig“; NWJE-WettbR 1999, 25 „Kaufpreis je nur 1,- DM“; WRP 1999, 512 „Aktivierungskosten“; I ZR 138/97 „IDM“; WRP 1999, 517 „Am Telefon nicht süß sein“.
30) vgl. hierzu die Antworten des BGH vom 22.01.2009, WPR 2009, 441 = GRUR 2009, 502 – pcb; WRP 2009, 451 = GRUR 2009, 498 – Bananabay (Vorlagebeschluss); WRP 2009, 435 = GRUR 2009, 500 – Beta Layout.
31) Unzulässig: OLG Hamburg, WRP 2010, 796 (LS) – „DocMorris“; OLG Hamburg WRP 2007, 1377 = GRUR-RR 2007, 403 – SARTALER; OLG Frankfurt GRUR-RR 2008, 454 – Engel-Thaler; OLG Karlsruhe GRUR-RR 2009, 176 – Douglas-Taler. Zulässig: OLG Rostock GRUR-RR 2005, 391 – Apotheken-Bonuscard; OLG Naumburg GRUR-RR 2006, 336 – Einkauf-Gutschein; OLG Bamberg vom 06.11.2007 – 3 U 24/07; nunmehr BGH vom 09.09.2010 – I ZR 26/09.
32) Internetversteigerung I, II, III s.o. Fn. 17.

33) BGH WRP 2007, 1173 = GRUR 2007, 890 – Jugendgefährdende Schriften bei eBay.
34) BGH WRP 2007, 795 = GRUR 2007, 725 – Meinungsforum (VI. ZS).
35) BGH WRP 2009, 1139 = GRUR 2009, 841 – Cybersky.
36) BGH WRP 2009, 730 = GRUR 2009, 597 – Halzband.
37) BGH WRP 2009, 1262 = GRUR 2009, 1093 – Nachrichtendienst „FOKUS ONLINE“.
38) BGH WRP 2009, 1520 = GRUR 2009, 1167 – Partnerprogramm.
39) BGH WRP 2010, 922 = GRUR 2010, 616 – marions-kochbuch.de.
40) BGH WRP 2010, 912 = GRUR 2010, 633 – Sommer unseres Lebens.
41) Vgl. hierzu die Nachweise bei *Grabrucker/Kopacek*, GRUR 2010, 369 nebst Fn. 2–14.
42) Zum Markenrecht vgl. Bornkamm, GRUR 2005, 97, 99 nebst Fn. 16; zum UWG, vgl. *Bernreuther*, in: Erdmann/Rojahn/Sosnitza, Handbuch des Fachanwalts gewerblicher Rechtsschutz, Kap. 6, Rdnr. 381 nebst w.N..
43) Unlängst erneut BGH vom 31.03.2010 – I ZR 75/08; hierzu bereits *Bernreuther*, in: Erdmann/Rojahn/Sosnitza, Kap. 6, Rdnr. 209 – 212.
44) *Bernreuther*, in: Erdmann/Rojahn/Sosnitza, Kap. 6, Rdnr. 193 und Rdnr. 204 – 206.
45) OLG Nürnberg GRUR-RR 2007, 45; hierzu *Bernreuther*, in: Erdmann/Rojahn/Sosnitza, Kap. 6, Rdnr. 383 nebst Fn. 475.
46) BGH WRP 2000, 517 = GRUR 2000, 619 – Orientteppichmuster; unlängst erneut: BGH WRP 2010, 636 = GRUR 2010, 352 – Hier spiegelt sich die Erfahrung.
47) www.markenrecht-bernreuther.de, Ziff. 2.2 und 2.4.
48) BVerfG NJW 1993, 1751: Das Dasein eines Kindes ist kein Schaden; a.A. BGH NJW 1994, 788.
49) OLG München NJW-RR 2000, 449.
50) BVerfG NJW 1986, 2487 nebst Sondervotum Böckenförde (Beitritt durch v. Mahrenholz); sodann BVerfG NJW 1992, 2545, 2553, der Meinung des Sondervotums folgend.

ziehbare höchstrichterliche Rechtsprechung stützen kann, sondern die einzige Instanz für Wahrheit bemüht, nämlich die Vernunft⁵¹⁾. Ein erster Ansatz für die Berechtigung des eigenen Denkens kann der Hinweis auf Selbstwidersprüche der angegriffenen Rechtsprechung und – in Gegenüberstellung hierzu – die Richtigkeit der eigenen Sachlogik im Zuge kritischen Nachdenkens sein. Hiervon ausgehend waren z.B. die Entscheidungen des BGH zum Stichwort „Artenschutz“⁵²⁾ sowie betreffend die zeitliche Befristung von Kaufpreisreduzierungen⁵³⁾ im Zeitpunkt ihrer Verkündung überholt.

2.2.2 Glaubhaftmachung der voraussichtlichen Unrichtigkeit einer Entscheidung

Die Glaubhaftmachung der voraussichtlichen Unrichtigkeit einer Entscheidung als Folge der Durchsetzung eines vor allem mit Abmahnung angedrohten Unterlassungsanspruchs und sonst als Bestandteil von tatsächlichen, die Dringlichkeit auslösenden Nachteilen, erfolgt entweder mit Hinweis auf unterschiedliche Rechtsprechung, mit Hinweis auf die Nichtvereinbarkeit von möglicherweise zur Anwendung gelangenden Instanzrechtsprechung, mit Hinweis auf gute, der voraussichtlich zur Anwendung kommenden Rechtsprechung entgegenstehenden Argumente, ausgeführt in der juristischen Literatur oder entwickelt mittels Einsatzes der eigenen Vernunft. Maßgebend ist natürlich immer der Hinweis auf die tatsächlichen Nachteile als Folge der dargelegten Unrichtigkeit der zu erwartenden oder gefällten Entscheidung.

3. Feststellungsinteresse

3.1 Das negative Feststellungsinteresse im Hauptsacheverfahren

Bestreitet der Unterlassungsschuldner die Berechtigung des ihm oder einem Dritten gegenüber ausgesprochenen Vorwurfs einer Rechtsverletzung, hat er nach der h. M. ein rechtliches Interesse⁵⁴⁾ an der Klärung der Frage, ob er wegen seines Verhaltens auch künftig⁵⁵⁾ diese Beanstandung und mögliche Sanktionen erfährt. Denn durch den Vorwurf droht der Rechtslage des negativen Gläubigers gerade auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts eine gegenwärtige Gefahr bzw. Unsicherheit, welche die auf die negative Feststellungsklage möglicherweise ergehende Entscheidung zu beseitigen geeignet ist⁵⁶⁾. Diese Gefahr bzw. Unsicherheit für

die Rechtslage des negativen Gläubigers wird durch die negative Feststellungsklage hauptsächlich nach geänderter Rechtsprechung⁵⁷⁾ oder geänderten Verhältnissen⁵⁸⁾ geklärt oder beseitigt. Das Feststellungsinteresse ist in seiner Entstehung nicht dadurch gehindert, dass der unberechtigte Vorwurf einer Rechtsverletzung möglicherweise einen eigenen, zusätzlichen Unterlassungsanspruch hat entstehen lassen. Denn das mögliche Entstehen einer zusätzlichen Anspruchsgrundlage betrifft nicht denselben Streitgegenstand, zumindest nicht dasselbe Rechtsschutzziel. Der Vorwurf, keinen Rechtsverstoß begangen zu haben, besitzt bereits wegen seines Charakters als Verteidigungseinwand einen anderen Inhalt als der an den anderen gerichtete Vorwurf, einen Rechtsverstoß verwirklicht zu haben. Ungeachtet dieser Erwägungen bietet die Möglichkeit einer aktiven Unterlassungsklage jedenfalls nicht den einfacheren Weg einer Konfliktlösung.

3.2 Das negative Feststellungsinteresse im einstweiligen Verfügungsverfahren

Das im Hauptsacheverfahren zu bestätigende Feststellungsinteresse besteht im einstweiligen Verfügungsverfahren unverändert fort. Die für das Recht oder die Rechtslage des Unterlassungsschuldners gegebene Gefahr, nämlich das Drohen einer vollstreckbaren Unterlassungsentscheidung, kann nur durch die auf einen negativen Feststellungsantrag ergehende Entscheidung dergestalt abgewendet werden, dass bei Kollision einer negativen Feststellungsentscheidung mit einer positiven Unterlassungsentscheidung die Nichteinstellung der Zwangsvollstreckung kaum zu rechtfertigen wäre. Die soeben angesprochene Kollisionslage berührt das Feststellungsinteresse nicht. Bei zeitlicher Priorität des negativen Feststellungsantrages ist – geht man von der h. M. aus – hinsichtlich des positiven Unterlassungsantrags kein Stadium erreicht, welches einseitig nicht mehr rückgängig gemacht werden kann⁵⁹⁾. War der negative Feststellungsantrag prioritätsälter unabhängig davon, ob dies der Unterlassungsschuldner im Zeitpunkt seiner Antrags-einreichung gewusst hat, berührt dies auch bei Stattfinden gegenläufiger Entscheidungen mit derselben zeitlichen Reihenfolge nicht das Feststellungsinteresse, sondern die Frage der anderweitigen Rechtshängigkeit. Und sollte eingewandt werden, dem negativen Gläubiger stünden doch Rechtsbehelf und Rechtsmittel gegenüber einer durch den positiven Gläubiger erstrittenen Eilentscheidung zur Verfügung, gilt zunächst, dass dadurch nur ein enger Teilbereich der hier begründeten Anwendungsmöglichkeiten des negativen Feststellungsantrags betroffen ist. Hauptsächlich hat der negative Feststellungsantrag seine Berechtigung, wo noch kein positiver Unterlassungsantrag oder gar eine entsprechende Entscheidung bekannt sind. Darüber hinaus ist das Feststellungsinteresse gegenüber anderen Antrags- oder Klagemöglichkeiten diskutabel, allerdings – wegen fehlender eigener Gestaltungsmöglichkeiten – wohl kaum gegenüber Rechtsbehelf oder Rechtsmitteln. In diesem Zusammenhang darf ferner beachtet werden, dass das

51) Die Vernunft als Instanz für Wahrheit installiert und begründet zu haben, ist das Verdienst der Aufklärung und damit vor allem von I. Kant. Freiherr von Zedlitz verfügte, man solle aufhören, beschränkt zu sein und sich vielmehr den Gedanken von Kant zuwenden. Als ein Beispiel für individuelle, zutreffende Kritik sei genannt Großkomm-UWG/Teplitzky, Stand 15.02.2000, § 1 Abschn. E, Rdnr. 209 nebst Fn. 856 und Rdnr. 270 („Rückfall“) gegen BGH WRP 1999, 845 = GRUR 1999, 762 – Herabgesetzte Schlussverkaufspreise.

52) BVerfG WRP 2002, 430 = GRUR 2002, 455 – Tier- und Artenschutz; BGH WRP 2006, 67 = GRUR 2006, 75 – Artenschutz.

53) BGH vom 06.04.2006 – 1 ZR 161/05; vgl. hierzu die eingehende Kritik von Bernreuther in: Erdmann/Rojahn/Sosnitza, Kap. 6, Rdnr. 211 und 212; nunmehr BGH vom 31.03.2010 – 1 ZR 75/08.

54) BGH WRP 2008, 249 = GRUR 2008, 360, Rdnr. 21 – Euro und Schwarzgeld.

55) BGH WRP 2008, 249 = GRUR 2008, 360, Rdnr. 24 – Euro und Schwarzgeld; BGH WRP 2010, 553 = NJW 2010, 2573, Rdnr. 16 – Wasserpreise Wetzlar: „Für das ... Feststellungsinteresse genügt grundsätzlich jedes schutzwürdige Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art, insbesondere das Interesse... Klarheit über die Rechtslage zu schaffen.“

56) BGH NJW-RR 2010, 750; BGH NJW-RR 2008, 1495; BGH WRP 2002, 993 = GRUR 2002, 1036 – Titelexklusivität.

57) BGH WRP 2009, 1388 = GRUR 2009, 1096 – Mescher weis.

58) BGH WRP 2008, 249 = GRUR 2008, 360 – Euro und Schwarzgeld.

59) BGH WRP 1987, 459 = GRUR 1987, 462 – Parallelverfahren I; BGH WRP 1994, 810 = GRUR 1994, 846 – Parallelverfahren II; s. o. Fn. 3 und Fn. 8.

BVerfG⁶⁰⁾ den Anwendungsbereich der Feststellungsklage durch Ermöglichung von Rechtsschutz unmittelbar gegen die Norm erweitert hat mit der Erwägung der Rechtsschutzgarantie gemäß Artikel 19 Absatz 4 GG; denn eine Verpflichtungsklage wegen fehlender Begünstigung durch eine gleichheitswidrige Norm ist wegen des Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers ohne Erfolg. Diese Überlegungen sind übertragbar auf das vorliegende Thema: da die fehlerhafte Information gegenüber Dritten betreffend die angebliche Rechtswidrigkeit des Tuns des negativen Gläubigers oder das Drohen hiermit erfolgreich nicht unbedingt mit einem eigenen Unterlassungsanspruch im Eilverfahren und schon gar nicht mit Hinweis auf einen möglichen Schadensersatzanspruch gemäß § 823 BGB bekämpft werden kann, erfährt die Ausweitung des negativen Feststellungsantrags im Eilverfahren ihre Legitimation auch von Verfassung wegen.

4. Anderweitige Rechtshängigkeit

Erneut wird zum Zweck der Vornahme von Rückschlüssen nachstehend die Rechtslage im Hauptsacheverfahren von der Rechtslage im einstweiligen Verfügungsverfahren unterschieden. Hiermit zusammenhängend werden die Rechtfertigungsgründe sowie die Ergebnisse des einen Verfahrens mit den Gründen und den Resultaten des anderen Verfahrens verglichen.

4.1 Zusammentreffen der negativen Feststellungsklage mit der Leistungsunterlassungsklage (Hauptsacheverfahren)

4.1.1 Prioritätsjüngere negative Feststellungsklage und prioritätsältere Leistungsunterlassungsklage

Wird innerhalb des Geltungsbereichs der deutschen ZPO und des deutschen GVG nach Zustellung der Leistungsunterlassungsklage (prioritätsältere Leistungsunterlassungsklage) die negative Feststellungsklage (prioritätsjüngere negative Feststellungsklage) erhoben, ist die negative Feststellungsklage – bei Identität der Streitgegenstände⁶¹⁾ – wegen anderweitiger Rechtshängigkeit gemäß § 261 Abs. 3 Ziff. 1 ZPO bzw. § 17 Abs. 2 GVG unzulässig.

4.1.2 Prioritätsältere negative Feststellungsklage und prioritätsjüngere Leistungsunterlassungsklage

Wird innerhalb des Geltungsbereichs deutscher Gesetze nach Zustellung der negativen Feststellungsklage (= prioritätsältere negative Feststellungsklage) die Leistungsunterlassungsklage (= prioritätsjüngere Leistungsunterlassungsklage) erhoben, findet die Lösung dieses Konflikts prinzipwidrig nicht – wie soeben zu Ziffer 4.1.1 dargelegt – über das Zulässigkeitskriterium der anderweitigen Rechtshängigkeit statt. Vielmehr soll – sofern kein Ausnahmefall vorliegt (s. o. Ziffer 1.2.1.1.2) – das Feststellungsinteresse gemäß § 256 ZPO erlöschen, sobald die Leistungsunterlassungsklage nicht mehr einseitig zurückgenom-

men werden kann⁶²⁾. Die nach formellen Merkmalen definierte anderweitige Rechtshängigkeit – insoweit zählt der Grundsatz: „Wer zuerst kommt, mahlt zuerst“⁶³⁾ – wird zu Gunsten materieller Zulässigkeitsabwägungen (Erlöschen des Feststellungsinteresses) fallen gelassen, ohne dass klar wäre, weshalb die Verjährungshemmung sowie die Möglichkeit eines Titels als Folge der Leistungsunterlassungsklage das im Gesetz geregelte formelle Prioritätsprinzip verdrängen soll. Es besteht mithin ein Rechtsstaatsdefizit im Hinblick auf die angebliche Nichtgeltung des Einwandes der anderweitigen Rechtshängigkeit; denn das Gesetz normiert keinen Vorrang des Leistungsinteresses. Der Begründungsmangel zeigt sich zusätzlich in materieller Hinsicht: erklärt nämlich der prioritätsältere, negative Feststellungsgläubiger, er verzichte auf den Verjährungseinwand, steht auch die Hälfte der verbleibenden, angeblichen Überlegenheit der Leistungsunterlassungsklage auf einem wackeligen Bein. Und bedenkt man zusätzlich, dass der positive Gläubiger praktisch – soweit ersichtlich – nie Sicherheit zum Zweck der Vollstreckung einer vorläufig vollstreckbaren Entscheidung leistet, Ordnungsmittelentscheidung mithin als Folge nicht rechtskräftiger Unterlassungsentscheidungen dem Verfasser zumindest nicht bekannt sind, bliebe vom materiellen Vorteil der Unterlassungsklage nur der späte Zeitpunkt übrig, in welchem die negative Feststellungsklage rechtskräftig abgewehrt worden war. Dann – und nur dann – fehlte für künftige Verletzungshandlungen ein Titel zu Gunsten des positiven Gläubigers, was nicht gerecht wäre, per se aber noch nicht die Nichtanwendbarkeit der ZPO und des GVG nebst dort jeweils geregelter anderweitiger Rechtshängigkeit begründen würde. Wollte man ungeachtet der aufgezeigten Rechtsstaatsdefizite (Nichtberücksichtigung der Prozessvoraussetzung der anderweitigen Rechtshängigkeit) dem erwähnten ausgleichenden Gerechtigkeitsmoment (insoweit in § 261 Abs. 3 Ziff. 1 ZPO und § 17 Abs. 2 GVG nicht geregelt; darüber hinaus nehmen die genannten Regelungen ebenso an der konkret gewordenen Gerechtigkeitsidee teil und zwar im Sinne der austeilenden Gerechtigkeit) den Vorrang geben, ist auch jener dahin, wenn der prioritätsältere negative Feststellungskläger (= negativer Gläubiger) nach Einreichung der Leistungsunterlassungsklage die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung, gültig ab dem Zeitpunkt⁶⁴⁾ der rechtskräftigen Abweisung der negativen Feststellungsklage anbietet, vorausgesetzt, die Abweisung der negativen Feststellungsklage beruht auf dem Bestehen des Unterlassungsanspruchs. Dasselbe würde für einen titulierten Unterlassungsvergleich gelten.

Die aufgezeigten Begründungsdefizite der h. M. betreffend die – angebliche – Nichtanwendbarkeit der Prozessvoraussetzung der anderweitigen Rechtshängigkeit bei einseitig nicht mehr rücknehmbarer prioritätsjüngeren Leistungsunterlassungs-

62) BGH WRP 2006, 366 = GRUR 2006, 217 Rdnr. 12 – Detektionseinrichtung I; BGH WRP 1987, 459 = GRUR 1987, 402 – Parallelverfahren I; *Teplitzky*, WuV Kap. 52, Rdnr. 20 ff.

63) Eike von Repgow, *Sachsenspiegel*, um 1230.

64) BGH WRP 2001, 1179 = GRUR 2002, 180 – Weit-Vor-Winter-Schlussverkauf; diese Entscheidung betrifft zwar nur eine vom Zeitablauf abhängende aufschiebend bedingte Unterlassungserklärung, nicht aber – wie hier – eine auch von einem ungewissen Ereignis (Scheitern der Feststellungsklage auf Grund Unbegründetheit des Anspruchs) abhängenden Bedingungsantritt, was jedoch keinen solchen Unterschied macht, der gegen die Anerkennung der Unterlassungserklärung spräche.

60) BVerfG NJW 2006, 2618 (L.S.) = NVwZ 2006, 922; zuvor BVerfG NJW 2000, 3584.

61) BGH WRP 2008, 249 = GRUR 2008, 360, Rdnr. 23 – EURO und Schwarzgeld.

klage werden durch die Begründungsdefizite betreffend die weiteren Verfahrensschritte weit übertroffen. Nach der h. M. hat nämlich der prioritätsältere negative Feststellungskläger kraft Tatsache der einseitig nicht mehr rücknehmbaren prioritätsjüngeren positiven Unterlassungsklage sein Verfahren für erledigt zu erklären. Erklärt der negative Feststellungskläger die Angelegenheit nicht für erledigt, wird dessen Klage wegen des Vorhandenseins eines erledigenden Ereignisses als unzulässig abgewiesen. Erklärt der negative Feststellungskläger die Angelegenheit für erledigt, entscheidet das Gericht dieses Verfahrens über die Kosten des behaupteten Nichtbestehens des Unterlassungsanspruchs, und zwar auch dann, wenn über die Klage des positiven Gläubigers noch nicht rechtskräftig entschieden ist⁶⁵⁾. Die bloße – spätere – Klage auf Unterlassung wird also als ein die frühere Klage auf Feststellung erledigendes Ereignis angesehen. Eingedenk der Tatsache, dass der Hauptfall der Erledigungserklärung die Erfüllung⁶⁶⁾ ist, nunmehr auch der Verjährungseinwand⁶⁷⁾ ein erledigendes Ereignis darstellt, kann die Erfüllungswirkung einer bloßen Klage gegenüber einer anderen Klage aus dogmatischen Gründen kaum nachvollzogen werden. Diese an Laokoon erinnernde, vermeintliche juristische Sachlogik steht zum Schluss mit der Rechtsprechung des EuGH⁶⁸⁾ und der dort getroffenen Feststellung der Gleichwertigkeit von negativer Feststellungsklage und positiver Leistungsunterlassungsklage auf äußerstem Kriegsfuß, ohne dass aus Sicht des Verfassers feststehen muss, der Prioritätsvorrang gem. Art. 27 Brüssel I-VO gelte absolut, also auch außerhalb der bislang lediglich unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensverzögerung diskutierten Einschränkung der Anwendbarkeit von Art. 27 Brüssel I-VO.

4.2 Zusammentreffen des negativen Feststellungsantrags mit dem Leistungsunterlassungsantrag (einstweiliges Verfügungsverfahren)

4.2.1 Prioritätsjüngerer negativer Feststellungsantrag und prioritätsälterer positiver Leistungsunterlassungsantrag

Der prioritätsältere positive Leistungsunterlassungsantrag führt wegen der durch ihn begründeten Rechtshängigkeit des Anspruchs zur grundsätzlichen Unzulässigkeit des prioritätsjüngeren negativen Feststellungsantrags, es sei denn, jener Antrag ist zum Erreichen der Einstellung der Zwangsvollstreckung ausnahmsweise erforderlich.

Für dieses Ergebnis betreffend den Regelfall spricht – unter den beschriebenen Voraussetzungen – die Parität der Ausgangslage. Wenn der positive Gläubiger bei Nichtverzicht auf den Verjährungseinwand sowie bei Nichtverschaffung eine Vollstreckungsmöglichkeit nach Abschluss des Hauptverfahrens trotz versäumter zeitlicher Priorität ein Vorrang gegenüber der zeitlich früheren Feststellungsklage zugesprochen wird, muss solches auch für den ausnahmsweisen Umkehrfall im einstweiligen Verfügungsverfahren gelten. Für dieses Ergebnis, nunmehr

betreffend den Ausnahmefall, spricht weiter der im demokratischen Rechtsstaat paritätische, also nicht einseitig nur dem positiven Gläubiger verbliebene Anspruch auf die Nutzung der Ressource Recht vermittelt Richterspruchs. Wer sich mit gutem Grund auf eine andere Rechtsmeinung als die gerichtlich verlaublich berufen kann, vergeudet nicht Recht, sondern stellt es her. Gegen dieses Ergebnis spricht nicht der Gedanke der Rechtssicherheit. Denn im Grundsatz bleibt es – anders als bei der h. M. – durchgängig bei dem formalen Prinzip des „Wer zuerst kommt, mahlt zuerst“ (s. o. Ziff. 4.1.2 nebst Fn. 63). Nur im seltenen Ausnahmefall wird die aus der Rechtssicherheit folgende Prozessvoraussetzung der anderweitigen Rechtshängigkeit zu Gunsten materieller Gesichtspunkte durchbrochen, nämlich dann, wenn erhebliche Gründe gegen die Rechtmäßigkeit des positiven Leistungsunterlassungsantrags oder gar eine entsprechende gerichtliche Entscheidung sprechen und dabei Rechtsmittel oder Rechtsbehelfe vor dem für die Entscheidung verantwortlichen Gericht (auch betreffend die Einstellung der Zwangsvollstreckung) nicht erfolgsbehaftet erscheinen. Gegen den Einwand, das Ziel der Einstellung der Zwangsvollstreckung könne allein und ausschließlich durch entsprechenden Antrag verfolgt werden, muss beachtet werden, dass ausgehend von der Prozesslage jeder Anwalt in 50 von 100 Fällen sich im Irrtum befindet, währenddessen der Richter statistisch betrachtet so gut wie nie irrt. Bereits ausgehend von diesem Befund ist klar, dass Anträge auf Einstellung der Zwangsvollstreckung so gut wie nie im einstweiligen Verfügungsverfahren außerhalb nachträglich bekannt gewordener formeller Mängel zum Erfolg führen. Der zuständige Richter kennt die Argumente des negativen Gläubigers, er hat kein Bedürfnis, sich diese nochmals im Zuge des Antrags auf Einstellung der Zwangsvollstreckung zu Gemüte zu führen. Mitunter zeigen Richter, wie lästig ihnen Anwälte sind. Dies insbesondere dann, wenn durch jene interessante Gedanken entworfen werden, die den Gang auf bisher beschrittenen Pfaden stören. Man kann aber auch abseits planierter Skipisten einen guten Weg zum richtigen Ziel finden, was mitunter auch Richter eindrucksvoll beweisen. Im Übrigen kann es in einem Verfahren auf Einstellung der Zwangsvollstreckung nicht mehr um Argumente aus dem Grundverfahren gehen (s. u. Ziff. 5). Hat aber ein anderer Richter, der möglicherweise von der Unterlassungsentscheidung im Eilverfahren nichts weiß, nachträglich das Bestehen des Unterlassungsanspruchs auf den negativen Feststellungsantrag des negativen Gläubigers hin verneint, wird das auf den Unterlassungsantrag hin tätig gewordene Gericht nicht umhin können⁶⁹⁾, die Zwangsvollstreckung einzustellen. Im Übrigen wäre gegenüber dem Verfasser eine der h. M. zuzurechnende Stimme möglicherweise kaum berechtigt, die Verletzung der Prozessvoraussetzung der anderweitigen Rechtshängigkeit und damit eine Verletzung des Prinzips der Rechtssicherheit vorzuwerfen. Denn jene h. M. möchte von dieser Voraussetzung bzw. diesem Prinzip beim Zusammentreffen der prioritätsälteren negativen Feststellungsklage mit der prioritätsjüngeren positiven Leistungsunterlassungsklage nichts wissen. Offenbleiben kann, ob das hier dargelegte Ergebnis des Versuchs der Befassung mehrere Gerichte mit demselben Sachverhalt durch Art. 19 Abs. 4

65) BGH NJW 1999, 2516.

66) Zöller/Vollkommer, ZPO, 28. Auflage 2010, § 91 a, Rdnr. 4.

67) BGHNJW 2010, 2422.

68) EuGH RIW 2004, 289 = IPRax 2004, 243 – Gasser ./ MISAT Sol; EuGH ZEuP 2005, 424 = RIW 2004, 541 = IPRax 2004, 425 – Turner ./ GRAVIT.

69) BVerfG NJW 2010, 987.

GG⁷⁰) unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzes gegen den Richter⁷¹) verbürgt ist. Nach den dargelegten Begründungen widerspricht das Ergebnis zumindest nicht höherrangigem Recht⁷²). Gegen dieses Ergebnis steht schließlich nicht der Satz: „Das gab's noch nie“. So war und ist es möglich, das Bestehen des Unterlassungsanspruchs zum einen selbstständig und – eventuell von einem anderen Richter – im Rahmen eines Schadensersatzprozesses als Vorfrage erneut überprüfen zu lassen⁷³). Auch sollte sich jeder erfahrene Anwalt fragen, ob oder weshalb nach einem eindeutigen, telefonisch durch den Richter mitgeteilten Abblitzen betreffend den Unterlassungsanspruch er sich nicht den Aufwendungsersatz betreffend die Abmahnung ebenso eindeutig durch einen anderen Richter mit ebenso eindeutiger, gegensätzlicher Bewertung hat zusprechen lassen⁷⁴), weil der Mandant einfach nicht genug finanziellen Hintergrund für ein Berufungsverfahren betreffend den Unterlassungsanspruch besitzt oder besaß.

4.2.2 Prioritätsälterer negativer Feststellungsantrag und prioritätsjüngerer Leistungsunterlassungsantrag

Es gilt zunächst die oben zu Ziffer 4.1.2 – gegen die h. M. – beschriebene Lösung: Grundsätzlich gilt das aus dem Prioritätsgrundsatz folgende Zulässigkeitsanfordernis der anderweitigen Rechtshängigkeit mit der Folge, dass der negative Feststellungsantrag in der Regel eine Zulässigkeitsperre gegenüber dem prioritätsjüngeren positiven Leistungsunterlassungsantrag auslöst. Etwas anderes gilt dann, wenn ein Titel zur Rechtsdurchsetzung erforderlich ist, woran es mangelt, wenn der negative Gläubiger – nicht unbedingt strafbewehrt – erklärt, sein beanstandetes Verhalten nicht vorzusetzen und er sich hieran hält. Ist demgegenüber ein Titel zur Rechtsdurchsetzung – wofür gerade die Antragstellung im Eilverfahren spricht – erforderlich, und kann im gleichen Atemzug der negative Gläubiger auf gute Gründe für sein negatives Feststellungsbegehren verweisen, was zumindest unter den Voraussetzungen gilt, wie sie

vorstehend zu Ziffer 2.4.1 betreffend unrichtige Entscheidungen beschrieben sind, ist diese Kollisionslage weder zu Gunsten des Antragstellers des negativen Feststellungsantrags noch zu Gunsten des Antragstellers des positiven Leistungsunterlassungsantrags zu lösen; zulässig sind vielmehr beide Anträge. Dies begründet sich wie folgt:

4.2.2.1 Parität der materiellen Ausgangslagen führt zur Parität der formellen Ausgangslagen am Beginn des Prozesses

Können sich in der beschriebenen Ausgangslage beide Parteien auf Gerechtigkeitsvoraussetzungen zu ihren Gunsten berufen (anderweitige Rechtshängigkeit zu Gunsten des prioritätsälteren Antragstellers eines negativen Feststellungsbegehrens; gesteigertes Feststellungsinteresse wegen Durchsetzungsnotwendigkeit des prioritätsjüngeren Antragstellers eines positiven Unterlassungsbegehrens) besteht eine Parität der Belange, welche nicht den positiven Gläubiger privilegiert. Negative Gläubiger sind weder grundsätzlich böse noch grundsätzlich gut, dasselbe gilt für positive Gläubiger. In dieser Ausgangslage mit dieser Haltung ist auch der Unterstellung der Boden entzogen, jeder negative Gläubiger nutze das negative Feststellungsbegehren sachwidrig zu seinen Gunsten als Instrument.

4.2.2.2 Beiderseits berechnete Ressourcennutzung

Das Argument, die Zulässigkeitsvoraussetzung der anderweitigen Rechtshängigkeit schütze auch vor der Vergeudung der Ressource Recht im Rechtsstaat, wendet sich in der beschriebenen Situation zunächst nicht gegen den prioritätsälteren negativen Gläubiger. Darüber hinaus gilt, dass keine Ressourcen vergeudet werden, denn die Gerichtskosten sind im Hinblick auf beide Prozesse zu bezahlen. Dies dürfte im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts im Übrigen nicht zu finanziellen Defiziten beim Staat führen.

4.2.2.3 Keine Spaltung des Rechts und der Gerechtigkeit

Es gibt nicht nur eine einzige, von vorne herein feststehende, allein gültige, richtige, möglicherweise durch unmittelbaren Zugriff fassbare, die Dogmatik außer Acht lassende und gerechte richterliche Entscheidung. Von daher ist in dem Vorhaben, unterschiedliche Gerichte zu bemühen, eine Parallele zur Meinungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 GG zu sehen. Die Meinungsfreiheit legitimiert sich auch dadurch, dass an die Stelle der Überzeugung des Auffindens und Besitzens einer einzigen Wahrheit die Überzeugung des Entstehens von Wahrheit im freien Austausch von sowie dem Prozess des Eingehens auf unterschiedliche Meinungen getreten ist⁷⁵). Wahrheit hängt vom jeweiligen Kontext der Fragestellung ab und kann unter gleichen Bedingungen prozesshaft zur objektiven Größe werden. Dies gilt nicht nur zu Gunsten des positiven Gläubigers, sondern auch zu Gunsten des negativen Gläubigers. Unterschiedliche Entscheidungen der Instanzgerichte spalten also weder das Recht noch die Gerechtigkeit, sondern sind auch deren Ausdruck. Denn es kann auch gerecht sein, anfangs beiden Parteien Recht zu geben.

70) Art. 19 Abs. 4 GG öffnet den Zugang zum Verfahren, Art. 103 Abs. 1 GG sichert einen angemessenen Ablauf des Verfahrens, BVerfG NJW 2003, 1924, 1926; BVerfG NJW 2004, 15885, 1586.

71) BVerfG NJW 2003, 1924.

72) a.A. OLG Hamburg WRP 2010, 790 = GRUR-RR 2010, 266 – forum-shopping: Der Gläubiger habe kein schützenswertes Interesse, ein zweites Verfahren nur deshalb einzuleiten, weil er im ersten Versuch gescheitert ist. „Die auf der Hand liegende eklatante Verletzung des Gebots einer fairen Gewährung gleicher Chancen liege darin, dass (der Gläubiger eine neue Chance bekommt, die er ohne richterlichen Hinweis nicht bekommen hätte) ... Dem ist zuzustimmen“. Das OLG Hamburg bezieht sich auf Teplitzky. Teplitzky bezieht sich auf EGMR NJW 1995, 1413. Der EGMR führt aus, dass es schwierig ist, einzusehen, weshalb nur dem Vertreter der Bank, nicht aber dem Repräsentanten der Gesellschaft als einzigem Beteiligten des Gesprächs Gelegenheit gegeben worden war, vor Gericht auszusagen. Dem gegenüber gilt: hieraus zu folgern, es liege eine Menschenrechtsverletzung im einstweiligen Verfügungsverfahren vor, weil nur der Antragsteller, nicht aber der Antragsgegner von der Zurückweisung (!) des Antrags unterrichtet worden war und folglich die Waffengleichheit zu Lasten des Antragsgegners in menschenrechtswidriger Weise verletzt worden sein soll, erschließt sich dem Verfasser nicht. Diesseits besteht eher der Eindruck, dass das sich nicht zufrieden Geben mit einem negativen rechtlichen Votum seitens Teplitzky als neues Sakrildelikt – neben dem Meineid –, erneut verbrochen an der Justiz, angesehen wird. Im Übrigen: nach Teplitzky entfielen wohl die eklatante Menschenrechtsverletzung, wenn der Unterlassungsgläubiger den Unterlassungsschuldner von allen seinen Schritten unterrichtet. Wir meinen: das lässt sich machen.

73) BGH NJW 2003, 3058; BGH WRP 2002, 1175 = BGH GRUR 2002, 1046 – Faxkarte.

74) LG München I, 4 HKO 17381/08 betreffend die Verneinung des Unterlassungsanspruchs; LG München I 7 O 6784/09 betreffend die Bejahung des Aufwendungsersatzanspruchs.

75) Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, 2. Auflage 2004, Art. 5, Rdnr. 3; tendenziell wohl auch Bethge, in: Sachs, GG, 5. Auflage 2009, Art. 5, Rdnr. 18.

Im Übrigen sorgt bereits der Instanzenzug im Prozess der verschiedenen Entscheidungen zu einem einheitlichen Urteil. Die hier begründete Lösung der anfänglichen Möglichkeit von negativen Feststellungs- und positiven Leistungsunterlassungsverfahren führt – was das weitere Verfahren betrifft – langfristig zu keinen neuen Schwierigkeiten. Und unterschiedliche Entscheidungen von Bundesgerichten sind nicht die Folge des hier vertretenen Neuansatzes.

4.2.2.4 Keine Beeinträchtigung der Rechtssicherheit

Materielle Rechtswidrigkeit wie vorstehend zu Ziffer 2.2.1 definiert vermittelt keine Rechtssicherheit. Ausgehend von diesem engen Ausnahmereich lässt sich auf diesen übertragend sagen: wenn es eine Erkenntnis des modernen Menschen gibt, so lautet diese, dass nichts mehr gewiss ist. Solches gilt für die Kunst (Kandinsky), die Mathematik außerhalb des Bereichs von Geometrie und Algebra, die Physik außerhalb der mechanischen Physik und im Übrigen sonst. Wo folglich – noch – keine Rechtssicherheit besteht, kann dieser Lage mit unterschiedlichen Entscheidungen in unterer Instanz entsprochen werden. Die Möglichkeit für widerstreitende Entscheidungen eröffnet im Übrigen die Rechtsprechung ausdrücklich, erneut sei darauf verwiesen, dass Entscheidungen zum Unterlassungsanspruch nicht präjudiziell für Schadensersatzansprüche sind und umgekehrt⁷⁶⁾.

4.2.2.5 Keine Unlauterkeit bei dem Versuch, unterschiedliche Entscheidungen herbeizuführen

Der Versuch, unterschiedliche Entscheidungen herbeizuführen, wird bislang aktuell beim sog. Forum-Shopping⁷⁷⁾ diskutiert. Da der fliegende Gerichtsstand die Zulässigkeit verschiedener Gerichte eröffnet, ist es möglich, nach Zurückweisung durch das eine Gericht den Erfolg bei einem anderen Gericht zu suchen und zu finden. Wer solches als unredlich bewertet, begeht die simple Unterstellung, der betreffende Gläubiger wolle sich an der ersten, zutreffenden Entscheidung vorbeimogeln. Simpel ist diese Unterstellung also nur dann nicht, wenn prioritätsälter angerufene Gerichte sich nie irren – was wohl ernsthaft niemand behaupten kann.

Alles andere ist eine Frage der Einzelbewertung, kann mithin durch pauschale Unterstellung negativer Absichten gegenüber Anwälten nicht beantwortet werden. Dies bedeutet weiter: selbst wenn der Anwalt Kenntnis von einer anders lautenden Entscheidung hat, auf welche sich der positive Gläubiger voraussichtlich beruft und daher eine entsprechende Entscheidung herbeiführt, ist er befugt, unter Nutzung seiner Kenntnisse eine frühere, gleichzeitige oder spätere (zur letzteren Möglichkeit: s. o. Ziffer 4.2.1) Entscheidung herbeizuführen. Denn der Anwalt hat nicht die Aufgabe, aus seiner Sicht unrichtige Entscheidungen oder gar unrichtig entscheidende Richter zu schützen.

76) BGH NJW 2003, 3058; BGH WRP 2002, 1175 = GRUR 2002, 1046 – Faxkarte (s. o. Fn 73).

77) OLG Hamburg WRP 2007, 813 = GRUR 2007, 614; OLG Frankfurt GRUR 2005, 972; OLG Frankfurt WRP 2001, 716 = GRUR-RR 2002, 44; OLG Karlsruhe WRP 1993, 257 = GRUR 1993, 135; Köhler/Bornkamm, § 12 Rdnr. 3.16 a; Teplitzky GRUR 2008, 34; Retzer GRUR 2009, 929; Zöller/Vollkommer § 935 Rdnr. 5, § 940, Rdnr. 8.

4.2.2.6 Art. 19 Abs. 4 GG gewährt angeblich keinen Rechtsschutz gegen den Richter

Ob in der vorliegenden Konstellation – Bemühung unterschiedlicher Gerichte – der Satz betroffen ist, wonach Art. 19 Abs. 4 GG keinen Rechtsschutz des Richters gegen den Richter gewährt, soll offen bleiben. Jener Satz ist nämlich kein Naturgesetz, sondern Folge der Interpretation von Art. 19 Abs. 4 GG auf dem Hintergrund eines bestimmten Rechtsstaatsverständnisses. Solches macht vor allem die Plenarentscheidung des BVerfG vom 30.04.2003⁷⁸⁾ deutlich, welche bislang folgenlos geblieben ist, was eingedenk der Bemühungen hier so nicht unbedingt bleiben muss.

4.2.2.7 „Das gab's noch nie“, oder: das Gesicht des Rechtsstaats

Die Möglichkeit kontradiktorischer Eilentscheidungen als Folge eines negativen Feststellungsantrags und eines positiven Leistungsunterlassungsantrags gab es bislang noch nicht. Hierzu gilt: die Gefahr solcher kontradiktorischer Entscheidungen ist eher gering. Denn die Möglichkeiten dürften gering sein, dass es zu derartigen Entscheidungen kommen kann. Dies wegen des einheitlichen Sachverhalts, der Seltenheit umstrittener Rechtslagen und der Tatsache, dass sich Richter gerne an vorhandenen Entscheidungen orientieren und bereits von daher ungern anders als ihre Kollegen entscheiden. Kommt es im Ausnahmefall zu kontradiktorischen Eilentscheidungen, dürfte im Regelfall die Zwangsvollstreckung aus der positiven Leistungsunterlassungsentscheidung einstweilen einzustellen sein. Legt gegen diese Entscheidung der positive Gläubiger Rechtsbehelf ein, nicht aber gegen die zu seinen Lasten ergangene negative Feststellungsentscheidung, sollte es bei der Einstellung der Zwangsvollstreckung bleiben. Legt der positive Gläubiger Rechtsbehelf und/oder Rechtsmittel gegen beide Entscheidungen (einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung; negative Feststellungsentscheidung) ein und bejaht das anderweitig zuständige OLG die Berechtigung des negativen Feststellungsantrags ebenso wie das für den positiven Unterlassungsantrag zuständige Oberlandesgericht die Unterlassungsentscheidung, sollte es ebenfalls bei der Einstellung der Zwangsvollstreckung bleiben. Die Parteien haben dann die Möglichkeit, die Lösung der Auseinandersetzung im Hauptsacheverfahren zu suchen. Die geschilderte Situation dürfte seltener sein, als eine erfolgreiche Verfassungsbeschwerde – oder gar die Zulassung der Revision. Mit der hier vorgetragenen Lösung ist also viel für den Rechtsstaat getan und nichts gegen ihn.

4.2.2.8 Gefahr widersprechender Entscheidungen

Widersprechende Entscheidungen unter den hier beschriebenen und begründeten Voraussetzungen, mithin in den angesprochenen Ausnahmefällen, sind keine Gefahr, sondern Ziel und Chance der Rechtsverwirklichung.

78) BVerfG NJW 2003, 1924 (s. o. Fn. 71); vgl. hierzu die positive Stellungnahme von Voßkuhle, NJW 2003, 2293 und Redeker, NJW 2003, 2956 sowie der resignierende Befund von Römermann, NJW 2010, 21, 23.

4.2.2.9 Dambruch weil Ausweitung auf das Hauptsacheverfahren?

Die Zulässigkeit kontradiktorischer Entscheidungen gilt nicht für das Hauptsacheverfahren, da dort in aller Regel eine sofortige Vollstreckbarkeit nicht droht (s. o. Ziff. 2.2).

4.2.2.10 Der negative Feststellungsantrag im einstweiligen Verfügungsverfahren und die Möglichkeit kontradiktorischer Entscheidungen

Der negative Feststellungsantrag im einstweiligen Verfügungsverfahren zur Herbeiführung kontradiktorischer Entscheidungen betrifft nur einen kleinen Bereich der hier gegenständlichen Thematik, nämlich das praktische Erfordernis, einen negativen Feststellungsantrag rechtsdogmatisch zu begründen.

5. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis würde nur dann fehlen, wenn der negative Gläubiger sein Ziel auf einfacherem Weg erreichen könnte⁷⁹⁾. Das ist – wie dargelegt – nicht der Fall. Das Ziel, die Einstellung der ZV zu erreichen, ist mittels eines Antrags gem. § 769 ZPO deshalb nicht einfacher, weil Erst- und Zweitrichter personengleich sind ferner, weil in diesem Verfahren keine Einwände aus dem Grundverfahren⁸⁰⁾ berücksichtigungsfähig wären. Mit einer kontradiktorischen Entscheidung auf Grund eines zweiten Grundverfahrens ist hingegen eine völlig andere Ausgangslage gegeben. Vergleichbares gilt für ein Rechtsbehelfs- oder Rechtsmittelverfahren betreffend die positive Unterlassungsentscheidung.

6. Vollziehung

Nach den §§ 936, 928 ZPO sind auf die Vollziehung die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung entsprechend anzuwenden, sofern sich aus den §§ 929 ff ZPO keine Besonderheiten ergeben.

Das Gesetz bestimmt nicht, was im Einzelfall „Vollziehung“ ist⁸¹⁾. „Das Gesetz versteht unter Vollziehung die Zwangsvollstreckung aus dem Arrest und der einstweiligen Verfügung“⁸²⁾. Die Antwort insoweit wird also durch Rechtsprechung und Lehre gegeben, wobei zwischen der Vollziehung einer Unterlassungsverfügung und der Vollziehung einer Beseitigungsverfügung zu unterscheiden ist.

Nachstehend wird zunächst auf die Vollziehung von Leistungsverfügungen, sodann – wiederholend – auf die Leistungswirkung von negativen Feststellungsentscheidungen im Hauptsacheverfahren eingegangen, um sodann Rückschlüsse auf die

Vollziehung der negativen Feststellungsentscheidung im Eilverfahren zu tätigen.

6.1 Die Vollziehung der Unterlassungs- und der Beseitigungsverfügung

Was die Unterlassungsverfügung anbelangt, so liegt der Hauptanwendungsfall der Vollziehung in der Zustellung⁸³⁾ einer beglaubigten Abschrift im Parteibetrieb gem. § 192 Abs. 2 ZPO sowohl betreffend die Beschluss- als auch die Urteilsverfügung⁸⁴⁾. Eine Vollziehungsmaßnahme stellt ferner der Antrag auf Verhängung eines Ordnungsmittels⁸⁵⁾ dar. Gemäß §§ 936, 929 Abs. 2 ZPO muss eine einstweilige Verfügung innerhalb eines Monats vollzogen werden. Die Monatsfrist beginnt im Falle der Beschlussverfügung mit der – von Amts wegen vorzunehmen- den, § 329 Abs. 2 S. 2 ZPO – Zustellung an den Antragsteller, im Fall der Urteilsverfügung mit Verkündigung des Urteils⁸⁶⁾. Was die Beseitigungsverfügung anbelangt, so ist erneut eine ordnungsgemäße Parteizustellung gemäß § 192 Abs. 2 ZPO erforderlich, hinzukommen muss ein fristgemäßer Antrag auf Durchführung der Zwangsvollstreckung, d. h. es muss mindestens an den Gerichtsvollzieher der Antrag zur Durchführung der Sequestration gem. § 928 Abs. 2 ZPO ergangen sein⁸⁷⁾.

6.2 Die Vollziehung der Feststellungsverfügung

Es gilt zunächst: ausgehend von den oben zu Ziffer 6.1 dargelegten Ergebnissen scheint die Frage aufgeworfen, ob die auf einen negativen Feststellungsantrag folgende Eilentscheidung entsprechend einer im einstweiligen Verfügungsverfahren ergangenen Unterlassungsentscheidung, entsprechend einer Beseitigungsentscheidung oder auf eine dritte Weise zu vollziehen ist bzw., ob an dem Erfordernis der Vollziehung die Möglichkeit eines negativen Feststellungsantrags scheitert.

6.2.1 Die Leistungswirkung von Feststellungsentscheidungen im Hauptsacheverfahren

Wie oben zu Ziffer 1.2.1.1 dargelegt entfalten Feststellungsentscheidungen im Hauptsacheverfahren – auch – Leistungs- oder Regelungswirkungen. Was positive Feststellungsentscheidungen anbelangt, so wird gerade in dem hier interessierenden Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes nach der h.M. der Vorrang der Leistungsklage zu Gunsten der Feststellungsklage betreffend die Verpflichtung auf Auskunft und Schadensersatz aus prozessökonomischen Gründen durchbrochen⁸⁸⁾. Die Leistungs- oder Regelungswirkung der negativen Feststellungsklage zeigt sich in vielen Einzelheiten, sie tritt am deutlichsten in der Tatsache hervor, dass ein der negativen Feststellungsklage stattgebendes rechtskräftiges Urteil ein veränderter und damit die Aufhebungsmöglichkeit gem. § 927 Abs. 1 ZPO be-

79) BGH WRP 2010, 777 = GRUR 2010, 662, Rdnr. 8 – „Vollstreckung von Ordnungsgeldbeschlüssen im Ausland“.

80) Ausnahmsweise können folgende Mängel des Grundverfahrens im Ordnungsmittelverfahren gerügt werden: Unbestimmtheit des Antrags, OLG Stuttgart NJW-RR 1999, 792; keine ordnungsgemäße Zustellung des Titels, OLG Naumburg v. 04.11.1996 – 9 W 31/96; fehlende Aktivlegitimation, OLG Köln WRP 1998, 636 sowie fehlende Bestimmbarkeit der Aktiv- und / oder der Passivseite; vgl. zum Ganzen www.ordnungsgeld-bernreuther.de

81) BGH WRP 1993, 308 = GRUR 1993, 415 – Straßenverengung; Zöller/Vollkommer, ZPO, § 928, Rdnr. 2.

82) BGH WRP 1996, 109 – Einstweilige Verfügung ohne Strafandrohung.

83) Teplitzky, WuV, Kap. 55, Rdnr. 42.

84) BGH WRP 1993, 308 = GRUR 1993, 415, 418 – Straßenverengung; Teplitzky WRP 1998, 935.

85) BGH WRP 1989, 514, 517; Teplitzky, WuV, Kap. 55, Rdnr. 42.

86) OLG Frankfurt NJW-RR 2000, 1236; OLG Düsseldorf NJW-RR 1987, 764.

87) OLG Hamm GRUR 1992, 888; OLG Hamm NJW-RR 1993, 959; OLG Hamburg, WRP 1996, 1047 = GRUR 1997, 142; Teplitzky, WuV, Kap. 35 Rdnr. 40, 40 a; a.A. OLG Frankfurt WRP 1998, 223; Köhler/Bornkamm, § 12 Rdnr. 3.62, wonach die Parteizustellung genügen soll.

88) BGH GRUR 2003, 900, 901 – Feststellungsinteresse III; s. o. Ziffer 1.2.1.1.1 a.E. nebst Fn. 2, dort w.N.

gründender Umstand⁸⁹⁾ ist. Im Übrigen ist beachtlich, dass mit der Anerkennung des Bedürfnisses, sich auch prozessual gegen die Berühmung einer Rechtsverletzung wehren zu können, zugleich die Legitimation des Spiegelbildes des Leistungsanspruchs als Folge der Berühmung in Form der negativen Feststellungsklage anerkannt ist – und damit auch deren Leistungswirkung.

6.2.2 Die Leistungswirkung von Feststellungsentscheidungen im einstweiligen Verfügungsverfahren und deren Auswirkung auf die Vollziehung der negativen Feststellungsentscheidung

Da – wie gesehen – Feststellungsentscheidungen Leistungs- oder Regelungsinhalte aufweisen können, die negative Feststellungsentscheidung der Umkehrfall der positiven Leistungsunterlassungsentscheidung ist, hat die Vollziehung der negativen Feststellungsentscheidung als Gegenwehr gegen die öffentlichen Wirkungen einer bloß behaupteten Rechtsverletzung oder als Gegenwehr gegen die Vollstreckbarkeit eines Unterlassungsanspruchs entsprechend der Vollziehung einer Unterlassungsbeschluss- oder Urteilsverfügung zu erfolgen, nämlich mittels Parteizustellung gem. § 192 Abs. 2 ZPO innerhalb der Monatsfrist gem. §§ 936, 929 Abs. 2 ZPO. Andere Vollziehungsmöglichkeiten wie ein Ordnungsmittelantrag scheiden wegen der Bestätigung des Fehlens einer Unterlassung aus.

Die Vollziehung der negativen Feststellungsentscheidung als Gegenwehr gegen die öffentlichen Wirkungen einer bloß behaupteten Rechtsverletzung oder als Gegenwehr gegen die Vollstreckbarkeit eines Beseitigungsanspruchs hat in gleicher Weise zu erfolgen: da das erfolgreiche Bestreiten, zur Beseitigung verpflichtet zu sein, eine Herausgabepflicht an den Gerichtsvollzieher als Sequester gerade ausschließt, existiert auch kein Auftrag zur Durchführung der Sequestration, es bleibt – wie zuvor – nur die Parteizustellung.

Sollte hiergegen eingewendet werden, eine Vollziehung scheide aus, wenn – wie im Fall des negativen Feststellungsanspruchs – die Androhung der in § 890 Abs. 1 ZPO vorgesehenen Ordnungsmittel fehlt, weil die Möglichkeit der mittelbaren Erzwingbarkeit und damit die Möglichkeit einer Zwangsvollstreckung⁹⁰⁾ ausscheidet, gilt, dass diese Begründung und Schlussfolgerung mit dem Unterlassungsanspruch zusammenhängen und überdies eingedenk der Möglichkeit der Aufhebung einer positiven Verfügungsentscheidung durch nachträgliches, der Klage des Unterlassungsschuldners stattgebendes negatives Feststellungsurteil nicht zutreffen. Bedenkt man demgegenüber die geschilderten Hauptanwendungsfälle (Entgegentreten den öffentlichen Wirkungen der bloß behaupteten Rechtsverletzung; Argument zur vorläufigen Einstellung der Zwangsvollstreckung), wird deutlich, dass es um die Möglichkeit der mittelbaren Erzwingbarkeit der Regelungswirkung der Feststellungsentscheidung nicht gehen kann. Im ersten Fall geht es faktisch gar nicht um erzwingbare Wirkungen der behaupteten Verletzung entgegenstehenden Entscheidung, im zweiten Fall geht es um die Erzielung eines Vollstreckungshindernisses in Form der Notwendigkeit der einstweiligen Einstellung der

Zwangsvollstreckung im Eilverfahren auf Grund des Vorliegens kontradiktorischer Entscheidungen.

7. Zusammenfassung

Im demokratischen Rechtsstaat sollte jeder die Chance haben, die Ressource Recht als Kläger zu nutzen. Diese Chance sollte also nicht nur zu Gunsten derjenigen Person bestehen, welche eine Rechtsverletzung vorträgt; diese Chance sollte auch für den bestehen, der die Behauptung einer Rechtsverletzung bestreitet. Wenn hierzu das Recht die negative Feststellungsklage bereitstellt, ist dieses Recht nur vollständig, wenn zugleich der negative Feststellungsantrag im einstweiligen Verfügungsverfahren bereitsteht. Die Möglichkeit, gegen eine Verfügungsentscheidung Widerspruch oder Berufung einzulegen, ist hierzu schon deshalb zweitrangig, weil ein Hauptanwendungsfall des negativen Feststellungsantrags das Vorgehen gegen eine stark nachteilige weil öffentliche Wirkungen erzielende Abmahnung darstellt. Die vom großen Zivilsenat des BGH in Durchsetzung der Rechtsauffassung des X. Zivilsenats gegenüber derjenigen des I. Zivilsenats angebotene Lösung, gegen eine Abmahnung mittels einer Abmahnung vorzugehen, hat in der Rechtspraxis keinen großen Freundeskreis gewonnen. Jenes geringe Interesse mag auch die Ursache für das nicht Kennen einer Antwort durch den Verfasser hier sein, was zu gelten hat, wenn der Rechtshängigkeit des mit der Zweitabmahnung verfolgten Anspruchs die Rechtshängigkeit des zuerst geltend gemachten Anspruchs nachfolgt. Doch selbst dann, wenn sich am Fortbestand der prioritätsälteren Rechtshängigkeit nach der h.M. nichts ändern würde, setzte dies nach wie vor eine eigene Anspruchsgrundlage voraus, auf welche sich der zu Unrecht abgemahnte nicht verweisen lassen muss. Schadensersatzansprüche können vom Rechtsschutzziel her betrachtet nutzlos weil zu spät, selbstständige Unterlassungsansprüche müssen durch die unzulässige Abmahnung nicht einmal entstanden sein. Darüber hinaus zählt vor, während oder sogar nach einer zu Gunsten des positiven Gläubigers beantragten oder ergangenen Unterlassungsentscheidung der negative Feststellungsantrag im Eilverfahren zur beiderseits verfügbaren Ressource Recht: vor oder während einer Eilentscheidung auf Unterlassung ist dem angeblichen oder tatsächlichen Erstverletzer (negativer Gläubiger) die Chance einzuräumen, das Gegenteil von dem zu erreichen, was der angebliche oder tatsächliche Erstverletzte (positiver Gläubiger) zu erreichen versucht oder versucht hat. Denn der Adressat des Unterlassungsbegehrens, mithin der negative Gläubiger, muss auch als – eventuell nur nach seiner Auffassung – rechtmäßig Handelnder nicht in der Rolle des Lamms verharren. Diese Bewertung ist auch aus dem Grundsatz der Waffengleichheit gerechtfertigt. Nach Erlass und Zustellung einer Unterlassungs- oder Beseitigungseilentscheidung folgt das nur ganz ausnahmsweise gegebene Recht auf die Zweitentscheidung zu Gunsten des negativen Gläubigers aus der Tatsache, dass nur ein zweiter Richter etwa bei divergierender Rechtsprechung der Oberlandesgerichte – letzteres ist gerade eine im UWG immer wieder vorkommende Situation – entsprechend der Vielgestaltigkeit des Rechts entscheidet. Dabei ist die Divergenzrechtsprechung der Oberlandesgerichte nur ein Beispiel für die maßgebliche Kraft des Gegenargu-

89) *Teplitzky*, WuV, Kap. 56, Rdnr. 32.

90) BGH WRP 1996, 104 – Einstweilige Verfügung ohne Strafandrohung.

ments, die sich am besten entfaltet, wenn der Zweitrichter die Entscheidung des Erstrichters nicht kennt.

Die hier angebotene Lösung des negativen Feststellungsantrags hat ihren Vorteil darin, unabhängig vom Verfahrensstadium (Abmahnung; Klage; Antrag) auf einheitliche Voraussetzungen und Folgen zu verweisen; sie gibt ferner gegen den unberechtigten, möglicherweise sehr geschäftsschädigenden Vorwurf einer Rechtsverletzung ein schnell wirksames Verteidigungsmittel zur Hand und setzt dabei entsprechend dem negativen Feststellungsantrag im Hauptsacheverfahren nicht das Vorhandensein einer zusätzlichen Anspruchsgrundlage voraus.

Dogmatisch wird die Nichtbeseitigung des prioritätsälteren negativen Feststellungsantrags durch den prioritätsfrüheren Leistungsantrag mit der Maßgeblichkeit der Prozessvoraussetzung der anderweitigen Rechtshängigkeit, allerdings relativiert im Ausnahmefall durch materielle Überlegungen, begründet. Dieses Ergebnis steht weit mehr in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH als solches für die deutsche Rechtsprechung sowie die deutsche juristische Literatur gilt. Für jene – die h. M. – ist im Fall des Nachfolgens der prioritätsjüngeren Unterlassungsklage die Prozessvoraussetzung der anderweitigen Rechtshängigkeit zu Lasten der prioritätsälteren negativen Feststellungsklage aus der ZPO zu streichen. Begründet wird dies mit der Erwägung, die positive Leistungsunterlassungsklage weise auch bei Deckungsgleichheit mit der negativen Feststellungsklage gegenüber jener den umfassenderen Streitgegenstand auf. Der Rechtsstreit könne durch die frühere negative Feststellungsklage nicht anderweitig rechtshängig sein, zu Lasten dieser früheren Klage falle nun das bislang unstrittig gegebene Feststellungsinteresse weg. Diese Rechtsprechung steht klar gegen die Rechtsprechung des EuGH zu Art 27 Brüssel I-VO (auch EuGVVO genannt). Noch erstaunlicher wird die h. M., wenn diese – um konsequent zu bleiben – die prioritätsjüngere positive, einseitig nicht mehr rücknehmbare Leistungsunterlassungsklage als erledigendes Ereignis für die prioritätsältere negative Feststellungsklage ansieht. Dass eine einseitige Klage ein erledigendes Ereignis sei, wo doch das Urteil in den Sternen steht und der Hauptfall der Erledigung – die Erfüllung – mit einer Klage nichts zu tun hat, wird inkonsequent an anderer Stelle von der h. M. nicht weiter behauptet. Solcherlei Vorgehensweise lässt sich überdies nicht einmal vor dem Hintergrund des Streitgegenstandsbegriffs der h. M. aufrecht erhalten. Denn dass die Sanktionsmöglichkeit nach § 888 ZPO bzw. nach § 890 Abs. 2 ZPO zum Streitgegenstand zählt, wird von der h. M. erneut inkonsequent anderenorts nicht behauptet. So gilt: die Sanktionsmöglichkeit zählt zum Streitgegenstand schon deshalb nicht, weil sie nicht als Teil des Antrags – neben dem Sachverhalt – individuelles Verhalten wie sonst gegenständlich beim Unterlassungsbegehren regelt, sondern Folgen zukünftiger Zuwiderhandlung.

Gegen den EuGH wiederum spricht, dass es nicht Aufgabe der Rechtsordnung sein kann, dem negativen Gläubiger zu ermöglichen, den positiven Gläubiger mit der negativen Feststellungsklage rechtlos zu stellen. Der in der Prozessvoraussetzung der anderweitigen Rechtshängigkeit zum Ausdruck kommende, die austeilende Gerechtigkeit zum Ausdruck bringende Prioritätsgrundsatz, aufgezählt im Sachsenspiegel des Eike von

Reggow um 1230 – „Wer zuerst kommt, mahlt zuerst“ – ist also durch die die ausgleichende Gerechtigkeit betreffende Erwägungen dann einzuschränken, wenn es zu der erwähnten Rechtlosigkeit käme. So hat der positive Gläubiger den negativen Gläubiger aufzufordern, auf die Erhebung des Verjährungseinwandes zu verzichten und eine sanktionsbewehrte Unterwerfung für den Fall der rechtskräftigen Abweisung der negativen Feststellungsklage wegen Bestehens des Unterlassungsanspruchs zu erklären. Da in diesem Fall nach diesseitiger Überlegung kein Grund ersichtlich ist, weshalb die in der ZPO geregelte und gleichfalls Gerechtigkeitserwägungen betreffende Prozessvoraussetzung der anderweitigen Rechtshängigkeit nicht gelten sollte, ist nicht nur ein Zugehen auf den Streitgegenstandsbegriff des EuGH eröffnet, sondern zusätzlich der Blick dafür frei, dass gleiches Recht für den Umkehrfall gilt, nämlich, die Zulässigkeit des prioritätsjüngeren negativen Feststellungsantrags im Ausnahmefall, mithin zur Beseitigung von Rechtlosigkeit.

Mit einer Entscheidung entsprechend dem negativen Feststellungsantrag führt sodann kein Weg am Erfolg eines Antrags auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung bei nachträglicher, gleichzeitiger oder vorausgehender Eilentscheidung auf Unterlassung vorbei. Auf diese Weise würde jener Einstellung überdies erstmals zum Leben verholfen. Dass solches gegen das Postulat der Vermeidung kontradiktorischer Entscheidungen steht, ist ohne Belang. Dieses Postulat schützt in dem hier gegenständlichen, geschilderten Ausnahmefall den Richter. Weder der Rechtsstaat noch der Anwalt haben allerdings die Aufgabe, eine unrichtige Entscheidung zu schützen. Somit steht das Ganze letztlich auch in Übereinstimmung mit einer Plenarentscheidung des BVerfG's, aus welcher der derzeitige Präsident des BVerfG's seinerzeit die Entstehung des Rechtsschutzes gegen den Richter ableitete. Jene Plenarentscheidung wurde in der Zwischenzeit allerdings nicht mit Leben erfüllt. Lebendigkeit hier zu wecken, ist auch ein Belang dieses Beitrags, ferner zusätzlich der Wunsch, dass Argumente gelesen werden nebst Einlassung auf sie; teilen muss sie der Leser nicht.

Wird die Öffnung des Rechtsschutzsystems durch Teilverwirklichung des Justizgewährungsanspruchs wie dargelegt vollzogen, ist es weiter ohne Belang, ob tatsächlich kontradiktorisch entschieden wird. Wichtig ist die Erkenntnis, dass zur Beteiligung an der Wahrheitsfindung nicht nur jedermann durch Meinungsäußerung berechtigt, sondern hierzu auch Gerichte eingeladen sind. Der Richter thront nicht, sondern er nimmt vorsitzend teil. Von einem Thronen gehen leider insbesondere die Oberlandesgerichte in Bayern aus, da sie 50% aller Berufungen durch einstimmigen Beschluss zurückweisen. Diese Gerichte machen deutlich, kein Interesse am Dialog zu haben. Ein geändertes Selbstverständnis, also die Erkenntnis der allseitigen Teilnahme an der Rechtsfindung schwächt nicht, sondern stärkt den demokratischen Rechtsstaat. So trifft sich der demokratisch legitimierte Anspruch auf Teilhabe an der Ressource Recht mit dem menschenrechtlich legitimierten Grundsatz der Waffengleichheit – und bildet in seinem möglichst auf Widerspruchsfreiheit angelegten Begründungen ein nach Haupt und Gliedern geordnetes Ganzes, welches nicht nur dem EuGH teilweise entspricht, sondern ebenso diesem teilweise mit gutem Grund entgegengehalten werden darf.