

## Herausgeber

Prof. Dr. Helmut Köhler

Prof. Dr. Christian Alexander

## Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Wolfgang Büscher

Prof. Dr. Franz Hacker

Dr. Gangolf Hess

Prof. Dr. Thomas Koch

Prof. Dr. Stefan Leible

Dr. Reiner Münker

In Zusammenarbeit mit der  
Zentrale zur Bekämpfung  
unlauteren Wettbewerbs  
Frankfurt am Main e.V.

**dfv'** Mediengruppe  
Frankfurt am Main

### Editorial: Prof. Dr. Mary-Rose McGuire

Geschäftsgeheimnis i.S.v. § 2 GeschGehG ≠ Geschäftsgeheimnis i.S.v. §§ 15 ff. GeschGehG?

### 1323 Prof. Dr. Helmut Köhler

Die Meta Platforms Ireland-Entscheidung des EuGH: Individueller Datenschutz ergänzt durch kollektiven Verbraucherschutz

### 1328 Prof. Dr. Barbara Völzmann-Stickelbrock

Werbung mit sozialem und ökologischem Engagement im Lichte unternehmerischer Sorgfaltspflichten nach dem LkSG

### 1338 Dr. Martin Soppe und Christoph Fuchs

Greenwashing – Ein aktuelles Thema für Rechtsprechung und Rechtsetzung

### 1344 Lars Meinhardt

Aktuelles Wettbewerbsverfahrensrecht 2021 (Teil 2)

### 1353 Prof. Dr. Martin Müller und Dr. Lambert Pechan

Vom Geburtstagszug bis zur Fußgymnastiksandale

### 1361 Dr. Benjamin Stillner und Christopher Herwig

Die negative Feststellungsklage als Reaktion auf eine zu weitgehende Abmahnung (Teil 1)

### 1367 Der Idiot

BGH, Urteil vom 07.04.2022 – I ZR 107/21

### 1371 „Notar & Mediator“

BGH, Beschluss vom 11.07.2022 – NotZ(Brfg) 6/21

### 1373 VBL-Gegenwert III

BGH, Urteil vom 08.08.2022 – KZR 111/18

### 1387 Zu den Voraussetzungen des sog. „Verletzungsunterlassungsanspruch“

BGH, Urteil vom 21.06.2022 – VI ZR 395/19

### 1389 documenta/dOCUMENTA Steuerberatung

BPatG, Beschluss vom 25.05.2022 – 25 W (pat) 2/21

### 1394 Kommentar von Prof. Dr. Michael Loschelder

### 1401 Werbung für Nahrungsergänzungsmittel mit „Volle Power für Ihr Immunsystem“

OLG Hamm, Urteil vom 11.08.2022 – I-4 U 81/21

## Stillner/Herwig, Negative Feststellungsklage als Reaktion auf zu weite Abmahnung (Teil 1)

beurteilt hätten. Aus Sicht der Praxis ist es aber notwendig, dass sich die Instanzgerichte von einheitlichen Kriterien bei der Prüfung der Schöpfungshöhe bei Werken der angewandten Kunst leiten lassen. Der Urheberschutz für Werke der angewandten Kunst darf nicht von der Auswahl des Gerichts abhängig sein. Die Beurteilungen müssen sich an den Kriterien orientieren, die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung bereits entwickelt wurden und den Vorgaben des unionsrechtlichen Begriffs des urheberrechtlich geschützten Werkes entsprechen. Dies sind insbesondere folgende Aspekte:

- 54** 1. Werke mit Gebrauchszweck sind nicht zwangsläufig auch Werke der angewandten Kunst. Trotz der Möglichkeit eines kumulativen Schutzes für Gebrauchsgegenstände als Geschmacksmuster/registriertes Design und als urheberrechtlich geschütztes Werk der angewandten Kunst kommt ein kumulativer Schutz „nur in bestimmten Fällen“ in Betracht.<sup>104)</sup> Insoweit muss die Rechtsprechung der Instanzgerichte ausreichend zwischen alltäglichen Massenprodukten und urheberrechtlich geschützten Werken der angewandten „Kunst“ unterscheiden.<sup>105)</sup>
- 55** 2. Nicht jedes Ausnutzen von Gestaltungsspielräumen erfüllt die Anforderungen an das Erreichen der Schöpfungshöhe i. S. d. § 2 UrhG.<sup>106)</sup> Allein die Tatsache, dass ein Produkt über seinen Gebrauchszweck hinaus einen eigenen, ästhetisch markanten visuellen Effekt hervorruft, ist nicht ausreichend, um einen Urheberrechtsschutz zu rechtfertigen.<sup>107)</sup>
- 56** 3. Technische Gestaltungslösungen begründen keinen Urheberrechtsschutz, und zwar unabhängig davon, ob sie die einzig technisch mögliche Gestaltung oder eine von mehreren oder sogar vielen technischen Lösungen zur Erreichung des Gebrauchszwecks darstellen.<sup>108)</sup>
- 57** 4. Urheberrechtsschutz erfordert das Ausnutzen eines künstlerischen Gestaltungsspielraums<sup>109)</sup> durch freie und kreative Ent-

scheidungen.<sup>110)</sup> Lediglich die Auswahl zwischen unterschiedlichen technischen Gestaltungsmöglichkeiten oder vorbekannten Form- und Dekorationselementen ist handwerksmäßig und keine freie und kreative Gestaltung.

5. Die Anerkennung der erforderlichen Schöpfungshöhe für Werke der angewandten Kunst setzt voraus, dass die Gestaltung Besonderheiten aufweist, die über übliche Gestaltungen hinreichend deutlich hinausgehen, und so aus der Masse des alltäglichen Schaffens herausragen.<sup>111)</sup> Deshalb kann weder den völlig banalen noch den vielfältigen Varianten des Vorbekanntes Werkqualität zugesprochen werden.<sup>112)</sup>
6. Entscheidend für die Feststellung der Schöpfungshöhe ist der Zeitpunkt der Gestaltung. Ein möglicherweise später durch Marketingmaßnahmen und Modetrends bewirkter Aufstieg eines Produktes zur „Designikone“ oder zum „Trendsetter“ ist für die Feststellung der Schöpfungshöhe zum Zeitpunkt der Gestaltung irrelevant.<sup>113)</sup>

104) EuGH, 12.09.2019 – C-683/17, WRP 2019, 1449, 1451, Rn. 40, 52 – Cofemel/G-Star Raw.

105) *Leistner*, GRUR 2019, 1114, 1118; *Paul*, in: Borges/Hilber (Fn. 51), § 2 UrhG Rn. 3.

106) BGH, 12.05.2011 – I ZR 53/10, GRUR 2012, 58, Rn. 30 – Seilzirkus; EuGH, 11.06.2020 – C-833/18, WRP 2020, 1006, 1007, Rn. 32 – SI, Brompton Bicycle/Chedech/Get2Get.

107) EuGH, 12.09.2019 – C-683/17, WRP 2019, 1449, 1451, Rn. 55 – Cofemel/G-Star Raw.

108) BGH, 12.05.2011 – I ZR 53/10, GRUR 2012, 58, Rn. 30 – Seilzirkus; EuGH, 11.06.2020 – C-833/18, WRP 2020, 1006, 1007, Rn. 31 – SI, Brompton Bicycle/Chedech/Get2Get.

109) BGH, 12.05.2011 – I ZR 53/10, GRUR 2012, 58, Rn. 19 – Seilzirkus.

110) EuGH, 11.06.2020 – C-833/18, WRP 2020, 1006, 1008, Rn. 39 – SI, Brompton Bicycle/Chedech/Get2Get; vgl. auch: *Obergfell*, GRUR 2014, 621, 625.

111) So zu Werken der Baukunst: BGH, 29.04.2021 – I ZR 193/20, WRP 2021, 1461, 1467, Rn. 60 – Zugangsrecht des Architekten.

112) So auch *Verweyen/Richter*, MMR 2015, 156, 160; *Rauer/Etting*, K&R 2014, 736, 737.

113) EuGH, 11.06.2020 – C-833/18, WRP 2020, 1006, 1008, Rn. 37 – SI, Brompton Bicycle/Chedech/Get2Get.

RA Dr. Benjamin Stillner und RA Christopher Herwig, Stuttgart\*

## Die negative Feststellungsklage als Reaktion auf eine zu weitgehende Abmahnung (Teil 1)

### INHALT

#### Teil 1

##### I. Einleitung

##### II. Überlegungen im Vorfeld der Klageerhebung

###### 1. Klageandrohung („Gegenabmahnung“)

###### 2. Anknüpfungspunkt für die Bestimmung der Rechtsberührung

- Anknüpfung an den Tatsachenvortrag
- Anknüpfung an die vorformulierte Unterlassungserklärung
- Stellungnahme

###### 3. Verjährung des Unterlassungsanspruchs

- Verjährungseintritt vor Klageerhebung
- Verjährungseintritt im laufenden Prozess

##### 4. Antragsfassung

- Bestimmtheitsgrundsatz
- Hinreichende Bestimmtheit des Feststellungsantrags auch bei unbestimmter Rechtsberührung

##### 5. Zuständigkeit

##### 6. Streitwert

#### Teil 2

##### III. Reaktionen des Beklagten auf die negative Feststellungsklage

###### 1. Bloßer Antrag auf Klageabweisung

- Prüfungsumfang, § 308 ZPO
- Verbot einer aliud-Entscheidung

###### 2. Antrag auf Klageabweisung bei gleichzeitiger Unterlassungswiderklage

- Unterlassungswiderklage im Umfang der außergerichtlichen Rechtsberührung
- Eingeschränkte Unterlassungswiderklage

\* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. 1452. Die Autoren danken Frau mag. Jur. Victoria Socha und Herrn cand. Iur. Jonas Kurz für ihre tatkräftige Unterstützung.

## Stillner/Herwig, Negative Feststellungsklage als Reaktion auf zu weite Abmahnung (Teil 1)

- aa) Kein Verzicht auf „überschießenden“ Teil
- bb) Keine „Berührungsaufgabe“
- cc) Keine Teilsubsidarität

## 3. Weitere prozessuale Reaktionen des Beklagten

- a) Verfügungsantrag
- b) Unterlassungsklage vor anderem Gericht

## IV. Zusammenfassung

Der Beitrag wird in der nächsten Ausgabe fortgesetzt. Teil 2 findet sich dort.

## Teil 1

## I. Einleitung

- 1 Vor der gerichtlichen Durchsetzung seines Unterlassungsanspruchs fordert der Unterlassungsgläubiger den Unterlassungsschuldner zur Vermeidung der negativen Kostenfolge aus § 93 ZPO in aller Regel auf, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben. Eine solche Abmahnung wird, auch wenn dies nach der herrschenden Ansicht nicht zwingend erforderlich ist,<sup>1)</sup> in der Praxis mit einer vorformulierten strafbewehrten Unterlassungserklärung versehen. Der Abgemahnte muss dieses Angebot zum Abschluss eines Unterlassungsvertrags<sup>2)</sup> nach der Vorstellung des Abmahners nur noch unterzeichnen, um auf diese Weise ein Gerichtsverfahren zu vermeiden.
- 2 Für den Fall, dass die Abmahnung berechtigt ist, steht dem Unterlassungsgläubiger grundsätzlich<sup>3)</sup> ein Recht auf Kostenerstattung zu. Lange Zeit unregelt war demgegenüber die Konstellation einer unbegründeten Abmahnung. In einem solchen Fall stand nach einhelliger Rechtsprechung dem zu Unrecht Abgemahnten kein Kostenerstattungsanspruch hinsichtlich seiner Verteidigungskosten zu.<sup>4)</sup> Inzwischen hat der Gesetzgeber dieses Defizit zwar mit § 13 Abs. 5 UWG (nach dem Vorbild von § 97a Abs. 4 UrhG) korrigiert. Allerdings beschränkt sich das Interesse des Abgemahnten in der Regel nicht darauf, von Kosten frei gestellt zu werden; er benötigt vielmehr für die Zukunft Rechtssicherheit, um abschätzen zu können, ob und in welchem Umfang er z. B. seine Werbe- und Vertriebsaktivitäten ändern muss.
- 3 Dieses Klärungsinteresse besteht ganz besonders dann, wenn der geltend gemachte Unterlassungsanspruch über den gesetzlichen<sup>5)</sup> Unterlassungsanspruch hinausgeht, so dass mit einer entsprechenden weitergehenden Verurteilung empfindliche unternehmerische Beschränkungen verbunden wären. Rechtsprechung<sup>6)</sup> und Lehre<sup>7)</sup> billigen dem Abgemahnten deshalb seit jeher das Recht zu, eigeninitiativ mittels Erhebung einer negativen

Feststellungsklage gerichtlich überprüfen zu lassen, ob dem Abmahner der geltend gemachte Unterlassungsanspruch im geltend gemachten Umfang tatsächlich zusteht oder nicht.

Das Institut der negativen Feststellungsklage beruht dabei weitestgehend auf richterlicher Rechtsfortbildung.<sup>8)</sup> Wenig Schwierigkeiten bestehen dort, wo dem behaupteten Unterlassungsanspruch nebst Annexansprüchen *insgesamt* entgegengetreten wird.<sup>9)</sup> In Rechtsprechung und Literatur kaum behandelt ist hingegen die negative Feststellungsklage als Reaktion auf eine inhaltlich (nur) zu weitgehende Abmahnung: Dem Abmahner steht durchaus ein Unterlassungsanspruch zu, allerdings nicht im geltend gemachten Umfang. Dieser Fall ist in der Praxis derart häufig, dass sich der Gesetzgeber sogar dazu veranlasst gesehen hat, den Vorschlag einer offensichtlich über den gesetzlichen Unterlassungsanspruch hinausgehenden Unterlassungsverpflichtung ausdrücklich als Indiz für eine missbräuchliche Abmahnung in den Beispielkatalog des § 8c Abs. 2 UWG aufzunehmen. Umso erstaunlicher ist es, wie wenig Beachtung der Frage geschenkt wird, wie der Abgemahnte auf ein derart „überschießendes Unterlassungsverlangen“<sup>10)</sup> reagieren kann, um – über das reine Kostenerstattungsinteresse hinaus – Rechtssicherheit für seine künftige Geschäftstätigkeit zu erhalten.

Dieser Beitrag widmet sich im ersten Teil (in diesem Heft) den Fragen, die der Abgemahnte prüfen muss, ehe er über die Erhebung einer negativen Feststellungsklage entscheidet. Das betrifft vor allem das Feststellungsinteresse, das in der Klage gesondert darzulegen ist. Der zweite Teil in der nächsten Ausgabe behandelt die unterschiedlichen Prozesssituationen aus Sicht des Feststellungsklägers, die wiederum von der Reaktion des Abmahners auf die Klage abhängen, insbesondere bei Erhebung einer (eingeschränkten) Unterlassungswiderklage.

## II. Überlegungen im Vorfeld der Klageerhebung

Gegenstand der negativen Feststellungsklage muss – in Abgrenzung von bloßen Rechts- und Vorfragen<sup>11)</sup> – stets ein gegenwärtiges Rechtsverhältnis sein. Die ausgesprochene Abmahnung, mit der konkrete Unterlassungs- und Annexansprüche geltend gemacht werden, begründet ein solches Rechtsverhältnis.<sup>12)</sup> Probleme gibt es in diesem Zusammenhang nicht.

Besondere Aufmerksamkeit verlangt hingegen das Feststellungsinteresse, das als echte Sachurteilsvoraussetzung im gesamten Prozessverlauf von Amts wegen<sup>13)</sup> zu prüfen und positiv festzustellen<sup>14)</sup> ist. Schon vor Klageerhebung muss sich der Abgemahnte daher sorgfältig überlegen, wie er vorgeht.

## 1. Klageandrohung („Gegenabmahnung“)

Hält der Abgemahnte eine gegen ihn ausgesprochene Abmahnung für zu weitgehend, stellt sich für ihn die Frage, ob er zur Klärung des Rechtsverhältnisses sofort eine negative Feststellungsklage erheben darf oder zuvor dem Abmahner im Wege einer Klageandrohung („Gegenabmahnung“<sup>15)</sup>) Gelegenheit zum Abrücken von der Rechtsberührung geben muss. Andern-

1) Vgl. *Bornkamm/Feddersen*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), Kommentar zum UWG, 40. Aufl. 2022, § 13 Rn. 18. Vgl. *Tavaniti/Scholz*, in: Fritzsche/Münker/Stollwerck, BeckOK UWG, 17. Edition 2022, § 13 Rn. 14. Vgl. *Brüning*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, Kommentar zum UWG, 5. Aufl. 2021, § 13 Rn. 46.  
2) BGH, 13.11.2013 – I ZR 77/12, WRP 2014, 587, 588, Rn. 10 ff. – Vertragsstrafenklausel; BGH, 11.11.2014 – VI ZR 18/14, WRP 2015, 212, 213, Rn. 11 ff. – Zur Reichweite eines vertraglich vereinbarten Unterlassungsgebotes; BGH, 17.12.2020 – I ZR 228/19, WRP 2021, 633, 636, Rn. 37 – Saints Row.  
3) Zu den Ausnahmen vgl. § 13 Abs. 4 UWG, eingeführt durch das Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs vom 26.11.2020 – BGBl. I. 2020, 2568, 01.12.2020.  
4) BGH, 22.07.2010 – I ZR 139/08, WRP 2011, 223, 229, Rn. 63 – Kinderhochstühle im Internet.  
5) Zum Umfang des gesetzlichen Unterlassungsanspruchs und zur Kernbereichslehre ausführlich *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 1), § 8 Rn. 1.64 ff.  
6) BGH, 13.12.1984 – I ZR 107/82, WRP 1985, 212, 213 f. – Feststellungsinteresse; BGH, 13.06.2012 – I ZR 228/10, WRP 2012, 1523, 1524, Rn. 11 f. – Stadtwerke Wolfsburg.  
7) *Bacher*, in: BeckOK ZPO, 45. Edition 01.07.2022, § 256 Rn. 22.4; *Kefferpütz*, in: Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 6. Aufl. 2022, vor § 97 Rn. 74; *Köhler/Feddersen*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 1), Rn. 1.20.

8) Zur Entwicklung in der Rechtsprechung s. *Hoene*, WRP 2008, 44 ff.

9) Vgl. zu dieser Konstellation umfassend *Menke*, WRP 2012, 55 ff.

10) *Feddersen*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 1), § 8c Rn. 21.

11) *Becker-Eberhard*, in: Münchner Kommentar zur ZPO, 6. Aufl. 2020, § 256 Rn. 9.

12) BGH, 23.03.2020 – I ZR 126/18, WRP 2020, 851, 860 f. – WarnWetter-App.

13) BGH, 04.08.2022 – III ZR 228/20, WM 2022, 1738 m. w. N.

14) *Becker-Eberhard*, in: Münchner Kommentar zur ZPO (Fn. 11), § 256 Rn. 37.

15) Der häufig verwendete Begriff „Gegenabmahnung“ (vgl. nur BGH, 13.06.2012 – I ZR 228/10, WRP 2012, 1523, 1524, Rn. 13 – Stadtwerke Wolfsburg) sollte in diesem Kontext nicht verwendet werden. Denn abgesehen davon, dass die bloße Aufforderung zum Abrücken von der Rechtsberührung keine Abmahnung im wettbewerbsrechtlichen Sinn ist, nutzt der BGH dieses Schlagwort bereits im Rahmen der Diskussion, ob eine Abmahnung als Reaktion auf eine zuvor erhaltene Abmahnung rechtsmissbräuchlich ist oder nicht (sog. Retourkutsche; vgl. etwa BGH, 21.01.2021 – I ZR 17/18, WRP 2021, 746 ff. – Berechtigte Gegenabmahnung).

## Stillner/Herwig, Negative Feststellungsklage als Reaktion auf zu weite Abmahnung (Teil 1)

falls könnte ihm möglicherweise der Einwand des treuwidrigen Verhaltens mit der Begründung entgegengehalten werden, den Abgemahnten treffe aus der wettbewerbsrechtlichen Sonderbeziehung die Verpflichtung, auf die Abmahnung entweder durch Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung oder mit einer Ablehnung zu reagieren. Gestützt wird dieser in der Praxis immer wieder gehörte Einwand auf eine (falsch verstandene) Entscheidung des BGH. In seinem Urteil mit dem missverständlichen Entscheidungsnamen „Antwortpflicht des Abgemahnten“<sup>16)</sup> betonte der BGH, dass sich die wettbewerbsrechtliche Sonderbeziehung nicht darin erschöpfe, den Abmahner zur Vermeidung eines überflüssigen und aussichtslosen Prozesses über eine wegen der gleichen Verletzungshandlung einem Dritten gegenüber abgegebene Unterwerfungserklärung aufzuklären; der Abgemahnte sei darüber hinaus verpflichtet, auf eine Abmahnung innerhalb der darin gesetzten Frist durch Abgabe einer ausreichend strafbewehrten Unterlassungserklärung oder deren Ablehnung zu reagieren.

- 9 Mit dieser Vorgabe geht allerdings keineswegs die Verpflichtung des Unterlassungsschuldners einher, dem Abmahner vor Erhebung der negativen Feststellungsklage stets Gelegenheit zu geben, von der Rechtsberühmung<sup>17)</sup> abzurücken bzw. diese einzuschränken. Eine „Antwortpflicht des Abgemahnten“ setzt vielmehr voraus, dass sich der Abgemahnte andernfalls treuwidrig (§ 242 BGB) verhalten würde. Aus diesem Grund ist eine Klageandrohung nur ausnahmsweise veranlasst, nämlich wenn entweder die Abmahnung<sup>18)</sup> in tatsächlicher und/oder rechtlicher Hinsicht auf offensichtlich unzutreffenden Annahmen beruht, bei deren Richtigstellung mit einer Änderung der Auffassung des Abmahners gerechnet werden kann,<sup>19)</sup> oder wenn seit der Abmahnung ein längerer Zeitraum verstrichen ist und der Abmahner in dieser Zeit entgegen seiner Androhung keine gerichtlichen Schritte eingeleitet hatte.<sup>20)</sup> Abgesehen von diesen Sonderfällen ist höchstrichterlich geklärt, dass der zu Unrecht Abgemahnte grundsätzlich nicht gehalten ist, auch nicht zur Vermeidung der nachteiligen Kostenfolge aus § 93 ZPO, die Erhebung einer negativen Feststellungsklage anzudrohen<sup>21)</sup> oder gar den Abgemahnten auf einen rechtlichen Irrtum hinzuweisen.<sup>22)</sup> Eine Obliegenheit zur Gegenabmahnung vor Erhebung einer negativen Feststellungsklage besteht noch nicht einmal dann, wenn der Feststellungsbeklagte den zu weitgehenden Anspruch aus eigenem Antrieb vor Zustellung der Klage zurückgezogen hat.<sup>23)</sup>
- 10 Diese Grundsätze müssen insbesondere dann gelten, wenn entweder die Abmahnung durch einen Rechtsanwalt ausgesprochen wurde oder wenn der Abmahner zu den nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 bis Nr. 4 UWG Berechtigten zählt, die nach ständiger Rechtsprechung des BGH<sup>24)</sup> personell und sachlich in der Lage sein müssen, Wettbewerbsverstöße zu verfolgen. Unter diesen Umständen muss der Schuldner ohne besondere Anhaltspunkte nicht in

Zweifel ziehen, dass der Abmahner nicht nur das Bestehen, sondern vor allem auch den Umfang des geltend gemachten Unterlassungsanspruchs sorgfältig überprüft hat. Er muss vielmehr damit rechnen, dass der Abmahner bei Fristablauf seinerseits unverzüglich Klage erheben wird. Dieser Schritt wurde ihm schließlich in der Abmahnung – in Abgrenzung von einer bloßen Berechtigungsanfrage<sup>25)</sup> – angedroht.

## 2. Anknüpfungspunkt für die Bestimmung der Rechtsberühmung

Eine der Kernvoraussetzungen einer zulässigen negativen Feststellungsklage ist das Bestehen eines Feststellungsinteresses, das wiederum eine Rechtsberühmung des Beklagten erfordert. Steht ein bezifferter Kostenerstattungsanspruch im Streit, bereitet die Bestimmung der Rechtsberühmung keine Schwierigkeiten. Anders ist das, wenn der in der Abmahnung erhobene Vorwurf einer Wettbewerbsverletzung zwar für sich genommen zutrifft, die vom Abmahner übersandte vorformulierte Unterlassungserklärung allerdings über den gesetzlichen Unterlassungsanspruch hinausgeht, indem sie das Charakteristische der konkreten Verletzungsform<sup>26)</sup> überschreitet. Zwar kann nach ständiger Rechtsprechung des BGH eine Rechtsberühmung „in Form einer Abmahnung erfolgen“.<sup>27)</sup> Diese zweifellos richtige Klarstellung lässt jedoch die Frage offen, *worin genau* die Rechtsberühmung zu sehen ist.

### a) Anknüpfung an den Tatsachenvortrag

Neben dem vom Gesetzgeber zwingend (§ 13 Abs. 2 Nr. 4 UWG)<sup>12</sup> verlangten Vortrag zur konkreten Rechtsverletzung unter Angabe der tatsächlichen Umstände liegt einer Abmahnung in der Regel der vom Abmahner vorformulierte Entwurf einer strafbewehrten Unterlassungserklärung bei. Der Abgemahnte *kann* sich dieses Entwurfs bedienen, *muss* es aber nicht. Es steht ihm frei, zur Vermeidung eines Unterlassungsklageverfahrens selbst eine strafbewehrte Unterlassungserklärung zu formulieren, die die Wiederholungsgefahr vollständig beseitigt.<sup>28)</sup>

Aus dieser Unverbindlichkeit leitet etwa das OLG Frankfurt a. M.<sup>29)</sup> ab, maßgeblich für die Bestimmung der Rechtsberühmung sei, ob für den Abgemahnten ersichtlich ist, auf welchen Sachverhalt sich die Abmahnung bezieht und worauf sich infolgedessen eine abzugebende strafbewehrte Unterlassungserklärung zu beziehen habe. Aus den allgemeinen Auslegungsregeln zum vertraglichen Unterlassungsanspruch folge, dass sich der Abmahner mit seinem behaupteten Unterlassungsanspruch auf eben diese konkret angegriffene Verletzungshandlung in Gestalt des dokumentierten Wettbewerbsverstößes (z. B. durch Screenshots) beschränke; dies soll ungeachtet des Umstands gelten, dass der vorgerichtlich übersandte Entwurf einer strafbewehrten Unterlassungserklärung nicht in Form eines „wie geschehen“-Zusatzes auf die konkrete Verletzungshandlung Bezug nimmt.<sup>30)</sup> Im Ergebnis hat das OLG Frankfurt a. M. die negative

16) BGH, 19.10.1989 – I ZR 63/88, WRP 1990, 276 ff. – Antwortpflicht des Abgemahnten.

17) Zur Frage, worin bei einer Abmahnung genau die Rechtsberühmung zu sehen ist, sogleich unter Ziffer II. 2.

18) Die Grundsätze zur Antwortpflicht vor Klageerhebung gelten auch umgekehrt für den Abmahner in Bezug auf die ihm gegenüber abgegebene Unterlassungsverpflichtung, vgl. OLG Frankfurt a. M., 31.03.2022 – 6 W 11/22, WRP 2022, 767, Rn. 12.

19) *Bornkamm/Fedderson*, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson (Fn. 1), § 13 Rn. 106; nur in einem solchen Fall soll der Abgemahnte einen Anspruch auf Kostenerstattung nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag haben, vgl. OLG Frankfurt a. M., 10.02.2022 – 6 U 126/21, WRP 2022, 479, 481, Rn. 31 ff.

20) BGH, 29.04.2004 – I ZR 233/01, WRP 2004, 1032, 1036, Rn. 49 – Gegenabmahnung; vgl. auch BGH, 06.10.2005 – I ZB 37/05, WRP 2006, 106, 107 – Unberechtigte Abmahnung.

21) BGH, 29.04.2004 – I ZR 233/01, WRP 2004, 1032, 1036 – Gegenabmahnung.

22) BGH, 06.10.2005 – I ZB 37/05, WRP 2006, 106, 107 – Unberechtigte Abmahnung.

23) BGH, 06.10.2005 – I ZB 37/05, WRP 2006, 106, 107 – Unberechtigte Abmahnung.

24) Zu Nachweisen vgl. *Bornkamm/Fedderson*, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson (Fn. 1), § 13 Rn. 124 ff.

25) OLG Hamburg, 31.01.2006 – 5 W 12/06, WRP 2006, 488.

26) Zur Kernbereichslehre s. zuletzt BGH, 09.12.2021 – I ZR 146/20, WRP 2022, 426, 428 – Werbung für Fernbehandlung, sowie umfassend *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson (Fn. 1), § 8 Rn. 1.64 ff.

27) BGH, 13.06.2012 – I ZR 228/10, WRP 2012, 1523 ff., Rn. 12 – Stadtwerke Wolfsburg; BGH, 29.01.2013 – KZR 8/10, GRUR-RR 2013, 228, 229, Rn. 18 – Trägermaterial für Kartenformulare; BGH, 12.03.2020 – I ZR 126/18, WRP 2020, 851, 861, Rn. 96 – WarnWetter-App.

28) BGH, 24.11.1983 – I ZR 192/81, WRP 1984, 199 – Copy Charge; BGH, 09.11.1995 – I ZR 212/93, WRP 1996, 199, 201 – Wegfall der Wiederholungsgefahr I; BGH, 18.05.2006 – I ZR 32/03, WRP 2006, 1139, 1140 – Vertragsstrafenvereinbarung.

29) OLG Frankfurt a. M., 07.07.2020 – 14 U 467/19, n. v., S. 12 oben; die Autoren waren auf Seiten der abgemahnten Feststellungsklägerin am Verfahren beteiligt; ebenso *Menke*, WRP 2012, 55, 59 f.

30) OLG Frankfurt a. M., 07.07.2020 – 14 U 467/19, n. v., S. 11 f.; die Autoren waren auf Seiten der abgemahnten Feststellungsklägerin am Verfahren beteiligt; ähnlich OLG Düsseldorf, 23.05.2019 – I-2 U 50/18, juris, Rn. 42: Auslegung des Unterlassungsbegehrens im Lichte der Abmahnungsbegründung.

## Stillner/Herwig, Negative Feststellungsklage als Reaktion auf zu weite Abmahnung (Teil 1)

Feststellungsklage, die hinsichtlich der Rechtsberühmung an den sehr weit formulierten Entwurf einer strafbewehrten Unterlassungserklärung angeknüpft hatte, mangels Feststellungsinteresses als unzulässig abgewiesen.

- 14 Ähnlich urteilte das LG Wiesbaden:<sup>31)</sup> Bei der einer Abmahnung beigefügten Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung handele es sich ersichtlich nur um einen Vorschlag, wie eine Unterlassungsverpflichtung aussehen könne. Dieser Vorschlag lasse aber nicht den Schluss zu, dass sich der Abmahner des Rechts berühme, einen Anspruch auf die Einhaltung genau dieser vorformulierten Unterlassungspflicht zu haben.<sup>32)</sup>
- 15 Schließlich wird eingewandt, für die Begründetheit der Abmahnung sei es nach einhelliger Auffassung unschädlich, wenn der Entwurf einer Unterlassungserklärung zu weit gefasst sei; diese Wertung wäre konterkariert, wenn der Abgemahnte sich gegen den Inhalt eines solchen Entwurfs mittels einer negativen Feststellungsklage erfolgreich wehren könnte.<sup>33)</sup>

### b) Anknüpfung an die vorformulierte Unterlassungserklärung

- 16 Die wohl herrschende Meinung in der Rechtsprechung geht demgegenüber davon aus, dass gerade der einer Abmahnung beigefügte Entwurf einer strafbewehrten Unterlassungserklärung das entscheidende Anknüpfungsmerkmal zur Bestimmung des Umfangs der Rechtsberühmung ist. So hat etwa das OLG München<sup>34)</sup> betont, dass die fehlende Beschränkung des behaupteten Unterlassungsanspruchs auf die konkrete Verletzungsform in der vorformulierten Unterlassungserklärung „besonders deutlich“ werde; an der Ernsthaftigkeit des weitergehenden Verlangens bestehe daher kein Zweifel. Auch das OLG Hamm<sup>35)</sup> nimmt an, dass gerade die vorgeschlagene Unterwerfungserklärung den „entscheidenden Anhaltspunkt“ dafür liefere, was der Unterlassungsgläubiger als Folge des abgemahnten Verhaltens begehre. Noch deutlicher führt das OLG Karlsruhe<sup>36)</sup> aus, dass sich der in einer Abmahnung geltend gemachte Unterlassungsanspruch ersichtlich nicht auf die im Abmahnschreiben genannte konkrete Verletzungshandlung beschränke, wenn die beigefügte vorformulierte Unterlassungserklärung eine Verpflichtung „schlechthin und ohne Rücksicht auf die Umstände des Einzelfalls“ vorsehe.

### c) Stellungnahme

- 17 Die erstgenannte Auffassung, wonach zur Bestimmung des Umfangs der Rechtsberühmung entscheidend auf den Tatsachenvortrag zur Verletzungshandlung abzustellen sei, ist nicht nur dogmatisch wenig überzeugend, sie führt außerdem zu ganz erheblichen Wertungswidersprüchen.
- 18 Die Frage, auf welchen konkreten Sachverhalt die angenommene Wettbewerbsverletzung gestützt werden kann (vgl. § 13 Abs. 2 Nr. 4 UWG: „Rechtsverletzung unter Angabe der tatsächlichen Umstände“), ist streng zu trennen vom Umfang der Unterlassungspflicht, die der Abmahner als Rechtsfolge aus der Wettbewerbsverletzung für sich ableitet. Das Missverständnis, dem das OLG Frankfurt a.M. unterliegt, ist im Gesetz selbst angelegt, wenn es in § 8c Abs. 2 Nr. 5 UWG (nach dem Vorbild von § 97a Abs. 2 S. 1 Nr. 4 UrhG) heißt, im Zweifel sei eine missbräuchliche Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs anzunehmen,

wenn „eine vorgeschlagene Unterlassungsverpflichtung offensichtlich über die abgemahnte Rechtsverletzung hinausgeht“. Das ist jedenfalls missverständlich.<sup>37)</sup> Denn die Berühmung liegt nicht im *mitgeteilten Sachverhalt* („abgemahnte Rechtsverletzung“), den der Abgemahnte selbst ohnehin am besten kennt, sondern in der daraus gezogenen *rechtlichen Schlussfolgerung* in Gestalt der vorformulierten Unterlassungserklärung. Es wäre deshalb verfehlt, vom beanstandeten Sachverhalt auf die Reichweite der Rechtsberühmung schließen zu wollen. Beides kann identisch sein, zwingend ist das aber nicht.

Weiter ist es zwar richtig, dass der Abgemahnte nicht verpflichtet ist, das ihm unterbreitete Angebot auf Abschluss eines Unterlassungsklagevertrags anzunehmen. Er kann vielmehr eine seiner Meinung nach ausreichende Unterwerfungserklärung abgeben. Das ändert jedoch nichts daran, dass aus Sicht des Abgemahnten – und nur auf ihn kommt es schließlich auch nach Auffassung des OLG Frankfurt a. M. an<sup>38)</sup> – der Abmahner diesen Entwurf einer strafbewehrten Unterlassungserklärung gerade deshalb übersendet, weil er damit zum Ausdruck bringen will, einen Unterlassungsanspruch in genau diesem konkretisierten Umfang zu haben. Denn immerhin gehört zu den unverzichtbaren Voraussetzungen einer wirksamen Abmahnung die Androhung, für den Fall eines fruchtlosen Fristablaufs den behaupteten Unterlassungsanspruch gerichtlich geltend zu machen.<sup>39)</sup> Vor diesem Hintergrund kann für den Empfänger einer Abmahnung kein vernünftiger Zweifel daran bestehen, dass der Abmahner im Falle des fruchtlosen Fristablaufs genau den Unterlassungsanspruch gerichtlich geltend machen wird, den er zuvor im Unterlassungsvertragsentwurf konkretisiert hat, und nicht irgend einen anderen Unterlassungsanspruch mit einer geringeren Reichweite. Zu Recht betont deshalb das BVerfG<sup>40)</sup> die Notwendigkeit, dem Antragsgegner im Eilverfahren schon bei „kleinsten Abweichungen“ des gestellten Unterlassungsantrags vom Wortlaut der vorformulierten Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung rechtliches Gehör zu gewähren.

In dieser Erwartungshaltung wird der Abgemahnte mittlerweile durch § 8c Abs. 2 Nr. 5 UWG bestätigt. Wenn hiernach das offensichtlich zu weit gehende Unterlassungsverlangen eine rechtsmissbräuchliche Abmahntätigkeit indiziert, darf der Abgemahnte nicht nur annehmen, dass es der Abmahner mit dem im Vertragsangebot vorformulierten Unterlassungsanspruch ernst meint, sondern dass – zur Vermeidung des Rechtsmissbrauchsvorwurfs! – eben dieser Unterlassungsanspruch ggf. gerichtlich durchgesetzt werden soll.

Aus diesem Grund überzeugt das Argument nicht, es sei schließlich für die Begründetheit der Abmahnung unschädlich, wenn der Entwurf einer strafbewehrten Unterlassungserklärung zu weit gefasst sei.<sup>41)</sup> Dass die Beifügung eines vorformulierten Unterlassungsvertragsangebots nicht zwingende Voraussetzung einer wirksamen bzw. berechtigten Abmahnung ist, spricht im Gegenteil dafür, dass sich der Abmahner an seiner von ihm selbst gewählten Formulierung festhalten lassen muss. Das ist zwingende Folge der gesetzgeberischen Wertung aus § 8c Abs. 2 Nr. 5 UWG. Die gegenteilige Auffassung konterkariert das Ziel des Gesetzgebers, über diese Vorschrift rechtsmissbräuchliche Abmahnungen einzudämmen. Es wäre widersprüchlich, wenn ein und dasselbe „überschießende Unterlassungsverlangen“<sup>42)</sup> zwar

31) LG Wiesbaden, 03.02.2021 – 12 O 1575/20, n. v.; die Autoren waren auf Seiten der abgemahnten Feststellungsklägerin am Verfahren beteiligt.

32) LG Wiesbaden, 03.02.2021 – 12 O 1575/20, n. v., S. 7; die Autoren waren auf Seiten der abgemahnten Feststellungsklägerin am Verfahren beteiligt.

33) Menke, WRP 2012, 55, 57 f.

34) OLG München, 06.04.2006 – 29 U 5193/05, GRUR-RR 2006, 363, 365.

35) OLG Hamm, 08.11.2012 – 4 U 86/12, BeckRS 2013, 11705; so auch LG Magdeburg, 19.02.2020 – 36 O 29/19, n. v., S. 13 f., bestätigt durch OLG Naumburg, 17.12.2020 – 9 U 26/20, n. v.; die Autoren waren auf Seiten des abgemahnten Feststellungsklägers am Verfahren beteiligt.

36) OLG Karlsruhe, 20.11.1997 – 6 U 108/97, BeckRS 1997, 15970, Rn. 3.

37) Wagner/Kefflerpütz, WRP 2021, 151, 153 Rn. 12.

38) OLG Frankfurt a. M., 07.07.2020 – 14 U 467/19, n. v., S. 12 oben; die Autoren waren auf Seiten der abgemahnten Feststellungsklägerin am Verfahren beteiligt.

39) Bornkamm/Fedderson, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson (Fn. 1), § 13 Rn. 23.

40) BVerfG, 27.07.2020 – 1 BvR 1379/20, WRP 2020, 1179 Rn. 13; vgl. auch Mantz/Löffel, WRP 2022, 1259, Rn. 13 ff.

41) Menke, WRP 2012, 55, 58.

42) Fedderson, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson (Fn. 1), § 8c Rn. 21.

## Stillner/Herwig, Negative Feststellungsklage als Reaktion auf zu weite Abmahnung (Teil 1)

auf der einen Seite ein starkes Indiz für eine rechtsmissbräuchliche Abmahntätigkeit ist, auf der anderen Seite aber noch nicht einmal für die Annahme einer Rechtsberühmung ausreichen soll.

- 22 Als Zwischenergebnis kann daher festgehalten werden, dass spätestens seit der Ergänzung des UWG um den Missbrauchstatbestand des § 8c Abs. 2 Nr. 5 UWG der Abgemahnte den ihm übersandten Entwurf einer Unterlassungserklärung als entscheidenden Anknüpfungspunkt zur Bestimmung dessen heranziehen darf, was der Abmahner tatsächlich fordert.

### 3. Verjährung des Unterlassungsanspruchs

- 23 Aufgrund der kurzen Verjährungsfrist von sechs Monaten im Wettbewerbsrecht (§ 11 Abs. 1 UWG) bleibt die Frage zu klären, welchen Einfluss eine Verjährung des behaupteten Unterlassungsanspruchs auf die zu erhebende oder bereits erhobene negative Feststellungsklage hat.

#### a) Verjährungseintritt vor Klageerhebung

- 24 Nicht selten liegt zwischen der Kenntnis bzw. fahrlässigen Unkenntnis des Abmahners von der angegriffenen Verletzungshandlung (dem Verjährungsbeginn; § 11 Abs. 2 UWG) und der ausgesprochenen Abmahnung ein längerer Zeitraum. In diesem Fall darf sich der Abgemahnte mit der Erhebung der negativen Feststellungsklage nicht allzu viel Zeit lassen. Ist nämlich der Unterlassungsanspruch, dessen sich der Abmahner berührt, im Zeitpunkt der Klageerhebung bereits verjährt, soll nach der Rechtsprechung das Feststellungsinteresse fehlen, weil der Abgemahnte aufgrund der ihm nun zustehenden Einrede der Verjährung nicht mehr damit rechnen müsse, weiterhin auf Unterlassung in Anspruch genommen zu werden.<sup>43)</sup> Das überzeugt sofort. Es ist kein schützenswertes Interesse erkennbar, parallel zur (möglichen) Einrede der Verjährung ein Gericht zu bemühen.

#### b) Verjährungseintritt im laufenden Prozess

- 25 Da auch eine substantiierte Verteidigung gegen eine negative Feststellungsklage die Verjährung des geleugneten Anspruchs nicht hemmt,<sup>44)</sup> scheint es auf den ersten Blick auch in der Konstellation einer Verjährung (erst) im laufenden Prozess keinen vernünftigen Grund zu geben, weshalb der Kläger nicht mit Verjährungseintritt seine negative Feststellungsklage wegen entfallenden Feststellungsinteresses<sup>45)</sup> unverzüglich für erledigt erklären müsste.
- 26 Dieses Ergebnis würde aber zu kurz greifen. Nach allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen hat der Kläger einen Anspruch darauf, eine der Rechtskraft fähige Entscheidung zu erwirken,<sup>46)</sup> hier im Besonderen also mit dem Inhalt, dass die Abmahnung zu Unrecht erfolgt sei und der geltend gemachte Unterlassungsanspruch nicht bestehe.<sup>47)</sup> Das einmal begründete Feststellungsinteresse besteht dann grundsätzlich bis zum Erlass der erstrebten Entscheidung fort.<sup>48)</sup> Es ist höchstrichterlich anerkannt,<sup>49)</sup> dass sich der Abgemahnte auch dann mit einer negativen Feststellungsklage zur Wehr setzen darf, wenn er bereits vor Klageerhebung erkannt hat, dass es dem Abmahner an der erforder-

lichen Sachbefugnis fehlt. Erst recht muss das Feststellungsinteresse (fort-)bestehen, wenn die rechtsvernichtende Einrede erst *im Laufe des Prozesses* wirksam erhoben werden kann.

Ob der Kläger die Einrede tatsächlich erheben will oder stattdessen eine umfassende materiell-rechtliche Klärung vorzieht, bleibt ohnehin ihm allein überlassen. Für die Verjährungseinrede besteht keine Notwendigkeit, solange nicht der Beklagte seinen vermeintlichen Unterlassungsanspruch im Rahmen der Unterlassungswiderklage geltend macht. Dem Kläger nur deshalb ein Feststellungsinteresse absprechen zu wollen, weil die Erhebung der Verjährungseinrede während des Prozesses seine Rechtsposition verbessert, ist nicht sachgerecht; gerade die Erhebung der Verjährungseinrede führt zur Begründetheit der negativen Feststellungsklage.<sup>50)</sup>

Dazu kommt, dass der Beklagte natürlich nicht gezwungen ist, einen Klageabweisungsantrag zu stellen. Hat er erkannt, dass ihm ein Unterlassungsantrag im vorgerichtlich geltend gemachten Umfang nicht zusteht, kann er entweder anerkennen, um auf diese Weise zweifelsfrei zu dokumentieren, an der Rechtsberühmung nicht mehr festzuhalten, oder (mit der Folge eines Versäumnisurteils) auf einen Gegenantrag verzichten. Beantragt er hingegen Klageabweisung, unterstreicht er die Rechtsberühmung. Denn die negative Feststellungsklage ist ja nur dann unbegründet, wenn spiegelbildlich der Unterlassungsanspruch *besteht*.<sup>51)</sup> Dann ist es wiederum nur konsequent, dem Kläger das Feststellungsinteresse so lange zuzusprechen, solange der Beklagte an seinem Klageabweisungsantrag festhält.

Schließlich sprechen für dieses Ergebnis auch prozessökonomische Gründe: Die Verjährungseinrede betreffe nur den konkreten Unterlassungsanspruch, den der Gläubiger wiederum aus einem bestimmten Lebenssachverhalt ableitet. Typischerweise erhebt der Kläger die negative Feststellungsklage aber gerade deshalb, weil er die angegriffene Geschäftspraxis entweder bereits als Dauerhandlung fortsetzt oder zumindest künftig wiederholen will. Wäre er nun bereits aufgrund einer (nur) möglichen Verjährungseinrede gezwungen, die auf einen bestimmten Streitgegenstand beschränkte Klage für erledigt zu erklären, könnte er die mit der Klageerhebung angestrebte materiell-rechtliche Klärung durch ein rechtskräftiges Urteil nicht mehr erreichen. Genau das ist aber Sinn und Zweck der negativen Feststellungsklage im Wettbewerbsrecht. Denn auch wenn bei wiederholten gleichartigen Verletzungshandlungen streng genommen jede Verletzungshandlung einen neuen Unterlassungsanspruch begründet,<sup>52)</sup> hätte ein rechtskräftiges Feststellungsurteil zumindest die erforderliche Signalwirkung, um den Abgemahnten künftig vor einer erneuten Inanspruchnahme zu bewahren.

### 4. Antragsfassung

Die Antragsfassung bei der negativen Feststellungsklage greift spiegelbildlich das Unterlassungsbegehren auf, also die vom Beklagten vorformulierte Unterlassungserklärung.<sup>53)</sup> Die zu weit gehende Abmahnung zeichnet sich in aller Regel durch die fehlende Beschränkung des behaupteten Unterlassungsanspruchs auf die konkrete Verletzungshandlung aus. In diesem Fall wehrt sich der Abgemahnte dagegen, dass das Unterlassungsbegehren in der Rechtsberühmung abstrakt-generell formuliert ist. Enthält

43) LG Wiesbaden, 25.02.2009 – 11 O 40/08, BeckRS 2009, 10330, unter Bezugnahme auf LG Nürnberg-Fürth, 21.12.1995 – 1 HKO 6003/95; Menke, WRP 2012, 55, 59.

44) BGH, 15.08.2012 – XII ZR 86/11, NJW 2012, 3633, 3634, Rn. 27.

45) So im Ergebnis Menke, WRP 2012, 55, 59; OLG München, 01.06.2022 – 29 U 3652/21 (n. v.), Seite 2; die Autoren waren auf Seiten der abgemahnten Feststellungsklägerin am Verfahren beteiligt; a. A. KG, 22.09.2009 – 5 U 123/07, n. v.

46) OLG Düsseldorf, 13.05.2014 – I-24 U 180/13, juris, Rn. 30; BGH, 05.07.1993 – II ZR 114/92, NJW 1993, 2609, 2610.

47) BGH, 12.07.1995 – I ZR 85/93, WRP 1995, 815, 817 – FUNNY PAPER.

48) OLG Hamm, 15.12.2011 – 4 U 116/11, GRUR-RS 2012, 02851.

49) BGH, 05.10.2000 – I ZR 224/98, WRP 2001, 255, 257 – Verbandsklage gegen Vielfachabmahner.

50) So auch OLG Frankfurt a. M., 23.07.2009 – 6 U 132/08, BeckRS 2013, 22754.

51) KG, 21.10.2011 – 5 U 56/10, BeckRS 2012, 3029.

52) BGH, 15.08.2013 – I ZR 188/11, WRP 2013, 1465, 1467, Rn. 21 – Hard Rock Café. Anders ist das bei Dauerhandlungen, bei denen die Verjährung nicht beginnen kann, solange die Verletzungshandlung noch fort dauert, vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 1), § 11 Rn. 1.21.

53) Zum Anknüpfungspunkt für die Bestimmung der Rechtsberühmung s. oben unter Ziffer II. 2.

## Stillner/Herwig, Negative Feststellungsklage als Reaktion auf zu weite Abmahnung (Teil 1)

eine so gefasste Rechtsberühmung unbestimmte Rechtsbegriffe, stellt sich deshalb die Frage, inwieweit diese Unbestimmtheiten zu formulierenden Feststellungsantrag beeinflusst.

#### a) Bestimmtheitsgrundsatz

31 Das Bestimmtheitsgebot aus § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO hat im Wettbewerbsrecht eine überragende Bedeutung; der Einwand fehlender Bestimmtheit wird in nahezu jedem Unterlassungsklageverfahren vom Beklagten erhoben. Nach der eben genannten Vorschrift darf ein Unterlassungsantrag nicht derart undeutlich gefasst sein, dass Gegenstand und Umfang der Entscheidungsbefugnis des Gerichts (§ 308 Abs. 1 ZPO) nicht erkennbar abgegrenzt sind, sich der Beklage deshalb nicht erschöpfend verteidigen kann und letztlich die Entscheidung darüber, was dem Beklagten verboten ist, dem Vollstreckungsgericht überlassen bleibt.<sup>54)</sup>

32 Nach ständiger Rechtsprechung des BGH<sup>55)</sup> gilt für die Feststellungsklage nichts anderes: Das Rechtsverhältnis ist so genau zu bezeichnen, dass über dessen Identität und damit über den Umfang der begehrten Feststellung mit Blick auf Rechtshängigkeit und Rechtskraft keine Ungewissheit herrschen kann.

#### b) Hinreichende Bestimmtheit des Feststellungsantrags auch bei unbestimmter Rechtsberühmung

33 In Anwendung dieser allgemeinen Grundsätze liest man in Urteilen zum gewerblichen Rechtsschutz gelegentlich, dass die negative Feststellungsklage dem Bestimmtheitserfordernis genüge, weil für die spiegelbildliche Unterlassungsklage des Beklagten nicht anderes gelte.<sup>56)</sup> Daraus darf jedoch nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass der abgemahnte Kläger mit einer Klageabweisung wegen Unzulässigkeit durch Prozessurteil rechnen müsste, nur weil die spiegelbildliche Unterlassungsklage den gesetzlichen Anforderungen an einen bestimmten Unterlassungsantrag nicht genügen würde.

34 Die Gefahr einer Ungewissheit über den Umfang der Rechtskraft des begehrten Feststellungsausspruchs droht in der hier zu beurteilenden Konstellation nicht. Denn mit der leugnenden Feststellungsklage begehrt der Kläger die Rechtssicherheit darüber, nicht im Umfang der vorformulierten Unterlassungserklärung erfolgreich auf Unterlassung in Anspruch genommen werden zu können.<sup>57)</sup> Dieses Feststellungsziel erreicht er auch dann, wenn das Gericht nach entsprechender Prüfung zu dem Ergebnis gelangt, dass der Unterlassungsgläubiger mit einer spiegelbildlichen Unterlassungsklage bereits an der Bestimmtheit des unterstellten Unterlassungsantrags scheitern würde.<sup>58)</sup> Materiell-rechtliche Ausführungen fänden sich im Urteil nicht, so dass keine Unsicherheit hinsichtlich der Feststellungswirkung zu besorgen wäre.

35 Darüber hinaus ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass die Verwendung auslegungsbedürftiger Begriffe selbst im Rahmen von Unterlassungsanträgen jedenfalls dann nicht zu beanstanden ist, wenn eine weitere Konkretisierung nicht möglich ist und die Antragsformulierung zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes im Hinblick auf eine bestimmte Geschäftspraxis erforderlich erscheint.<sup>59)</sup> Erst recht müssen diese Erwägungen in der hier zu beurteilenden Situation gelten: Der Beklagte ist nicht schutzwürdig, nachdem er schließlich über die von ihm selbst gewählte Formulierung der Rechtsberühmung den Anknüp-

fungspunkt für den Feststellungsantrag geliefert hat.<sup>60)</sup> Der Abgemahnte wiederum hat keine Alternative zum Aufgreifen eben dieser Rechtsberühmung. Würde er nämlich in seinem Feststellungsantrag die unscharfe Formulierung aus der Rechtsberühmung so konkretisieren, wie sie vom Unterlassungsschuldner gemeint sein *könnte*, würde er mit seinem Petitum bereits am Feststellungsinteresse scheitern.<sup>61)</sup> Folglich hat er keine andere Wahl, als sich bei der Formulierung seines Feststellungsziels sklavisch an der Rechtsberühmung aus dem Unterlassungsvertragsangebot zu orientieren, mag dieses auch unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten.

#### 5. Zuständigkeit

Heftig umstritten war die Frage, ob der Feststellungskläger die Klage zwingend am Gerichtsstand des Beklagten erheben muss, oder ob nach der sog. Spiegelbildtheorie<sup>62)</sup> jedes Gericht angerufen werden darf, wo die gegenläufige Leistungsklage zulässigerweise erhoben werden könnte.

Gegen eine solche Wahlmöglichkeit wurde eingewandt, die „Spiegelbildtheorie“ umgehe § 12 ZPO als Ausdruck der prozessualen Waffengleichheit: Dem Vorteil des Klägers, der mit seiner Klage das Ob, den Zeitpunkt und die Art des Klageantrags bestimme, entspreche die Vergünstigung des Beklagten, den ihm aufgezwungenen Rechtsstreit nicht auch noch an einem auswärtigen Gericht führen zu müssen.<sup>63)</sup>

Dieser Streit ist mittlerweile höchstrichterlich<sup>64)</sup> zugunsten der Anhänger der „Spiegelbildtheorie“ entschieden. Der Kläger ist nicht auf den Gerichtsstand des Abmahners beschränkt. Das eröffnet ihm taktische Vorteile. Denn der Beklagte ist zwar bei der Durchsetzung seines eigenen Unterlassungsanspruchs nicht an die zuvor vom Feststellungskläger getroffene Wahl gebunden. Allerdings wird er, wenn er infolge der Klageerhebung erkennt, einen zu weitgehenden Anspruch geltend gemacht zu haben, den eingeschränkten Unterlassungsanspruch schon aus prozessökonomischen Gründen<sup>65)</sup> in Form einer Widerklage bei dem vom Feststellungskläger gewählten Gericht durchzusetzen versuchen. Faktisch kann damit der Feststellungskläger dem Abmahner dasjenige Gericht aufzwingen, bei dem er sich die größten Erfolgchancen ausrechnet.

#### 6. Streitwert

Nach herkömmlichem Verständnis bemisst sich der Streitwert einer negativen Feststellungsklage aufgrund ihrer vernichtenden Wirkung nach dem Wert des Unterlassungsanspruchs, dessen sich der Gläubiger berührt.<sup>66)</sup>

Teilweise wird zwar vertreten, maßgeblich sei allein der im Ergebnis äußerst geringe Aufwand, der für den Schuldner mit der Umsetzung der Verbote verbunden sei.<sup>67)</sup> Diese Auffassung

54) St. Rspr.; vgl. etwa BGH, 02.03.2017 – I ZR 194/15, WRP 2017, 542, Rn. 12 – Konsumgetreide m. w. N.

55) Grundlegend BGH, 22.09.1981 – VI ZR 257/80, VersR 1982, 68, 68; BGH, 04.10.2000 – VIII ZR 289/99, NJW 2001, 445, 447.

56) So etwa OLG München, 06.04.2006 – 29 U 5193/05, GRUR-RR 2006, 363, 366.

57) Vgl. OLG Hamm, 15.12.2011 – 4 U 116/11, GRUR-RS 2012, 02851.

58) Vgl. OLG Karlsruhe, 20.11.1997 – 6 U 108/97, BeckRS 1997, 15970, Rn. 9.

59) Vgl. BGH, 09.07.2009 – I ZR 13/07, WRP 2009, 1076, 1078 – Brillerversorgung I; BGH, 05.10.2010 – I ZR 46/09, WRP 2011, 576, 577 – Verbotantrag bei Telefonwerbung; BGH, 04.11.2010 – I ZR 118/09, WRP 2011, 742, 744 – Rechtsberatung durch Lebensmittelchemiker.

60) OLG München, 21.03.2019 – 29 U 2105/18, ZUM-RD 2019, 594, 596.

61) OLG Düsseldorf, 23.05.2019 – I-2 U 50/18, juris, Rn. 50.

62) OLG Saarbrücken, 13.08.2020 – 4 U 100/19, BeckRS 2020, 22237, Rn. 97; OLG München, 18.08.2009 – 31 AR 355/09, NJW-RR 2010, 645, 645; OLG Stuttgart, 02.07.2019 – 6 U 312/18, NJW-RR 2019, 1067, 1068; OLG Hamm, 16.12.2019 – 31 U 90/19, BeckRS 2019, 34978, Rn. 41; OLG Köln, 08.07.2020 – 13 U 20/19, BeckRS 2020, 17120, Rn. 14.

63) LG Köln, 03.05.2018 – 21 O 278/17, BeckRS 2018, 39050, Rn. 21, unter Bezugnahme auf OLG Bamberg, 21.12.2009 – 4 U 156/09, n. v.; LG Regensburg, 29.11.2019 – 83 O 1498/19, BeckRS 2019, 34725, Rn. 18; LG Düsseldorf, 19.07.2019 – 10 O 202/18, BeckRS 2019, 17919, Rn. 13.

64) BGH, 31.10.2018 – I ZR 224/17, NJOZ 2019, 1265, Rn. 15 (allerdings ohne vertiefte Begründung).

65) Nach § 45 Abs. 1 S. 3 GKG werden die nicht in getrennten Prozessen verhandelten Klage- und Widerklageansprüche zusammengerechnet, wobei nur der Wert des „höheren Anspruchs“ maßgebend ist.

66) Becker-Eberhard, in: Münchener Kommentar ZPO (Fn. 11), § 256 Rn. 95.

67) Vgl. OLG Frankfurt a. M., 07.07.2020 – 14 U 467/19, n. v., S. 12, zur Streitwertfestsetzung auf 5.000,00 € bei immerhin acht gelegneten Unterlassungsansprüchen; die Autoren waren auf Seiten der abgemahnten Feststellungsklägerin am Verfahren beteiligt.

übersieht allerdings den ganz erheblichen Umsetzungsaufwand, der mit Blick auf § 890 Abs. 1 ZPO erforderlich ist, um hinreichend auf Personen durch Belehrungen und Anordnungen einzuwirken, zu überwachen sowie ggf. Sanktionen zu verhängen, damit die Durchsetzung von Anordnungen sichergestellt ist.<sup>68)</sup> Erst recht müssen diese Überlegungen dann gelten, wenn sich der Feststellungskläger gegen einen von der konkreten Verletzungshandlung losgelösten Unterlassungsanspruch zur Wehr setzt, dessen Einhaltung mit einem ungleich höheren Aufwand verbunden wäre.

- 41 Angesichts der überzeugenden Rechtsprechung des BGH zum Wert der Rechtsmittelbeschwerde des Unterlassungsbeklagten, wonach dessen Interesse an einer Beseitigung der Verurteilung zwar nicht zwangsläufig, aber doch regelmäßig dem Interesse der klagenden Partei an dieser Verurteilung entspricht,<sup>69)</sup> kann nichts anderes für die Wertfestsetzung im Feststellungsprozess gelten. Denn ob nun der geltend gemachte Unterlassungsanspruch vom Unterlassungsbeklagten in der Rechtsmittelinstanz zu Fall gebracht werden soll oder initiativ durch ein leugnendes

Feststellungsurteil, spielt für den Unterlassungsschuldner gemessen am Rechtsschutzziel keine Rolle. Richtigerweise wird sich der Feststellungskläger daher für seinen Streitwertvorschlag in der Klageschrift am Streitwert orientieren dürfen, den der Beklagte in der vorausgegangenen Abmahnung zuvor zugrunde gelegt hat.<sup>70)</sup>

**Anm. der Redaktion:**

Der Beitrag wird in der nächsten Ausgabe fortgesetzt. Teil 2 findet sich dort.

68) BGH, 24.01.2013 – I ZR 174/11, WRP 2013, 1364, 1366, Rn. 18 – Beschwerde des Unterlassungsschuldners; vgl. zur Heraufsetzung des von der Vorinstanz (KG) angenommenen Streitwerts von 300,00 € auf 75.000,00 € BGH, 22.10.2013 – I ZB 59/11, BeckRS 2013, 19855, Rn. 11.

69) Vgl. BGH, 16.05.2013 – I ZR 172/12, BeckRS 2013, 11004, Rn. 8, unter Hinweis darauf, dass das Interesse des Klägers an einer solchen Unterlassung unter Berücksichtigung von Bedeutung, Größe und Umsatz des Verletzers, Art, Umfang und Richtung der Verletzungshandlung sowie von subjektiven Umständen auf Seiten des Verletzers, wie etwa dem Verschuldensgrad, zu bemessen sei.

70) So auch OLG Frankfurt a. M., 25.03.2014 – 11 U 14/13, WRP 2014, 724, 726, Rn. 35.

## RECHTSPRECHUNG

### Urheberrecht

#### Der Idiot

**UrhG § 2 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2, § 19 Abs. 2 Fall 2, § 97 Abs. 1 S. 1**

*BGH, Urteil vom 07.04.2022 – I ZR 107/21\**

Vorinstanzen: OLG Düsseldorf, 01.07.2021 – I-20 U 73/19; LG Düsseldorf, 12.06.2019 – 12 O 263/18

ECLI:DE:BGH:2022:070422UIZR107.21.0

**a) Musik, die im Rahmen der bühnenmäßigen Aufführung eines Sprechtheaterstücks erklingt, wird als mit dem Sprachwerk verbundenes Werk im Sinne des § 19 Abs. 2 Fall 2 UrhG bühnenmäßig aufgeführt, wenn sie integrierender, organischer Bestandteil des Spielgeschehens ist und nicht nur der bloßen Untermalung dient. Erforderlich ist ein enger innerer Zusammenhang zwischen Musik und Spielgeschehen, der vom Tatgericht im Einzelfall festgestellt werden muss. Fehlt es an diesem Zusammenhang, wird die Musik aus Anlass des Spielgeschehens im Sinne des § 19 Abs. 2 Fall 1 UrhG aufgeführt (Fortführung von BGH, Urteil vom 3. Juli 2008 – I ZR 204/05, GRUR 2008, 1081 [juris Rn. 14] = WRP 2008, 1565 – Musical Starlights).**

**b) Der für die Einstufung einer im Rahmen der bühnenmäßigen Aufführung eines Sprechtheaterstücks erklingenden Musik als integrierender, organischer Bestandteil des Spielgeschehens erforderliche enge innere Zusammenhang ist nicht schon deshalb gegeben, weil die Musik eigens auf die spezielle Inszenierung des Stücks durch den**

**Regisseur abgestimmt und ausschließlich hierfür komponiert worden ist und aufgrund ihrer Ausgestaltung nicht allein, also ohne die schauspielerische Darstellung der einzelnen Szenen, sinnvoll verwendbar ist.**

**c) Im Rahmen eines Sprechtheaterstücks erklingende Musik, der keine mit dem Sprachwerk gleichberechtigte Rolle zukommt, ist Bühnenmusik im Sinne des § 1 Buchst. a S. 4 des Berechtigungsvertrags der GEMA.**

#### Tatbestand:

Der Kläger ist Autor und Produzent von Bühnenmusik. Die Beklagte betreibt das Düsseldorfer Schauspielhaus. **1**

Mit Vertrag vom 25. November 2015 beauftragte das Staatsschauspiel Dresden den Kläger mit der Komposition der Bühnenmusik für die Inszenierung des Stücks „Der Idiot“ von Fjodor Dostojewski in der Regie von Matthias Hartmann für die Spielzeit 2015/2016. Bei dem Stück handelt es sich um eine Koproduktion des Staatsschauspiels Dresden und der Beklagten. Dieser Umstand war dem Kläger im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung nicht bekannt. **2**

Gemäß § 2 des Vertrags verpflichtete sich das Staatsschauspiel Dresden, dem Kläger für die Komposition, das Arrangement und die musikalische Einrichtung ein Honorar von 4.000 € zu zahlen. Gemäß dessen § 3 übertrug der Kläger dem Staatsschauspiel Dresden die zeitlich und räumlich unbeschränkten Rechte, sein Werk in unveränderter, bearbeiteter oder umgestalteter Form zu nutzen und zu verwerten. Darin sollte insbesondere auch das Recht zur Aufnahme und Wiedergabe durch Bild- und Tonträger sowie Bildtonträger und das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung enthalten sein. Das Staatsschauspiel Dresden erhielt ferner das Recht, die Komposition für Trailer und Werbezwecke zu nutzen. **3**

\* In der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 22.08.2022, mit dem Rn. 42 wegen offensichtlicher Unrichtigkeit gem. § 319 Abs. 1 ZPO dahingehend berichtigt wurde, dass es dort statt „§ 1 Buchst. a S. 2“ nunmehr „§ 1 Buchst. a S. 4“ heißt.