

Schriften zum Prozessrecht

Band 160

**Das „Minus“
beim unterlassungsrechtlichen
Globalantrag**

Von

Petra Backsmeier



Duncker & Humblot · Berlin

PETRA BACKSMEIER

Das „Minus“ beim unterlassungsrechtlichen
Globalantrag

Schriften zum Prozessrecht

Band 160

Das „Minus“
beim unterlassungsrechtlichen
Globalantrag

Von

Petra Backsmeier



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Backsmeier, Petra:

Das „Minus“ beim unterlassungsrechtlichen Globalantrag /
von Petra Backsmeier. – Berlin : Duncker und Humblot, 2000
(Schriften zum Prozessrecht ; Bd. 160)
Zugl.: Würzburg, Univ., Diss., 1998
ISBN 3-428-09531-6

Alle Rechte vorbehalten

© 2000 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-0219
ISBN 3-428-09531-6

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 

Meinen Eltern

Vorwort

Diese Arbeit ist im Wintersemester 1997/98 von der Juristischen Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg als Dissertation angenommen worden.

Mein besonderer Dank gilt an dieser Stelle meinem verehrten Doktorvater, Herrn Professor Dr. Karl-Georg Loritz, dem ich seit der Anfangsphase meines Studiums sehr verbunden bin. Ich möchte ihm herzlich Dank sagen für die Zeit als studentische Hilfskraft an seinem Lehrstuhl und die Wertschätzung, die er mir in den ganzen Jahren hat zuteil werden lassen. Er hat die Dissertation angeregt und sie während ihres Entstehens mit wertvollen Hinweisen und konstruktiver Kritik wohlwollend gefördert. Insbesondere seiner Ermutigung und aufrichtigen Unterstützung von Beginn an habe ich zu verdanken, daß ich die Herausforderung angenommen habe und sie erfolgreich abschließen konnte.

Gleichermaßen herzlich danken möchte ich auch meinem verehrten langjährigen Chef und Zweitgutachter, Herrn Professor Dr. Curt Wolfgang Hergenröder, an dessen Institut die Dissertation während meiner Assistententätigkeit entstanden ist. Er hat mir nicht nur an seinem Lehrstuhl den notwendigen Freiraum zu eigener wissenschaftlicher Arbeit eingeräumt, sondern stand mir jederzeit für Fragen und Hilfestellungen zur Seite. Die besonders angenehme Atmosphäre an seinem Lehrstuhl hat mir täglich Freude bereitet und nicht zuletzt wesentlich zum Gelingen beigetragen. Aufrichtiger Dank gebührt ihm ferner für die überaus rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Für die vielfältige Unterstützung während des Entstehens der Arbeit möchte ich mich bedanken bei meinen lieben Lehrstuhlmitarbeitern Claudia Lang, Stefan Tratz, Katrin Boos und Christine Alsmann. Heinrich danke ich herzlich für die redaktionelle Hilfe bei der Formatierung des Textes bis zur Druckreife.

Mein besonders herzlicher Dank gilt aber meiner Mutter, meinem Vater und meinem Bruder Jens, denen ich die Arbeit in liebevoller Verbundenheit widme. Ihre stete Ermunterung und Unterstützung haben mir den nötigen Rückhalt gegeben, das Vorhaben erfolgreich zum Abschluß zu bringen. Dazu haben nicht zuletzt auch die wohlwollend kritischen Anmerkungen und die Korrekturarbeiten meines lieben Vaters beigetragen, der die Dissertation in ihrer Rohfassung vollständig gelesen hat.

Aschaffenburg, im Mai 2000

Petra Backsmeier

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	15
I. Problemüberblick	15
II. Erkenntnisinteresse	19
1. Offene Fragen	19
2. Besonderheiten des Unterlassungsrechtsschutzes	24
III. Gang der Untersuchung	26
§ 2 Prozessuale Grundlagen der Unterlassungsklage	28
I. Der prozeßrechtliche Unterlassungsantrag	28
1. Erfordernis der konkreten Antragstellung	28
2. Beschränkung des Klageantrags auf die konkrete Verletzungshandlung	29
3. Verhältnis der konkreten Verletzungshandlung zum Bestimmtheitsgebot nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO	31
a) Bedeutung des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO	31
b) Beispiele aus der Rechtsprechung für einen tatsächlich unbestimmten Unterlassungsantrag	32
c) „Gewisse Verallgemeinerung und konkrete Verletzungsform“ ...	34
4. Keine zusätzlichen Anforderungen an die Bestimmtheit umfassender Unterlassungsanträge	35
5. Gefahr der Verlagerung von Befugnissen des Erkenntnisverfahrens in das Vollstreckungsverfahren?	38
a) Abgrenzung der Aufgabenbereiche	38
b) Keine Rechtfertigung einer Beschränkung des Klageantrags	40
II. Zwischenergebnis	40
§ 3 Materiell-rechtliche Grundlagen des Unterlassungsanspruchs	42
I. Dogmatische Einordnung	42

1. Schutzbereich des Unterlassungsanspruchs.....	42
2. Zukunftsgerichtetheit.....	43
3. Zum Anspruchsbegriff.....	44
II. Unterlassungsrechtsschutz als vorbeugender Rechtsschutz.....	46
1. Anspruchsarten.....	46
a) Verletzungsunterlassungsklage.....	46
aa) Unterscheidungsmerkmale.....	46
bb) Wiederholungsgefahr.....	47
b) Vorbeugende Unterlassungsklage.....	48
aa) Begehungsgefahr.....	48
bb) Notwendige Erweiterung des Schutzes.....	50
2. Umgehungshandlungen als „andere Handlungen“?.....	52
a) Abgrenzung nach Kernbereichen.....	52
b) Natürliche Betrachtungsweise.....	55
c) Unbestimmbare Grenzen des Kernbereichs.....	57
III. Eigener Lösungsansatz.....	57
1. Abwägung der gegensätzlichen Interessen.....	57
2. Beibehaltung der Trennung, aber Erstreckung der Indizwirkung.....	59
3. Fazit.....	60
§ 4 Die Kernlehre.....	62
I. Zielsetzung.....	62
II. Die Kernlehre im Vollstreckungsverfahren.....	63
1. Die grundlegende Fischermännchen-Entscheidung.....	63
2. Zwei Thesen.....	65
3. Folgen für die Rechtspraxis.....	65
4. Umfang des Unterlassungstenors bei Tenorierung der konkreten Verletzungshandlung.....	67
5. Kritik.....	68
a) Fehlende Trennung zwischen Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren.....	68
b) Mangel an Rechtssicherheit.....	70

	Inhaltsverzeichnis	11
	c) Verstoß gegen Grundsätze der Rechtskraft	71
	6. Fazit	72
III.	Kernlehre im Erkenntnisverfahren	72
	1. Weiterentwicklung der Kernlehre	72
	2. Erweiterter Verbotsauspruch durch das erkennende Gericht	73
	3. Kritik	74
	a) Verstoß gegen materielles Recht.....	74
	b) Einschränkung der Dispositionsmaxime	76
IV.	Verallgemeinernder Klageantrag.....	77
	1. Die „gewisse Verallgemeinerung“ nach der Rechtsprechung	77
	2. Erstreckung der Vermutungswirkung.....	78
	3. Fazit	80
	a) Vorsichtige Handhabung.....	80
	b) Keine Einheitlichkeit innerhalb der Rechtsprechung	80
§ 5	Der Streitgegenstand	82
I.	Grundlagen	82
	1. Problemstellung	82
	2. Entwicklungsstufen	84
	a) Die rein materiell-rechtliche Theorie	84
	b) Der zweigliedrige Streitgegenstand	84
	c) Weitere Lehrmeinungen.....	85
	aa) Eingliedriger Streitgegenstandsbegriff	85
	bb) Relativer Streitgegenstandsbegriff.....	86
II.	Streitgegenstand der Unterlassungsklage	88
	1. Verhältnis zur Kernlehre	88
	a) Sachverhalt als bestimmendes Element	88
	b) Fehlende Gleichwertigkeit von Antrag und Klagegrundlagen	89
	2. Zweigliedrige Bestimmung	91
	3. Fazit	92

§ 6	Der unterlassungsrechtliche Globalantrag	93
	I. Einführung.....	93
	II. Inhalt des umfassenden Unterlassungsbegehrens	94
	1. Behandlung des unterlassungsrechtlichen Globalantrags in der Rechtsprechung.....	94
	a) Klägerisches Begehren.....	94
	b) Problemstellung	95
	c) Abkehr vom materiellen Streitgegenstandsbegriff.....	96
	2. Vollumfängliche Unterlassung als Streitgegenstand teilbar	97
	3. Fazit	98
	4. Folgerungen für die weitere Untersuchung	99
§ 7	Das Gebot „Ne ultra petita“	101
	I. § 308 Abs. 1 ZPO - Grundlagen und Herleitung	101
	1. Einführung	101
	a) Bindung des Gerichts auch an die Klagegrundlagen.....	101
	b) Dispositionsgrundsatz.....	103
	2. Bedeutung des § 308 Abs. 1 ZPO	104
	3. Das im Klageantrag enthaltene minus.....	105
	4. Abgrenzung von minus und aliud	107
	a) Minus-aliud als minus?	107
	b) Unterscheidungsmerkmale.....	108
	c) Gefahr der Zuerkennung eines echten aliuds	110
	5. Folgerungen für die weitere Untersuchung im Hinblick auf die umfassende Unterlassungsklage.....	111
	II. Geltung im arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren	114
	1. Problemstellung	114
	2. Geltungsbereich.....	115
	3. Der Amtsermittlungsgrundsatz.....	116
	a) Modifizierungen im arbeitsrechtlichen Beschlußverfahren.....	116
	aa) Verhältnis zum Inquisitionsgrundsatz.....	116

Inhaltsverzeichnis	13
bb) Grenzen der Anwendbarkeit des Gebots „Ne ultra petita“, § 308 Abs. 1 ZPO	117
b) Grenzen der Nachweispflicht	118
c) Fazit / Folgerungen für die weitere Untersuchung	118
§ 8 Teilurteilung bei Unterlassung der konkreten Verletzungshandlung.	120
I. Die umfassende Unterlassungsklage	120
II. Die konkrete Verletzungshandlung als minus zum Globalantrag	121
1. Problemstellung	121
2. Analyse der bundesarbeitsgerichtlichen Rechtsprechung	122
a) Die Warnstreikentscheidung	122
b) Unterlassungsanspruch des Betriebsrats bei Verletzung von Mit- bestimmungsrechten nach § 87 BetrVG	125
aa) Vollständige Abweisung trotz rechtswidriger konkreter Verletzungsform	125
bb) Zwingende Teilurteilung	126
III. Formulierung des Urteilstenors	127
1. Erstreckung des Tenors auf den Kernbereich der drohenden Wiederholungshandlung	127
2. Auswirkungen der Kernlehre auf den Urteilstenor	129
a) Grundlagen zur Fassung des Urteilstenors	129
b) Verbotseinschränkungen durch das Gericht - bisherige Spruch- praxis der Gerichte	130
c) Fassung des Urteilsausspruchs beim teilweise begründeten glo- balen Unterlassungsantrag	133
§ 9 Teilurteilung bei vorliegender Begehungsgefahr	136
I. Konkreter Nachweis der Begehungsgefahr	136
II. Strenge Anforderungen	137
III. Besonderheiten, die eine Ausnahme rechtfertigen	138
1. Ungeklärte Rechtslage durch nicht kodifiziertes Recht	138
2. Unterlassungsrechtsschutz in Rechtsgebieten, die gesetzlich nicht geregelt sind	140
3. Fazit	141

IV. Erstellung eines Rechtsgutachtens.....	142
1. Unzulässige Rechtsschöpfung?	142
2. Rechtsverweigerungsverbot	143
V. Fazit.....	145
VI. Folgerungen für die weitere Untersuchung.....	146
§ 10 Die richterliche Aufklärungspflicht nach § 139 ZPO	147
I. Grundlagen	147
II. Hinweispflicht bezüglich sachgerechter Antragstellung und entsprechendem Klagegrund	148
III. Vermeidung von Überraschungsentscheidungen.....	149
IV. Fazit.....	151
§ 11 Materielle Rechtskraft.....	152
I. Schutzzumfang des Unterlassungstenors.....	152
II. Umfang der Rechtskraft.....	153
1. Streitgegenstand als bestimmendes Element	153
2. Kontradiktorisches Gegenteil	154
3. Auffassung der Rechtsprechung.....	155
4. Stellungnahme.....	158
a) Gleiche Streitgegenstände im Vorprozeß und Folgeprozeß	158
b) Schlüssigkeit der Rechtsprechung?.....	159
c) Rechtskraft bei Zugrundelegung des zweigliedrigen Streitgegenstands begriffs	160
d) Die zeitlichen Grenzen der Rechtskraft.....	161
§ 12 Darstellung der wichtigsten Probleme und Lösungsansätze	163
Literaturverzeichnis.....	166
Sachwortverzeichnis	174

§ 1 Einleitung

I. Problemüberblick

Die Unterlassungsklage als das prozessuale Mittel zur Durchsetzung materiell-rechtlicher Unterlassungsansprüche¹ gewinnt vermehrt in Rechtsbereichen an Bedeutung, die von Interessensgegensätzen beherrscht sind und in denen die Parteien für sich jeweils einen unantastbaren eigenen Handlungsbereich beanspruchen. Sowohl im Zivilrecht als auch im wettbewerbsrechtlichen Streitverfahren sowie im kollektiven Arbeitsrecht² haben in der Vergangenheit Unterlassungsansprüche eine zentrale Bedeutung erlangt. Als aktuellstes und zugleich spektakulärstes Beispiel mag der über Jahre hinweg ausgetragene Unterlassungsprozess³ der beiden Autokonzerne General Motors und VW dienen, in dem um die Unterlassung von planmäßiger Abwerbung von Mitarbeitern des GM-Konzerns gestritten wurde.

Durch den Unterlassungsrechtsstreit sollen im Wege des vorbeugenden Rechtsschutzes die Rechtsstellungen geschützt werden, die im geltenden Rechtssystem einen hohen Stellenwert besitzen. Neben sämtlichen sog. absoluten Rechten wie Eigentum, Gesundheit und Leben⁴, genießen diesen Schutz auch quasi absolute Rechte wie beispielsweise das Namensrecht oder das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb⁵.

Als rechtswissenschaftlich interessant ist dabei insbesondere das Zusammenspiel zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht anzusehen, das auf dem vorbeugenden Charakter der Unterlassungsklage beruht. Obwohl die Trennung dieser beiden Maximen im geltenden Zivilrechtssystem geboten ist, begegnen dem Rechtsanwender gerade im Recht der Unterlassungsklage vielfältige Durchbrechungen dieses Prinzips. Hierbei handelt es sich um Instrumente, die

¹ Zur Rechtsqualität des Unterlassungsanspruchs vgl. § 3.

² Vgl. zu Unterlassungsverfügungen im Arbeitsrecht, *Piehler*, S. 63, 67, 85.

³ OLG Frankfurt, DB 1994, S. 522 ff.; *Schrader*, DB 1994, S. 2221 ff.

⁴ *Medicus*, S. 460; *Staudinger/Gursky*, § 1004 Rn. 1 ff., 17 ff.; *Stein/Jonas/Schumann*, ZPO, vor § 253 Rn. 8; *MünchKomm/Medicus*, § 1004 Rn. 6; *Erman/Hefermehl*, § 1004 Rn. 2.

⁵ *MünchKomm/Medicus*, § 1004 Rn. 4,5,6; *Erman/Hefermehl*, § 1004 Rn. 5; *Stein/Jonas/Schumann*, ZPO, vor § 253 Rn. 8; *Staudinger/Gursky*, § 1004 Rn. 15; *Erman/Hefermehl*, § 1004 Rn. 5; *MünchKomm-ZPO/Schilken*, § 890 Rn. 6; *Jauernig/Jauernig*, BGB, § 1004 I b; *Palandt/Bassenge*, § 1004 Rn. 2.

von der Rechtsprechung zum überwiegenden Teil im Wege richterlicher Rechtsfortbildung aus vielfach prozeßpraktischen Gründen eingeführt worden sind⁶.

Im Unterlassungsprozeßrecht treten Schwierigkeiten insbesondere im Hinblick auf einen effektiven Präventivrechtsschutz auf. Gerichtliches Handeln soll regelmäßig den Streit, den die Prozeßparteien austragen, ein für allemal endgültig durch einen vollstreckbaren Urteilsauspruch verbindlich regeln⁷, damit unnötige Folgeprozesse vermieden werden und der Obsiegende zugleich in die Lage versetzt wird, erkanntes Recht mit Hilfe staatlicher Gewalt im Vollstreckungswege durchzusetzen. So einleuchtend diese Prozeßmaxime ist, so schwierig gestaltet sie sich in der konkreten Durchsetzung. Der Unterlassungskläger, der womöglich bereits eine Rechtsverletzung hinnehmen mußte, hat ein schutzwürdiges Interesse daran, daß seine Rechtsposition nicht erneut verletzt wird. Daher wird er geneigt sein, sein Unterlassungsbegehren so zu formulieren, daß nicht nur die gerügte Verletzungshandlung unter das begehrte Verbot fällt, sondern auch gleichartige oder ähnliche Handlungen⁸. Andernfalls, wenn er nämlich die zu erzielende Unterlassung einer Verletzungshandlung zu eng faßt, steht zu befürchten, daß der Beklagte das tenorierte enge Verbot durch geringfügige Handlungsabweichungen umgeht, ohne Vollstreckungsmaßnahmen ausgesetzt zu sein⁹.

Bei keiner anderen Klageart begegnen sowohl dem Rechtsanwalt als auch dem mit der Sache befaßten Richter derartig große Schwierigkeiten bei der Formulierung des Klagebegehrens bzw. des Urteilspruchs wie bei der Unterlassungsklage¹⁰. Der Kläger sieht sich oftmals nicht in der Lage, bei der Abfassung seines Antrags die richtige Formulierung zu finden.

Stellt er einen auf eine konkrete Verletzungshandlung beschränkten Antrag, ergeben sich erhebliche Probleme im Hinblick auf die Rechtssicherheit und den Rechtsschutz. Besonders deutlich tritt diese Problematik im Wettbewerbsrecht zutage. Ein Kläger, dessen Schutzrecht bereits durch eine Zuwiderhandlung des

⁶ Gerade durch die von der Rechtsprechung entwickelten sog. Kernlehre (dazu unten § 4) werden bisweilen die Grenzen zwischen Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren verwischt.

⁷ MünchKomm/Medicus, § 1004 Rn. 80 ff.; *Staudinger/Gursky*, § 1004 Rn. 194, 197, 208, 215 ff.; *Oppermann*, S. 45; *Jauernig/Jauernig*, BGB, § 1004 1, 2; *Palandt/Bassenge*, § 1004 Rn. 1, 2, 4, 27.

⁸ *Borck*, WRP 1979, S. 180.

⁹ MünchKomm-ZPO/Lüke, § 253 Rn. 133; *Pagenberg*, GRUR 1976, S. 78, 80; *Borck*, WRP 1984, S. 583, 586; *Schubert*, ZJP 85 (1972), S. 29, 30.

¹⁰ *Staudinger/Gursky*, § 1004 Rn. 216; MünchKomm-ZPO/Schilken, § 890 Rn. 7 f.; MünchKomm/Medicus, § 1004 Rn. 86; MünchKomm-ZPO/Lüke, § 253 Rn. 133; *Köhler*, NJW 1992, S. 137; *Teplitzky* in Festschrift für Oppenhoff, S. 487.

Beklagten tangiert wurde¹¹, hat ein Interesse daran, mit gerichtlicher Hilfe von weiteren Angriffen verschont zu werden¹². Zwar wird er regelmäßig erreichen, daß das Gericht die Untersagung der Wiederholung der vorangegangenen rechtswidrigen Verletzungshandlung ausspricht¹³. Was aber auf den ersten Blick einen Erfolg darstellt, verkehrt sich spätestens dann ins Gegenteil, wenn der Beklagte mehr oder weniger mutwillig die verbotene Tat durch geringfügige Handlungsabweichungen zu umgehen versucht¹⁴. Ab sofort ist der Unterlassungstitel, den der Kläger in den Händen hält, als nahezu wertlos zu betrachten. Der Wortlaut des erreichten Urteils umfaßt die neuerlichen Handlungen nämlich gerade nicht.

Ein anschauliches Beispiel für diese Problematik liefert das „Sarex-Urteil“ des Bundesgerichtshofs¹⁵: Dort hatte der Kläger, ein Kaufmann, der mit Essig handelte, von dem Beklagten, der als Konkurrent ebenfalls Essighändler war, verlangt, den Vertrieb von Essig unter der Wortmarke „Sarex“ und unter Verwendung von überwiegend die Farben Grün, Schwarz und Gold aufweisenden Flaschenetiketten zu unterlassen, da er befürchtete, durch die ähnliche Vermarktung des gegnerischen Essigs eine Wettbewerbsschädigung zu erleiden.

Die Parteien schlossen einen Vergleich, in dem es u.a. heißt:

- „1. Der Kläger verzichtet auf die Benutzung des für ihn eingetragenen Warenzeichens „Sarex“ für sich und Dritte. Der Kläger verzichtet ferner bei seiner Ausstattung auf die Verwendung der Farbe Schwarz, wenn er die Farben Grün und Gold oder Grün und Gelb benutzt.
2. Die Beklagte erklärt sich damit einverstanden, daß der Kläger für seine Waren, insbesondere Essig und Senf, die Bezeichnung „Sarex“ verwendet und daß er sich diese Bezeichnung als Warenzeichen eintragen läßt. Die Beklagte ist ferner damit einverstanden, daß der Kläger für seine Ausstattung die Farbkombination Grün und Gold oder Grün und Gelb verwendet.
3. Der Kläger ist damit einverstanden, daß die Beklagte das Warenzeichen „Sarex“ für sich in die Warenzeichenrolle eintragen läßt...“

¹¹ Eine Unterlassungsklage kann darüber hinaus aber bereits dann erhoben werden, wenn eine erstmalige Rechtsverletzung droht, vgl. *Palandt/Bassenge*, § 1004 Rn. 27; *Köhler*, NJW 1992, S. 137, 138.

¹² *Pagenberg*, GRUR 1976, S. 78, 81; *Borck*, WRP 1979, S. 180. Im Hinblick auf die gleichfalls erforderliche konkrete Formulierung des Urteilstenors, vgl. *Ritter*, S. 48.

¹³ *Pagenberg*, GRUR 1976, S. 78, 80.

¹⁴ Vgl. die Beispiele bei *Pagenberg*, GRUR 1976, S. 78, 80; *Borck*, WRP 1979, S. 180, 185; *ders.*, WRP 1984, S. 583, 586; *Schubert*, ZZZ 85 (1972), S. 29, 30.

¹⁵ BGH GRUR 1958, S. 359 ff.