

Schriften zum Internationalen Recht

Band 231

Zur Dichotomie des Streitgegenstands im österreichischen Zivilprozess

Eine Gegenüberstellung der nationalen Streitgegenstandslehre
und der Kernpunkttheorie des EuZVR

Von

Friedrich Jan Kieweler



Duncker & Humblot · Berlin

FRIEDRICH JAN KIEWELER

Zur Dichotomie des Streitgegenstands
im österreichischen Zivilprozess

Schriften zum Internationalen Recht

Band 231

Zur Dichotomie des Streitgegenstands im österreichischen Zivilprozess

Eine Gegenüberstellung der nationalen Streitgegenstandslehre
und der Kernpunkttheorie des EuZVR

Von

Friedrich Jan Kieweler



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Wien
hat diese Arbeit im Jahre 2020 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2022 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpach
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0720-7646
ISBN 978-3-428-18337-1 (Print)
ISBN 978-3-428-58337-9 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die COVID-19-Pandemie ist im – nach österreichischer Zählweise – vierten Lockdown (dem sogenannten „Oster-Lockdown“) allgegenwärtig. Auch wenn juristische Tätigkeit und Wissenschaft von dieser historischen Gesundheitskrise vergleichsweise weniger stark betroffen sind, so haben sich doch Priorität und Fokus verändert. Im Vordergrund stehen derzeit insbesondere Homeoffice und Social Distancing. Das verändert das äußere Erscheinungsbild bzw. Format des Zivilprozesses. Sofern derzeit überhaupt mündliche Verhandlungen durchgeführt werden, finden diese fast ausschließlich als Videokonferenz über diverse Onlineplattformen statt. Das Coronavirus beschleunigt die ohnehin Einzug haltende Digitalisierung in ungeahnter Weise. All das wirft Fragen auf, die zum Teil einer wissenschaftlichen Behandlung und Klärung bedürfen. Gleichzeitig führt die Aufmerksamkeitsverlagerung dazu, dass die Auseinandersetzung mit strukturellen Themen und Fragestellungen in den Hintergrund gerät. Die strukturellen Systemfragen werden jedoch immer noch dieselben sein, wenn das Coronavirus – sei es durch Schutzimpfung oder andere pharmazeutische Maßnahmen – besiegt ist oder die Gesellschaft sich arrangiert hat, mit ihm zu leben.

Die vorliegende Arbeit hat ein solches Grundlagenthema zum Inhalt. Jegliche wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem Streitgegenstand im Zivilprozess bedarf seit der geflügelten Bezeichnung als „*Lieblingskind der Begriffsjurisprudenz*“ durch Ekelöf¹ zwar nicht zwingend einer Rechtfertigung, so aber doch zumindest einer Darlegung der Motivation. Denn die Breite der prozessualen Theoriebildung hat jedenfalls dazu beigetragen, dass der Terminus heute als dogmatisch überfrachtet angesehen und folglich tendenziell gemieden wird. Trotz dieser Aversion bildet der Prozessgegenstand den Mittelpunkt eines jeden Verfahrens. Jeder, der sich mit dem Verfahrensrecht beschäftigt, kommt früher oder später mit ihm in Berührung. Vor jenem Hintergrund entstand die Idee, sich diesem Thema zu widmen. Wenngleich sich der Untersuchungsschwerpunkt im Laufe der – etwas längeren als geplanten – Genese dieser Monografie verlagert hat, so stand das Anliegen, einen Diskurs über die objektive Verfahrensabgrenzung zu verfassen, nie zur Diskussion. Die vorliegende Abhandlung nähert sich dabei dem Streitgegenstandsthema nicht in traditioneller Weise an, sondern ist bestrebt, durch einen eigenständigen Zugang neue Perspektiven zu eröffnen.

Auch in der Litigation-Praxis verbirgt sich hinter zahlreichen vordergründigen Verfahrensrechtsdiskussionen in Wahrheit das tiefgreifendere Problem der (unbe-

¹ Ekelöf, ZZP 85, 145.

wussten) Streitgegenstandsabgrenzung. Die Erkenntnisse dieser Arbeit sollen daher einen Beitrag leisten, die Verfahrenspraxis effektiver zu gestalten.

Die Arbeit stellt eine überarbeitete Fassung meiner Dissertation dar, die im Wintersemester 2019/2020 abgeschlossen und im Sommersemester 2020 von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien approbiert wurde. Rechtsprechung und Literatur sind bis Ende März 2021 berücksichtigt.

Mein Dank gilt zuerst meinem Doktorvater, Herrn emer. o. Univ.-Prof. DDr. h. c. Dr. Walter H. Rechberger. Die Dissertation habe ich während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Projektmitarbeiter am Forschungsinstitut für Rechtsentwicklung, Abteilung Rechtsvorsorge und Urkundenwesen, der Universität Wien unter seiner Leitung in den Jahren von 2011 bis 2019 verfasst. Besonders hervorheben möchte ich, dass er generell meine Forschungsaktivitäten stets umfassend gefördert und die zeitintensive Betreuung meiner Dissertation übernommen hat. Ohne die mir gewährte großzügige akademische Freiheit wäre eine Behandlung des Themas in dieser Form schlicht nicht möglich gewesen.

Des Weiteren bedanke ich mich bei Herrn Univ.-Prof. Dr. Andreas Konecny (Universität Wien) und Herrn Univ.-Prof. Mag. Dr. Andreas Geroldinger (Johannes Kepler Universität Linz) für ihre umfangreichen Gutachten und die äußerst wertvollen Ratschläge, die sie mir mit auf meinen Weg gegeben haben.

Dank sagen möchte ich zudem meinem Vater, Herrn Mag. Dr. Hans Volker Kieweler, für die Finanzierung des Buchprojekts, meiner Mutter, Frau Mag. Franziska Kieweler, und meiner Schwester, Frau Mag. pharm. Ruth Franziska Kieweler, für die mehrmalige Durchsicht der Manuskripte. Ferner gilt mein Dank Herrn Dipl.-Ing. Christoph Wiellandt für die IT-Unterstützung. Bei Familie Osiander aus Ansbach (Bayern) bedanke ich mich für die Versorgung mit deutscher Literatur, bei Herrn Notarsubstitut Dr. Christopher Cach für seine „tragende“ Rolle bei der Bebeschaffung von Büchern der Wirtschaftsuniversität Wien. Um den sprachlichen „Feinschliff“ des Werks hat sich meine Lektorin, Frau Mag. Katharina Maier, besonders verdient gemacht. Meinen Dank aussprechen möchte ich nicht zuletzt dem Verlag Duncker & Humblot für die freundliche Aufnahme der Abhandlung in sein Publikationsprogramm und insbesondere bei Frau Regine Schädlich für die sorgfältige Vorbereitung und rasche Veröffentlichung des Werks.

Wien, im April 2021

Friedrich Kieweler

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	13
I. Themeneinführung	13
II. Forschungsstand	18
III. Forschungsfragen	20
IV. Methodik und Gang der Untersuchung	22
B. Der Streitgegenstand im nationalen Zivilprozessrecht	23
I. Aufgabe und Funktion des Streitgegenstands	23
II. Rechtshistorischer Überblick über die (prozessuale) Individualisierung der Streitsache	24
III. Ausgangspunkt der modernen Streitgegenstandsdiskussion: Individualisierungs- und Substantiierungstheorie – eine Gegenüberstellung	34
IV. Die österr. Auffassung vom Streitgegenstand	41
1. Gesetzliche Grundlage	41
2. Die Auffassung des historischen Gesetzgebers der CPO 1895	44
3. Definitionsvorschläge in der Lit.	45
4. Ältere Lehre vom Streitgegenstand	46
a) Die Ansicht von Karl Maria Müller	48
b) Die Ansicht von Emil Schrutka von Rechtenstamm	52
c) Die Ansicht von Georg Neumann	56
d) Die Ansicht von Georg Petschek	59
e) Die Ansicht von Hans Sperl	64
f) Die Ansicht von Rudolf Pollak	66
g) Die Ansicht von Karl Wolff	73
h) Schlussfolgerungen	78
5. Prozessuale Theorien	81
6. Prozessual zweigliedriger Streitgegenstandsbe... a) Abgrenzung nach dem „rechtserzeugenden“ Sachverhalt	81
b) Abgrenzung nach dem „einheitlichen Lebenssachverhalt“	88
7. Prozessual eingliedriger Streitgegenstandsbe... 8. Prozessual dreigliedriger Streitgegenstandsbe... 9. Besondere Streitgegenstandstheorien	101
a) Allgemeines	118
b) Spezielle Theorien	120

b) Das meritorische Rechtsschutzziel als Streitgegenstand – die Ansicht von P. Böhm	121
c) Das Interesse als Streitgegenstand (Bub, Althammer)	124
10. Relativer und variabler Streitgegenstands begriff	129
11. Streitgegenstands begriff(e) in der österr. Rechtsprechung	131
a) Die postulierte Abkehr vom actionenrechtlichen Denken durch den OGH	131
b) Hinwendung zu einem (prozessual) verankerten zweigliedrigen Streitgegenstand	137
c) Bindung an die rechtliche Qualifikation des Klägers – dreigliedrig materiell-rechtlich bedingter Streitgegenstand	139
d) Anhaltspunkte für eine faktische Abgrenzung nach dem Lebenssachverhalt	140
e) Die Streitgegenstandsbestimmung nach der „Kerntheorie“	147
12. Der Streitgegenstand als feste Größe oder Gegenstand der Parteidisposition?	151
a) Objektivierung des Sachverhalts	152
b) Dispositionsmöglichkeiten über den Klageantrag	159
13. Irrelevanz von Individualisierungs- und Substantiierungstheorie auf Basis „rein“ prozessrechtlicher Streitgegenstandstheorien	174
14. Objektive Grenzen der (materiellen) Rechtskraft	178
15. Anspruchskonkurrenz vs. Klagenkonkurrenz	183
16. Identität von Leistungsklage und entgegengesetzter negativer Feststellungsklage?	192
V. Der Streitgegenstands begriff im dt. Zivilprozessrecht (§ 253 dZPO)	199
1. Definitions vorschläge in der Lit.	199
2. Streitgegenstandsdefinition in der Rechtsprechung des BGH	208
VI. Zwischenergebnis	219
C. Zum „Streitgegenstands begriff“ im EuZVR	222
I. Normgrundlage – die Regelung der Rechtshängigkeit (<i>lis pendens</i>)	222
II. Normzweck der Rechtshängigkeitssperre	224
III. Prioritätsprinzip	226
1. Ausgangssituation – das strikt angewandte Prioritätsprinzip	226
a) Ausschließliche Gerichtsstandsvereinbarungen	229
b) Ausschließliche Zuständigkeit des Zweitgerichts	231
c) Prozessführungsverbote nach dem Common Law (anti-suit injunctions) ..	236
d) Prozessverschleppung durch Missbrauch der Rechtshängigkeitssperre ..	243
2. Aufweichung des Prioritätsprinzips durch die Neufassung der EuGVVO? ..	250
3. Berücksichtigung drittstaatlicher Rechtshängigkeit	257
4. Der maßgebliche Zeitpunkt	263
5. Auf Anerkennungsebene	267

6. Zusammenfassung	274
IV. Autonome Auslegung	275
V. Dogmatik des „Streitgegenstands“ im EuZVR	281
1. Die Kernpunkttheorie – ein dogmatisches Konzept?	281
2. Einzelfälle	294
a) Koordinierung von Leistungs- und (negativer) Feststellungsklage	294
b) Teilklagen	302
c) Prozessuale Aufrechnung und sonstige Einwendungen des Beklagten	303
d) Hilfsanträge	307
e) Verhältnis zum einstweiligen Rechtsschutz	311
3. Abgrenzung der Verfahrensidentität von konnexen Verfahren i.S.v. Art. 30 EuGVVO	314
4. Kritik der Lehre am weiten „Streitgegenstands begriff“	317
5. Versuch einer Neustellung der Kernpunkttheorie im Zuge der Reform der EuGVVO	323
6. Vergleich mit der nationalen Streitgegenstandslehre	325
7. Zusammenfassung	328
VI. Unvereinbarkeit von Entscheidungen i.S.d. Anerkennungsversagungsgründe Art. 45 Abs. 1 lit. c und d EuGVVO	330
VII. Verhältnis zwischen Rechtshängigkeit und Rechtskraft – Anhaltspunkte für eine eigenständige Rechtskraftlehre?	338
1. Ausgangspunkt – die EuGH-E in der Rs. Gothaer Allgemeine Versicherung Jf. Samskip	338
2. Krit. Beleuchtung aus dogmatischer Perspektive	343
3. Schlussfolgerungen	350
VIII. Zwischenergebnis	351
D. Zusammenfassung der Ergebnisse	353
Quellenverzeichnis	356
I. Literatur	356
II. Judikatur	366
III. Sonstige Quellen	387
Stichwortverzeichnis	389

Abkürzungsverzeichnis

Die verwendeten Abkürzungen orientieren sich an *Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache*⁹ (2018). Ergänzend wird auf *Friedl/Loebenstein/Dax/Hopf, Abkürzungs- und Zitierregeln der österreichischen Rechtssprache und europarechtlicher Rechtsquellen (AZR)*⁸ (2019) hingewiesen. Folgende Abkürzungen werden speziell dazu verwendet:

Brüssel I-VO	s. EuGVVO 2001
Brüssel Ia-VO	s. EuGVVO
Brüssel IIa-VO	s. EuEheKindVO
Brüssel IIb-VO	s. EuEheKindVO neu
CPO 1895	Civilprozeßordnung, Gesetz vom 1. August 1895, über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (RGBI 1895/113 [Stammfassung])
dCPO 1877	deutsche Civilprozeßordnung vom 30. Januar 1877 (dRGBI 1877/6, 83 [Stammfassung]); die Gesetzesausgabe der dCPO 1877 ist im Internet abrufbar unter http://www.deutschestextarchiv.de/book/view/unknown_civilprozeßordnung_1877 (14. 2. 2018)
dZPO	deutsche Zivilprozeßordnung i. d. F. der Wiederverlautbarung vom 5. Dezember 2005 (dBGBI I 2005/72, 3202, berichtigt durch dBGBI I 2006/9, 431 sowie dBGBI I 2007/37, 1781) i.d.g.F.
EuBagatellVO	Verordnung (EG) Nr. 861/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen, ABI 2007/199, 1, geändert durch Verordnung (EU) Nr. 2015/2421 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2015 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 861/2007 zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen und der Verordnung (EG) Nr. 1896/2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens, ABI L 2015/341, 1
EuEheKindVO	Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000, ABI L 2003/338, 1
EuEheKindVO neu	Verordnung (EU) 2019/1111 des Rates vom 25. Juni 2019 über die Zuständigkeit, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und über internationale Kindesentführungen, ABI L 2019/178, 1

EuGVÜ	Brüsseler Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27. September 1968, ABI L 1972/299, 32 sowie BGBI III 1998/167 und 209
EuGVVO	Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABI L 2012/351, 1
EuGVVO 2001	Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABI L 2001/12, 1
EuMahnVO	Verordnung (EG) Nr. 1896/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens, ABI L 2006/399, 1, geändert durch Verordnung (EU) Nr. 2015/2421 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2015 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 861/2007 zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen und der Verordnung (EG) Nr. 1896/2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens, ABI L 2015/341, 1
EuUVO	Verordnung (EG) Nr. 4/2009 des Rates vom 18. Dezember 2008 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen, ABI L 2009/7, 1
EuVTVO	Verordnung (EG) Nr. 805/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen, ABI L 2004/143, 15
EuZPR	Europäisches Zivilprozessrecht
EuZVR	Europäisches Zivilverfahrensrecht
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
Grünbuch, KOM (2009) 175 endg.	Grünbuch Überprüfung der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, KOM (2009) 175 endg.
Heidelberg Report	zitiert nach der in Buchform erschienenen und ergänzten Fassung <i>Hess/Pfeiffer/Schlosser, The Brussels I-Regulation (EC) No. 44/2001: The Heidelberg Report on the Application of Regulation Brussels I in 25 Member States (Study JLS/C4/2005/03)</i> (2008)
HGÜ	Haager Übereinkommen vom 30. Juni 2005 über Gerichtsstandsvereinbarungen, ABI L 2009/133, 1
Intr.	Introduction (Einleitung)
JRA	jüngster Reichs(-tags-)abschied 1654
LGVÜ 1988	Luganer Übereinkommen vom 16. September 1988 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABI L 1988/319, 9 sowie BGBI 1996/448

LGVÜ 2007	Luganer Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABI L 2007/339, 3
PrJVJS	Prager Juristische Vierteljahresschriften (1869–1915), bis 1884: Mitteilungen des deutschen Juristenvereines in Prag [Jahrgang, Seite]
Reg.	Regulation (EU-Verordnung)
resp.	respektive
schweiz.	schweizerisch (wenn nicht vor einer anderen Abkürzung)
UAbs.	Unterabsatz
UK	Vereinigtes Königreich von Großbritannien und Nordirland (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)
unveröff.	unveröffentlicht
VO-Änderungs-Vorschlag	Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Neufassung), KOM (2010) 748 endg.
VO-Vorschlag	Vorschlag für eine Verordnung (EG) des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, KOM (1999) 348 endg.
EuGVVO 2001	Zeitschrift für österr. Rechtsglehrsamkeit
Zeitschrift für österr. Rechtsglehrsamkeit	Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit und politische Gesetzkunde (1825–1845), begründet und herausgegeben von <i>Vincenz August Wagner</i> (Wagner'sche Zeitschrift); fortgeführt unter: Österreichische Zeitschrift für Rechts- und Staatswissenschaft (1846–1849) [Jahrgang, Band, Seite]

A. Einleitung

I. Themeneinführung

In Deutschland entstand in jüngerer Zeit eine rege Diskussion über den Streitgegenstand der Unterlassungsklage im Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht. Ausgelöst wurde diese Diskussion durch die E. des BGH in der Rs. *Markenparfümverkäufe*¹, die in der dt. Lit. auf weitgehende Kritik stieß. Vorwegzuschicken ist, dass die in Deutschland herrschende Lehre und Rsp. entsprechend der in Österreich vorherrschenden Auffassung von einem zweigliedrigen *Streitgegenstand* ausgeht.²

Der dem Judikat zugrunde liegende Sachverhalt stellt sich wie folgt dar: Die Klägerin ist Parfümherstellerin und benutzt die ihr gehörenden Marken „Lancaster“, „Nikos“ und „Monteil“. Des Weiteren ist sie Lizenznehmerin für die Marken „Chopard“, „Jil Sander“, „Davidoff“, „Boudoir“ und „JOOP!“ und insoweit berechtigt, Ansprüche wegen Markenrechtsverletzungen im eigenen Namen geltend zu machen. In einem früher eingeleiteten Parallelverfahren vor dem Landgericht Bremen nahm die Klägerin die Beklagte auf Unterlassung in Anspruch. Letztere hatte das Parfüm der Marke „JOOP! All about Eve“, das die Klägerin in den USA in Verkehr gebracht hatte, zum Absatz im Parallelhandel nach Deutschland reimportiert. Ihren Unterlassungsanspruch beschränkte die Klägerin nicht auf den Reimport von Produkten der Marke „JOOP!“, sondern sie erstreckte den Antrag auf alle ihre Marken (mit Ausnahme der Marke „Boudoir“). Der Unterlassungsantrag war erfolgreich, die Verurteilung wurde nach Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde durch den BGH rechtskräftig. Als die Beklagte nach der erstinstanzlichen Verurteilung im Parallelverfahren, aber noch vor dessen Rechtskraft wieder ein Produkt unter einer Marke der Klägerin reimportierte, diesmal das Parfüm der Marke „Chopard, Mira-Bai“, das die Klägerin nach Istanbul geliefert hatte, erhob die Klägerin wiederum Unterlassungsklage, und zwar mit wortgleichem Unterlassungsantrag, allerdings unter Einschluss der Marke „Boudoir“. Das LG Bremen wies die Unterlassungsklage wegen anderweitiger Rechtsanhängigkeit als unzulässig, im Hinblick auf die Marke „Boudoir“ wegen Nichtdarlegung der erforderlichen Wiederholungsgefahr als unbegründet ab. Das OLG Bremen (Berufungsgericht) gab der Klage zwar im Hinblick auf die Marke „Boudoir“ statt, aber es wies sie im Übrigen als unzulässig wegen der Einrede anderweitiger Rechtsanhängigkeit ab.

¹ Vgl. BGH I ZR 272/02, *Markenparfümverkäufe*.

² Vgl. Teplitzky, Ansprüche¹⁰ Kap. 46 Rz. 2.

Der BGH urteilte abweichend von der Ansicht des OLG Bremen, dass der Unterlassungsantrag in vollem Umfang, also nicht nur hinsichtlich der Marke „Boudoir“, zulässig sei. Seine Auffassung begründete der BGH damit, dass der Klagegrund des Streitgegenstands der Unterlassungsklage nicht mit der von der historischen Verletzungshandlung abstrahierten Verletzungs- bzw. Begehungsform gleichzusetzen sei (so wie dies das Berufungsgericht vertreten habe), sondern durch die konkrete(n) Verletzungshandlung(en) begrenzt werde.

„Der *Klagegrund*, der den Streitgegenstand mit bestimmt, wird durch die zu seiner Begründung vorgetragenen Verletzungsfälle gebildet. [...] Da der Urteilsgegenstand eines Unterlassungsurteils [...] grundsätzlich maßgeblich durch den Streitgegenstand bestimmt wird, ist der Umstand, dass der Unterlassungsantrag auf einen bestimmten Klagegrund – die konkret benannte(n) *Verletzungshandlung(en)* – gestützt ist, auch für den Umfang der materiellen Rechtskraft des Unterlassungsurteils entscheidend. In Rechtskraft erwächst danach der in die Zukunft gerichtete Verbotsausspruch nicht als solcher, sondern nur in seinem Bezug auf die vom Gericht festgestellte(n) Verletzungshandlung(en). [...] Die Rechtskraft des Urteils des Berufungsgerichts im Parallelverfahren steht danach der Zulässigkeit des Unterlassungsantrags im vorliegenden Verfahren nicht entgegen. Beide Verfahren haben schon deshalb *verschiedene* Streitgegenstände, weil die später erhobene Unterlassungsklage des vorliegenden Verfahrens auf eine *neue Verletzungshandlung* gestützt worden ist.“³

Die soweit ersichtlich erste Stellungnahme stammt von Hölk⁴. Nach ihrer Auffassung ergäbe die genannte BGH-E – zusammen mit dem am selben Tag ergangenen Jud. in der Rs. *Parfümtestkäufe*⁵ – ein fast geschlossenes Bild über den Umfang möglicher markenrechtlicher Ansprüche in Fällen des Vertriebs von Produkten, deren Markenrechte nicht erschöpft seien. Hölk legt dabei den Schwerpunkt ihrer Untersuchung auf den Umfang bzw. die Reichweite, die Abgrenzung sowie das Verhältnis der einzelnen materiell-rechtlichen Ansprüche (Unterlassungs-, Auskunfts-, Schadenersatz- sowie Vernichtungsanspruch). Prozessual sieht die genannte Autorin in der Rs. *Markenparfümverkäufe* die Kontinuität mit der bisherigen BGH-Rsp. durchaus gewahrt. Der Streitgegenstand werde auch durch den Lebenssachverhalt (mit-)bestimmt, aus dem der Kläger die begehrte Rechtsfolge herleite. Demnach lägen verschiedene Streitgegenstände vor, wenn die Klage auf unterschiedliche Verletzungshandlungen gestützt werde.⁶ Auf die zentrale prozessuale Frage, ob nach dem entscheidungserheblichen Sachverhalt die beiden Unterlassungsklagen nun jeweils identische oder unterschiedliche Lebenssachverhalte bezeichnen und damit Identität oder – wie der BGH annimmt – Verschiedenheit der Streitgegenstände vorliegt, geht Hölk nicht näher ein. Wenn Hölk⁷ schließlich resümiert, dem BGH sei ein angemessener Ausgleich der gegenläufigen Interessen bei

³ BGH I ZR 272/02, *Markenparfümverkäufe*, Rz. 26, 29 f.

⁴ Vgl. Hölk, WRP 2006, 648 ff.

⁵ BGH I ZR 27/03, *Parfümtestkäufe*.

⁶ Vgl. Hölk, WRP 2006, 651.

⁷ Vgl. Hölk, WRP 2006, 655.

der Beurteilung der Ansprüche des Markeninhabers beim Außenseiterhandel gelungen, so bezieht sich das allein auf die materielle-rechtliche Beurteilung. Zur Streitgegenstandsproblematik äußert sie sich hingegen nicht.

Teplitzky⁸ hat sich mit der oben zitierten Entscheidung zweimal auseinandergesetzt und kritisiert die darin zum Ausdruck kommende „neue“ Rechtsauffassung des BGH. Der I. Zivilsenat des BGH verkenne mit seiner neuen These, der zufolge zum Streitgegenstand grundsätzlich die gesamte Verletzungshandlung gehöre – und nicht nur die „konkrete Verletzungsform“, auf deren Unterlassung der Klageantrag gerichtet sei –, das Wesen des Streitgegenstands. Der *Lebenssachverhalt* als Klagegrund könne nur insoweit eine Rolle spielen, als seine Elemente hierfür „rechtlich relevante“, also entscheidungserhebliche Tatbestandsmerkmale beträfen. Zum Klagegrund eines Unterlassungsantrags gehöre zwar, dass eine Rechtsverletzung in einer bestimmten Verletzungsform begangen worden sei, aber nicht wann und wie oft sie in identischer oder kerngleicher Form begangen worden sei. Deshalb gehörten die Umstände und Folgen der begangenen Handlung nur zur konkreten Verletzungshandlung und damit zum Lebenssachverhalt im weiteren Sinne, nicht jedoch zu den Elementen des Lebenssachverhalts, die für den Streitgegenstand einer in die Zukunft gerichteten Unterlassungsklage bestimmt seien. Des Weiteren lehnt er die vom BGH ebenfalls in seiner Urteilsbegründung neu aufgestellte These ab, dass mehrere vorgetragene Verletzungsfälle mit gleicher Verletzungsform nur dann einen einheitlichen Klagegrund bildeten, wenn sie gleichzeitig in das Verfahren eingeführt würden.⁹

Teplitzky sieht in dem Urteil des I. Zivilsenats den Versuch der Begründung eines zumindest teilweise neuen Streitgegenstands begriffs für die Unterlassungsklage, der – wie er feststellt – auch mit der vorherigen Rechtsprechung des I. Zivilsenats im Widerspruch stehe und wegen der Konsequenzen für die Praxis auf Bedenken stoße. Der I. Zivilsenat setze zu pauschal Klagegrund und Lebenssachverhalt sowie Lebenssachverhalt und Verletzungshandlung einfach gleich und schließe damit über den zutreffenden Ansatz, nämlich den stärkeren Bezug des Streitgegenstands auf den Klagegrund hinaus.¹⁰

von Linstow/Büttner¹¹ schließen sich der Kritik Teplitzkys an und knüpfen argumentativ an die schon von Teplitzky aufgeworfene Problematik der *Unvollstreckbarkeit von Unterlassungsurteilen* an. Abstrakt betrachtet habe der BGH wie folgt entschieden: Verstoße eine Person gegen ein Verbot, gegen das sie schon zuvor verstoßen habe, sei der erneute Verstoß als neue, andere Verletzungshandlung zu betrachten. Der erneute Verstoß bilde einen neuen Klagegrund (Lebenssachverhalt) und damit einen neuen Streitgegenstand, über den in einem etwaigen früheren Unterlassungsprozess naturgemäß noch nicht entschieden worden sein könne. Zu-

⁸ Vgl. Teplitzky, WRP 2007, 2; ders., Ansprüche⁹ Kap. 46 Rz. 5c.

⁹ Vgl. Teplitzky, Ansprüche⁹ Kap. 46 Rz. 5c.

¹⁰ Vgl. Teplitzky, WRP 2007, 2.

¹¹ Vgl. von Linstow/Büttner, WRP 2007, 170.