Oberlandesgericht Hamm, 4 U 104/09

Datum:	24.09.2009
Gericht:	Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper:	4. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	4 U 104/09
ECLI:	ECLI:DE:OLGHAM:2009:0924.4U104.09.00

Vorinstanz:	Landgericht Bielefeld, 17 O 34/09

Tenor:

Auf die Berufungen der Parteien wird unter Zurückweisung des weiter-gehenden Rechtsmittels der Klägerin das am 5. Mai 2009 verkündete Urteil der 8. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bielefeld abge¬ändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Klägerin bleibt nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils beizutreibenden Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Gründe: 1

I. 2

Die Parteien handeln mit Erotikartikeln im Internet. 3

Die Klägerin warb jedenfalls in der Zeit vom 11. bis 27. Februar 2009 auf ihrer Internetseite unter *Internetadresse* für den Vibrator "T1", 21 cm mit folgender Preisangabe: 4

"**Preis bei** *Internetadresse1* (21.01.09): 79,95 € **(47,51 % sparen)!** 5

41,97 € inkl. MwSt. zzgl. Versand" 6

Am 21. Januar 2009 nahm die Klägerin ähnliche Preisvergleiche ihrer Angebote mit den Angeboten der Vibratoren "T2" 21 cm, "T3" 21 cm und "T4" 21 cm bei *Internetadresse1* vor. 7

Der Preisvergleich war am 21. Januar 2009 richtig. In der Zeit vom 11. bis zum 27. Februar 2009 hatte die Firma P aber die komplette Serie der T-Vibratoren nicht mehr im Angebot. 8

Die nach dem 11. Februar 2009 fortgeführte vergleichende Werbung der Klägerin mahnte die Beklagte mit Schreiben vom 27. Februar 2009 (Bl.5 ff.) als unrichtig und irreführend ab. Sie gab der Klägerin Gelegenheit zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung bis zum 6. März 2009. 9

Mit der am 6. März 2009 bei Gericht eingegangenen Klage hat die Klägerin die Feststellung mit dem Antrag begehrt, dass die Beklagte ihr gegenüber keinen Anspruch darauf habe, dass sie es im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Erotikartikeln unterlässt, 10

Preisvergleiche mit den Preisen von Mitbewerbern vorzunehmen, die diese Mitbewerber nicht mehr fordern, da sie diese Produkte nicht mehr anbieten, und dabei eine Kostenersparnis gegenüber den Preisen der Mitbewerber herausgestellt zu bewerben, wie insbesondere im Zeitraum vom 11.02.2009 bis zum 27.02.2009 im Online-Shop unter der domain: *Internetadresse* hinsichtlich der Vibratoren des Herstellers "T": "T1", 21 cm, T2 21 cm, T3, 21 cm, T4", 21 cm, jeweils in verschiedenen Farben, durch Vergleich mit dem jeweiligen Preis von *Internetadresse1* vom 21.01.2009 geschehen, bei denen deutlich hervorgehoben eine Ersparnis gegenüber dem Preis von *Internetadresse1* in Höhe von über 44 % beworben wurde. 11

Die Klägerin hat gemeint, dass ihre vergleichende Werbung nach wie vor nicht irreführend sei. Sie habe die von ihr und der Firma P geforderten Produktpreise am 21. Januar 2009 verglichen und aus dem Vergleich die zutreffende Preisersparnis ermittelt und deutlich hervorgehoben. An der Wahrheit des Preisvergleichs habe sich auch dadurch nichts geändert, dass die Firma P später die Produkte, auf die sich der Preisvergleich bezogen habe, aus ihrem Internetangebot herausgenommen habe. Denn durch die Angabe des Feststellungsdatums vom 21. Januar 2009 sei für die angesprochenen Verbraucher klar, dass es um den Preisvergleich an dem betreffenden Tage gehe und nicht um einen zukünftigen Preisvergleich. Der Verbraucher habe es dann auch in der Hand, die Aktualität des Preisvergleichs durch Aufruf des Konkurrenzangebotes im Internet zu überprüfen. Müsste die Werbung im Augenblick einer Preisänderung oder einer Herausnahme des betreffenden Produkts aus dem Angebot jeweils geändert werden, würden solche Preisvergleiche praktisch unmöglich gemacht. Denn der verglichene Wettbewerber habe es dann in der Hand, einem solchen Preisvergleich jederzeit die Grundlage zu entziehen. 12

Die Beklagte hat sich gegen die Feststellungsklage verteidigt. Sie hat zunächst das Interesse an der alsbaldigen Feststellung im Hinblick auf die verfrühte Klage und die Anhängigkeit der in Berlin erhobenen Leistungsklage, in der sie zuletzt auch einen Verzicht auf eine Klagerücknahme erklärt habe, in Frage gestellt. In der Sache hat sie gemeint, der 13

Preisvergleich der Klägerin sei irreführend geworden, nachdem die Firma P die verglichenen Produkte nicht mehr angeboten habe. Vergleiche der Preise dürften nur vorgenommen werden, solange sie zutreffend seien. Wer mit einem solchen Preisvergleich werbe, müsse sich über die in den Vergleich einbezogenen Preise der Mitbewerber und die entsprechenden Warenangebote ständig auf dem laufenden halten und bei einer Veränderung den Preisvergleich umgehend anpassen oder aufgeben. Der Verbraucher, der mit einem solchen Preisvergleich konfrontiert werde, interessiere sich nur für die aktuellen Preise und nicht für die historischen Preise der Konkurrenzprodukte. Außerdem könne er aktuell nicht mehr gültige Preise der Konkurrenten auch nicht überprüfen. Deshalb könne es auch die Irreführung nicht ausschließen, dass die Klägerin ein früheres Datum des Preisvergleiches in einem Klammerzusatz angegeben habe.

Die Beklagte hat am 11. März 2009 beim Landgericht Berlin eine einstweilige Verfügung erwirkt (103 O 48 / 09), die den geleugneten Unterlassungsanspruch zum Gegenstand hatte. Nachdem die Klägerin Widerspruchs eingelegt hat, hat das Landgericht Berlin die einstweilige Verfügung durch Urteil vom 24. April 2009 (Bl.153 ff.) bestätigt. Die Beklagte hat bereits am 7. April 2009 die Hauptsacheklage vor dem Landgericht Berlin anhängig gemacht. Im dortigen Verfahren ist Termin auf den 7. Oktober 2009 anberaumt worden. In der Klageschrift, die der Klägerin zwischenzeitlich zugestellt worden ist, hat die Beklagte unwiderruflich den Verzicht auf die einseitige Rücknahme der Unterlassungsklage erklärt. 14

Das Landgericht hat durch Urteil vom 5. Mai 2009 wie folgt für Recht erkannt: Es wird festgestellt, dass die Beklagte keinen Anspruch gegenüber der Klägerin hat, dass diese es zu unterlassen habe, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Erotikartikeln im Wege des Fernabsatzes gegenüber Verbrauchern im Internet 15

> Preisvergleiche mit den Preisen von Mitbewerbern in der ersten Woche vorzunehmen, seitdem diese Mitbewerber diese Preise nicht mehr fordern, da sie die Produkte nicht mehr anbieten, und dabei eine Kostenersparnis gegenüber den Preisen der Mitbewerber herausgestellt zu bewerben, wie insbesondere im Zeitraum vom 11.02.2009 bis zum 18.02.2009 im Onlineshop unter der Domain: *Internetadresse* hinsichtlich der Vibratoren des Herstellers "T": T1" 21 cm, T2" 21 cm, T3" 21 cm, T4" 21 cm, jeweils in verschiedenen Farben, durch Vergleich mit dem jeweiligen Preis von *Internetadresse1* vom 21.01.2009 geschehen, bei denen deutlich hervorgehoben eine Ersparnis gegenüber dem Preis von *Internetadresse1* in Höhe von über 44 % beworben wurde. 16

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen. 17

Von den Kosten des Rechtsstreits hat die Klägerin 2/3, die Beklagte 1/3 zu tragen. 18

Das Landgericht hat zunächst mit näheren Ausführungen das Feststellungsinteresse der Klägerin bejaht. In der Sache hat es dann aber nicht die Frage beantwortet, ob der von der Beklagten geltend gemachte und von der Klägerin geleugnete Unterlassungsanspruch besteht oder nicht. Es hat vielmehr von sich aus geklärt, welcher andere Unterlassungsanspruch im Hinblick auf die gerügte Verletzungshandlung gegeben gewesen wäre und dann festgestellt, dass der weitergehende Anspruch der Beklagten, dessen sie sich auch berühmt habe, nicht besteht. Die Kosten hat es zu 2/3 der Klägerin und zu 1/3 der Beklagten auferlegt. Es ist bei dieser Entscheidung von der Vorstellung der Verbraucher ausgegangen, dass diese bei Preisvergleichen einen dem Werbemedium entsprechenden angemessen aktuellen Vergleich erwarteten, der spätestens nach Ablauf einer Woche auf seine Richtigkeit überprüft worden sei. An dieser Erwartung ändere es auch nichts, wenn das 19

Datum des Preisvergleichs hinzugefügt werde. Dieses besage für den Verbraucher nur, zu welchen Zeitpunkt der Preisvergleich vorgenommen worden sei. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils (Bl. 87 f.) bezug genommen.

Dieses Urteil greifen beide Parteien mit der Berufung an. 20

Die Beklagte begehrt weiterhin die vollständige Klageabweisung. Sie hält die Feststellungsklage für unzulässig, jedenfalls nachdem sie auf das Recht zur einseitigen Klagerücknahme gegenüber der Klägerin verzichtet habe. Sie rügt aber auch, dass das Landgericht nicht hinreichend geprüft habe, ob angesichts der voreiligen Anhängigmachung der Klage am letzten Tag der mit der Abmahnung gesetzten Frist nicht von vorneherein das Interesse an der alsbaldigen Feststellung gefehlt habe. Die Klägerin hätte sicher annehmen können, dass die Beklagte sie nach erfolgloser Abmahnung gerichtlich in Anspruch nehmen werde. Mit dem wenige Tage später gestellten Verfügungsantrag und der bald danach erfolgten Klageeinreichung zur Hauptsache sei das inzwischen auch schon geschehen. In der Sache meint die Beklagte, dass im Rahmen der Entscheidung über die Feststellungsklage eine vermittelnde Lösung, wie sie das Landgericht gewählt habe, nicht möglich gewesen sei. Entweder liege eine Irreführung von dem Zeitpunkt an vor, an dem der Preisvergleich der Klägerin unrichtig geworden sei, oder es liege überhaupt keine Irreführung vor. Ein konkreter Preisvergleich unterliege dem Qualitätserfordernis und setze damit voraus, dass er wahr ist. Deshalb dürfe in einen Preisvergleich immer nur der aktuelle Preis des Mitbewerbers einfließen. Im gesamten Zeitraum der Werbung bestehe deshalb eine Marktbeobachtungspflicht. Ändere der Konkurrent seinen Preis, sei der Preisvergleich auf der Grundlage des früheren, nun aber nicht mehr geforderten Preises des Konkurrenten vom Zeitpunkt der Änderung an irreführend. Gleiches gelte, wenn der Konkurrent sein Angebot aus dem Internet herausnehme. Daran könne auch die Datumsangabe nichts ändern, der der Verbraucher nur entnehme, wann die Preisfeststellungen getroffen worden seien. Gerade wenn die mögliche Ersparnis weiterhin herausgestellt werde, gehe der Verbraucher davon aus, dass die Preise noch gelten. Die Beklagte weist noch darauf hin, dass die Klägerin nicht gezwungen gewesen sei, Preisvergleiche in der Form, wie sie sie vornehme, zu bewerben. Wenn sie es aber in dieser Form mit hervorgehobener prozentualer Ersparnis und Datumsangabe ohne aufklärende Zusätze tue, müsse sie auch mit einem erheblichem Aufwand eine Marktbeobachtung vornehmen. 21

Die Beklagte beantragt, 22

das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen, sowie 23

die gegnerische Berufung zurückzuweisen. 24

Die Klägerin beantragt, 25

das angefochtene Urteil abzuändern und nach dem erstinstanzlich 26

gestellten Feststellungsantrag zu entscheiden, sowie die gegnerische 27

Berufung zurückzuweisen. 28

Die Klägerin nimmt die eingeschränkte Feststellung des Landgerichts gleichfalls nicht hin und macht sich auch die vom Landgericht getroffene Feststellung nicht hilfsweise zu eigen. Sie weist darauf hin, dass das Landgericht sowohl ihren Antrag als auch das der Abmahnung 29

zugrunde liegende Unterlassungsbegehren eigenmächtig geändert habe. Sie begehrt weiterhin, dass ihrem Feststellungsanspruch im Hinblick auf das Nichtbestehen des mit der Abmahnung verfolgten Unterlassungsanspruchs entsprochen wird. Da das Landgericht den abgemahnten Unterlassungsanspruch ohne die vorgenommene Einschränkung für nicht gegeben gehalten habe, hätte es der negativen Feststellungsklage stattgeben müssen. In der Sache meint sie, dass nur auf die konkrete vergleichende Werbung abgestellt werden dürfe. Sie meint, dass der Preisvergleich nicht nur am 21. Januar 2009 richtig gewesen sei. Durch die deutliche Hinzufügung des Datums entspreche der Vergleich auch weiterhin der Wahrheit. Er enthalte die Aussage, dass am fraglichen Tage ein Preisvorteil in der entsprechenden Größenordnung bestanden habe. Eine einmal wahre und zulässige Werbung könne durch nachträgliche Änderungen, nämlich die Herausnahme der entsprechenden Produkte durch das verglichene Unternehmen aus dem Angebot nicht zu einer unwahren Werbung werden. Das Landgericht habe zu Recht angenommen, dass eine unlautere vergleichende Werbung im Sinne des § 6 Abs. 2 UWG nicht vorliege. Mit näheren rechtlichen Ausführungen macht die Klägerin dann noch deutlich, wieso auch kein Anspruch wegen irreführender Werbung in Betracht komme. Angesprochen seien hier Verbraucher, die im Internet Erotikartikel kauften. Diese wüssten, dass sich die Preise im Internet sehr schnell ändern können und dass ein Preisvergleich vom 21. Januar 2009 schon bald darauf nicht mehr aktuell sei. Außerdem sei ein angesprochener Preisvorteil gegenüber nur einem Wettbewerber für die Kaufentscheidung der Verbraucher nicht relevant, da diese zuvor noch Vergleiche mit den Preisen anderer Anbieter anstellen würden. Die Klägerin weist nochmals darauf hin, dass defakto kein Preisvergleich mehr möglich sei, wenn es der Preisverglichene jederzeit in der Hand hätte, durch Preisänderungen oder zeitlich beschränktes Herausnehmen des entsprechenden Produktes den Preisvergleich unlauter werden zu lassen. Das gehe dann zu Lasten des Verbrauchers.

30

II. 31

Die Berufungen beider Parteien haben hier schon deshalb teilweisen Erfolg, weil der Klägerin etwas zugesprochen worden ist, was sie nicht begehrt hat. Das Urteil ist deshalb abzuändern. Im Rahmen der eigenen Sachentscheidung des Senats erweist sich die Berufung der Beklagten als begründet, weil die Feststellungsklage nicht zulässig ist. Die Klage ist als unzulässig abzuweisen. 32

1) Das Urteil des Landgerichts ist abzuändern, weil ein Verstoß gegen § 308 Abs. 1 ZPO vorliegt. Nach dieser Vorschrift ist das Gericht nicht befugt, einer Partei etwas zuzusprechen, was diese nicht beantragt hat. Das Landgericht hat hier eine Feststellung getroffen, die von der Klägerin weder beantragt noch gewollt war. Es hat entschieden, dass die Klägerin nicht zur Unterlassung eines Verhaltens verpflichtet ist, dass die Beklagte im Rahmen ihrer Abmahnung nicht gerügt und zum Gegenstand ihres Verbotsbegehrens gemacht hat und dass deshalb auch nicht Gegenstand des Feststellungsantrags der Klägerin gewesen ist. Der Feststellungsantrag muss das festzustellende Rechtsverhältnis, hier somit den streitigen Unterlassungsanspruch, bestimmt genug bezeichnen im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Denn der Umfang der Rechtshängigkeit und der späteren Rechtskraft muss feststehen (Zöller / Greger, ZPO, 27. Auflage, § 256 Rdn. 15). Bei der negativen Feststellungsklage kommt es deshalb entscheidend darauf an, welches Unterlassungsanspruchs sich die Beklagte berühmt hat. Nur insoweit geht es als Folge der Berühmung des Unterlassungsanspruchs um ein Rechtsverhältnis der Parteien. Das hat die Klägerin bei ihrer Antragstellung berücksichtigt und sich deshalb an den von der Beklagten im Rahmen der Abmahnung geltend gemachten Unterlassungsanspruch angelehnt. Ob dieser Unterlassungsanspruch nicht besteht, hat das 33

Landgericht nicht entschieden. Es hat vielmehr Überlegungen zur Aktualität eines Preisvergleichs aus der Sicht der Verbraucher angestellt sowie dazu, dass erst nach Ablauf einer bestimmten Frist zur Änderung eines unrichtig gewordenen Preisvergleichs eine Irreführung der Verbraucher vorliegen und diese dann den Unterlassungsanspruch rechtfertigen könnte. Nur soweit die Beklagte auch für Preisvergleiche in der ersten Woche nach der Änderung des verglichenen Angebotes einen Unterlassungsanspruch geltend gemacht hat, hat das Landgericht die Feststellungsklage zugesprochen. Sie hat damit eine weitergehende Rechtsfrage beschieden, auf deren abstrakte Klärung es der Klägerin nicht ankam. Die Klägerin hat auch den darin liegenden Verstoß gegen § 308 Abs. 1 ZPO nicht nachträglich genehmigt. Sie hat sich ein solches Feststellungsbegehren gerade auch nicht hilfsweise zu eigen gemacht. Es ist deshalb eine eigene Sachentscheidung des Senats erforderlich.

2) Jedenfalls jetzt ist die Feststellungsklage unzulässig. Zwar kann man nicht sagen, dass schon das Interesse an der alsbaldigen Feststellung im Sinne des § 256 ZPO gefehlt hat, weil die Klägerin nach der Abmahnung nicht innerhalb einer gewissen Frist abgewartet hat, ob die Beklagte den Unterlassungsanspruch gerichtlich geltend macht. Das ursprünglich bestehende Feststellungsinteresse ist aber entfallen, weil nachträglich eine vorrangige Leistungsklage erhoben worden ist, die ohne Zustimmung der dortigen Klägerin und hiesigen Beklagten nicht mehr zurückgenommen werden kann. 34

a) Auch ohne eine Gegenabmahnung besteht in der Regel ein Feststellungsinteresse des zu Unrecht Abgemahnten im Sinne des § 256 ZPO, dass der Anspruch auf Unterlassung, dessen sich der Abmahnende berühmt hat, nicht besteht (BGH GRUR 1995, 697, 699 -Funny Paper; Hefermehl/Bornkamm, UWG, § 12 Rdn. 1.74; Ahrens/Achilles, Der Wettbewerbsprozeß, 6. Auflage, Kap. 3, Rdn. 6). Voraussetzung dafür ist, dass an der Ernsthaftigkeit der Abmahnung und der Betroffenheit der rechtlichen Interessen des Abgemahnten keine Zweifel bestehen. Die Beklagte hat sich hier aufgrund des Werbeverhaltens der Klägerin ernsthaft eines bestimmten Unterlassungsanspruchs berühmt. Gerade auf die Klärung der Frage, ob dieser Unterlassungsanspruch besteht, stellt der Feststellungsantrag der Klägerin auch ab. Deren rechtliche Interessen sind von der Berühmung des Anspruchs auch erkennbar betroffen. Bestünde nämlich eine Unterlassungspflicht im Sinne der Berühmung, könnte die Klägerin ihre damalige Art und Weise der Werbung mit Preisvergleichen nicht fortführen. Gerade das will die Klägerin, die meint, dass ihre Preisvergleiche aufgrund der Angabe des Datums des Werbevergleichs auch nach einer Änderung der Verhältnisse zulässig bleiben, geklärt haben, und zwar so schnell wie möglich. Gerade auch insoweit hat sie ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung gehabt. Dem steht auch nicht entgegen, dass die Klägerin nicht abgewartet hat, ob die Beklagte entsprechend ihrer Ankündigung gerichtlich gegen sie vorgeht, sondern schon vor dem Ablauf der Frist ihrerseits die negative Feststellungsklage anhängig gemacht hat. Das schnelle Vorgehen macht die Feststellungsklage nicht unzulässig. Zum einen wird das Rechtsschutzinteresse mit der Berühmung des Anspruchs in der Abmahnung **mit sofortiger Wirkung** begründet. Dafür, dass eine gewisse Frist abzuwarten ist, ob der Abmahnende seinerseits die angedrohte Leistungsklage erhebt, ergibt sich keine Grundlage (Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Auflage, Kap. 41 Rdn. 68 f.; Ahrens/Achilles, a.a.O. Kap. 5 Rdn. 8). Zum anderen ist hier auch im Verhältnis der Parteien zueinander zeitnah auch in erster Linie mit einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zu rechnen gewesen, der die Anspruchsberechtigung nicht endgültig klärt, sondern nur den Anspruch als Eilregelung sichert oder nicht. 35

36

b) Das durch die Berühmung des Anspruchs begründete Feststellungsinteresse des Abgemahnten entfällt allerdings, sobald der Abmahnende eine entsprechende Klage auf Unterlassung erhoben hat und diese nicht mehr einseitig zurückgenommen werden kann. Nur dann, wenn die zuvor erhobene Feststellungsklage zu diesem Zeitpunkt bereits entscheidungsreif ist, und zwar erheblich vor der Entscheidungsreife der Leistungsklage, entfällt das Feststellungsinteresse ausnahmsweise nicht (BGH GRUR 1987, 402 –Parallelverfahren I; GRUR 1994, 846, 847 –Parallelverfahren II; Ahrens/Bornkamm, a.a.O. Kap. 33 Rdn. 11; Ahrens/Loewenheim, a.a.O. Kap. 71 Rdn. 11). Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so ist das zunächst bestehende Feststellungsinteresse der Klägerin im vorliegenden Fall zwischenzeitlich entfallen. Die Beklagte hat vor dem Landgericht Berlin eine gegenläufige Leistungsklage erhoben, die mittlerweile auch der Klägerin zugestellt worden ist. Zwar kann diese Klage hier nicht schon deshalb nicht mehr ohne Zustimmung der Klägerin zurückgenommen werden, weil schon mündlich verhandelt worden ist. Ein Verhandlungstermin hat nämlich noch nicht stattgefunden, sondern steht erst am 7. Oktober 2009 an. Hier ist das Rechtsschutzinteresse an der Feststellungsklage aber deshalb entfallen, weil die Beklagte vor der mündlichen Verhandlung in der Hauptsacheklage auf ihr Recht zur Klagerücknahme gegenüber der Klägerin verzichtet hat. Denn auch ein solcher Verzicht bewirkt, dass der Kläger die Klage nicht mehr einseitig zurücknehmen kann (Keller, WRP 2000, 908. 911 f.; Hefermehl/ Köhler, a.a.O. § 12 Rdn. 2.20; Teplitzky, a.a.O. Kap. 41 Rdn. 70; Kap. 52 Rdn. 19). Eine einseitige Verzichtserklärung ist eine Prozesshandlung und als solche bindend. Der Grundsatz der Parteidisposition über Einlegung und Durchführung eines Rechtsmittels ergibt sich aus § 515 ZPO. Für die Klagerücknahme kann nichts anderes gelten. Eine gegen den erklärten Verzicht erfolgende Klagerücknahme ist damit ebenso unbeachtlich wie eine Klagerücknahme ohne Zustimmung nach erfolgter Antragstellung. Denn auch in diesem Fall kann der Kläger die Klage nicht mehr einseitig zurücknehmen (vgl. Keller, a.a.O. S. 912). Für die Richtigkeit der Gleichstellung des Verzichts auf die Klagerücknahme mit der Antragstellung im ersten Termin zur mündlichen Verhandlung spricht hier auch die Interessenlage. Gerade im Fall einer zögerlichen Terminierung in der Hauptsache ist es dem Abmahnenden nicht zuzumuten, bis zur mündlichen Verhandlung zuzuwarten. Er könnte sonst gerade in einem solchen Fall keinen Einfluss mehr auf den Gerichtsstand nehmen, wie es dem Vorrang der Leistungsklage entspricht. Mit dem Verzicht der Beklagten auf die von ihr ohnehin nicht beabsichtigte Klagerücknahme werden auch die Interessen der Klägerin an einer sachlichen Entscheidung über den umstrittenen Unterlassungsanspruch hinreichend gewahrt. Der Beklagten bleibt die Möglichkeit erhalten, einen vollstreckungsfähigen Unterlassungstitel an einem Gerichtsstand ihrer Wahl zu erstreiten. Eine durch ihre gegenläufigen Interessen nicht erforderliche und gerechtfertigte Besserstellung der Klägerin wird damit vermieden (vgl. BGH GRUR 1994, 846, 848 –Parallelverfahren II). Das gilt umso mehr, als die Beklagte im vorliegenden Fall den Unterlassungsantrag bereits erfolgreich zum Gegenstand eines Verfügungsverfahrens gemacht hat und auch aus Sicht der Klägerin nichts dafür spricht, dass die Beklagte die im Sinne der Klägerin liegende gerichtliche Klärung in einem Hauptverfahren nicht gleichfalls erstrebt.

c) Die Feststellungsklage der Klägerin ist somit zu dem –erheblich vor dem Senatstermin am 24. September 2009 liegenden- Zeitpunkt unzulässig geworden, als die Klage vor dem Landgericht Berlin zugestellt worden ist und der Klägerin die Erklärung der Beklagten vorlag, auf das einseitige Recht der Klagerücknahme zu verzichten. Zu diesem Zeitpunkt war die mit der Berufung angegriffene Feststellungsklage noch nicht entscheidungsreif. Der Senat hat die Klägerin auf die mögliche Unzulässigkeit der Klage hingewiesen und ihr eine Erledigungserklärung angeraten. Die Klägerin hat aber trotz dieses Hinweises an dem Feststellungsantrag festgehalten. 37

Die sich aus § 543 Abs. 2 ZPO ergebenden Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen in diesem Einzelfall nicht vor. 38

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO. 39

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 40

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE