

Münchener Anwaltshandbuch Gewerblicher Rechtsschutz

Bearbeitet von

Dr. Gordian N. Hasselblatt, Prof. Dr. Sönke Ahrens, Dr. Heike Blank, Rudolf Böckenholt, Prof. Dr. Christian Czychowski, Markus Deck, Gert Dittert, Dr. Heiko Dobel, Dr. Andreas Ebert-Weidenfeller, Dr. Matthias Eck, Dr. Christofer Eggers, Dr. Leopold von Gerlach, Dr. Nikolas Gregor, Ulf H. Grundmann, Dr. Dennis Heinson, Dr. Ulrike Helling, Dr. Klaus Ikas, Andrea Jaeger-Lenz, Susanne Karow, Dr. Philipp Koehler, Jan F. Krekel, Dr. Hubertus Labes, Dr. Andrea Lensing-Kramer, Dr. Malte Lieckfeld, Dr. Torsten Lörcher, Philipp Lotze, Dr. Markus Lubitz, Thomas Manderla, Dr. Carsten Menebröcker, Dr. jur. Claudia Milbradt, Christian Musiol, Prof. Dr. Axel Nordemann, Dr. Almut Pflüger, Dr. Johann Pitz, Thomas Raab, Dr. Ulrich Reese, Dr. Jan Phillip Rektorschek, Dr. Sabine Rojahn, Dr. Sascha Sajuntz, Gerd Schoenen, Dr. Thomas Schulte-Beckhausen, Dr. Dirk Smielick, Alexander Späth, Dr. Oliver Spuhler, Dr. Nina Stolzenburg, Dr. Robert Strasser, Dr. Tobias Timmann, Dr. Swen Vykdyal, Dr. Jens Wagner, Prof. Dr. Harald Wiggenhorn

b) **Form der Erklärung.** Die Abschlusserklärung muss dem Antragsteller zugehen (§ 130 BGB). Die Beweislast trifft den Antragsgegner. Auf eine Annahme der Abschlusserklärung durch den Antragsteller kommt es nicht an.²⁴⁹ Nach hM bedarf die Abschlusserklärung der **Schriftform**.²⁵⁰ 113

c) **Wirkung der Erklärung.** Durch die Abschlusserklärung entfällt für den Antragsteller das Rechtsschutzbedürfnis für die Hauptsacheklage.²⁵¹ Gleiches gilt für eine entspr. negative Feststellungsklage oder Unterlassungsklage, die Verletzungshandlungen betrifft, welche als kerngleich bereits von dem mit der Abschlusserklärung gesicherten Titel mit erfasst sind.²⁵² Auch Schadenersatzansprüche nach § 945 ZPO sind dann ausgeschlossen.²⁵³ Nach mittlerweile hA räumt eine Abschlusserklärung die Wiederholungsgefahr regelmäßig auch im Verhältnis zu Dritten aus, da eine Abschlusserklärung einem rechtskräftigen Unterlassungsurteil im Wesentlichen gleichstehen soll.²⁵⁴ Dies gilt nur dann nicht, wenn der Vollstreckungsgläubiger im Einzelfall an der Durchsetzung des Titels nicht interessiert ist oder sich der Verurteilte in der laufenden wettbewerbsrechtlichen Auseinandersetzung nicht auf seine Verurteilung beruft und dadurch nicht zu erkennen gibt, dass das bestehende Urteil auch das laufende Verfahren regelt. 114

d) **Alternative: Abgabe einer Unterlassungserklärung.** Eine Abschlusserklärung nimmt der weiteren Rechtsverfolgung das Rechtsschutzbedürfnis. Dagegen lässt eine **Unterwerfung** das Rechtsschutzbedürfnis unberührt, befriedigt aber den materiellen Anspruch. Es kann durchaus im Interesse des Antragsgegners liegen, statt an einen Titel an eine strafbewehrte Unterlassungserklärung gebunden zu sein. Die Ersetzbarkeit ist heute weitgehend anerkannt.²⁵⁵ Zugunsten des Antragsgegners ist davon auszugehen, dass der Antragsteller auch durch Abgabe einer ausreichend strafbewehrten Unterlassungserklärung gesichert wird und der Antragsgegner nach Abgabe der Erklärung Anspruch auf Herausgabe des Verfügungstitels hat bzw. Antrag auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung gem. §§ 936, 927 ZPO stellen kann (kein Anspruch auf **Doppelsicherung** durch Titel und Unterlassungsvollstreckung). 115

IV. Wettbewerbsrechtliche Klagearten

Ungeachtet der überragenden praktischen Bedeutung der einstweiligen Verfügung in wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten darf nicht ihr formal und inhaltlich beschränkter Charakter übersehen werden.²⁵⁶ Da sich die Verfügung im Übrigen weitgehend auf den Unterlassungsanspruch beschränken muss, sind darüber hinausgehende Ansprüche prozessual meist allein im Klageverfahren durchsetzbar. 116

Praxistipp:

Da Gegenstand des Verfügungsverfahrens idR ein Unterlassungsanspruch ist, werden gleichzeitig bestehende Schadenersatz- oder Auskunftsansprüche nicht gehemmt. Da diese Ansprüche kumulativ zu einem Unterlassungsanspruch bestehen, scheidet eine **Verjährungshemmung** entspr. der Regelung des § 213 BGB aus. Sofern also die Verjährung dahingehender Ansprüche zu befürchten ist, sollte zeitgleich mit dem Verfügungsantrag Klage im Hauptsacheverfahren eingereicht werden. Sofern der Antragsteller – bspw. aus Kostengründen – von der gleichzeitigen Anhängigmachung eines Hauptsacheverfahrens absieht, sollte er jedenfalls versuchen, eine Verzichtserklärung des Antragsgegners hins. der Erhebung der Verjährungseinrede zu erwirken.

²⁴⁹ LG Hamburg WRP 1995, 432 (432); Ohly/Sosnitza/Sosnitza § 12 Rn. 189.

²⁵⁰ KG GRUR 1991, 258 (258); GroßKomm/Schultz-Süchting § 25 Rn. 310; Baumbach/Hefermehl § 25 UWG Rn. 102.

²⁵¹ BGH GRUR 1991, 76 (77) – Abschlusserklärung; GRUR 2009, 1096 (1096 f.) – Mescher weis.

²⁵² BGH GRUR 2010, 855 (856) – Folienrollos.

²⁵³ Ohly/Sosnitza/Sosnitza § 12 Rn. 190.

²⁵⁴ Vgl. Köhler/Bornkamm/Köhler § 12 UWG Rn. 3.77; Teplitzky/Bacher Kap. 43 Rn. 11a. OLG Hamm Entsch. v. 12.6.1990 – 4 U 59/90 = NJW-RR 1991, 236 (237); OLG Frankfurt MD 1996, 1179 (1180 f.); OLG Zweibrücken NJWE-WettbR 1999, 66 (67); aA Baumbach/Hefermehl § 25 Rn. 102, mit der Begründung, dass die Abschlusserklärung keinen ernsthaften Unterlassungswillen ausdrücken müsse, sondern der Erklärung lediglich prozessuale Bedeutung zukomme.

²⁵⁵ OLG Hamm NJW-RR 1986, 922 (922); OLG Karlsruhe NJWE-WettbR 1998, 140 (140); Teplitzky/Bacher Kap. 43 Rn. 37; Gloy/Loschelder/Erdmann/Spätgens § 111 Rn. 12; GroßKomm/Schultz-Süchting § 25 Rn. 304; aA OLG Köln WRP 1996, 333 (338); Ahrens/Abrens Kap. 58 Rn. 7 ff.; Kolb WRP 2014, 522.

²⁵⁶ → Rn. 76 ff.

1. Unterlassungsklage

- 117 Der **Unterlassungsanspruch** ist als **Leistungsklage** in einem Hauptsacheverfahren durchsetzbar. Es handelt sich um einen Fall des vorbeugenden Rechtsschutzes, mit dem dem Kläger ein auf Dauer durchsetzbarer Unterlassungstitel verschafft wird.

Praxistipp:

Für die Unterlassungsklage und gegen die (vorläufige) Durchsetzung eines Unterlassungsanspruchs im einstweiligen Rechtsschutz können in tatsächlicher und/oder rechtlicher Hinsicht insbes. folgende Erwägungen sprechen:

- Die Sache ist wegen der (partiellen) Anwendbarkeit ausländischen Rechts für ein Verfügungsverfahren ungeeignet, es sei denn, ein eilig eingeholtes Rechtsgutachten zu dem ausländischen Recht liegt vor und ist überzeugend;
- die Tatsachen sind in rechtlicher, technischer oder naturwissenschaftlicher Hinsicht derart komplex, dass es einer Detailprüfung bedarf;
- die (präsenten) Glaubhaftmachungsmittel reichen für ein Verfügungsverfahren ersichtlich nicht aus;
- die Schadenersatzrisiken des § 945 ZPO sind zu hoch;
- die prozessualen Vorbereitungen können nicht mit der notwendigen Eilbedürftigkeit getroffen werden;
- unternehmerisch ist nicht ein kurzfristiger Erfolg gewollt.

- 118 Das **Rechtsschutzbedürfnis** für eine Unterlassungsklage entfällt durch die Abgabe einer wirksamen Abschlusserklärung.²⁵⁷ Im Gegensatz dazu berührt die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung das Rechtsschutzbedürfnis nicht. Zwar lässt eine solche materiell-rechtlich die **Wiederholungsgefahr** und damit den Unterlassungsanspruch entfallen,²⁵⁸ aber die Notwendigkeit einer gerichtlichen Überprüfung wird dadurch nicht genommen.²⁵⁹ Im Falle der Abgabe einer ausreichend strafbewehrten und unbedingten Unterwerfungserklärung wird also die Klage nicht als unzulässig, sondern als unbegründet abgewiesen. Bei einer **Teilunterwerfungserklärung** bleibt der nicht erfasste Anspruchsteil bestehen, da eine unbedingte Teilunterwerfungserklärung nicht ohne weiteres als Angebot eines Erlassvertrages hins. des Anspruchrestes zu verstehen ist.²⁶⁰
- 119 Zur Problematik der Bestimmtheit des Unterlassungsantrags, dem Konkretisierungsgebot sowie etwaigen Zusätzen, Hilfsanträgen und dem Ordnungsmittelantrag sei auf die Ausführungen an anderer Stelle verwiesen.²⁶¹

2. Schadenersatzfeststellungsklage

- 120 Die Unterlassungsklage wird typischerweise ergänzt um die **Schadenersatzfeststellungsklage**. Diese Klageart ist die im Wettbewerbsprozess am häufigsten vorkommende Feststellungsklage. Das Feststellungsurteil schützt den Verletzten insbes. vor der Verjährung im Umfang des gesamten Schadens. Die Subsidiarität der Feststellungsklage zur Leistungsklage steht der Erhebung einer Feststellungsklage nicht entgegen, denn regelmäßig fehlen dem Antragsteller noch viele Angaben für eine ausreichende Bezifferung seines ihm infolge eines Wettbewerbsverstoßes zustehenden Schadenersatzanspruchs.²⁶² Von praktischer Relevanz ist dabei insbes. das Fehlen der Auskünfte bzw. der Rechnungslegung des Verletzers. Auch die Möglichkeit einer Stufenklage steht nicht entgegen, da diese nicht schutzäquivalent ist.
- 121 Zur Begründung muss der Kläger eine **Schadenswahrscheinlichkeit nach allgemeiner Lebenserfahrung** dargetun.²⁶³ Das Feststellungsinteresse nach § 256 Abs. 1 ZPO wird auch hins. künftiger Schadensfolgen angenommen, soweit diese auch nur möglich sind, vielleicht sogar ihre Art, ihr

²⁵⁷ → Rn. 115.

²⁵⁸ → § 3.

²⁵⁹ Teplitzky/Schwippert Kap. 51 Rn. 57; GroßKomm/Köhler Vorb. § 13 Rn. B 27; GroßKomm/Jacobs Vorb. § 13 Rn. D 70; Teplitzky WRP 2015, 527; OLG Köln WRP 2015, 623.

²⁶⁰ BGH GRUR 2001, 422 (424) – ZOCOR; BGH GRUR 2002, 180 (181) – Weit-Vor-Winter-Schlussverkauf; BGH GRUR 2002, 824 (824 f.) – Teilunterwerfungserklärung.

²⁶¹ → Rn. 12 ff.

²⁶² → § 3 Rn. 12 ff.

²⁶³ BGH GRUR 2000, 907 (911) – Filialeiterfehler; BGH WRP 2000, 1266 – Neu in Bielefeld II.

Umfang oder sogar ihr Eintritt noch ungewiss sind.²⁶⁴ Das Rechtsschutzbedürfnis kann im Einzelfall fehlen, wenn der Kläger wegen desselben Verstoßes auf eine bestimmte Leistung, zB also auf Zahlung einer Vertragsstrafe, klagen könnte.²⁶⁵

Das erforderliche Interesse an einer „alsbaldigen“ Feststellung nach § 256 Abs. 1 ZPO ergibt sich regelmäßig daraus, dass auch der wettbewerbsrechtliche Schadenersatzanspruch der kurzen Verjährung des § 11 UWG unterliegt. Ein Unterlassungsantrag wird also typischerweise in der Klageschrift wie folgt ergänzt:

Formulierungsvorschlag:

..... festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin allen Schaden zu ersetzen, der dieser durch die unter Ziff. 1 bezeichnete(n) Wettbewerbshandlung(en) entstanden ist und künftig noch entstehen wird.

3. Klage auf Auskunftserteilung/Rechnungslegung

Um Schadenersatzklagen der Höhe nach vorzubereiten, bedarf es nicht nur der Erhebung der die Verjährung unterbrechenden Schadenersatzfeststellungsklage, sondern in aller Regel ergänzend der Klage auf Auskunftserteilung und – erforderlichenfalls – auch auf Rechnungslegung. Die Auskunfts-/Rechnungslegungsklage kann selbständig erhoben werden;²⁶⁶ idR wird sie aber mit der Unterlassungsklage und der Schadenersatzfeststellungsklage oder – im Wege der Stufenklage nach § 254 ZPO – mit der Klage auf Zahlung von Schadenersatz verbunden.

Bei der Formulierung des Auskunftsantrags muss unter Bezugnahme auf die konkrete Verletzungshandlung genau definiert werden, welchen Inhalt die Auskunft haben soll, dh Gegenstand, Zeitraum sowie Art und Umfang der Auskunft müssen spezifiziert werden. Ein Auskunftsanspruch besteht allerdings nicht in allgemeiner Form, sondern ist auf den konkreten Verletzungsfall beschränkt.²⁶⁷ Dabei kann auch in wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten Auskunft über Verletzungshandlungen verlangt werden, die noch vor der ersten unter Beweis gestellten Handlung liegen.²⁶⁸

Unter Umständen kann auch ein Anspruch auf Vorlage von Belegen bestehen, wenn der Gläubiger darauf angewiesen ist und dem Schuldner diese zusätzliche Verpflichtung zugemutet werden kann.²⁶⁹ Diese Voraussetzungen sind im Hinblick auf die Offenlegung der Lieferanten und gewerblichen Abnehmer im Regelfall erfüllt, da ein Bedürfnis des Gläubigers besteht, die Verlässlichkeit der Angaben des Schuldners zu überprüfen und so oftmals auf die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung verzichtet werden kann. Soweit seitens des Auskunftspflichtigen einzelner Daten ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse besteht, kann diesem durch Vorlage glaubigter Kopien, bei denen die entsprechenden Daten geschwärzt oder abgedeckt werden, Rechnung getragen werden.

Der Rechnungslegungsantrag muss zur Erfüllung des Bestimmtheitsgebotes bezeichnen, für welchen Zeitraum und worüber Rechnung gelegt werden soll, insbes. sollte der Antrag durch das Verlangen nach der Angabe von Mengen, Preisen, Lieferdaten und eventuell auch Kalkulationsgrundlagen und der Vorlage von Belegen konkretisiert werden.²⁷⁰

Bei strenger Betrachtungsweise würde es nahe liegen, den Antrag durch die Formulierung „begrenzt auf die letzten sechs Monate vor Klageeinreichung“ auf den Zeitraum zu beschränken, für welchen noch keine Verjährung eingetreten ist.²⁷¹ In der Praxis geschieht dies regelmäßig nicht,

²⁶⁴ BGH GRUR 1992, 559 (559) – Mikrofilmanlage; Ohly/Sosnitza/Sosnitza § 12 Rn. 78.

²⁶⁵ BGH GRUR 1993, 926 (926 f.) – Apothekenzeitschriften; vgl. Teplitzky/Schwippert Kap. 52 Rn. 17 mwN.

²⁶⁶ BGH GRUR 1974, 351 (352) – Frisiersalon.

²⁶⁷ BGH GRUR 2001, 842 (844) – Anspruch auf Drittauskunft.

²⁶⁸ BGH GRUR 2007, 877 (879) – Windsor Estate, unter Aufgabe von BGH GRUR 1988, 307 (308) – Gaby; ebenso GroßKomm/Jacobs Vorb. § 13 Rn. D 233; Ingerl/Rohnke Vorb. §§ 14–19 Rn. 140; aA Teplitzky/Löffler Kap. 38 Rn. 7a; Ohly/Sosnitza/Ohly § 9 Rn. 36; Fezer/Büscher § 8 Rn. 332.

²⁶⁹ BGH GRUR 2002, 709 (712) – Entfernung der Herstellungsnummer III; bei einem gesetzlichen Auskunftsanspruch besteht grds. ein Anspruch auf Belegvorlage, BGH aaO.

²⁷⁰ Zu den materiell-rechtlichen Voraussetzungen sowie Art, Inhalt und Umfang der Rechnungslegungspflicht, → § 3 Rn. 78 ff.

²⁷¹ So GroßKomm/Jacobs Vorb. § 13 Rn. D 233.

zumal vor Klageeinreichung gar nicht feststeht, ob sich der Beklagte auf Verjährung berufen wird. Sobald die Einrede erhoben wird, sollte jedoch eine „Konkretisierung“ des Antrags erfolgen.

Formulierungsvorschlag:

- 129 die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin Auskunft darüber zu erteilen, in welchem Umfang die Beklagte
- die unter Ziff. 1 bezeichnete(n) Wettbewerbshandlung(en) begangen hat, und zwar unter Angabe der Art, des Zeitpunkts, des Orts und der Anzahl der Werbemaßnahmen
 - die Bezeichnung „.....“ für verwendet hat, und zwar unter Angabe der Stückzahlen, Umsatzerlöse und Gestehekosten sowie des Umfangs der betriebenen Werbung unter Angabe der Art, des Zeitpunkts und der Anzahl der Werbemaßnahmen
 - (....., alles aufgeschlüsselt nach).

4. Beseitigungsklage

- 130 Relevant ist darüber hinaus die **Beseitigungsklage**. Diese Klage kann selbständig sowie parallel zu einer Unterlassungsklage erhoben oder auch mit dieser verbunden werden, wenn die Beseitigung eines Störungszustandes für die Erfüllung eines Unterlassungsanspruchs erforderlich ist und eine unmittelbare Beseitigung über § 890 ZPO erzwungen werden soll. Auch eine vorbeugende Beseitigungsklage etwa zur Verhütung einer Störung ist möglich.²⁷² Es gibt allerdings auch Ansprüche, die nur über den Weg der Beseitigungsklage durchgesetzt werden können, wie insbes. Ansprüche auf Widerruf oder Urteilsveröffentlichung.²⁷³ Die Beseitigungsklage ist auch das Mittel der Wahl zur Beseitigung der sog. Marktverwirrung.²⁷⁴ Gleiches gilt für Löschanträge bei der Verwendung einer irreführenden Firma.
- 131 Auch der **Beseitigungsantrag** muss dem Bestimmtheits- und Konkretisierungsgebot genügen. Es müssen also einerseits die zu beseitigende Störung und andererseits die hierfür erforderlichen Maßnahmen genau bezeichnet werden. Der Antrag darf nicht über das hinausgehen, was zur Beseitigung der Beeinträchtigung erforderlich ist und muss dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen.²⁷⁵

Formulierungsvorschlag:

- 132 die Beklagte zu verurteilen,
- binnen einer angemessenen, vom Gericht festzusetzenden Frist, [genaue Bezeichnung der Verletzungshandlung] zu beseitigen.
 - die Behauptung ggü zu widerrufen.
 - die mit der Bezeichnung „.....“ gekennzeichneten Produkte, Werbeträger und Geschäftspapiere zu vernichten.²⁷⁶
 - beim Handelsregister des Amtsgerichts, HRB, die Löschung der eingetragenen Firma „.....“ zu beantragen.

5. Negative Feststellungsklage

- 133 Im Wettbewerbsrecht kommt der **negativen Feststellungsklage** besondere Bedeutung zu, insbes. in Gestalt einer Klage auf **Feststellung des Nichtbestehens eines Unterlassungsanspruchs**. Sie wird zB vom Empfänger einer Abmahnung erhoben, wenn ihm daran gelegen ist, die fehlende Grundlage für die Abmahnung feststellen zu lassen. In solchen Fällen liegt auch regelmäßig das Feststellungsinteresse nach § 256 ZPO vor. Dies gilt jedenfalls solange, wie die Leistungsklage zur

²⁷² BGH GRUR 1993, 556 (558) – TRIANGEL; BGH GRUR 2001, 82 (83) – Neu in Bielefeld; GRUR 2002, 618 (619) – Meißner Dekor.

²⁷³ Vgl. BGH GRUR 1987, 189 (190) – Veröffentlichungsbefugnis beim Ehrenschatz; BGH GRUR 1992, 527 (529) – Plagiatsvorwurf II.

²⁷⁴ BGH GRUR 2001, 841 (845) – Entfernung der Herstellungsnummer II.

²⁷⁵ BGH GRUR 1981, 60 (64) – Sitex; BGH GRUR 2002, 709 (711) – Entfernung der Herstellungsnummer III.

²⁷⁶ ZB im MarkenG (§ 18) ist die Vernichtung ausgeschlossen, wenn der rechtsverletzende Zustand der Gegenstände auf andere Weise beseitigt werden kann und die Vernichtung für den Verletzer unverhältnismäßig ist. Die Darlegungs- und Beweislast für diesen Ausnahmetatbestand trägt allerdings der Verletzer, so dass der Antrag zunächst einmal unbeschränkt gestellt werden kann, jedenfalls soweit die Vernichtung nicht offensichtlich unverhältnismäßig und die Beseitigung auch durch mildere Mittel offensichtlich möglich ist.

Durchsetzung des Anspruchs (meist also die Unterlassungsklage oder eine entsprechende Beseitigungsklage) nicht rechtshängig ist. Dabei steht die negative Feststellungsklage einer später erhobenen Leistungsklage unter dem Gesichtspunkt der anderweitigen Rechtshängigkeit nicht entgegen.²⁷⁷ Aufgrund des im deutschen Recht bestehenden Vorrangs der Leistungsklage ist diese weiterhin zulässig. Sobald die Leistungsklage nicht mehr einseitig zurückgenommen werden kann, entfällt für die negative Feststellungsklage das Rechtsschutzbedürfnis, so dass diese unzulässig wird.²⁷⁸ Dies kann vor der mündlichen Verhandlung bereits dadurch erreicht werden, dass der Leistungskläger einseitig auf sein Recht zur Klagerücknahme verzichtet.²⁷⁹

Die negative Feststellungsklage ist bei demjenigen Gericht zu erheben, das für die Leistungsklage mit umgekehrtem Rubrum zuständig wäre.²⁸⁰ Der Abgemahnte kann aber durch Einreichung der negativen Feststellungsklage die **Zuständigkeit** nicht auch für die gegenläufige (Leistungs-)Klage auf Unterlassung festlegen, dh dem Abmahnenden die Möglichkeit einer etwaigen Wahl zwischen mehreren möglichen Gerichtsständen nehmen.²⁸¹ Da dies die Funktion der Abmahnung gefährden würde, hindert eine negative Feststellungsklage den Verletzten nicht daran, die entspr. Leistungsklage bei einem anderen zuständigen Gericht anhängig zu machen.²⁸²

Praxistipp:

Nach hM ist vor Erhebung der negativen Feststellungsklage zur Vermeidung der Kostenfolge des § 93 ZPO zumeist keine (Gegen-)Abmahnung erforderlich.²⁸³ Zur Begründung wird darauf abgestellt, dass der Abmahnende mit einer negativen Feststellung schon allein deshalb rechnen muss, da er durch die Abmahnung die Streitfrage aufgeworfen hat. Eine Abmahnung ist allerdings dann geboten, wenn der Abgemahnte erkennen kann, dass der Abmahnende offensichtlich von falschen rechtlichen und/oder tatsächlichen Voraussetzungen ausgegangen ist und erwartet werden kann, dass er in Kenntnis des richtigen Sachverhalts nicht abgemahnt hätte bzw. diese nicht aufrechterhalten wird.²⁸⁴ Dasselbe gilt, wenn seit der Abmahnung ein längerer Zeitraum verstrichen ist und der Abmahnende in dieser Zeit – entgegen seiner Androhung – keine gerichtlichen Schritte eingeleitet hat.²⁸⁵

V. Vollstreckungsverfahren

1. Allgemeine Grundsätze und Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung

Zu den von Amts wegen zu prüfenden Vollstreckungsvoraussetzungen gehört zunächst die Frage, ob ein **vollstreckbarer Titel** vorliegt. In Betracht kommen insbes.:

- Rechtskräftige oder vorläufig vollstreckbare Urteile (bei vorläufiger Vollstreckbarkeit gegen Sicherheitsleistung muss diese vor der Vollstreckung erbracht sein)²⁸⁶
- Einstweilige Verfügungen (einer vollstreckbaren Ausfertigung bedarf es nicht, jedoch ist die ordnungsgemäße Vollziehung innerhalb der Monatsfrist zu prüfen, §§ 936, 929 Abs. 1, 2 ZPO)
- Prozessvergleiche (nicht, wenn die Unterlassungsverpflichtung strafbewehrt ist; § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO)
- Vergleiche vor Einigungsstellen (§ 15 Abs. 7 S. 2 UWG)
- Notarielle Unterwerfungserklärungen (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO)

²⁷⁷ BGH GRUR 1987, 402 (402 f.) – Parallelverfahren I; BGH GRUR 1994, 846 (847 f.) – Parallelverfahren II; vgl. OLG Braunschweig GRUR-RR 2007, 392 (Ls.) – Adword bananabay.

²⁷⁸ BGH GRUR 1985, 41 (44) – REHAB; BGH GRUR 1994, 846 (848) – Parallelverfahren II; ebenso BGH GRUR 2006, 217 (218) – Detektionseinrichtung I, unter Hinweis auf eine mögliche Ausnahme bei früher Entscheidungsreife der Feststellungsklage.

²⁷⁹ BGH BeckRS 2010, 20763 mwN; OLG Hamm MD 2011, 49 (53); *Keller* WRP 2000, 908 (912).

²⁸⁰ So die hM, vgl. OLG Köln GRUR 1978, 658 (658); *Teplitzky/Bacher* Kap. 41 Rn. 71 mwN; *Melullis* Rn. 1165.

²⁸¹ Vgl. insbes. die Darstellung zum früheren Meinungsstreit bei *Borck* WRP 1997, 265 ff.

²⁸² BGH GRUR 1994, 846 (848) – Parallelverfahren II; OLG Frankfurt GRUR 1997, 485 (485); OLG Braunschweig GRUR-RR 2007, 392 (Ls.) – Adword bananabay; *Melullis* Rn. 186 u. 1165.

²⁸³ BGH GRUR 2004, 790 (792) – Gegenabmahnung; BGH GRUR 2006, 168 (169) – Unberechtigte Abmahnung; *Melullis* Rn. 1167 mwN; *Ohly/Sosnitza/Sosnitza* § 12 Rn. 28; *Teplitzky/Bacher* Kap. 41 Rn. 72 ff. mwN.

²⁸⁴ BGH GRUR 2004, 790 (792) – Gegenabmahnung; vgl. OLG Köln WRP 1983, 172 (173); OLG München WRP 1997, 979 (980); *Teplitzky/Bacher* Kap. 41 Rn. 74; *Köhler/Bornkamm/Köhler* § 12 UWG Rn. 1, 74 f. mwN.

²⁸⁵ BGH GRUR 2004, 790 (792) – Gegenabmahnung.

²⁸⁶ OLG München GRUR 1990, 638 (638); *Krieger* GRUR 1993, 598 (598).

- 136 Im Übrigen setzt die Vollstreckung eine **Ordnungsmittellandrohung** durch das Gericht, die **Zustellung des Titels** und der Ordnungsmittellandrohung an den Schuldner sowie eine nachfolgende **schuldhaftige Zuwiderhandlung** des Schuldners voraus.

2. Unterlassungsvollstreckung (§ 890 ZPO)

- 137 Unterlassungstitel werden immer nach § 890 ZPO vollstreckt, auch dann, wenn dem Unterlassungsgebot durch eine positive Handlung genüge getan wird.²⁸⁷
- 138 a) **Bestrafungsantrag**. Nicht nur die Ordnungsmittellandrohung, sondern insbes. auch die Festsetzung eines Ordnungsmittels setzt einen **Antrag des Gläubigers** voraus und zwar ausschließlich (§ 802 ZPO) beim Prozessgericht erster Instanz (§ 890 Abs. 1 S. 1 ZPO).

Formulierungsvorschlag:

- 139 In Sachen
zeigen wir an, dass wir die Gläubigerin vertreten. Namens und mit Vollmacht der Gläubigerin beantragen wir,
gegen die Schuldnerin wegen Zuwiderhandlung(en) gegen das Unterlassungsgebot gem. Ziff. 1 des Urteils vom (Az.) ein empfindliches Ordnungsgeld zu verhängen, ersatzweise Ordnungshaft, die an dem Geschäftsführer, Herrn, der Schuldnerin zu vollziehen ist.

Begründung

(Darstellung zur Vorgeschichte unter Beifügung des Urteils in Kopie und Ausführungen zu der/den Zuwiderhandlung/en nebst Beweisantritten sowie Ausführungen zum Verschulden und der Angabe einer als sachgerecht erachteten Mindesthöhe des Ordnungsgeldes, zB mit der Formulierung „Es bedarf daher der Verhängung eines empfindlichen Ordnungsgeldes. Die Höhe des Ordnungsgeldes wird in das Ermessen des Gerichts gestellt, sollte jedoch einen Betrag vonEUR nicht unterschreiten.“ Eventuell ergänzende Ausführungen zur Bemessungsgrundlage, insbes. auch um einer zumindest teilw. negativen Kostenfolge zu entgehen.)

Praxistipp:

Da Gegenstand des Verfahrens nur die Zuwiderhandlung/en ist/sind, auf die sich der Antrag bezieht, können später erfolgte oder später bekannt gewordene Verletzungshandlungen durch neue Anträge nach den Grundsätzen der Klageänderung in das Verfahren einbezogen werden. Dies gilt erforderlichenfalls auch noch in der Berufungsinstanz.²⁸⁸

- 140 Nach hM besteht Anwaltszwang, auch wenn aus einer Beschlussverfügung vollstreckt werden soll.²⁸⁹ Der Antrag auf Festsetzung eines Ordnungsmittels kann bis zur Rechtskraft des Festsetzungsbeschlusses zurückgenommen werden. Erforderlichenfalls muss der Festsetzungsbeschluss für wirkungslos erklärt werden, analog § 269 Abs. 3 ZPO.²⁹⁰
- 141 b) **Zuwiderhandlung**. Eine Zuwiderhandlung liegt nur dann vor, wenn die beanstandete Handlung vom **Verbotsumfang des Titels** erfasst ist.
- 142 aa) **Auslegung des Verbots/Kerntheorie**. Regelmäßig bedarf es also der **Auslegung** des Unterlassungstitels.²⁹¹ Maßgeblich sind insoweit Urteilsformel, Tatbestand und Entscheidungsgründe, auch die höherer Instanzen.²⁹² Zum Teil wird bei Beschlussverfügungen die Auffassung vertreten,

²⁸⁷ Köhler/Bornkamm/Köhler § 12 UWG Rn. 6.1; Teplitzky/Feddersen Kap. 57 Rn. 1; Fezer/Büscher § 12 Rn. 297.

²⁸⁸ OLG Stuttgart WRP 1990, 134 (135 f.).

²⁸⁹ OLG Hamm WRP 1985, 173 (173); Köhler/Bornkamm/Köhler § 12 UWG Rn. 6.9; Gloy/Loschelder/Erdmann/Spätgens § 112 Rn. 42; Großkomm/Jestaedt Vorb. § 13 Rn. E 94 mwN; Teplitzky/Feddersen Kap. 57 Rn. 30; aA Lambsdorff Rn. 1287.

²⁹⁰ OLG Düsseldorf WRP 1988, 374 (375); kritisch Lambsdorff Rn. 1290.

²⁹¹ BGH GRUR 1987, 172 (174) – Unternehmensberatungsgesellschaft I; Köhler/Bornkamm/Köhler § 12 UWG Rn. 6.4 mwN; Ohly/Sosnitzal/Sosnitza § 12 Rn. 242.

²⁹² BGH GRUR 1989, 445 (445); BGH GRUR 1992, 525 (525 f.) – Professorenbezeichnung in der Arztwerbung I und II.

dass bei Auslegung die Antragschrift herangezogen werden kann.²⁹³ Häufig scheidet dies jedoch schon daran, dass die Antragschrift nicht mit zugestellt wird und auch nicht mit zugestellt werden musste.

Bei der Ermittlung des **Schutzumfangs** muss festgestellt werden, ob die – vermeintliche – Zuwiderhandlung den „**Kern**“ des Verbots berührt.²⁹⁴ Durch Auslegung des Unterlassungsantrages muss das für die konkrete Verletzungsform Charakteristische festgestellt werden, um die wiederholte Verletzung des bestehenden Unterlassungstitels von einer neuen eigenständigen Verletzungshandlung abzugrenzen.²⁹⁵ In der Praxis stellt sich in diesem Zusammenhang häufig die Frage, ob eine in Konsequenz des ergangenen Unterlassungsgebots vorgenommene Änderung zB der Werbung/des Produkts ausreichend ist. Diese Bestimmung des Schutzumfangs ist ein „Korrektiv“,²⁹⁶ denn der Urteils- oder Beschlusstenor stellt, insbes. mit Blick auf den Bestimmtheitsgrundsatz, meist sehr eng auf die ganz konkrete Verletzungsform ab. Der Verbotsumfang/Schutzumfang soll sich jedoch auch auf solche Handlungen erstrecken, die von der ursprünglichen Verbotsform nur unbedeutend abweichen²⁹⁷ und damit dem „**Kern der Verletzungshandlung**“ entsprechen. Dabei geht es nicht um eine Titelerweiterung, sondern um die Erfassung einer „im Kern“, dh dem Unrechtsgehalt der ursprünglich erfassten Verletzungshandlung entsprechender und damit implizit mitgeprüfter und ebenfalls verbotener Handlung.²⁹⁸ Verfassungsrechtlich begegnen der Kerntheorie im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG keine Bedenken.²⁹⁹ Allerdings kann eine zeitlich zurückliegende Wettbewerbshandlung auch über die Kerntheorielehre nicht Grundlage eines Bestrafungsverfahrens sein, wenn insoweit ein Verbot im vorangegangenen Eilverfahren wegen Dringlichkeitsverlustes nicht mehr hätte erstritten werden können.³⁰⁰ Andernfalls würde das Erfordernis der Dringlichkeit, bei deren Nichtvorliegen der Gläubiger auf das Hauptsacheverfahren angewiesen ist, unterlaufen.

Str. ist nach wie vor, ob bei neuen Verletzungsformen, die nicht ausdrücklich von dem Unterlassungstitel erfasst werden, wohl aber nach der Kerntheorie hierunter fallen können, neben einem Bestrafungsverfahren auch ein zweites Erkenntnisverfahren zulässig ist.³⁰¹ Zumindest bei ungewissem Ausgang des Zwangsvollstreckungsverfahrens und einer drohenden Verjährung der aufgrund des neuerlichen Verstoßes geltend zu machenden wettbewerbsrechtlichen Ansprüche lässt der BGH ein weiteres Erkenntnisverfahren zu.³⁰²

Dagegen kann eine Handlung, die nicht die Charakteristika der vom Titel erfassten Handlung aufweist, keinesfalls mit einer weitergehenden Titelauslegung erfasst und damit einer Vollstreckung zugänglich gemacht werden. Dies verbietet sich schon auf Grund des (auch) strafähnlichen Charakters des Ordnungsmittels des § 890 ZPO.

Praxistipp:

Die Abgrenzung zwischen noch vom Titel erfassten und schon außerhalb des Kerns der Verletzungshandlung liegenden Verhaltensformen ist häufig schwierig. Wenn kein Verlust der Eilbedürftigkeit für ein einstweiliges Verfügungsverfahren zu befürchten steht, kann es sich aus Sicht des Gläubigers empfehlen, zunächst einen Vollstreckungsversuch zu unternehmen, bevor ein neues Erkenntnisverfahren eingeleitet wird.

²⁹³ BGH GRUR 2010, 855 (856) – Folienrollos; Ohly/Sosnitzka/Sosnitzka § 12 Rn. 242; Teplitzky/Feddersen Kap. 57 Rn. 5 Fn. 16.

²⁹⁴ BGH GRUR 2005, 443 (446) – Ansprechen in der Öffentlichkeit II mwN; zur Verfassungsmäßigkeit der „Kerntheorie“: BVerfG GRUR 2007, 618 (619) – Organisationsverschulden.

²⁹⁵ OLG Nürnberg MD 2004, 249 (250); BGH Beschl. v. 6.2.2013 – I ZB 79/11 = GRUR 2013, 1071 – Umsatzangaben.

²⁹⁶ So Teplitzky/Feddersen Kap. 57 Rn. 12.

²⁹⁷ OLG Köln WRP 1989, 334 (335) mAnm Teplitzky; Köhler/Bornkamm/Köhler § 12 UWG Rn. 6.4.

²⁹⁸ BGH WRP 1989, 572 (574) – Bioäquivalenz-Werbung; OLG München GRUR-RR 2011, 32 (33); Teplitzky/Feddersen Kap. 57 Rn. 14; Ohly/Sosnitzka/Sosnitzka § 12 Rn. 242; Gloy/Loschelder/Erdmann/Spätgens § 112 Rn. 51 f. mwN.

²⁹⁹ BVerfG GRUR 2007, 618.

³⁰⁰ BGH GRUR 2013, 1071 – Umsatzangaben; BGH GRUR 2013, 1235 – Restwertbörse II; BGH GRUR 2014, 706 – Reichweite des Unterlassungsgebots.

³⁰¹ Bejahend OLG Düsseldorf WRP 1993, 487 (488 f.); OLG Frankfurt WRP 1997, 51 (51 f.); KG Beschl. v. 29.3.2003 – 5 W 99/03 – nv; dagegen OLG Köln MD 2002, 293 (294); Ahrens/Ahrens Kap. 36 Rn. 123 ff.; Teplitzky/Feddersen Kap. 57 Rn. 16 ff.

³⁰² BGH GRUR 2011, 742 (744) – Leistungspakete im Preisvergleich (in Abgrenzung zu BGH GRUR 2010, 855 (857) – Folienrollos).

- 146 *bb) Beweislast.* Die Beweislast für die Zuwiderhandlung trifft den Gläubiger. Eine Glaubhaftmachung reicht nicht aus, der Nachweis ist im Wege des Vollbeweises zu führen.³⁰³ Geht es allerdings um die Frage, ob ein nach dem Unterlassungstitel vorgenommener Zusatz zu einer Werbung die im Unterlassungstitel festgestellte Irreführung nach § 5 UWG ausräumt, so ist diesbzgl. der Schuldner beweisbelastet.³⁰⁴
- 147 *c) Verschulden.* Wegen des strafähnlichen Charakters eines Ordnungsmittels ist ein Verschulden erforderlich.
- 148 *aa) Eigenes Verschulden.* Aus dem strafähnlichen Charakter folgt, dass es auf ein **eigenes Verschulden** ankommt, dh ein Verschulden des Schuldners selbst bzw. bei jur. Personen ein Verschulden der Organe. Dem Schuldner muss auf Grund des ergangenen Titels klar sein, was er nicht tun darf. Insoweit wirken sich wiederum das Bestimmtheiterfordernis und die Kerntheorie aus. Nur wenn in dem Verfahren unmissverständlich herausgearbeitet worden ist, was das für die Wettbewerbswidrigkeit Charakteristische ausmacht, kann ein Verschulden des Verletzers angenommen werden.³⁰⁵
- 149 *bb) Fremdes Verschulden.* Ein **fremdes Verschulden** reicht grds. nicht aus, auch dann nicht, wenn der Schuldner für diese Personen materiell-rechtlich nach §§ 278, 831 BGB oder insbes. auch nach § 8 Abs. 2 UWG eintreten müsste.³⁰⁶ Ausreichend ist jedoch jedes eigene Verschulden, dh es genügt einfache Fahrlässigkeit und insbes. auch **Organisationsverschulden** bzw. **unzureichende Überwachung** der Mitarbeiter. Konkret bedeutet dies, dass den Schuldner immer schon dann eigenes Verschulden trifft, wenn er nicht unverzüglich nach **Kenntnis** oder vermeidbarer Unkenntnis des Unterlassungstitels **alle ihm zumutbaren Maßnahmen** in Form eines Tuns und Unterlassens ergreift, um Zuwiderhandlungen zu vermeiden.³⁰⁷ Dazu gehört insbes. eine eingehende Belehrung und Überwachung der Mitarbeiter,³⁰⁸ Rückruf und ggf. Vernichtung von Produkten/Werbematerial³⁰⁹ oder auch die Stornierung von Werbeanzeigen. All diese Maßnahmen müssen im Weiteren **auch kontrolliert** werden.

Praxistipp:

Nach Eingang eines Unterlassungstitels beim Schuldner ist diesem nachdrücklich anzuraten, sämtliche von ihm ergriffenen Maßnahmen zur Respektierung des Unterlassungstitels sorgfältig durchzuführen und zu dokumentieren. Die vom Mandanten erteilten betrieblichen und außerbetrieblichen Anweisungen sollten vorsorglich miteinander abgestimmt werden, ebenso wie Kontrollmaßnahmen.

Eine (unrichtige) anwaltliche Auskunft zu der Frage, ob eine neue Verletzungshandlung vom Unterlassungstitel erfasst sei, entlastet den Schuldner grds. nicht.³¹⁰

- 150 *cc) Beweislast.* Die Beweislast für ein fehlendes Verschulden obliegt dem Schuldner, dh er hat nachzuweisen, dass ihn kein Verschulden an dem objektiv vorliegenden und vom Gläubiger nachgewiesenen Wettbewerbsverstoß trifft.³¹¹
- 151 *d) Titelfortfall.* Fällt ein Titel – etwa wegen Klagerücknahme vor Rechtskraft, Aufhebung des Urteils oder einer einstweiligen Verfügung – **vor der Zuwiderhandlung** weg, ist eine Ordnungsmittelfestsetzung in Ermangelung eines wirksamen Titels nicht möglich.

³⁰³ OLG Frankfurt Beschl. v. 5.8.2013 – 6 W 67/13.

³⁰⁴ BGH GRUR 1992, 525 (526) – Professorenbezeichnung in der Arztwerbung II.

³⁰⁵ OLG Nürnberg MD 2004, 249 (250).

³⁰⁶ BVerfGE 20, 323 (324 f.); BGH GRUR 1987, 648 (649) – Anwaltseilbrief; OLG Stuttgart WRP 1999, 1072 (1073); OLG Schleswig OLGR Schleswig 2001, 235; *Melullis* Rn. 950; Gloy/Loschelder/Erdmann/Spätgens § 112 Rn. 54 mwN.

³⁰⁷ OLG Frankfurt GRUR 1987, 652 (655).

³⁰⁸ OLG Hamburg NJW-RR 1993, 1392 (1392); OLG Köln WRP 2004, 1519 (1519 f.); OLG Schleswig MMR 2005, 854 (855).

³⁰⁹ BGH GRUR 2017, 208 – Rückruf von RESCUE-Produkten.

³¹⁰ BGH GRUR 1971, 223 (225) – Clix-Mann; *Melullis* Rn. 952.

³¹¹ So OLG Celle WRP 1973, 101 (102); OLG Köln WRP 1981, 546 (546 f.); OLG Zweibrücken WRP 1989, 63 (64); Gloy/Loschelder/Erdmann/Spätgens § 112 Rn. 56 mwN; *Nirk/Kurtze* Rn. 600 f.; aA OLG Nürnberg WRP 1999, 1184 (1185); OLG Schleswig OLGR Schleswig 2001, 235; *Ohly/Sosnitza/Sosnitza* § 12 Rn. 242; *Fezer/Büscher* § 12 Rn. 307; *Melullis* Rn. 954; *Teplitzky/Feddersen* Kap. 57 Rn. 28, wobei diese Autoren anerkennen, dass die Beweislast des Gläubigers in der Praxis meist durch eine tatsächliche Vermutung bzw. einen Anscheinsbeweis für das Vorliegen schuld begründender Umstände dazu führt, dass sich die Meinungen in der Praxis angleichen.