

Herausgeber

Prof. Dr. Helmut Köhler

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Wolfgang Büscher

Prof. Dr. Franz Hacker

Dr. Gangolf Hess

Prof. Dr. Stefan Leible

Dr. Reiner Münker

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

dfv' Mediengruppe
Frankfurt am Main

Editorial: Prof. Dr. Otto Teplitzky

Das Ende der notariellen Unterwerfung

1441 Prof. Dr. Inge Scherer

Die besonders schutzbedürftigen Verbraucher nach der UWG-Novelle 2015

1446 Prof. Dr. Paul T. Schrader

Gerichtliche Entscheidungsbefugnis und Prozessökonomie – Offene Fragen nach der BGH-Entscheidung „Sparkassen-Rot“

1451 Dr. Konrad Gieseler

Die Entwicklung der Wiederholungsgefahr als Fortsetzungsfeststellungsinteresse

1455 Dr. Michael Ott

Zustellungsfragen bei einer einstweiligen Verfügung

1458 Jonas Kiefer

Der BGH in Sachen „Himalaya Salz“

1474 Aleksandrs Ranks u. a. / Microsoft Corp. u. a.

EuGH, Urteil vom 12.10.2016 – C-166/15

1478 Patrick Breyer / Bundesrepublik Deutschland

EuGH, Urteil vom 19.10.2016 – C-582/14

1482 Microsoft u. a. / MIBAC u. a.

EuGH, Urteil vom 22.09.2016 – C-110/15

1486 Mc Fadden / Sony Music Entertainment Germany

EuGH, Urteil vom 15.09.2016 – C-484/14

1492 combit Software / Commit Business Solutions

EuGH, Urteil vom 22.09.2016 – C-223/15

1494 Notarielle Unterlassungserklärung

BGH, Urteil vom 21.04.2016 – I ZR 100/15

1498 Kommentar von Pascal Tavanti

1510 Kinderstube

BGH, Urteil vom 28.04.2016 – I ZR 254/14

1517 Geburtstagskarawane

BGH, Urteil vom 16.06.2016 – I ZR 222/14

1522 Silver Linings Playbook

BGH, Urteil vom 12.05.2016 – I ZR 86/15

1525 Tannöd

BGH, Urteil vom 12.05.2016 – I ZR 1/15

1531 GVR Tageszeitungen III

BGH, Urteil vom 15.09.2016 – I ZR 20/15

BGH: Notarielle Unterlassungserklärung

sein kann (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 18. September 2008, Armacell/HABM, C-514/06 P, nicht veröffentlicht, EU:C:2008:511, Rn. 56 und 57, und Beschluss vom 16. September 2010, Dominio de la Vega/HABM, C-459/09 P, nicht veröffentlicht, EU:C:2010:533, Rn. 30 und 31).

- 27** Entsprechendes muss in Rechtssachen gelten, deren Gegenstand das Recht des Inhabers einer Unionsmarke ist, die Benutzung eines Zeichens untersagen zu lassen, das eine Verwechslungsgefahr hervorruft. Art. 9 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 207/2009 schützt den Inhaber einer Unionsmarke vor jeder Benutzung, die die herkunftshinweisende Funktion dieser Marke beeinträchtigt oder beeinträchtigen könnte (vgl., in Bezug auf Art. 5 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2008/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2008 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken [ABl. 2008, L 299, S. 24], dessen Wortlaut dem des Art. 9 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 207/2009 entspricht, Urteil vom 3. März 2016, Daimler, C-179/15, EU:C:2016:134, Rn. 27 und die dort angeführte Rechtsprechung [= WRP 2016, 447]). Der Markeninhaber hat daher das Recht, eine solche Benutzung verbieten zu lassen, selbst wenn die betreffende Funktion nur in einem Teil der Union beeinträchtigt wird.
- 28** Aus alledem folgt, dass eine Verwechslungsgefahr im deutschsprachigen Teil der Union – wie sie hier vom vorlegenden Gericht festgestellt wurde – das angerufene Unionsmarkengericht zu dem Schluss veranlassen muss, dass eine Verletzung des durch diese Marke verliehenen ausschließlichen Rechts vorliegt.
- 29** Gelangt das Gericht zu dieser Feststellung, muss es nach Art. 102 Abs. 1 der Verordnung Nr. 207/2009 die Fortsetzung der Handlungen, die die Marke verletzen oder zu verletzen drohen, verbieten. Zwar gilt dies nach dieser Vorschrift nicht, wenn dem Verbot „besondere Gründe“ entgegenstehen, doch ist diese Ausnahme, wie der Gerichtshof bereits entschieden hat, eng auszulegen und bezieht sich nur auf bestimmte außergewöhnliche Umstände, die hier nicht gegeben sind (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 14. Dezember 2006, Nokia, C-316/05, EU:C:2006:789, Rn. 30, und Urteil vom 22. Juni 2016, Nikolajeva, C-280/15, EU:C:2016:467, Rn. 33).
- 30** Um den einheitlichen Schutz zu garantieren, den die Unionsmarke im gesamten Unionsgebiet genießt, muss sich das Verbot von Handlungen, die die Marke verletzen oder zu verletzen drohen, grundsätzlich auf dieses ganze Gebiet erstrecken (vgl., in Bezug auf die durch die Verordnung Nr. 207/2009 aufgehobene und ersetzte Verordnung [EG] Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke [ABl. 1994, L 11, S. 1], Urteil vom 12. April 2011, DHL Express France, C-235/09, EU:C:2011:238, Rn. 39 bis 44 [= WRP 2011, 736]).
- 31** Wie aus Rn. 48 des Urteils vom 12. April 2011, DHL Express France (C-235/09, EU:C:2011:238 [= WRP 2011, 736]), hervorgeht, muss das Unionsmarkengericht jedoch die territoriale Reichweite dieses Verbots begrenzen, falls es – wie im Ausgangsverfahren – feststellt, dass die Benutzung des in Rede stehenden ähnlichen Zeichens für Waren, die mit denjenigen identisch sind, für die die fragliche Unionsmarke eingetragen ist, in einem bestimmten Teil der Union insbesondere aus sprachlichen Gründen keine Verwechslungsgefahr hervorruft und dort die herkunftshinweisende Funktion der Marke somit nicht beeinträchtigen kann.
- 32** Kommt das Unionsmarkengericht auf der Grundlage der Tatsachen, die ihm grundsätzlich vom Beklagten zu unterbreiten sind, zu dem Schluss, dass in einem Teil der Union keine Verwechslungsgefahr besteht, kann nämlich der aus der Benutzung des fraglichen Zeichens resultierende rechtmäßige Handel in diesem Teil der Union nicht verboten werden. Wie der Generalanwalt in den Nrn. 25 bis 27 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, würde

ein solches Verbot über das durch die Unionsmarke verliehene ausschließliche Recht hinausgehen, da dieses Recht dem Inhaber der Marke nur gestattet, seine spezifischen Interessen als solche zu schützen, d. h., sicherzustellen, dass die Marke die ihr eigenen Funktionen erfüllen kann (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 12. April 2011, DHL Express France, C-235/09, EU:C:2011:238, Rn. 46 und 47 [= WRP 2011, 736]).

Die Feststellung des Fehlens einer Verwechslungsgefahr in einem Teil der Union kann sich nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs nur auf eine Prüfung aller relevanten Umstände des Einzelfalls stützen. Die Beurteilung muss einen Vergleich der einander gegenüberstehenden Zeichen in bildlicher, klanglicher und begrifflicher Hinsicht umfassen, wobei insbesondere ihre unterscheidungskräftigen und dominierenden Elemente zu berücksichtigen sind (Urteil vom 25. Juni 2015, Loutfi Management Propriété intellectuelle, C-147/14, EU:C:2015:420, Rn. 23 und die dort angeführte Rechtsprechung).

Überdies muss der Teil der Union, für den das betreffende Unionsmarkengericht das Fehlen einer tatsächlichen oder möglichen Beeinträchtigung der Funktionen der Marke feststellt, von diesem Gericht genau bestimmt werden, damit dem gemäß Art. 102 der Verordnung Nr. 207/2009 ausgesprochenen Verbot der Benutzung des fraglichen Zeichens eindeutig zu entnehmen ist, welcher Teil des Unionsgebiets nicht von ihm erfasst wird. Will das Gericht – wie hier – bestimmte Sprachräume der Union, etwa die als „englischsprachig“ bezeichneten, vom Benutzungsverbot ausnehmen, muss es umfassend angeben, welche Gebiete dabei gemeint sind.

Die Auslegung, nach der das Verbot der Benutzung eines Zeichens, das die Gefahr von Verwechslungen mit einer Unionsmarke hervorruft, für das gesamte Gebiet der Union – mit Ausnahme des Teils dieses Gebiets, für den eine solche Gefahr verneint wurde – gilt, beeinträchtigt nicht die Einheitlichkeit der Unionsmarke im Sinne von Art. 1 Abs. 2 der Verordnung Nr. 207/2009, da das Recht des Markeninhabers gewahrt bleibt, jede Benutzung verbieten zu lassen, die die seiner Marke eigenen Funktionen beeinträchtigt.

Nach alledem ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass Art. 1 Abs. 2, Art. 9 Abs. 1 Buchst. b und Art. 102 Abs. 1 der Verordnung Nr. 207/2009 dahin auszulegen sind, dass ein Unionsmarkengericht, wenn es feststellt, dass die Benutzung eines Zeichens in einem Teil des Unionsgebiets zur Gefahr von Verwechslungen mit einer Unionsmarke führt, während in einem anderen Teil dieses Gebiets keine solche Gefahr besteht, zu dem Schluss kommen muss, dass eine Verletzung des durch die Marke verliehenen ausschließlichen Rechts vorliegt, und die Benutzung des Zeichens für das gesamte Unionsgebiet mit Ausnahme des Teils, für den eine Verwechslungsgefahr verneint wurde, untersagen muss. (...)

Wettbewerbsrecht

Notarielle Unterlassungserklärung

UWG § 8 Abs. 1 S. 1, §§ 13, 14; ZPO §§ 724, 794 Abs. 1 Nr. 5, §§ 795, 797 Abs. 2, §§ 798, 890, 926

BGH, Urteil vom 21.04.2016 – IZR 100/15

Vorinstanzen: OLG Köln, 10.04.2015 – 6 U 149/14; LG Köln, 23.09.2014 – 33 O 29/14

ECLI:DE:BGH:2016:210416UIZR100.15.0

a) Der Zugang einer vom Schuldner abgegebenen notariellen Unterlassungserklärung beseitigt nicht das Rechts-

schutzbedürfnis des Gläubigers für eine gerichtliche Verfolgung des Unterlassungsanspruchs.

b) Lässt sich der Gläubiger auf die Streitbeilegung mittels notarieller Unterlassungserklärung ein, so ist für den Wegfall der Wiederholungsgefahr die Zustellung des Beschlusses über die Androhung von Ordnungsmitteln gem. § 890 Abs. 2 ZPO beim Schuldner erforderlich.

Tatbestand:

- 1 Die Parteien handeln über das Internet mit Fahrradzubehör. Die Klägerin mahnte den Beklagten im Dezember 2013 wegen einer irreführenden Produktbeschreibung ab. Dieser verpflichtete sich mit notarieller Urkunde vom 9. Dezember 2013, das beanstandete Verhalten zu unterlassen, und unterwarf sich der sofortigen Zwangsvollstreckung. Die Klägerin erwirkte in Kenntnis der notariellen Urkunde eine auf Unterlassung des beanstandeten Verhaltens gerichtete einstweilige Verfügung des Landgerichts Köln vom 18. Dezember 2013.
- 2 Im Januar 2014 beantragte die Klägerin bei dem Landgericht Köln zu der notariellen Urkunde die Androhung von Ordnungsmitteln. Der Beklagte rügte die örtliche Unzuständigkeit des Landgerichts Köln für das Androhungsverfahren. Im Verfügungsverfahren beantragte er die Fristsetzung zur Hauptsacheklage nach § 926 ZPO, die das Landgericht Köln am 30. Januar 2014 anordnete. Den Antrag auf Ordnungsmittelandrohung wies das Landgericht Köln mit Beschluss vom 11. März 2014 zurück, weil es seine Zuständigkeit verneinte. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Klägerin war erfolglos (OLG Köln, Beschluss vom 26. März 2014 – 6 W 43/14, GRUR-RR 2014, 277 = WRP 2014, 746). Am 10. April 2014 beantragte die Klägerin bei dem Amtsgericht Ingolstadt, in dessen Bezirk der die Unterlassungserklärung beurkundende Notar seinen Sitz hatte, die Androhung von Ordnungsmitteln. Das Amtsgericht erließ den Androhungsbeschluss am 16. Mai 2014, der dem Beklagten am 21. Mai 2014 zugestellt wurde.
- 3 Nach Anordnung der Klageerhebung hat die Klägerin die vorliegende Klage zur Hauptsache anhängig gemacht, mit der sie zunächst Unterlassung und Freistellung von den vorgerichtlichen Abmahnkosten in Höhe von 413,90 € verlangt hat. Nach Zustellung des Androhungsbeschlusses des Amtsgerichts an den Beklagten hat die Klägerin den Unterlassungsantrag für erledigt erklärt. Der Beklagte hat sich der Erledigungserklärung nicht angeschlossen.
- 4 Das Landgericht hat den Freistellungsanspruch zuerkannt und den auf Feststellung der Erledigung des Unterlassungsantrags gerichteten Klageantrag abgewiesen (LG Köln, Urteil vom 23. September 2014 – 33 O 29/14, juris [= K&R 2015, 67, Ls.]). Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht die Feststellung ausgesprochen, dass der ursprüngliche Unterlassungsantrag erledigt ist (OLG Köln, Urteil vom 10. April 2015 – 6 U 149/14, GRUR-RR 2015, 405 = WRP 2015, 623). Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen auf Abweisung des Feststellungsantrags gerichteten Antrag weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

- 5 I. Das Berufungsgericht hat den Klageantrag auf Feststellung der Erledigung des Unterlassungsantrags für begründet erachtet und hierzu ausgeführt:

Die Unterlassungsklage sei ursprünglich zulässig und begründet gewesen. Erst durch Zustellung des Beschlusses über die Androhung von Ordnungsmitteln des Amtsgerichts Ingolstadt sei die Wiederholungsgefahr entfallen und der Unterlassungsanspruch unbegründet geworden.

Das Rechtsschutzbedürfnis für die Unterlassungsklage habe nicht gefehlt. Nach der Zustellung einer notariellen Unterlassungserklärung bestehe zwar für eine Hauptsacheklage – anders als für ein Eilverfahren – grundsätzlich kein Rechtsschutzbedürfnis, weil der Gläubiger durch die notarielle Urkunde ebenso gesichert sei wie durch einen gerichtlichen Titel in der Hauptsache. Der Gläubiger könne einen auf die Androhung von Ordnungsmitteln gerichteten Beschluss schneller erlangen als ein Urteil im Hauptsacheverfahren. Der vorliegend bis zum Erlass des Androhungsbeschlusses verstrichene Zeitraum falle in den Verantwortungsbereich der Klägerin, die ihren Antrag zunächst bei einem unzuständigen Gericht gestellt habe. Das Rechtsschutzbedürfnis bestehe vorliegend jedoch ausnahmsweise, weil der Klägerin auf Antrag des Beklagten eine Frist zur Erhebung der Hauptsacheklage nach § 926 Abs. 1 ZPO gesetzt worden sei. Zwar sei fraglich, ob dem Antrag des Beklagten auf Anordnung der Hauptsacheklage ein Rechtsschutzbedürfnis zugrunde gelegen habe, weil er seine Unterlassungspflicht nicht in Abrede gestellt und mit seinem Antrag nur das Ziel verfolgt habe, sich der Kosten des Verfügungsverfahrens zu entledigen. Der Klägerin könne es jedoch nicht zugemutet werden, zunächst abzuwarten, ob der Antrag des Beklagten nach § 926 Abs. 2 ZPO als unzulässig zurückgewiesen werde. Der Beklagte habe mit seinem Antrag das prozessuale Vorgehen der Klägerin vorgegeben.

Die Unterlassungsklage sei anfänglich begründet gewesen. Die angegriffene Handlung sei wettbewerbswidrig gewesen. Die Wiederholungsgefahr sei erst durch die Zustellung des Beschlusses über die Androhung von Ordnungsmitteln zu der notariell beurkundeten Unterlassungserklärung entfallen. Anders als im Falle einer strafbewehrten Unterlassungserklärung gehe von der notariellen Unterwerfung unmittelbar nach ihrer Abgabe noch keine Abschreckungswirkung aus, weil sie noch dem Schuldner zugestellt, durch den Gläubiger ein Androhungsbeschluss beantragt, der Schuldner hierzu angehört und ihm der Androhungsbeschluss zugestellt werden müsse. So werde dem Schuldner ein erheblicher Zeitraum eröffnet, währenddessen er mit einer Ahndung von Verstößen nicht rechnen müsse. Von der Möglichkeit, die notarielle Unterlassungserklärung mit weiteren Sicherungsmitteln – etwa einer strafbewehrten Unterwerfung, die mit der auflösenden Bedingung der Zustellung des Androhungsbeschlusses versehen sei – zu verbinden, habe der Beklagte keinen Gebrauch gemacht.

II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision des Beklagten hat keinen Erfolg.

1. Hat der Kläger den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt, ist zu prüfen, ob der Unterlassungsantrag bis zum geltend gemachten erledigenden Ereignis zulässig und begründet war und – wenn dies der Fall ist – durch dieses Ereignis unzulässig oder unbegründet geworden ist. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, ist die Erledigung der Hauptsache festzustellen; anderenfalls ist die Klage abzuweisen oder – wenn die Klage in der Vorinstanz erfolglos war – das Rechtsmittel zurückzuweisen (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 27. Oktober 2011 – I ZR 131/10, GRUR 2012, 651 Rn. 17 = WRP 2012, 1118 – regierung-oberfranken.de; Urteil vom 30. Januar 2014 – I ZR 107/10, GRUR 2014, 385 Rn. 13 = WRP 2014, 443 – H 15).

BGH: Notarielle Unterlassungserklärung

- 11 2. Die Annahme des Berufungsgerichts, der Unterlassungsantrag sei im Zeitpunkt der Klageerhebung zulässig gewesen, insbesondere habe ein Rechtsschutzbedürfnis der Klägerin für die Klage bestanden, hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand.
- 12 a) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts folgt ein Rechtsschutzinteresse im Streitfall noch nicht allein aus dem Umstand, dass die Klägerin mit der Klageerhebung der auf Antrag des Beklagten ergangenen Anordnung nach § 926 Abs. 1 ZPO Folge geleistet hat. Zwar wäre die einstweilige Verfügung vom 18. Dezember 2013 nach § 926 Abs. 2 ZPO möglicherweise aufgehoben worden, wenn die Klägerin die Klage nicht erhoben hätte. Jedoch vermag die Fristsetzung nach § 926 Abs. 1 ZPO ein fehlendes Rechtsschutzinteresse ebenso wenig wie eine fehlende materielle Voraussetzung der Klage zu ersetzen (vgl. BGH, Urteil vom 11. Dezember 1986 – IX ZR 165/85, NJW-RR 1987, 683, 685; Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, 22. Aufl., § 926 Rn. 8). Entscheidend ist vielmehr, ob der Klägerin angesichts der ihr zugegangenen notariellen Unterlassungserklärung im Zeitpunkt der Klageerhebung ein schutzwürdiges Interesse an der Rechtsverfolgung im Hauptsacheverfahren zuzubilligen war.
- 13 b) Leistungsklagen, mit denen fällige Ansprüche verfolgt werden, sind grundsätzlich ohne Darlegung eines besonderen Interesses an einem Urteil zulässig. Nur wenn das Rechtsschutzbedürfnis ausnahmsweise aus besonderen Gründen fehlt, ist eine solche Klage als unzulässig abzuweisen (Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., § 89 IV 1 Rn. 30 f.). Dies kann der Fall sein, wenn der Kläger bereits einen vollstreckbaren Titel über den geltend gemachten Anspruch besitzt und daraus unschwer die Zwangsvollstreckung betreiben kann. Allerdings ist dem Gläubiger trotz eines Vollstreckungstitels die Erhebung der Klage nicht verwehrt, wenn er hierfür einen verständigen Grund hat (BGH, Urteil vom 19. Dezember 2006 – XI ZR 113/06, WM 2007, 588 Rn. 10).
- 14 aa) Der Erlass einer einstweiligen Verfügung steht der Verfolgung des im Eilverfahren nur vorläufig titulierten Anspruchs im Hauptsacheverfahren nicht entgegen, solange nicht der Schuldner eine Abschlusserklärung abgegeben hat (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 2. Juli 2009 – I ZR 146/07, BGHZ 181, 373 Rn. 14 [= WRP 2009, 1388] – Mescher weis; Urteil vom 19. Mai 2010 – I ZR 177/07, GRUR 2010, 855 Rn. 16 = WRP 2010, 1035 – Folienrollos, mwN). Im Ausnahmefall kann sich die parallele Vorgehensweise als rechtsmissbräuchlich im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG erweisen, wenn der Gläubiger ohne Not das Hauptsacheverfahren einleitet und nicht abwartet, ob die beantragte Verfügung erlassen und vom Gegner als endgültige Regelung akzeptiert wird (vgl. BGH, Urteil vom 20. Dezember 2001 – I ZR 215/98, GRUR 2002, 715, 716 = WRP 2002, 977 – Scanner-Werbung).
- 15 Unter diesem Aspekt ist die Klägerin im Streitfall an der Einleitung des Hauptsacheverfahrens nicht gehindert gewesen. Der Beklagte hat durch seinen Antrag auf Fristsetzung zur Hauptsacheklage nach § 926 Abs. 1 ZPO zu erkennen gegeben, dass er nicht bereit ist, die einstweilige Verfügung als endgültige Regelung zu akzeptieren.
- 16 bb) Das Rechtsschutzbedürfnis ist durch den Zugang der notariellen Unterwerfung nicht beseitigt worden, weil die Klägerin vernünftige Gründe hatte, ihren Unterlassungsanspruch gleichwohl gerichtlich geltend zu machen.
- 17 (1) Die Vollstreckung aus einer notariellen Urkunde im Sinne des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO setzt zunächst voraus, dass sich der Schuldner wegen eines Anspruchs, der einen vollstreckungsfähigen Inhalt hat und konkret und inhaltlich bestimmt bezeichnet ist (vgl. BGH, Beschluss vom 5. September 2012 – VII ZB 55/11, MDR 2012, 1371 Rn. 14 ff.), der sofortigen Zwangsvollstreckung

unterwirft. Die Zwangsvollstreckung findet aus der mit der Vollstreckungsklausel versehenen vollstreckbaren Ausfertigung (§§ 795, 724 ZPO) statt, die der die Urkunde verwahrende Notar erteilt (§ 797 Abs. 2 ZPO). Im Falle einer in der Urkunde titulierten Unterlassungsverpflichtung bedarf es für die Vollstreckung einer Androhung von Ordnungsmitteln nach § 890 Abs. 2 ZPO (vgl. Köhler, GRUR 2010, 6, 8; Nippe, WRP 2015, 532, 534; Teplitzky, WRP 2015, 527, 528). Die Vollstreckung darf nur beginnen, wenn der Schuldtitel mindestens zwei Wochen vorher zugestellt ist (§ 798 ZPO).

(2) Ob die Errichtung einer notariellen Unterlassungserklärung und ihr Zugang beim Gläubiger bereits das Rechtsschutzbedürfnis für die gerichtliche Rechtsverfolgung beseitigen, wird kontrovers beurteilt. Teilweise wird vertreten, bereits die Zustellung einer vollstreckbaren Ausfertigung der notariellen Unterwerfungserklärung lasse das Rechtsschutzbedürfnis entfallen, sofern der Schuldner den Gläubiger auf das Erfordernis einer Ordnungsmittelandrohung nach § 890 Abs. 2 ZPO hinweise (MünchKomm.UWG/Fritzsche, 2. Aufl., § 8 Rn. 62; Köhler, GRUR 2010, 6, 8 f.). Nach anderer Auffassung lässt die notarielle Unterlassungserklärung bis zur Zustellung eines solchen Androhungsbeschlusses das Rechtsschutzbedürfnis unberührt, da der Schuldner in der Zwischenzeit gegen die Unterlassungspflicht verstoßen kann, ohne mit der Verhängung eines Ordnungsmittels rechnen zu müssen (Bornkamm in Köhler/Bornkamm, UWG, 34. Aufl., § 12 Rn. 1.112d; [für das Eilverfahren] Berneke/Schüttpelz, Die einstweilige Verfügung in Wettbewerbssachen, 3. Aufl., S. 30 Rn. 100; jurisPR-WettbR/Hess 2/2015 Anm. 2; Teplitzky, WRP 2015, 527, 531; Tavanti, WRP 2015, 1411, 1412). Ferner wird die Gleichwertigkeit der notariellen Unterwerfung für den Fall bezweifelt, dass das Ordnungsmittelverfahren nicht beim Landgericht, sondern bei analoger Anwendung des § 797 Abs. 3 ZPO beim Amtsgericht am Ort des beurkundenden Notars durchzuführen ist (jurisPR-WettbR/Hess 2/2015 Anm. 2; vgl. auch Nippe, WRP 2015, 532, 536).

(3) Die Klägerin hatte auch nach Zugang der notariellen Unterlassungserklärung vernünftige Gründe, am gerichtlichen Vorgehen gegen den Beklagten festzuhalten.

Solange aus einer notariell beurkundeten Unterlassungserklärung mangels Zustellung eines Androhungsbeschlusses nach § 890 Abs. 2 ZPO oder Ablaufs der Wartefrist des § 798 ZPO nicht vollstreckt werden kann, verfügt der Gläubiger nicht über einen dem gerichtlichen Titel in der Hauptsache gleichwertige Vollstreckungsmöglichkeit, weil zwischenzeitliche Verstöße des Schuldners gegen seine Unterlassungspflicht nicht geahndet werden können und es somit an der effektiven Sicherung der Unterlassungspflicht fehlt (vgl. Bornkamm in Köhler/Bornkamm aaO § 12 Rn. 1.112d).

Der Gläubiger muss sich auf die notarielle Unterwerfung aber auch wegen der mit ihrer Durchsetzung verbundenen Unsicherheiten und Erschwernisse nicht einlassen. Besondere Bedeutung erlangt hier die in der Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beantwortete Frage, welches Gericht als Prozessgericht erster Instanz für den Erlass der Ordnungsmittelandrohung (§ 890 Abs. 2 ZPO) sowie die Durchführung des Bestrafungsverfahrens (§ 890 Abs. 1 ZPO) zuständig ist (für das Amtsgericht am Sitz des Notars: OLG Köln, WRP 2014, 746; OLG München, WRP 2015, 646; OLG Naumburg, Beschluss vom 21. Juni 1999 – 7 W 28/99, juris; OLG Düsseldorf, WRP 2015, 71; Zöller/Stöber, ZPO, 31. Aufl., § 890 Rn. 14 iVm § 887 Rn. 6; MünchKomm.ZPO/Gruber, 4. Aufl., § 890 Rn. 25 u. 16 iVm § 887 Rn. 25; für das Gericht, das für den Hauptanspruch zuständig wäre: LG Paderborn, WRP 2014, 117; Nippe, WRP 2015, 532, 534; Teplitzky, WRP 2015, 527, 528; Tavanti, WRP 2015, 1411, 1412).

- 22** Dass schon die Klärung der Zuständigkeitsfrage für das Androhungsverfahren zu erheblichen zeitlichen Schutzlücken führen kann, veranschaulicht der vorliegende Fall. Die Klägerin hat, nachdem sie im Dezember 2013 die notarielle Unterlassungserklärung erhalten hatte, im Januar 2014 den Erlass des Androhungsbeschlusses bei dem Landgericht Köln beantragt, das diesen Antrag – nach entsprechender Rüge des Beklagten – mit Beschluss vom 11. März 2014 wegen örtlicher Unzuständigkeit zurückwies. Nach erfolglos durchgeführtem Beschwerdeverfahren und erneuter Antragstellung vor dem Amtsgericht Ingolstadt ist der Anordnungsbeschluss am 16. Mai 2014 ergangen und dem Beklagten am 21. Mai 2014 zugestellt worden.
- 23** Soweit die Revision darauf verweist, dass bis zum Zugang einer strafbewehrten Unterlassungserklärung oder – sofern der Schuldner sich nicht unterwirft – bis zum Erlass eines Titels im Verfügungsverfahren gleichermaßen zeitliche Schutzlücken bestünden, so ist dies im vorliegenden Zusammenhang ohne Bedeutung. Im Rahmen der Beurteilung des Rechtsschutzbedürfnisses ist allein maßgeblich, ob der bereits bestehende Titel eine dem angestrebten Titel gleichwertige Vollstreckungsmöglichkeit bietet. Dies ist nicht der Fall, solange der Beschluss über die Androhung von Ordnungsmitteln wegen Verstoßes gegen die notarielle Unterlassungserklärung nicht dem Schuldner zugestellt ist.
- 24** Aus der Sicht des Gläubigers besteht ein weiterer Nachteil der notariellen Unterlassungserklärung darin, dass er mit der Möglichkeit rechnen muss, das Ordnungsmittelverfahren vor dem Amtsgericht am Sitz des Notars durchführen und bei der Beurteilung der Reichweite einer Unterlassungsverpflichtung und der Kerngleichheit von Handlungen auf die besondere Erfahrung der nach § 13 UWG ständig mit Wettbewerbssachen befassten Landgerichte verzichten zu müssen. Zugleich ist dem Gläubiger die Möglichkeit der nach Maßgabe des § 14 UWG eröffneten Gerichtsstandswahl genommen, wohingegen der Schuldner die Zuständigkeit des Gerichts das Ordnungsmittelverfahren durch die Wahl des Notars beeinflussen kann (vgl. jurisPR-WettbR/Hess 2/2015 Anm. 2), wenn tatsächlich eine amtsgerichtliche Zuständigkeit für das Ordnungsmittelverfahren bejaht werden sollte.
- 25** Mithin bestehen vernünftige Gründe für den Gläubiger, auch nach Zugang einer notariellen Unterlassungserklärung am gerichtlichen Vorgehen gegen den Schuldner festzuhalten. Lässt sich der Gläubiger nicht auf die Streiterledigung mittels notarieller Unterwerfung ein, indem er etwa davon absieht, die Ordnungsmittelandrohung gemäß § 890 Abs. 2 ZPO herbeizuführen, so bleibt das Rechtsschutzbedürfnis für das gerichtliche Vorgehen unberührt. Der Gläubiger hat es deshalb in der Hand, ob er sich auf die notariell beurkundete Unterwerfung einlässt und die Androhung von Ordnungsmitteln beantragt oder davon absieht und einen Unterlassungstitel im Hauptsacheverfahren erwirkt.
- 26** c) Im Streitfall hat der Zugang der notariellen Unterlassungserklärung das Rechtsschutzbedürfnis für die Erhebung der Hauptsacheklage mithin nicht beseitigt.
- 27** 3. Der Unterlassungsantrag war, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, im Zeitpunkt der Klageerhebung auch begründet.
- 28** a) Die Beurteilung des Berufungsgerichts, die angegriffene werbliche Angabe sei wegen ihres irreführenden Inhalts wettbewerbswidrig gewesen, greift die Revision nicht an. Rechtsfehler sind insoweit auch nicht ersichtlich.
- 29** b) Die durch die begangene Rechtsverletzung begründete tatsächliche Vermutung für das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr ist durch den Zugang der notariellen Unterlassungserklärung vom 9. Dezember 2013 bei der Klägerin nicht beseitigt worden.
- aa) Dass die notarielle Unterlassungserklärung – wie andere Vollstreckungstitel auch – im Grundsatz geeignet ist, die Wiederholungsgefahr zu beseitigen, steht nicht in Zweifel (vgl. Köhler, GRUR 2010, 6, 9; Teplitzky, WRP 2015, 527, 531). Besonderheiten ergeben sich allerdings im Hinblick auf die aus der Gleichstellung mit gerichtlichen Titeln folgenden sowie in § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO genannten Erfordernisse an den Inhalt der Urkunde. Danach muss sich der Schuldner wegen eines Anspruchs, der einen vollstreckungsfähigen Inhalt hat und konkret und inhaltlich bestimmt bezeichnet ist, der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfen (vgl. Zöller/Stöber aaO § 794 Rn. 27 ff.). Aus dem Charakter der notariellen Unterlassungserklärung als Willenserklärung des Schuldners folgt zudem – wie im Falle der strafbewehrten Unterwerfung – das Erfordernis der Ernsthaftigkeit der Erklärung (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juli 1997 – I ZR 62/95, GRUR 1998, 483, 485 = WRP 1998, 1296 – Der M.-Markt packt aus). Zudem muss die Erklärung den gesetzlichen Unterlassungsanspruch im vollen Umfang erfassen, um die Wiederholungsgefahr auszuräumen (vgl. BGH, Urteil vom 17. September 2015 – I ZR 92/14, GRUR 2016, 395 Rn. 34 = WRP 2016, 454 – Smartphone-Werbung, mwN). Die Frage, ob für die Beseitigung der Wiederholungsgefahr durch die notarielle Unterlassungserklärung die Zustellung des Androhungsbeschlusses nach § 890 Abs. 2 ZPO erforderlich ist, wird mit den bereits im Rahmen der Zulässigkeit der Klage (dazu Rn. 18) dargestellten Gründen unterschiedlich beurteilt. Schließlich ist auch in diesem Zusammenhang die zweiwöchige Wartefrist nach Zustellung des Schuldtitels zu beachten (§ 798 ZPO).
- bb) Das Berufungsgericht hat implizit angenommen, dass die notarielle Unterlassungserklärung des Beklagten den Unterlassungsanspruch bestimmt und in der nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO erforderlichen Weise inhaltlich konkret bezeichnet und sich der Beklagte der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat. Das Berufungsgericht ist weiter davon ausgegangen, dass der Beklagte der Klägerin eine vollstreckbare Ausfertigung der notariellen Urkunde hat zukommen lassen. Diese Annahmen lassen keinen Rechtsfehler erkennen und werden von der Revision nicht angegriffen. Sie sind der rechtlichen Beurteilung im Revisionsverfahren zugrunde zu legen. Zugunsten der Revision ist ferner davon auszugehen, dass auch die Wartefrist des § 798 ZPO abgelaufen ist.
- cc) Das Berufungsgericht hat weiter angenommen, dass die notarielle Unterlassungserklärung die erforderliche Ernsthaftigkeit aufweise. Aus der Wahl dieser Erklärungsform anstelle einer strafbewehrten Unterwerfung könne nicht gefolgert werden, dass der Beklagte künftige Verstöße einkalkuliert habe. Der Beklagte habe für die Errichtung der notariellen Urkunde erhebliche Kosten auf sich genommen und zugleich erklärt, die Kosten des noch erforderlichen Androhungsbeschlusses tragen zu wollen. Das Berufungsgericht hat ferner implizit angenommen, dass die notarielle Erklärung den gesetzlichen Unterlassungsanspruch vollen Umfangs erfasst. Diese Annahmen halten der rechtlichen Nachprüfung stand.
- dd) Für den Wegfall der Wiederholungsgefahr ist im Falle der notariellen Unterlassungserklärung jedoch die Zustellung eines Beschlusses über die Androhung von Ordnungsmitteln nach § 890 Abs. 2 ZPO erforderlich, die im Streitfall erst nach Klageerhebung erfolgt ist.
- (1) Hierfür spricht der Umstand, dass andernfalls in der Zeit zwischen Zugang der Erklärung und der Zustellung des Andro-

Tavanti, Kommentar zu BGH, Notarielle Unterlassungserklärung

hungsbeschlusses Rechtsschutzlücken eintreten, die mit dem Gebot des effizienten Rechtsschutzes nicht vereinbar sind (dazu Rn. 20 ff.).

- 35** (2) Die Zustellung des Androhungsbeschlusses erlangt mit Blick auf den Wegfall der Wiederholungsgefahr auch deshalb Bedeutung, weil sich hieraus die Verfolgungsbereitschaft des Gläubigers ergibt. Hat der Gläubiger einen gerichtlichen Unterlassungstitel erstritten, ist in der Regel davon auszugehen, dass er diesen auch durchsetzen wird, so dass die Annahme des Wegfalls der Wiederholungsgefahr auch gegenüber Dritten gerechtfertigt ist (vgl. BGH, Urteil vom 19. Dezember 2002 – I ZR 160/00, GRUR 2003, 450, 452 = WRP 2003, 511 – Begrenzte Preissenkung; Bornkamm in Köhler/Bornkamm aaO § 8 Rn. 1.49; Teplitzky, WRP 2015, 527, 528). Gleiches gilt wegen des Anreizes zur Durchsetzung einer verwirkten Vertragsstrafe bei einer strafbewehrten Unterwerfungserklärung (vgl. Teplitzky, WRP 2015, 527, 528). Bei der notariellen Unterlassungserklärung fehlt es an entsprechenden Indizien für die Verfolgungsbereitschaft des Gläubigers. Erst wenn er den von ihm erwirkten Androhungsbeschluss hat zustellen lassen, kann angenommen werden, dass er das Unterlassungsgebot auch durchsetzen wird.
- 36** (3) Eine andere Beurteilung ist nicht deshalb angezeigt, weil der Schuldner keinen Einfluss darauf hat, dass der Gläubiger die Ordnungsmittelandrohung auch wirklich herbeiführt (so aber MünchKomm.UWG/Fritzsche aaO § 8 Rn. 62).
- 37** Es ist vielmehr Sache des Gläubigers, sich für die aus seiner Sicht angemessene Form der Rechtsdurchsetzung zu entscheiden, sofern nicht der Schuldner – dem gesetzlichen Leitbild der außergerichtlichen Streitbeilegung (§ 12 Abs. 1 S. 1 UWG) entsprechend (vgl. jurisPR-WettbR/Hess 2/2015 Anm. 2 unter C II) – eine vertragsstrafenbewehrte Unterlassungserklärung abgibt. Das Interesse des Schuldners, im Rahmen der außergerichtlichen Streitbeilegung für den Fall des Verstoßes eine Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB) auszuschließen, mag zwar für die Abgabe einer notariellen Unterlassungserklärung sprechen, weil umstritten ist, ob der Ausschluss der Haftung für Erfüllungsgehilfen in einer strafbewehrten Unterwerfung ihre Eignung zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr berührt (vgl. [dafür, dass ein Ausschluss die Wiederholungsgefahr bestehen lässt] Fezer/Büscher, UWG, 2. Aufl., § 8 Rn. 71; Dittmer in Büscher/Dittmer/Schiwy, Gewerblicher Rechtsschutz Urheberrecht Medienrecht, 3. Aufl., Vor § 12 Rn. 86; MünchKomm.UWG/Fritzsche aaO § 8 Rn. 55; Harte/Henning/Brüning, UWG, 3. Aufl., § 12 Rn. 189; aA [für Entfallen der Wiederholungsgefahr] Bornkamm in Köhler/Bornkamm aaO § 12 Rn. 1.156; ders. in Festschrift Tilmann [2003], S. 769, 776; GK-UWG/Feddersen, 2. Aufl., § 12 B Rn. 134; Teplitzky/Kessen, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 11. Aufl., Kap. 8 Rn. 29a; Teplitzky, VuR 2009, 83, 87; Traub in Festschrift Gaedertz [1992], S. 563, 573 f.). Die Haftung für Erfüllungsgehilfen kann der Schuldner, der sich nicht strafbewehrt unterwerfen möchte, jedenfalls dadurch vermeiden, dass er sich anstelle einer außergerichtlichen Erledigung im Wege des gerichtlichen Verfahrens – gegebenenfalls aufgrund Anerkenntnisses – zur Unterlassung verurteilen lässt, wenn er diesem Punkt so große Bedeutung beimisst.
- 38** Das Interesse des Schuldners, der eine notarielle Unterlassungserklärung gegenüber der strafbewehrten Unterwerfung bevorzugt, weil er im Falle des Verstoßes gegen die Unterlassungsverpflichtung lieber der Staatskasse ein Ordnungsgeld als seinem Wettbewerber eine Vertragsstrafe zahlen will, hat ebenfalls hinter dem Interesse des Gläubigers zurückzustehen, die Einhaltung des Unterlassungsanspruchs effektiv zu sichern. Dass das System der wettbewerbsrechtlichen Anspruchsdurchsetzung im Wege der Vertragsstrafe zu relevanten Wettbewerbsverzerrungen führt, weil die Zahlung dem Gläubiger zugute kommt (vgl.

Köhler, GRUR 2010, 6, 8), ist nicht zu erkennen. Vielmehr wohnt der Aussicht, dem Wettbewerber im Falle des Verstoßes eine Vertragsstrafe zahlen zu müssen, für den Unterlassungsschuldner gerade eine besondere Abschreckungswirkung inne. Auch wenn – wie die Revision vorbringt – die Vertragsstrafe zu einer Bereicherung des Gläubigers führen sollte, der durch die Rechtsverletzung keinen Schaden erlitten hat, liegt die durch die strafbewehrte Unterwerfung erzielte wirkungsvolle Durchsetzung des Lauterkeitsrechts im Interesse nicht nur des Gläubigers, sondern auch der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb (§ 1 S. 2 UWG).

(4) Die Revision verweist auch in diesem Zusammenhang ohne Erfolg darauf, dass eine zeitliche Rechtsschutzlücke gleichermaßen bestehe, wenn der Gläubiger mangels Unterwerfung des Schuldners eine einstweilige Verfügung beantragt. Ist der Gläubiger gezwungen, gerichtliche Hilfe in Anspruch zu nehmen, so hat die hiermit verbundene Verfahrensdauer keinerlei Bezug zu den Vor- und Nachteilen verschiedener außergerichtlicher Streitbeilegungsmechanismen.

(5) Im Streitfall hat mithin der Zugang der notariellen Unterlassungserklärung vor Klageerhebung die Wiederholungsgefahr nicht beseitigt.

4. Die Revision wendet sich ohne Erfolg gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, dass sich der Unterlassungsantrag in der Hauptsache durch Zustellung des Beschlusses über die Androhung von Ordnungsmitteln am 21. Mai 2014 erledigt hat, weil der Klageantrag infolge Wegfalls der Wiederholungsgefahr unbegründet geworden ist.

Mit der Zustellung des Androhungsbeschlusses hat die Klägerin zum Ausdruck gebracht, die notariell beurkundete Unterlassungspflicht durchsetzen zu wollen. Damit besteht die für den Wegfall der Wiederholungsgefahr zu verlangende Verfolgungsbereitschaft des Anspruchsgläubigers, der sich auf das Verfahren einer notariell beurkundeten Unterlassungsverpflichtung eingelassen hat (dazu Rn. 35). Auch die weiteren für den Wegfall der Wiederholungsgefahr zu verlangenden Voraussetzungen sind gegeben (dazu Rn. 31 f.).

III. Mithin ist die Revision des Beklagten mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

KOMMENTAR

Die Idee der „notariellen Unterwerfung“ rief in den Jahren 2015 und 2016 zunehmend kritische Reaktionen hervor. *Bornkamm* riet jedem unterwerfungsbereiten Schuldner ausdrücklich davon ab, eine notarielle Unterlassungserklärung abzugeben; letztlich werde deutlich, dass der Vorschlag der notariellen Unterwerfung in die Irre führe (*Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, 34. Aufl. 2016, § 12 Rn. 1.112d.). Das Landgericht Berlin vertrat in seinem Urteil vom 04.08.2015 (15 O 56/15, WRP 2015, 1407 mit Anm. *Tavanti*, WRP 2015, 1411, Berufungsverfahren noch anhängig beim Kammergericht, 5 U 115/15) den Standpunkt, dass das Rechtsschutzbedürfnis für eine Unterlassungsklage auch dann gegeben ist, wenn der Unterlassungsschuldner eine notarielle Unterwerfungserklärung abgegeben hat. Die notarielle Unterwerfungserklärung erscheine aus mehreren Gründen einem gerichtlichen Titel nicht gleichwertig: Die Notwendigkeit, einen Beschluss auf Androhung von Ordnungsmitteln gemäß § 890 Abs. 2 ZPO zu erwirken, könne sich für den Gläubiger ungünstig auswirken. Insbesondere bestehe das Risiko der Zurückweisung

eines solchen Antrags, weil (noch) unklar sei, welches Gericht für das Androhungsverfahren zuständig ist. Könne der Unterlassungsschuldner durch die Wahl des Notars auch das für den Androhungsbeschluss zuständige Gericht mittelbar auswählen, würde dem Unterlassungsgläubiger die ihm sonst zustehende Wahlmöglichkeit zwischen den Gerichtsständen genommen werden (dazu auch *Hess*, WRP 2015, Editorial Heft 5-2015; *Nippe*, WRP 2015, 532 ff.; *Teplitzky*, WRP 2015, 527 ff.). Aufgrund der bisher nicht abschließend beantworteten Frage, welches Gericht für den Erlass des Androhungsbeschlusses zuständig sei, bestehe die Gefahr, dass sich das Androhungsverfahren zu Lasten des Unterlassungsgläubigers in die Länge ziehe.

- 2 Der Bundesgerichtshof griff nun in seiner hier zuvor abgedruckten Entscheidung die Gedanken des Landgerichts Berlin auf und stellte gleichzeitig die Rechtslage so differenziert dar, dass die Rechtsanwender konkrete Handlungsempfehlungen daraus ableiten können. Aus den Ausführungen des Bundesgerichtshofs lassen sich auch Argumente für andere das Wettbewerbsverfahrensrecht betreffende Fragestellungen ableiten.
- 3 Der Bundesgerichtshof hat *nicht* festgestellt, dass das Rechtsschutzbedürfnis für eine Unterlassungsklage unter keinen Umständen durch eine notarielle Unterwerfungserklärung beseitigt werden kann. Gibt der Unterlassungsschuldner eine solche Erklärung ab und beantragt der Gläubiger daraufhin den Erlass des Androhungsbeschlusses nach § 890 Abs. 2 ZPO, entfällt das Rechtsschutzbedürfnis für eine Unterlassungsklage mit Zustellung des Androhungsbeschlusses. Für eine solche Vorgehensweise des Gläubigers können verschiedene Umstände sprechen: Der Gläubiger kann beispielsweise daran interessiert sein, die notarielle Unterlassungserklärung anzunehmen, wenn er sich seiner Sache nicht sicher ist und deshalb das mit einem Klageverfahren verbundene Risiko nicht auf sich nehmen will. Daneben können bestehende oder künftig angestrebte Geschäftsbeziehungen dafür sprechen, die notariell beurkundete Erklärung zu akzeptieren und die Auseinandersetzung nicht weiter eskalieren zu lassen. Vielleicht möchte der Gläubiger auch aus anderen Gründen Rücksicht auf den Schuldner nehmen und weiteren Aufwand vermeiden. Welche Motive auch immer seinem Handeln zugrunde liegen mögen, der Gläubiger ist in der Lage, der notariellen Unterlassungserklärung durch Herbeiführung des Androhungsbeschlusses rechtliche Relevanz zukommen zu lassen. Allerdings verhält er sich nicht treuwidrig, wenn er den Antrag auf Erlass des Androhungsbeschlusses nicht stellt und dadurch die notarielle Unterwerfung ins Leere laufen lässt.
- 4 Mit Erlass des Androhungsbeschlusses wird die Wiederholungsgefahr ausgeräumt. Die Wiederholungsgefahr entfällt nicht nur zwischen den Streitparteien untereinander, sondern auch in Bezug auf andere Personen, die aufgrund der Verletzungshandlung ihrerseits berechtigt gewesen wären, Unterlassung zu verlangen. Dementsprechend kann der Unterlassungsschuldner weiteren Abmahnungen Dritter die notarielle Unterwerfungserklärung und den Androhungsbeschluss entgegenhalten. Der Drittgläubiger muss in diesem Fall akzeptieren, dass die Wiederholungsgefahr auch ihm gegenüber beseitigt worden ist, so dass eine weitere Verfolgung des Unterlassungsanspruchs nicht mehr in Betracht kommt.
- 5 Vor Erlass des Androhungsbeschlusses setzt sich der Schuldner jedoch weiterhin der Gefahr berechtigter Abmahnungen aus. Die ursprünglich abmahnende Partei – aber auch jede andere anspruchsberechtigte Person – kann darüber hinaus einen Verfolgungsantrag bei Gericht einreichen oder Unterlassungsklage erheben. Unter diesen Umständen kann dem von *Bornkamm* geäußerten Rat, der Unterlassungsschuldner möge einen anderen Weg als die notarielle Unterwerfung wählen, nur beigespflichtet werden.

Zu Recht weist der Bundesgerichtshof darauf hin, dass der Unterlassungsgläubiger auch nach dem Zugang der notariellen Unterlassungserklärung vernünftige Gründe dafür haben kann, am gerichtlichen Vorgehen festzuhalten. Tatsache ist: Ein Verstoß gegen die Unterlassungspflicht kann nicht aus dem notariellen Unterlassungsversprechen heraus sanktioniert werden, solange der Androhungsbeschluss nicht erlassen worden ist. Daneben stellt der Bundesgerichtshof auf die „Unsicherheiten und Erschwernisse“ (Rn. 21 der Entscheidung) ab, die mit der Durchsetzung des durch die notarielle Urkunde titulierten Unterlassungsanspruchs verbunden sind. Damit wendet sich der Bundesgerichtshof auch gegen die Argumentation, dass die Berufung auf noch bestehende Unklarheiten im Recht unzulässig sei, weil man eben wissen müsse, wie das Recht richtig anzuwenden ist.

Das OLG Köln vertrat in seiner vorgehenden Entscheidung (Beschluss vom 26.03.2014 – I-6 W 43/14, WRP 2014, 746) die Auffassung, dass es „in jeder Hinsicht unbedenklich“ sei, wenn der Unterlassungsschuldner dem Gläubiger durch die Wahl des Notars mittelbar den Gerichtsstand für das Androhungsverfahren aufzwingen kann, zumal die Möglichkeit bestehe, eine „allerdings erkennbar unbegründete Klage“ bei einem anderen nach § 14 UWG zuständigen Gericht zu erheben. Diese etwas apodiktische Wortwahl gab dem Leser der OLG-Entscheidung ebenso zu denken wie der Verweis auf eine aus Sicht des OLG Köln ohnehin sinnlose Klageerhebung. Der Bundesgerichtshof hat hingegen zu Recht darauf abgestellt, dass dem Unterlassungsgläubiger durch die in Betracht kommende schuldnerseitige Bestimmung des Gerichtstandes ein Nachteil entstehen würde (Rn. 24). Allein deshalb sei die sich aus der notariellen Unterlassungserklärung ergebende Möglichkeit der Zwangsvollstreckung nicht als gleichwertige Vollstreckungsvariante zu sehen. Für den Gläubiger sei es nämlich von Vorteil, wenn ein nach § 13 UWG ständig mit Wettbewerbssachen befasstes Landgericht die Entscheidung über den gegebenenfalls zu stellenden Ordnungsmittelantrag treffen würde. Dem ist zuzustimmen. Die Auslegung einer Unterlassungsverpflichtung und die damit einhergehende Bestimmung des Umfangs des Unterlassungsversprechens gehen einem erfahrenen Landgericht leichter – und besser – von der Hand. Allerdings sind nicht alle Landgerichte hinreichend häufig mit lauterkeitsrechtlichen Streitigkeiten befasst, um aufgrund verfestigter Erfahrungswerte zu entsprechenden Entscheidungen kommen zu können. Manche Landgerichtskammern räumen gleich zu Beginn der mündlichen Verhandlung ein, dass sie vom Lauterkeitsrecht an sich keine Ahnung haben. Hier soll nicht der Aufgabe des „fliegenden Gerichtsstandes“ das Wort geredet werden. Allerdings wäre es günstig, wenn häufiger von der Konzentrationsermächtigung nach § 13 Abs. 2 UWG Gebrauch gemacht werden würde. Die Länder Sachsen und Mecklenburg-Vorpommern sind hier mit gutem Beispiel vorangegangen. Außerdem streitet die Argumentation des Bundesgerichtshofs auch dafür, Vertragsstrafenansprüche der ausschließlichen Zuständigkeit der Landgerichte nach § 13 Abs. 1 S. 1 UWG zuzuordnen (vgl. *Büscher*, in: *Fezer/Büscher*, 3. Aufl. 2016, § 13 Rn. 7 mit weiteren Nachweisen). Künftig sollten Vertragsstrafenklagen daher bei den Landgerichten eingereicht werden, da sich die Amtsgerichte aus validen Gründen für unzuständig halten dürfen.

Der Bundesgerichtshof hält die Zustellung des Androhungsbeschlusses für den Wegfall der Wiederholungsgefahr auch deshalb für erheblich, weil sich aus der Zustellung die Verfolgungsbereitschaft des Gläubigers ergebe. Allerdings lässt sich die Verfolgungsbereitschaft des Gläubigers bereits an der Stellung des Antrags auf Erlass des Androhungsbeschlusses ablesen. Bei anderen Fallgestaltungen kommt es im Übrigen nicht auf die Verfolgungsbereitschaft des Gläubigers an. So ist beispielsweise

allgemein anerkannt, dass eine Unterlassungserklärung auch dann die Wiederholungsgefahr entfallen lassen kann, wenn der Gläubiger die Annahme des Angebots auf Abschluss eines Unterlassungsvertrages verweigert, obwohl die Unterlassungserklärung mit einem hinreichend hohen Vertragsstrafenversprechen versehen ist und auch ansonsten den Anforderungen genügt (BGH, 24.11.1983 – I ZR 192/81, WRP 1984, 199 – Copy Charge). Die Verweigerung der Annahme des Unterlassungsvertrages lässt darauf schließen, dass der Gläubiger keine Verhandlungshandlungen auf Grundlage der einseitig gebliebenen Unterlassungserklärung durchführen will.

- 9 Am Rande streift der Bundesgerichtshof in den Entscheidungsgründen auch den Streit über die Frage, ob der Ausschluss der Haftung für Erfüllungsgehilfen in einer vertragsstrafenbewehrten Unterlassungserklärung dazu führt, dass die Wiederholungsgefahr trotz Abgabe der Unterlassungserklärung nicht beseitigt wird (Rn. 37). Der Vorsitzende des I. Zivilsenats am Bundesgerichtshof, der zu den Richtern zählt, die das hier besprochene Urteil erlassen haben, vertritt den Standpunkt, dass ein solcher Haftungsausschluss die Wiederholungsgefahr nicht entfallen lässt (Büscher, in: Fezer/Büscher, 3. Aufl. 2016, § 8 Rn. 71 mit weiteren Nachweisen). Der Bundesgerichtshof hat die zu treffende Entscheidung nicht zum Anlass genommen, sich zu diesem Streit eindeutig zu positionieren. Er belässt es bei dem Hinweis darauf, dass sich der Schuldner zur Unterlassung verurteilen lassen könne, „wenn er diesem Punkt so große Bedeutung beimisst“ (Rn. 37). Diese etwas herausfordernde Formulierung spricht nicht dafür, dass der erkennende Senat dem Unterlassungsschuldner ein berechtigtes Interesse für den Ausschluss der Erfüllungsgehilfen-Haftung zubilligen würde. Wer über die notwendige Risikobereitschaft verfügt, sollte künftig auf eine durch den Ausschluss der Haftung für Erfüllungsgehilfen beschränkte Unterlassungserklärung mit der Einreichung eines Verfügungsantrags reagieren.
- 10 Aus heutiger Sicht scheint es so, als hätte die notarielle Unterwerfung spätestens im Sommer 2015 „schon kurz vor ihrem Ende“ gestanden (so: *Teplitzky*, im Editorial dieses Heftes). Bis zur Verkündung und Begründung des vorstehend abgedruckten BGH-Urteils haben etliche Rechtsanwender jedoch noch auf unterschiedliche Szenarien gewettet. Eine generelle Erwartungshaltung hatte sich noch nicht herausgebildet. Notarielle Unterlassungserklärungen wurden auch noch im Jahr 2016 abgegeben. Umso erfreulicher ist es, dass der BGH nun für Klarheit gesorgt hat.

RA Pascal Tavanti, Berlin*

Wettbewerbsrecht/Kartellrecht

Kreiskliniken Calw

AEUV Art. 106 Abs. 2, Art. 108 Abs. 3; LKHG BW § 3 Abs. 1

BGH, Urteil vom 24.03.2016 – I ZR 263/14

Vorinstanzen: OLG Stuttgart, 20.11.2014 – 2 U 11/14; LG Tübingen, 23.12.2013 – 5 O 72/13

ECLI:DE:BGH:2016:240316UIZR263.14.0

a) Die allein die öffentliche Hand treffende Pflicht zur Aufrechterhaltung eines Krankenhausbetriebs auch im Fall seiner Unwirtschaftlichkeit rechtfertigt es, die medizini-

sche Versorgung durch ein öffentliches Krankenhaus als dem staatlichen Defizitausgleich zugängliche Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne von Art. 106 Abs. 2 AEUV anzusehen.

b) Die Voraussetzungen für die Betriebspflicht gemäß § 3 Abs. 1 LKHG BW sind ohne weiteres erfüllt, soweit ein öffentliches Krankenhaus in den Krankenhausplan aufgenommen worden ist.

c) Die Transparenzkriterien des Art. 4 der Entscheidung 2005/842/EG und des Beschlusses 2012/21/EU sind keine rein formalen Regelungen, deren Nichteinhaltung ohne Rechtsfolgen bleibt; vielmehr sind staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen von der Pflicht zur vorherigen Anmeldung nur dann freigestellt, wenn sie die jeweils in den Artikeln 4 der Entscheidung und des Beschlusses genannten Voraussetzungen erfüllen.

Tatbestand:

Der Kläger ist der Bundesverband Deutscher Privatkliniken. Ihm gehören zwölf Landesverbände an, deren Mitglieder die privaten Träger von mehr als 1.000 Krankenhäusern und Rehabilitationskliniken sind. Die überwiegende Anzahl der Mitglieder betreibt Krankenhäuser, die in den Krankenhausplan eines Bundeslandes aufgenommen sind (Plankrankenhäuser). Zu den satzungsmäßigen Aufgaben des Klägers gehört die allgemeine ideelle Wahrnehmung der beruflichen und wirtschaftlichen Interessen von Kliniken und Einrichtungen der Akutversorgung, Prävention, Rehabilitation und Pflege sowie von angegliederten Versorgungseinrichtungen im stationären, teilstationären und ambulanten Bereich.

Der Beklagte, der Landkreis Calw, ist neben der Klinikverbund Südwest GmbH Gesellschafter der Kreiskliniken Calw gGmbH (nachfolgend: Kreiskliniken Calw), die Krankenhäuser in Calw und Nagold betreiben. Diese Krankenhäuser sind seit dem Jahr 1999 in den Krankenhausplan des Landes Baden-Württemberg aufgenommen. Im Krankenhausplan 2010 sind sie mit 426 Planbetten für sieben Fachgebiete der Grund- und Regelversorgung ausgewiesen. Der Beklagte hat aufgrund eines Konsortialvertrags, den er mit der Klinikverbund Südwest GmbH und anderen Betreibern öffentlicher Krankenhäuser abgeschlossen hat, Verluste der Krankenhäuser Calw und Nagold auszugleichen und die erforderlichen Investitionen sicherzustellen.

In seiner Sitzung vom 21. April 2008 betraute der Kreistag des Beklagten die Krankenhäuser Calw und Nagold der Kreiskliniken Calw mit der Erbringung näher bezeichneter medizinischer Versorgungsleistungen und Notfalldienste als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. Der Betrauungsakt wurde vom Landrat des Beklagten am 22. April 2008 unterzeichnet und ausgefertigt. Am 16. Dezember 2013 verabschiedete der Kreistag des Beklagten einen weiteren vom Landrat am 19. Dezember 2013 unterzeichneten Betrauungsakt, in dem er die Krankenhäuser Calw und Nagold der Kreiskliniken Calw für bestimmte Fachgebiete mit der Erbringung näher beschriebener Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraute und der den Betrauungsakt vom 21. April 2008 mit Wirkung zum 1. Januar 2014 ersetzte.

Die Jahresabschlüsse der Kreiskliniken Calw wiesen Fehlbeträge von 562.869 € im Jahr 2010, 3.347.154 € im Jahr 2011 und etwa 6.200.000 € im Jahr 2012 aus. Der Kreistag des Beklagten fasste am 17. Dezember 2012 den Beschluss, die handelsrechtlichen Verluste (Jahresfehlbeträge) der Kreiskliniken Calw für das Jahr

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 1575.