

# Wegfall der Wiederholungsgefahr bei Unterlassungsansprüchen

Von stud. iur. **Felix Meyer**, München\*

*In der juristischen Ausbildung kommt den Unterlassungsansprüchen im Vergleich zu Schadensersatzansprüchen ein Schattendasein zu. Daher beschäftigen sich viele Studierende zu wenig mit der materiell-rechtlichen Voraussetzung für einen Unterlassungsanspruch, der Wiederholungsgefahr und dem möglichen Wegfall der Wiederholungsgefahr. Dies obwohl in der Praxis, gerade in wettbewerbsrechtlichen oder immaterialgüterrechtlichen Rechtsstreitigkeiten, dem Unterlassungsanspruch und mit ihm verbundene Fragen eine wichtige Rolle zukommt. Dieser Beitrag dient dazu die Wiederholungsgefahr und die Möglichkeiten ihres Wegfalls darzustellen. Ebenso soll ein Beitrag zu der Diskussion um das relativ neue Phänomen der notariellen Unterwerfungserklärung geleistet werden.<sup>1</sup>*

## I. Einleitung

Während sich Schadensersatzansprüche auf die Kompensation für schon begangene Rechtsverletzungen beziehen, verfolgt der Gläubiger eines Unterlassungsanspruches die Verhinderung weiterer Rechtsverletzungen in der Zukunft. Dies führt dazu, dass ein Unterlassungsanspruch durchaus das schärfere Schwert sein kann, immerhin kann damit einem Mitbewerber ein ganzer Geschäftsbetrieb untersagt werden. Dies führt dazu, dass der Unterlassungsanspruch gerade im Recht des geistigen Eigentums und im Wettbewerbsrecht eine große Rolle spielt. Doch auch im allgemeinen Zivilrecht, und damit auch für den Pflichtstoff, ist der Unterlassungsanspruch von Bedeutung. So können z.B. im BGB in §§ 12, 1004 BGB, § 823 i.V.m. § 1004 BGB analog Unterlassungsansprüche gefunden werden. Im UKlaG sind an bestimmten Stellen (§ 3 UKlaG) für fehlerhafte AGB ebenfalls Unterlassungsansprüche vorgesehen, §§ 1, 1a, 2 UKlaG. Auch hier beziehen sich also die Unterlassungsansprüche auf Verstöße gegen das BGB und andere Teile des Verbraucherschutzrechts. Für alle Unterlassungsansprüche ist die Wiederholungsgefahr materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzung. Ein Unterlassungsschuldner wird daher versuchen, dass diese Wiederholungsgefahr entfällt. Es werden hier zunächst verschiedene Unterlassungsansprüche dargestellt (II.). Anschließend wird die Wiederholungsgefahr erklärt (III.) und ebenso die Möglichkeiten für den Wegfall einer solchen Wiederholungsgefahr mit Kritik an den einzelnen Möglichkeiten (IV.). Gerade in den letzten Jahren gab es eine Entwicklung, dass die strafbewehrte Unterlassungserklärung nicht mehr nur das „einzige“ Mittel für den Wegfall ist. Zu guter Letzt werden die wichtigsten Voraussetzungen für einen gelungenen Wegfall der Wiederholungsgefahr zusammengefasst (V.).

---

\* Der Verf. ist Student der Rechtswissenschaften an der Ludwig-Maximilians-Universität München und studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Wirtschaftsrecht und geistiges Eigentum an der TU München von Prof. Dr. Christoph Ann.

<sup>1</sup> Dieses Rechtsinstitut hat das LG Köln (Urt. v. 23.9.2014 – 33 O 29/14, Rn. 18 ff.) erstmals begründet für den Wegfall der Wiederholungsgefahr anerkannt.

## II. Unterlassungsansprüche

Zunächst wird ein Überblick über verschiedene Unterlassungsansprüche gegeben. Damit soll zum einen die Bandbreite dargestellt werden. Zum anderen sollen die für die Ausbildung relevanten Ansprüche im allgemeinen Zivilrecht ebenso wie die für die Praxis (und entsprechende Schwerpunktbereiche) wichtigen Ansprüche aus dem Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht dadurch näher beleuchtet werden. Bei absoluten Rechten ist der Unterlassungsanspruch eine Ausformung der Ausschließungsbefugnis.<sup>2</sup>

### 1. Im allgemeinen Zivilrecht

Es werden hier kurz die bereits erwähnten, nicht abschließend aufgezählten,<sup>3</sup> Ansprüche aus dem allgemeinen Zivilrecht dargestellt.

#### a) Namensrecht, §12 BGB

In § 12 BGB ist das Namensrecht geregelt. Geschützt werden sowohl der bürgerliche Name, wie auch eine Unternehmensbezeichnung oder Firma.<sup>4</sup> Das Namensrecht dient sowohl immaterialgüter- wie auch persönlichkeitsrechtlichen Interessen.<sup>5</sup> Das Namensrecht bewirkt daher einen zweipoligen Schutz,<sup>6</sup> geschützt werden also sowohl immaterielle als auch Vermögensinteressen. Diese Norm enthält neben dem Beseitigungsanspruch aus § 12 S. 1 BGB auch einen Unterlassungsanspruch, § 12 S. 2 BGB. Der Unterlassungsanspruch ist dabei verschuldensunabhängig.<sup>7</sup> Die Wiederholungsgefahr ist materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzung.<sup>8</sup>

#### b) Eigentumsschutz, § 1004 BGB

Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen, soweit er die Beeinträchtigung nicht dulden muss; sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen, § 1004 Abs. 1 S. 1 u. 2 BGB.<sup>9</sup> Auch § 1004 Abs. 1 BGB für den Eigentumsschutz setzt kein Verschulden voraus.<sup>10</sup> Nach § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB ist die Wiederholungsgefahr hier sogar („weitere

---

<sup>2</sup> Böhm, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage, 1979, S. 67.

<sup>3</sup> Zu Denken ist hierbei etwa auch an § 862 BGB.

<sup>4</sup> Ellenberger, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 74. Aufl. 2015, § 12 Rn. 4.

<sup>5</sup> Koos, GRUR 2004, 808 (813); Säcker, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 12 Rn. 2; Habermann, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2013, § 12 Rn. 19.

<sup>6</sup> Säcker (Fn. 5), § 12 Rn. 3.

<sup>7</sup> Ellenberger (Fn. 4), § 12 Rn. 37.

<sup>8</sup> Habermann (Fn. 5), § 12 Rn. 267 ff., 352 ff.

<sup>9</sup> Schreiber, Jura 2013, 111 (112).

<sup>10</sup> Schreiber, Jura 2013, 111 (117); Gursky, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2012, § 1004 Rn. 35.

Beeinträchtigungen zu besorgen sind“) ex verbis materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzung.<sup>11</sup> Die Bandbreite von Eigentumsbeeinträchtigungen ist dabei nahezu grenzenlos: Ob eine Tanne des Nachbargrundstückes durch ihr Wurzelwerk die Garagenwand beschädigt,<sup>12</sup> Miterben sich gegenseitig das Fischen verbieten wollen,<sup>13</sup> die Papierfabrik von 1867 im Tal nachts zu laut ist<sup>14</sup> oder ein Schweinemastbetrieb in der Nachbarschaft zur Geruchsbelästigung führt.<sup>15</sup>

#### c) Sonstiger Rechtsgüterschutz, §§ 823, 1004 BGB analog

In entsprechender Anwendung des § 1004 BGB schützt dieser alle absoluten Rechte.<sup>16</sup> Einem Verletzten steht daher neben dem Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB auch ein Unterlassungsanspruch aus §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB, zu.<sup>17</sup> Darüber hinaus wird § 1004 BGB analog auch auf alle deliktisch geschützten Rechte und Rechtsgüter, also etwa nach § 823 Abs. 1 BGB, angewandt.<sup>18</sup> Durch Rechtsfortbildung hat dies die Rechtsprechung aus den gesetzlich geregelten Unterlassungsansprüchen weiterentwickelt.<sup>19</sup> Auch hierfür ist die Wiederholungsgefahr materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzung.<sup>20</sup> Der Unterlassungsanspruch spielt hier besonders beim Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechtes<sup>21</sup> und des eingerichteten Gewerbebetriebs eine große Rolle.

#### d) UKlaG

Das UKlaG enthält in seinen §§ 1-2a weitere Unterlassungsansprüche. Die Verbandsklage ergänzt dabei den Schutz gegen unwirksame AGB im Individualverfahren, weil der Einzelne nicht umfassend zur Beseitigung unwirksamer AGB im Rechtsverkehr beitragen kann.<sup>22</sup> Dadurch wird zudem eine effektivere präventive Kontrolle von AGB-Klauseln ermöglicht.<sup>23</sup> Das UKlaG, wie auch die Regelungen zu den AGB in §§ 305-310 BGB, sind stark von europäischen Richtlinien geprägt, die bei der Auslegung zu beachten sind.<sup>24</sup> Die Ansprüche aus §§ 1-2 UKlaG stehen nur anspruchsberechtigten

Stellen aus § 3 UKlaG zu, das sind also qualifizierte Einrichtungen, sprich Verbraucherschutzverbände (§ 4 UKlaG), wie auch Interessenverbände und Industrie- und Handelskammern oder eine Handwerkskammer. § 3a UKlaG verweist für die anspruchsberechtigten Stellen für § 2a UKlaG auf § 95b Abs. 1 S. 1 UrhG. § 1 UKlaG schützt gegen den Inhalt von AGB, nicht etwa gegen die Art der Einbeziehung, wie etwa durch schlechte Leserlichkeit.<sup>25</sup> § 1a UKlaG enthält einen Anspruch gegen die Verwendung oder Empfehlung von AGB die gegen §§ 271a Abs. 1-3, 286 Abs. 5, 288 Abs. 6 BGB verstoßen. § 2 Abs. 2 UKlaG enthält einen Katalog von weiteren verbraucherschützenden Vorschriften. Bei einem Verstoß gegen diesen Katalog durch eigene Verwendung oder Empfehlung von entsprechenden AGB an Dritte besteht ein Unterlassungsanspruch, § 2 Abs. 1 UKlaG. Ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung ist auch hier wieder die Wiederholungsgefahr.<sup>26</sup>

#### 2. Im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht

In der Praxis von größter Relevanz sind die Unterlassungsansprüche im Wettbewerbsrecht und im Recht des Geistigen Eigentums. Daher wird jemand, der Rechtsprechung zum Themenfeld der Unterlassungsansprüche und der Wiederholungsgefahr sucht gerade in diesem Bereich fündig und dieser Bereich gibt in gewisser Weise die „Marschroute“ für das allgemeine Zivilrecht vor.<sup>27</sup>

Im Patentrecht ist der Unterlassungsanspruch in § 139 Abs. 1 PatG genannt. Genauso ist § 24 Abs. 1 GebrMG ausgestaltet. Im deutschen Designrecht ist er in § 42 Abs. 1 DesignG geregelt, im Topografieschutz in § 9 Abs. 1 HalbSchG, im Sortenschutzrecht § 37 Abs. 1 SortSchG.

Im Markenrecht ist der Unterlassungsanspruch in § 14 Abs. 5 MarkenG geregelt.

Im Recht des unlauteren Wettbewerbs ist er in § 8 Abs. 1 UWG statuiert.

Die Unterlassungsansprüche sind nicht nur bei einer Wiederholungsgefahr, also wenn bereits mindestens einmal eine Verletzungshandlung schon begangen wurde, sondern auch bei der Gefahr dass eine solche Verletzung das erste Mal droht (Erstbegehungsgefahr), gegeben. Ein Verschulden ist jeweils nicht notwendig, es reicht die objektive Verletzungshandlung. Durch die Durchsetzungsrichtlinie<sup>28</sup> wurden die Ansprüche im Recht des geistigen Eigentums weitgehend harmonisiert.

<sup>25</sup> Bassenge (Fn. 16), § 1 UKlaG Rn. 2.

<sup>26</sup> BGH NJW 2013, 593 (594 Rn. 17); Niebling, MDR 2012, 1071 (1072), der zum Wegfall der Wiederholungsgefahr ausführt: „Grundsätzlich ist die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung erforderlich.“; Bassenge (Fn. 16), § 1 UKlaG Rn. 8, § 1a UKlaG Rn. 3, § 2 UKlaG Rn. 6.

<sup>27</sup> BGH (NJW 2013, 593 [594 Rn. 17]) verweist beispielsweise ausdrücklich auf die parallele Auslegung zwischen § 1 UKlaG und § 8 UWG.

<sup>28</sup> Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Rates und des Europäischen Parlaments vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums; auch Enforcement-Richtlinie genannt.

<sup>11</sup> Baldus, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 1004 Rn. 289 der entsprechend der allg. Auffassung aber auch darauf hinweist, dass entgegen des Wortlauts eine hinreichender Erstbegehungsgefahr ausreicht.

<sup>12</sup> BGH NJW 2004, 1035.

<sup>13</sup> BayObLGZ 1995, 174.

<sup>14</sup> BGH NJW 1995, 132.

<sup>15</sup> BGHZ 140, 1.

<sup>16</sup> Schreiber, Jura 2013, 111; Bassenge, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 74. Aufl. 2015, § 1004 Rn. 4.

<sup>17</sup> Sprau, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 74. Aufl. 2015, § 823 Rn. 79.

<sup>18</sup> Schreiber, Jura 2013, 111 (112).

<sup>19</sup> Sprau (Fn. 17), Einf. v. § 823 Rn. 27.

<sup>20</sup> BGH NJW 2005, 594; Sprau (Fn. 17), Einf. v. § 823 Rn. 29.

<sup>21</sup> Vgl. Ehmann, Jura 2011, 437 (445).

<sup>22</sup> Niebling, MDR 2012, 1071.

<sup>23</sup> Löhning/Gietl, JuS 2012, 494 (500).

<sup>24</sup> Niebling, MDR 2012, 1071.

### III. Die Wiederholungsgefahr

Unterlassungsansprüche zielen darauf ab, dass eine Verletzungshandlung in der Zukunft nicht noch einmal vorgenommen wird. Der Anspruch würde also ins Leere laufen, wenn der Verletzer ohnehin keine weiteren Verletzungshandlungen vornimmt und dies auch nicht zu befürchten ist. Daher ist für Unterlassungsansprüche die Wiederholungsgefahr eine materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzung. Wenn eine rechtswidrige Verletzungshandlung bereits erfolgt ist, kann sich daraus ohne Weiteres die Gefahr für weitere Verletzungshandlungen tatsächlich vermuten lassen.<sup>29</sup> Das klingt zwar nach „Wer einmal verletzt, der tut es wieder“<sup>30</sup>, wenn jedoch ein Verletzer bereits einmal rechtswidrig eine Verletzungshandlung begangen hat, ist es nicht ersichtlich warum er aufhören sollte weitere Verletzungshandlungen vorzunehmen. Vielmehr sind – mangels anderer Hinweise – eben eine oder mehrere weitere Verletzungshandlungen tatsächlich zu vermuten. Wenn dies der Fall ist, läuft der Unterlassungsanspruch nicht mehr ins Leere, sondern erfüllt gerade seinen Zweck: Dem Verletzer weitere Verletzungen zu untersagen.

### IV. Möglichkeiten des Wegfalls der Wiederholungsgefahr

Da es sich bei der Wiederholungsgefahr um eine tatsächliche Vermutung handelt, muss der Schuldner diese Vermutung widerlegen, wenn er dem Anspruch entgehen möchte. Ob dies gelingt, ist eine Frage des Einzelfalls. Eine reine Zusage zukünftig von Verletzungshandlungen abzusehen oder das bloße Einstellen der Verletzungshandlung reichen dazu nicht aus. Viel mehr darf an der Ernstlichkeit einer Erklärung der Einstellung der Verletzungshandlung kein Zweifel bestehen. Grundsätzlich sind hohe Maßstäbe an den Wegfall der Wiederholungsgefahr zu setzen. So reicht beispielsweise ein zeitlich begrenzter Lizenzvertrag zu ihrer Ausräumung nicht aus.<sup>31</sup> Nach den Kriterien, die in Rechtsprechung und Literatur zum Wegfall der Wiederholungsgefahr herausgearbeitet wurden, kommt der strafbewehrten Unterlassungserklärung eine große Bedeutung zu.<sup>32</sup> Doch in letzter Zeit trat neben sie ebenso die notarielle Unterwerfungserklärung wie auch der liberale Umgang, dass tatsächliche Veränderungen die Wiederholungsgefahr entfallen lässt.

#### 1. Die strafbewehrte Unterlassungserklärung

Früher wurde vertreten, dass mit einer strafbewehrten Unterlassungserklärung lediglich das (allgemeine oder spezielle) Rechtsschutzbedürfnis entfalle,<sup>33</sup> eine Klage also unzulässig

<sup>29</sup> BGH GRUR 2014, 363 (365 Rn. 25); Kühnen, Handbuch der Patentverletzung, 7. Aufl. 2014, Rn. 1100.

<sup>30</sup> Frei nach dem Sprichwort: „Wer einmal lügt dem glaubt man nicht.“

<sup>31</sup> OLG München WRP 2015, 378 (379 Rn. 4).

<sup>32</sup> BGH GRUR 1993, 677 (679), spricht davon, dass „grundsätzlich“ nur durch sie die Wiederholungsgefahr entfällt; Kühnen (Fn. 29), Rn. 1106.

<sup>33</sup> OLG Hamburg GRUR 1974, 108; Lindacher, GRUR 1975, 413 (415 f.); vgl. aber auch schon Schimmelpfenning, GRUR 1974, 201 dazu.

wird. Heute<sup>34</sup> ist es a.M., dass eine Unterlassungserklärung, die ernstlich, unbedingt und durch eine Vertragsstrafe gesichert ist, auch die materiell-rechtliche Wiederholungsgefahr entfallen lässt.<sup>35</sup> Eine Klage wird durch sie also unbegründet. Die Unterlassungserklärung kann auch noch während eines Prozesses abgeben werden.<sup>36</sup> Da die Klage dann unbegründet wird, erfolgt in der Regel eine Erledigungserklärung für die Hauptsache. Anderes gilt nur in der Revisionsinstanz, da es sich hier nicht mehr um eine Tatsacheninstanz handelt.<sup>37</sup> Vorprozessual erfolgt die Unterlassungserklärung häufig als Antwort auf eine Abmahnung<sup>38</sup> oder Berechtigungsanfrage. Zu beachten ist dabei, dass sie sowohl eine Annahme (§ 150 Abs. 1 BGB) wie auch ein Antrag (§ 145 BGB) oder, wenn z.B. die Formulierungen für die Unterlassungserklärung aus einer vorangegangenen Abmahnung abgeändert wurden, ein neuer Antrag (§ 151 Abs. 2 BGB) sein kann.<sup>39</sup> Für den Wegfall der Wiederholungsgefahr ist es dabei nach ganz h.M. nicht notwendig, dass ein Unterlassungsvertrag tatsächlich zustande kommt, also dass die Unterlassungserklärung vom Gläubiger auch angenommen wird.

#### a) Voraussetzungen

Regelmäßig werden nur dann an der Ernsthaftigkeit der strafbewehrten Unterlassungserklärung keine Zweifel mehr bestehen, wenn sie uneingeschränkt, bedingungslos und unwiderlich und unter Übernahme einer angemessenen Vertragsstrafe abgegeben wird.<sup>40</sup> Bestehen am Inhalt der Unterlassungserklärung auch nur geringe Zweifel, reicht sie grundsätzlich nicht aus, die Besorgnis einer künftigen Verletzung auszuräumen.<sup>41</sup> Die Unterlassungserklärung kann auch „ohne Anerkenntnis einer Rechtspflicht“ erfolgen.<sup>42</sup>

#### aa) Beschreibung der Verletzungshandlung

Die Unterlassungserklärung muss nach Inhalt und Umfang dem Unterlassungsanspruch, ebenso wie die Urteilsformel, entsprechen.<sup>43</sup> Dabei ist zu beachten, dass eine Unterlassungserklärung nicht zu weit gefasst werden braucht, um jegliche Wiederholungsgefahr entfallen zu lassen. Viel mehr deckt eine Unterlassungserklärung auch im Kern gleichartige

<sup>34</sup> Änderung in dieser Auffassung trat insbesondere durch Teplitzky, GRUR 1983, 609 und BGH GRUR 1984, 214 ein.

<sup>35</sup> BGH GRUR 1996, 290 (291); BGH GRUR 2010, 355 (358 Rn. 25); Steinbeck, GRUR 1994, 90; Voß/Kühnen, in: Schulte, Kommentar zum Patentgesetz, 9. Aufl. 2014, § 139 Rn. 53.

<sup>36</sup> BGH GRUR 1984, 214 (216); Steinbeck, GRUR 1994, 90.

<sup>37</sup> Kolla, Die strafbewehrte Unterlassungserklärung im Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht, 2012, S. 28.

<sup>38</sup> Vgl. zur Abmahnung Frey, JuS 2014, 968.

<sup>39</sup> Vgl. dazu auch BGH GRUR 2010, 355 (357 Rn. 18 ff.).

<sup>40</sup> St.Rspr., vgl. nur BGH GRUR 1996, 290 (291 m.w.N.); BGH GRUR 1997, 379 (380).

<sup>41</sup> BGH GRUR 1996, 290 (291).

<sup>42</sup> Pitz, in: Fitzner/Lutz/Bodewig, Kommentar zum Patentrecht, 4. Aufl. 2012, § 139 PatG Rn. 51.

<sup>43</sup> BGH GRUR 1997, 379 (380).

Verletzungsformen ab.<sup>44</sup> Wird jedoch nicht nur auf die konkrete Verletzungsform Bezug genommen, sondern wiederholt sie vielmehr Details der Verletzungshandlung, räumt sie die Wiederholungsgefahr nicht aus, da offenbleibt, ob sich die Unterlassungserklärung auch unausgesprochen auf kerngleiche Verstöße erstrecken soll.<sup>45</sup> Die Unterlassungserklärung wird wie andere Willenserklärungen auch nach den allgemeinen Regeln ausgelegt und kann somit mehr umfassen als der Wortlaut beschreibt.<sup>46</sup> Auf der anderen Seite muss die Unterlassungserklärung auch nicht die konkrete Verletzungshandlung benennen, sondern kann allgemeiner gefasst werden.<sup>47</sup>

#### bb) Bedingungslosigkeit

Vorbehalte in der Unterlassungserklärung des Schuldners sind nur ausnahmsweise und jedenfalls nur insoweit unschädlich, als sie mit dem Sinn und Zweck der Unterlassungserklärung vereinbar sind.<sup>48</sup> Ein solcher zulässiger Vorbehalt ist die auflösende Bedingung, die Änderung der Rechtslage oder ihre verbindlichen Klärung in entsprechendem Sinne, durch die das zu unterlassende Verhalten rechtmäßig bzw. seine Zulässigkeit verbindlich geklärt wird.<sup>49</sup> Wenn es sich jedoch nicht um eine Änderung der Rechtslage allgemeiner Art handelt, sondern nur auf die Änderung der Rechtslage zwischen den Parteien, ist die Bedingung unzulässig und die Wiederholungsgefahr besteht somit weiter fort.<sup>50</sup> Grundsätzlich gibt der Schuldner eine Unterlassungserklärung auch unbefristet ab.<sup>51</sup> Beschränkt sich der Unterlassungsschuldner in seiner Erklärung nur auf einen Teil seiner Verletzungshandlungen, bleibt die Wiederholungsgefahr für die anderen Teile unberührt.<sup>52</sup>

#### cc) Angemessene Vertragsstrafe

Die Vertragsstrafe kann entweder einen festen Wert haben oder die Bestimmung der Höhe einer Vertragspartei überlassen, §§ 315, 317 BGB. Üblich ist dabei der „Hamburger Brauch“, also die Höhe der Vertragsstrafe dem Gläubiger zu überlassen, wobei die Überprüfung der Angemessenheit im Streitfall einem Gericht vorbehalten bleibt.<sup>53</sup> Die Vertragsstrafe muss so bemessen sein, dass sie den Unterlassungsschuldner ernstlich an der Begehung der Verletzungshand-

lung hindert.<sup>54</sup> Ist die Vertragsstrafe zu niedrig angesetzt, lässt die Unterlassungserklärung, die durch diese Vertragsstrafe gesichert ist, die Wiederholungsgefahr nicht entfallen.<sup>55</sup> Die Vertragsstrafe dient auch dem pauschalisierten Schadensausgleich.<sup>56</sup> Ist die Vertragsstrafe erst noch zu bestimmen, so darf die Obergrenze nicht bei der Höhe der angemessenen Vertragsstrafe liegen, sondern die Obergrenze muss diese in der Regel um das Doppelte übersteigen.<sup>57</sup> Ist gar keine Obergrenze genannt, schadet dies jedoch nicht.<sup>58</sup>

#### b) Wirkung

Bereits die Abgabe der strafbewehrten Unterlassungserklärung reicht für den Wegfall der Wiederholungsgefahr aus. Demnach kommt es auf eine etwaige Annahme und ein (wirksames) Zustandekommen eines Unterlassungsvertrages nicht an.<sup>59</sup> Ansprüche auf Zahlung der Vertragsstrafe kann der Gläubiger jedoch allein für Verletzungen ab dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltend machen.<sup>60</sup> Auch Zuwiderhandlung während der Schwebezeit, also solange der Vertrag schwebend unwirksam ist, führen nicht zur Verwirkung der Vertragsstrafe.<sup>61</sup> Für das Zustandekommen gelten die allgemeinen Vorschriften über Vertragsschlüsse.<sup>62</sup> Kommt ein wirksamer Unterlassungsvertrag zustande, tritt neben den gesetzlichen auch ein vertraglicher Unterlassungsanspruch hinzu.<sup>63</sup> Die Vertragsstrafe wird verwirkt, wenn der Schuldner persönlich oder sein Erfüllungsgehilfe vorsätzlich oder fahrlässig der Unterlassungserklärung zuwiderhandelt.<sup>64</sup> Die Wiederholungsgefahr entfällt wegen ihrer Unteilbarkeit bei ihrer Abgabe allen Gläubigern gegenüber, unabhängig davon, wem gegenüber sie abgegeben wurde.<sup>65</sup> Zu beachten ist dabei, dass ebenso im Kern gleichartige Verletzungsformen von der Unterlassungserklärung mit umfasst sind.<sup>66</sup> Eine nur „leichte“ Abänderung der Verletzung ist daher von der Unterlassungserklärung mit umfasst.<sup>67</sup> Der Verletzer kann also so

<sup>44</sup> BGH GRUR 1996, 290 (291); vgl. auch BGH GRUR 2013, 1235.

<sup>45</sup> OLG Köln GRUR-RR 2010, 339 Rn. 10 ff.

<sup>46</sup> BGH GRUR 1996, 290 (291).

<sup>47</sup> BGH GRUR 1997, 379 (380).

<sup>48</sup> BGH GRUR 1993, 677 (679).

<sup>49</sup> BGH GRUR 1993, 677 (679); Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, 10. Aufl. 2011, Kap. 8 Rn. 8; Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 33. Aufl. 2015, § 12 Rn. 1.129.

<sup>50</sup> BGH GRUR 1993, 677 (679).

<sup>51</sup> BGH GRUR 2010, 355 (357 Rn. 21).

<sup>52</sup> BGH GRUR 2002, 824 (825).

<sup>53</sup> Kühnen (Fn. 29), Rn. 744; Kolla (Fn. 37), S. 14.

<sup>54</sup> BGH WRP 1985, 22 (23); Pitz (Fn. 42), § 139 PatG Rn. 57.

<sup>55</sup> OLG Hamburg WRP 2015, 377 (378 Rn. 3).

<sup>56</sup> Steinbeck, GRUR 1994, 90.

<sup>57</sup> BGH WRP 1985, 22 (24); OLG Hamburg WRP 2015, 377 (378 Rn. 4).

<sup>58</sup> BGH GRUR 1990, 1051.

<sup>59</sup> BGH GRUR 2006, 878 Rn. 20; BGH WRP 1985, 22 (23); Voß/Kühnen (Fn. 35), § 139 Rn. 53; Pitz (Fn. 42), § 139 PatG Rn. 58; Kühnen (Fn. 29), Rn. 115; a.A. noch Lindacher, GRUR 1975, 413 (416).

<sup>60</sup> BGH GRUR 2006, 878 (879 Rn. 20); BGH GRUR 2010, 355 (356 Rn. 17); zum Vertragscharakter vgl. Mankowski, WRP 2015, 554 (555 Rn. 3 f.).

<sup>61</sup> BGH GRUR 2015, 187 (189 Rn. 22).

<sup>62</sup> BGH GRUR 2006, 878 Rn. 14 u. 18.

<sup>63</sup> Steinbeck, GRUR 1994, 90.

<sup>64</sup> BGH GRUR 1985, 1065 f.; BGH GRUR 1987, 648 (649); Steinbeck, GRUR 1994, 90 (91).

<sup>65</sup> Kühnen (Fn. 29), Rn. 116; Kolla (Fn. 37), S. 30 f.

<sup>66</sup> BGH GRUR 1996, 290 (291).

<sup>67</sup> BGH GRUR 1996, 290 (291); vgl. auch BGH GRUR 2013, 1235; BGH GRUR 2014, 706.

eine Unterlassungserklärung auch nicht „leicht“ umgehen. Wird die Unterlassungserklärung verletzt entsteht eine neue Wiederholungsgefahr und somit ein neuer gesetzlicher Anspruch.<sup>68</sup> Gestützt werden kann ein Anspruch also dann sowohl auf den gesetzlichen wie auch auf den vertraglichen Unterlassungsanspruch. Verpflichtet man sich zukünftige Verletzungshandlungen zu unterlassen, beinhaltet dies nicht die Pflicht, andere daran zu hindern diese Verletzungshandlungen zu begehen, selbst dann, wenn sie durch den Schuldner erst ermöglicht wurden.<sup>69</sup>

### c) Kritik

Dabei sind einige Punkte bei dem Rechtsinstitut der strafbewehrten Unterlassungserklärung auch kritisch. Zum einen bereitet es Schwierigkeiten eine „angemessene“ Vertragsstrafenhöhe festzulegen, so dass diese häufig der gerichtlichen Überprüfung unterliegt (§ 315 Abs. 3 BGB).<sup>70</sup> Des Weiteren lässt die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung gegenüber einem Gläubiger die Wiederholungsgefahr und damit auch den Anspruch auf Unterlassung – wie aufgezeigt (VI. 1. b) – gegenüber allen Gläubigern entfallen. Dies begünstigt einen unter mehreren Gläubigern, und zwar jenen, der als erster und einziger in den Genuss der strafbewehrten Unterlassungserklärung gekommen ist und dem bei einem Zuwiderhandeln auch die Vertragsstrafe zufließt.<sup>71</sup> Des Weiteren könnten Mitbewerber Vertragsstrafen als Einnahmequelle für Wettbewerbsverstöße missbrauchen.<sup>72</sup>

Dogmatisch lässt sich auch daran Kritik finden, dass die Abgabe einer Unterlassungserklärung unter den genannten Voraussetzungen schon ausreicht um die Wiederholungsgefahr entfallen zu lassen. Die Vertragsstrafe setzt wie gezeigt voraus, dass die Unterlassungserklärung wirksam angenommen worden ist und so ein Unterlassungsvertrag zustande gekommen ist. Der Zugang der Annahme ist zwar entbehrlich (§ 151 BGB), die Annahme an sich muss jedoch zumindest konkludent erfolgen. Zwischen der Abgabe liegt also theoretisch mindestens eine juristische Sekunde, praktisch kann jedoch um einiges mehr Zeit zwischen Abgabe der Unterlassungserklärung und der Annahme liegen, sofern jene überhaupt angenommen wird.<sup>73</sup> In dieser Zwischenzeit ist die Unterlassungserklärung also gerade nicht durch eine Vertragsstrafe abgesichert, Verstöße nicht durch die Zahlung der Vertragsstrafe sanktionierbar. So lange das Unterlassen jedoch nicht durch eine Vertragsstrafe abgesichert ist, besteht die Gefahr, dass der Verletzer eine weitere Verletzungshandlung begeht fort. Dies ist ja gerade der Grund, warum für die Ernstlichkeit der Unterlassungserklärung die Strafbewehrung hinzu treten muss. Gerade dann, wenn der Schuldner von einer etwaigen Nicht-Akzeptanz des Gläubigers weiß, bleibt

es bei der Gefahr der wiederholten Verletzungshandlung. Hier erscheint es sinnvoller, wenn lediglich, wie früher angenommen, das Rechtsschutzbedürfnis entfällt, da der Gläubiger die Möglichkeit der Annahme der Unterlassungserklärung hat, jedoch noch nicht den Wegfall der Wiederholungsgefahr. Diese entfällt erst dann, wenn die Strafbewehrung tatsächlich vorliegt, also die Vertragsstrafe wirksam vereinbart wurde, also ein wirksamer Unterlassungsvertrag zustande kam.

### 2. Die notarielle Unterwerfungserklärung

Aufgrund der Probleme, die eine strafbewehrte Unterlassungserklärung bereitet, wurden in der Literatur Stimmen laut, dass auch eine notarielle Unterwerfungserklärung im Wettbewerbsrecht die Wiederholungsgefahr entfallen lassen könne.<sup>74</sup> Dies wurde inzwischen auch von der Rechtsprechung aufgegriffen.<sup>75</sup> Über das Wettbewerbsrecht fand dieses Modell auch Einzug in die anderen Rechtsgebiete.<sup>76</sup> Eine Alternative kann die notarielle Unterwerfungserklärung, auf Grund der damit verbundenen Kosten und dem Zeitaufwand, für einen Unternehmer allerdings nur dann sein, wenn er einerseits die Vertragsstrafenzahlung an einen Mitbewerber, andererseits die Kosten und Unannehmlichkeiten einer Verurteilung vermeiden will.<sup>77</sup>

#### a) Voraussetzungen

Damit eine notarielle Unterwerfungserklärung die Wiederholungsgefahr entfallen lassen kann, müssen drei Voraussetzungen auf jeden Fall erfüllt sein.

Zunächst muss die notarielle Urkunde den Unterlassungsanspruch so genau bezeichnen, dass daraus eine Zwangsvollstreckung möglich ist.<sup>78</sup>

Des Weiteren muss mit dieser Urkunde eine Zwangsvollstreckung betrieben werden können.<sup>79</sup> Dies setzt eine Vollstreckungsklausel voraus. Erteilt wird dafür eine vollstreckbare Ausfertigung für den Gläubiger auf Verlangen des Schuldners vom urkundenverwahren Notar.<sup>80</sup> Diese muss dann vom Schuldner an den Gläubiger zugestellt werden.<sup>81</sup>

Schließlich müssen noch die besonderen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung aus Unterlassungstiteln beachtet werden.<sup>82</sup> Nach § 890 Abs. 2 ZPO kann die Zwangsvollstreckung durch die Verhängung von Ordnungsmitteln nur erfol-

<sup>74</sup> Insb. Köhler, GRUR 2010, 6.

<sup>75</sup> OLG Köln GRUR-RR 2014, 277; LG Köln GRUR-Prax 2014, 536; damit beschäftigt, aber ohne die Frage der Wiederholungsgefahr behandeln zu müssen z.B. auch OLG Düsseldorf WRP 2015, 71.

<sup>76</sup> Für das UKlaG beispielsweise Niebling, MDR 2012, 1071 (1074 Fn. 60).

<sup>77</sup> So Köhler, GRUR 2010, 6 (10).

<sup>78</sup> Köhler, GRUR 2010, 6 (8); Kolla (Fn. 37), S. 35.

<sup>79</sup> Köhler, GRUR 2010, 6 (8).

<sup>80</sup> Lackmann, in: Musielak, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 11. Aufl. 2014, § 797 Rn. 2.

<sup>81</sup> Köhler, GRUR 2010, 6 (8).

<sup>82</sup> Köhler, GRUR 2010, 6 (8).

<sup>68</sup> Bornkamm (Fn. 49), § 8 Rn. 1.45; Rogge/Grabinski, in: Benkard, Kommentar zum Patentgesetz, 10. Aufl. 2006, § 139 Rn. 30.

<sup>69</sup> Vgl. BGH GRUR 2015, 190 (191 Rn. 13).

<sup>70</sup> Köhler, GRUR 2010, 6 (7).

<sup>71</sup> Köhler, GRUR 2010, 6 (7 f.).

<sup>72</sup> Köhler, GRUR 2010, 6 (8).

<sup>73</sup> Vgl. auch Lindacher, GRUR 1975, 413 (416).

gen, wenn sie dem Schuldner zuvor angedroht wurden.<sup>83</sup> In der notariellen Unterwerfungserklärung kann eine entsprechende Androhung nicht aufgenommen werden und der Schuldner kann auch auf diese nicht wirksam verzichten.<sup>84</sup> Vielmehr muss der Gläubiger eine Ordnungsmittellandrohung bei dem Gericht erster Instanz beantragen und einen entsprechenden Androhungsbeschluss (§ 891 ZPO) erwirken.<sup>85</sup> Da dies im Allgemeinen nicht bekannt sein wird, muss der Schuldner mit der Übermittlung der vollstreckbaren Ausfertigung gleichzeitig einen entsprechenden Hinweis geben.<sup>86</sup>

#### b) Kritik

Der Schuldner versucht mit der Abgabe der notariellen Unterwerfung seine Ernstlichkeit zu demonstrieren, zukünftig von Verletzungshandlungen abzusehen. Als Grund, der dafür spricht, eine notarielle Unterwerfungserklärung abzugeben und nicht eine strafbewehrte Unterlassungserklärung, wird genannt, dass bei einer zukünftigen Zuwiderhandlung das Geld nicht Mitbewerbern zufließt, sondern als Ordnungsgeld dem Staat.<sup>87</sup> Genau betrachtet müssen solche Erwägungen jedoch vollkommen außer Acht bleiben. Wenn der Schuldner statt einer in einer Abmahnung geforderten strafbewehrten Unterlassungserklärung<sup>88</sup> eine notarielle Unterwerfungserklärung abgibt, gerade weil er im Falle einer zukünftigen Zuwiderhandlung eher an den Staat anstelle eines Mitbewerbers zahlen möchte, bestehen weiter erhebliche Zweifel, dass er gar keine Zuwiderhandlung begehen möchte bzw. dass er davon ausgeht, dass er zukünftig keine Zuwiderhandlungen mehr begeht. Würde er nämlich tatsächlich davon ausgehen, dass er sich zukünftig an die Unterwerfungserklärung hält, würde weder Vertragsstrafe noch Ordnungsgeld fällig und damit wäre es schlichtweg egal an wen das eine oder das andere zu zahlen ist. Wenn der Schuldner bereits bei der Abgabe der Unterwerfungserklärung darüber nachdenkt, was für ihn im Vergleich zum Mitbewerber günstiger ist, wenn er die Erklärung verletzt, bestehen an der Ernstlichkeit bereits erhebliche Zweifel.<sup>89</sup> Damit dürfte jedoch auch die Wieder-

holungsgefahr nicht entfallen. Vielmehr entfällt hier (nur) das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis, soweit der Gläubiger doch bereits einen anderen gleichwertigen Vollstreckungstitel besitzt.<sup>90</sup>

Gleiches gilt, wenn angeführt wird, ein wichtiger Grund für die notarielle Unterwerfungserklärung anstatt der strafbewehrten Unterlassungserklärung diene auch dazu, um nicht für Erfüllungsgehilfen zu haften.<sup>91</sup> Auch dieser Gedankengang möchte, dass man für weniger haftet, als wenn man dem gesetzlichen Leitbild folgt. Auch hier ist zu befürchten, dass der Schuldner das Verschulden auf seine Erfüllungsgehilfen „abwälzt“. Wenn jemand versucht weniger zu haften, als es das gesetzliche Leitbild von ihm erwarten würde, dann sind Zweifel an der Ernstlichkeit der Unterlassungserklärung grundsätzlich angebracht.

Zu beachten ist dabei auch, dass der Schuldner die Beweislast dafür trägt, dass die Wiederholungsgefahr entfallen ist, also auch seine Ernstlichkeit beweisen muss und daher genau begründen sollen müsste, warum er (negativ) vom gesetzlichen Leitbild, § 12 Abs. 1 UWG, abweicht.

#### 3. Veränderung tatsächlicher Umstände

Hierbei muss zwischen verschiedenen Umständen unterschieden werden.

Zum einen kann sich das rechtliche Umfeld durch Gesetzesänderungen oder Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung ändern. Dadurch kann es passieren, dass eine Handlung, die vorher als Verletzung gewertet wurde, hinterher keine Verletzung mehr darstellt.<sup>92</sup> Dies gilt umso mehr in Fällen, in denen der Verstoß ohnehin schon unter einer zweifelhaften Rechtslage erfolgt ist.<sup>93</sup> Dann entfällt auch die Wiederholungsgefahr, dass dieselbe Handlung eine rechtswidrige Verletzung zur Folge hätte. Es ist jedoch darauf zu achten, dass der Schuldner sich auf diese geänderten Tatsachen bewusst berufen muss.<sup>94</sup>

Des Weiteren kann der Schutzbereich eines Schutzrechts erloschen sein, sei es durch Ablauf der Schutzfrist<sup>95</sup> oder etwa durch (Teil-)Löschung oder (Teil-)Nichtigkeitserklärung. Wenn dann die „verletzende“ Handlung nicht mehr in den Schutzbereich fällt, entfällt auch die Wiederholungsgefahr, dass diese Handlung eine weitere rechtswidrige Verletzung zur Folge hat. Der Unterlassungsanspruch ist auf künf-

<sup>83</sup> Gruber, in: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 4. Aufl. 2012, § 890 Rn. 25.

<sup>84</sup> Stöber, in: Zöller, Zivilprozessordnung, 30. Aufl. 2014, § 890 Rn. 12.

<sup>85</sup> Lackmann (Fn. 80), § 890 Rn. 17; nach OLG Köln (WRP 2015, 623 [625 Rn. 21]) soll auch erst mit der Zustellung des Androhungsbeschlusses die Wiederholungsgefahr entfallen.

<sup>86</sup> Köhler, GRUR 2010, 6 (8).

<sup>87</sup> Für Köhler (GRUR 2010, 6 [10]) ist das einer von zwei entscheidenden Gründen, dass jemand Zeit- und Kostenaufwand einer notariellen Unterwerfungserklärung auf sich nimmt.

<sup>88</sup> Was dem gesetzlichen Leitbild von § 12 Abs. 1 UWG entspricht. Der Schuldner entscheidet sich also nicht zwischen zwei gleich bedeutenden Rechtsinstituten, sondern bewusst gegen eine strafbewehrte Unterlassungserklärung.

<sup>89</sup> A.A. Köhler, GRUR 2010, 6 (9); Teplitzky, WRP 2015, 527 (531 Rn. 16); LG Köln, Urt. v. 23.9.2014 – 33 O 29/14, Rn. 18 ff.; bestätigt durch OLG Köln WRP 2015, 623 (625 Rn. 20); zustimmend dazu auch die Praxishinweise v. Löffel,

GRUR-Prax 2014, 536; Anm. v. Hess, jurisPR-WettbR 2/2015, Anm. 2, welcher jedoch eingesteht, dass es unter Umständen doch auch Zweifel an der Ernstlichkeit säen könnte. In Frage stellend auch Nippe, WRP 2015, 532 Rn. 1).

<sup>90</sup> Vgl. Köhler, GRUR 2010, 6 (8 f.); OLG Köln WRP 2015, 623 (624 Rn. 10); Hess (jurisPR-WettbR 2/2015, Anm. 2) weist jedoch zutreffend darauf hin, dass bei der Bewertung der Gleichwertigkeit der Vollstreckungstitel auch der Gerichtsstandort zu berücksichtigen ist; vgl. auch Teplitzky, WRP 2015, 527 (530 Rn. 13).

<sup>91</sup> Hess, jurisPR-WettbR 2/2015, Anm. 2.

<sup>92</sup> OLG Frankfurt WRP 2015, 231 (232 Rn. 14).

<sup>93</sup> BGH, Beschl. v. 26.2.2014 – I ZR 119/09, Rn. 13.

<sup>94</sup> OLG Frankfurt, WRP 2015, 231 (232 Rn. 15).

<sup>95</sup> BGH GRUR 2014, 363 (365 Rn. 25).

tige Handlungen gerichtet. Gibt es das Schutzrecht nicht mehr, besteht auch keine Gefahr der Verletzung in der Zukunft.<sup>96</sup>

Anders zu bewerten ist jedoch die reine Einstellung der Verletzungshandlung. Wenn nur rein tatsächliche Maßnahmen ergriffen werden, damit eine Verletzungshandlung nicht mehr vorgenommen wird, beseitigt dies die Wiederholungsgefahr nicht. Wenn jemand, einem Unterlassungsanspruch entgegen, SPAM-Mails verschickt, so reicht es im Allgemeinen nicht aus, dass jener aus der Mailing-Liste entfernt wird.<sup>97</sup> Jemand der eine Verletzungshandlung begangen hat, und dann „nur“ tatsächliche Maßnahmen ergreift, dass so eine Verletzungshandlung nicht noch einmal vorkommen könne, kann nach wie vor auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, so lange er die Wiederholungsgefahr nicht anderweitig widerlegen kann.

## V. Zusammenfassung

Unterlassungsansprüche sind für die juristische Ausbildung bedeutsam. Schon daher sollten Studierende sich mit der Wiederholungsgefahr und ihrem Wegfall beschäftigen. Aber auch gerade in der Praxis spielen Unterlassungsansprüche eine große Rolle. Mit ihnen wird nicht nach Kompensation für die Vergangenheit gesucht, sondern zukünftig weitere Verletzungshandlungen zu verhindern. Grundsätzlich sind an den Wegfall der Wiederholungsgefahr hohe Maßstäbe zu stellen. Da bereits die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung zum Entfallen der Wiederholungsgefahr führt, sollte ein Gläubiger, wenn er die Vertragsstrafe bei möglichen Verstößen geltend machen möchte, so früh wie möglich die Unterlassungserklärung annehmen, sodass ein wirksamer Unterlassungsvertrag zustande kommt. Die notarielle Unterwerfungserklärung wird von Gerichten und in der Literatur immer mehr als Alternative gesehen. Kritisch dabei bleibt, ob ein Schuldner es wirklich ohne Zweifel ernst meint mit der Unterlassungserklärung, wenn er bei der Abgabe bereits an weitere Verletzungshandlungen denkt, gerade auch wenn man berücksichtigt, dass der Gesetzgeber eher an die strafbewehrte Unterlassungserklärung denkt, vgl. § 12 Abs. 1 UWG. Dennoch bleibt es eine Frage des Einzelfalls, ob die Umstände für den Wegfall der Wiederholungsgefahr sprechen oder nicht.

<sup>96</sup> Kraßer, Patentrecht, 6. Aufl. 2009, § 35 I. a) 5.

<sup>97</sup> So in OLG Hamm WRP 2015, 377 (378 Rn. 8); wobei hier „ungewöhnliche und nicht zu verallgemeinernde Umstände des Einzelfalls von entscheidender Bedeutung“ waren, was für diesen konkreten Einzelfall wohl tatsächlich zutreffend war.