

Kündigung eines Unterlassungsvertrages wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage

Eigener Leitsatz:

Auch ein Unterlassungsvertrag kann aufgrund des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gekündigt werden. Ein solcher Grund liegt dann vor, wenn wegen des Vorwurfs einer Verletzung einer Wort-/Bildmarke eine Unterlassungserklärung unter der auflösenden Bedingung der Löschung der Marke abgegeben worden ist und die Parteien davon ausgegangen sind, dass der vom Abgemahnten erhobene Einwand der fehlenden Unterscheidungskraft des Wortbestandteils der Marke ("fishtailparkas") wegen des markenrechtlich vermeintlich unerheblichen – vom Verletzer nicht benutzten – Bildbestandteils nur mit einem Löschungsantrag geltend gemacht werden könne, der Löschungsantrag dann aber mit der Begründung abgewiesen wird, die Marke sei trotz fehlender Unterscheidungskraft des Wortbestandteils zu Recht wegen des unterscheidungskräftigen Bildbestandteils eingetragen worden.

Oberlandesgericht Frankfurt am Main

Urteil vom 04.10.2012

Az.: 6 U 217/11

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 24.08.2011 verkündete Urteil der 8. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Frankfurt am Main teilweise abgeändert.

Die Klage wird hinsichtlich des Unterlassungsausspruchs (Klageantrag zu 5.) insgesamt abgewiesen.

Auf die Widerklage wird festgestellt, dass die Unterlassungserklärungen der Beklagten zu 1) und 2) vom 18.11.2009, die vom Kläger am 18.11.2009 angenommen wurden, und/oder die Unterlassungserklärungen der Beklagten zu 1) und 2) vom 24.11.2009, die vom Kläger am 25.11.2009 angenommen wurden, durch Kündigung der Beklagten zu 1) und 2) vom 13.10.2010 unwirksam sind.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

Die Anschlussberufung wird zurückgewiesen.

Von den Kosten der ersten Instanz haben der Kläger 45 % und die Beklagten 55 % zu tragen. Von den Kosten des Berufungsverfahrens haben der Kläger 92 % und die Beklagten 8 % zu tragen. Die Kosten der Streithilfe werden zu 92 % dem Kläger auferlegt; im Übrigen findet eine Kostenerstattung nicht statt.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagten können die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Der Kläger kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leisten.

Entscheidungsgründe:

I.

Der Kläger ist Inhaber der u.a. für Oberbekleidung

eingetragenen Wort-/Bildmarke

Abbildung

(DE-302009000717) mit Priorität mit 30.01.2009 und nimmt die Beklagten auf Unterlassung sowie auf Zahlung von Vertragsstrafen und Abmahnkosten in Anspruch.

Wegen der Einzelheiten wird auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil (Bl. 401 ff. d.A.) Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Das Landgericht hat dem Unterlassungsantrag (Klageantrag zu 5.) sowie den Zahlungsanträgen bezogen auf die Kosten der Abmahnungen vom 19.11.2009 und 06.10.2010 (Klageanträge zu 3. und 6.) und bezogen auf die Vertragsstrafen (Klageanträge zu 2. und 4.) jeweils teilweise stattgegeben und die Klage im Übrigen wie auch die Widerklage abgewiesen.

Mit der Berufung wiederholen und vertiefen die Beklagten ihren Rechtsstandpunkt, dass sich aus den Unterlassungserklärungen vom 18.11.2009 und 24.11.2009 keinerlei Rechtsfolgen für die Beklagten herleiten lassen.

Die Beklagten beantragen,

das angefochtene Urteil mit der Maßgabe abzuändern, dass

1. die Klage abgewiesen und
2. auf die Widerklage hin festgestellt wird,

a) dass die Unterlassungserklärungen der Beklagten zu 1) und 2) vom 18.11.2009, die vom Kläger am 18.11.2009 angenommen wurden, und/oder die Unterlassungserklärungen der Beklagten zu 1) und 2) vom 24.11.2009, die vom Kläger am 25.11.2009 angenommen wurden,

aa) mit Rechtskraft des Beschlusses des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 01.04.2011 – Az.: 30 2009 000 717 – S 301/09
Lösch –
hilfsweise zu aa)

bb) durch Kündigung der Beklagten zu 1) und 2) vom 13.10.2010, hilfsweise zu bb)

cc) durch Kündigung der Beklagten zu 1) und 2) vom 04.10.2012 unwirksam sind, hilfsweise zu a)

b) dass die Beklagten nicht verpflichtet sind, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr ohne Zustimmung des Klägers Armeebekleidung über das Internet zum Kauf anzubieten oder anbieten zu lassen, wenn dies geschieht unter Verwendung des Zeichens „fishtailparkas and more“ oder unter Verwendung der Domain fishtailparka.com und/oder fishtailparka.eu.

Der Kläger beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Er verteidigt das erstinstanzliche Urteil, soweit seiner Klage stattgegeben worden ist, unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens. Dabei stützt er sich hinsichtlich des Unterlassungsanspruchs nur noch auf Vertrag und nicht (mehr) auf die §§ 14, 15 MarkenG.

Außerdem hat er mit am 06.03.2012 eingegangenen Schriftsatz Anschlussberufung eingelegt, mit der er die Festsetzung der Vertragsstrafen als zu niedrig beanstandet. Hilfsweise stützt er die Klageforderung auf die Verwendung des Zeichens „fishtailparka and more“ vom 19.11.2009 unter der Domain fishtail-parka.com.

Der Kläger beantragt,

das angefochtene Urteil abzuändern und die Beklagten zu 1) und 2) zu verurteilen, an ihn jeweils einen weiteren Betrag in Höhe von 18.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagten beantragen,

die Anschlussberufung zurückzuweisen.

II.

Die Berufung der Beklagten ist überwiegend begründet, die Anschlussberufung des Klägers dagegen unbegründet.

Dem Kläger steht ein vertraglicher Unterlassungsanspruch nicht mehr zu.

Zwar bestand ursprünglich eine Unterlassungsverpflichtung aufgrund der Unterwerfungserklärung vom 18.11.2009, die mit der Unterwerfungserklärung vom 24.11.2009 wiederholt und bestätigt wurde. Der zwischen den Parteien bestehende Unterlassungsvertrag endete jedoch aufgrund der von den Beklagten ausgesprochenen Kündigung vom 13.10.2010.

Wie jedes andere Dauerschuldverhältnis kann auch ein Unterlassungsvertrag durch außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund gekündigt werden, wenn dem Schuldner die weitere Erfüllung des Vertrages nicht länger zumutbar ist, etwa wenn die tatsächlichen Umstände, auf denen die Unterwerfung maßgeblich beruht oder die mit ihr jedenfalls im Zusammenhang standen, entfallen sind (vgl. Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Aufl., § 12 Rn. 1.161 m.w.N.; BGH, GRUR 2012, 949 – Missbräuchliche Vertragsstrafe, Tz. 22).

Dabei kann der – etwa aufgrund einer Änderung der Gesetzeslage oder Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung bewirkte – Wegfall des dem vertraglich vereinbarten Verbot zugrunde liegenden gesetzlichen Unterlassungsanspruchs einen wichtigen Grund, der die Kündigung des Unterlassungsvertrages wegen Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung rechtfertigt, darstellen. Der auf die Grundsätze von Treu und Glauben gestützte und nur ausnahmsweise anzunehmende Wegfall der Bindungswirkung beruht im Wesentlichen auf der Überlegung, dass dem Gläubiger das Vorgehen aus dem Unterlassungsvertrag dann verwehrt sein müsse, wenn ihm der durch die Unterwerfungserklärung gesicherte Anspruch eindeutig nicht

mehr zusteht und der Gläubiger kein schützenswertes Interesse an der Vertragsfortsetzung hat (vgl. BGH, BGHZ 133, 316 – Altunterwerfung I, Tz. 28; GRUR 2001, 85 – Altunterwerfung IV, Tz. 16; OLG Karlsruhe, WRP 2012, 1296, juris-Rn. 21).

Vorliegend waren sich die Parteien bei Abschluss des Unterlassungsvertrages vom 18.11.2009 in der rechtlichen Bewertung einig, dass die Markeneintragung bis zur Löschung der Marke Bindungswirkung entfaltet, weshalb die Beklagten auch die Unterlassungsverpflichtung vom Rechtsbestand der Marke abhängig gemacht haben. Beide Seiten waren sich des Weiteren bewusst, dass die Streitmarke einen Bildbestandteil aufwies, den sie indessen übereinstimmend als unerhebliche Verzierung ansahen. Dies folgt aus den Ausführungen in der klägerischen Abmahnung vom 09.11.2009 (Anlage K 2 = Bl. 23 ff. d.A.) auf Seite 7 und dem Antwortschreiben der Beklagten vom 18.11.2009 (Anlage K 3 = Bl. 42 ff. d.A.), in dem diese sich dieser Ansicht letztlich angeschlossen haben.

Das beim DPMA von den Beklagten zu 1) eingeleitete Lösungsverfahren hat zwar nicht zur Löschung der klägerischen Marke geführt. Es hat aber gezeigt, dass die von beiden Parteien dem Unterlassungsvertrag zugrunde gelegte Annahme, der Bildbestandteil der Marke sei für die Verwechslungsgefahr ohne Bedeutung, gerade nicht von dem DPMA geteilt wurde. So hat es den Wortbestandteil „fishtailparkas“ des streitgegenständlichen Wort-/Bildzeichens jedenfalls in Bezug auf die Ware „Oberbekleidung“ lediglich als beschreibend angesehen. Demgegenüber sei indessen die graphische Ausgestaltung des Zeichens geeignet, die erforderliche Unterscheidungskraft zu begründen.

Damit ist die Geschäftsgrundlage für den Unterlassungsvertrag, die sich ausdrücklich nur auf eine Verwendung des Wortbestandteils der Streitmarke bezieht, entfallen (§ 313 Abs. 2 BGB). Die für den Vertragsschluss wesentliche gemeinsame Vorstellung der Vertragsparteien, dass für den Ausgang des Lösungsverfahrens allein die Frage der

Unterscheidungskraft des Wortbestandteils maßgeblich sein würde, hat sich im Nachhinein als falsch bzw. zumindest als zweifelhaft erwiesen. Insoweit wird auch nicht der Streit der Parteien, der mit dem Unterwerfungsvertrag beigelegt werden sollte, nachträglich wieder eröffnet. Diese besondere Konstellation ist somit vergleichbar mit einem aufgrund einer Änderung der Gesetzeslage oder Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung bewirkten Wegfall des dem vertraglich vereinbarten Verbot zugrunde liegenden gesetzlichen Unterlassungsanspruchs, weil sich die hinter den Erklärungen stehende rechtliche Rahmensituation und die gemeinsame Bewertungsgrundlage nachträglich geändert haben.

Aufgrund dessen waren die Beklagten berechtigt, den Unterwerfungsvertrag zu kündigen (§ 313 Abs. 3 S. 2 BGB), wodurch der vertragliche Unterlassungsanspruch, der allein noch Gegenstand des Berufungsverfahrens ist, für die Zukunft entfallen ist.

Auch wenn sich dabei die Kündigung vom 13.10.2010 ausdrücklich nur auf die Unterwerfungserklärung vom 18.11.2009 bezieht, erstreckte sich diese auch auf die Unterwerfungserklärung vom 24.11.2009. Denn beide Erklärungen haben nur eine einheitliche Unterlassungsverpflichtung begründet. Der Vergleich beider Erklärungen zeigt, dass die zweite nach Beanstandung eines weiteren Verstoßes die erste lediglich wiederholt und bestätigt.

Insoweit war unter Abänderung des angefochtenen Urteils der mit dem Klageantrag zu 5. geltend gemachte Unterlassungsanspruch insgesamt abzuweisen.

Demgegenüber bestand die Unterlassungsverpflichtung entgegen der Ansicht der Berufung für die Zeit vor dem 13.10.2010 fort, so dass die Beklagten weiterhin zur Zahlung der Abmahnkosten und der verwirkten Vertragsstrafen verpflichtet sind.

Insbesondere hat die Unterlassungsverpflichtung nicht aufgrund

des Eintritts einer auflösenden Bedingung (§ 158 Abs. 2 BGB) geendet.

Die beiden Unterlassungserklärungen vom 18.11. und 24.11.2009 wurden zwar jeweils „unter der auflösenden Bedingung des Fortfalls des Markenschutzes für die ... Wort-Bildmarke“ DE-302009000717 abgegeben. Mit Recht ist jedoch das Landgericht davon ausgegangen, dass die Unterwerfungserklärung nach dem Willen der Parteien nicht schon für den Fall, dass das DPMA wie erfolgt den Wortbestandteil als rein beschreibend ansehen würde, in Wegfall geraten sollte. Denn den Fall, dass das DPMA gleichwohl die Marke – im Hinblick auf die prägende Wirkung des Bildbestandteils – nicht löschen würde, haben die Parteien gerade nicht bedacht. Zutreffend weist das Landgericht in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die Unterlassungserklärung insoweit auch nicht zwischen dem Wort- und dem Bildbestandteil des Kombinationszeichens differenziert. Darüber hinaus würde eine derartige Auslegung auch nicht mit dem Wortlaut der Erklärung im Einklang stehen. Der Markenschutz ist vorliegend aufgrund der Entscheidung im Lösungsverfahren nicht entfallen. Das DPMA hat gerade die Streitmarke nicht gelöscht. Dies wäre aber für den Eintritt der Bedingung erforderlich gewesen (vgl. OLG Karlsruhe, WRP 2012, 1296, juris-Rn. 24.).

Die Beklagten können auch nicht die Rückgängigmachung des für sie nachteiligen Vertrags gemäß den §§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB wegen Verschuldens bei Vertragsschluss verlangen.

Ein solcher Anspruch kann zwar unter Umständen in Betracht kommen, wenn sich der Schuldner aufgrund einer fahrlässig falschen Darstellung des Gläubigers zur Unterlassung verpflichtet hat (vgl. Köhler/Bornkamm, a.a.O., § 12 Rn. 1.165). Er setzt jedoch voraus, dass ein Beteiligter nach Einleitung von Vertragsverhandlungen oder nach Begründung eines ähnlichen konkreten Verhältnisses Sorgfaltspflichten gegenüber einem anderen Beteiligten schuldhaft verletzt hat,

die sich aus dem durch die Einleitung von Vertragsverhandlungen oder dergleichen begründeten besonderen Vertrauensverhältnis ergeben (vgl. OLG Düsseldorf, GRUR-RR 2002, 213, juris-Rn. 19). Insoweit ist allein eine objektiv unbegründete Abmahnung für sich noch nicht ausreichend. Es müssen vielmehr weitere Umstände hinzukommen, insbesondere wenn dem Schuldner, zu dessen allgemeinem Lebensrisiko die Konfrontation mit unberechtigten Ansprüchen gehört, alles an die Hand gegeben wird, was er benötigt, um sich durch eigene Erkundigungen – und diese obliegen ihm selbst – über die Rechtslage zu vergewissern, statt „blindlings“ den Aussagen des Gläubigers zu folgen (vgl. BGH, NJW 1995, 715, juris-Rn. 28, 31; OLG Hamm, MMR 2012, 538, juris-Rn. 51 f.; OLG Köln, GRUR 2001, 525, juris-Rn. 89).

Vorliegend kann von einer für das Zustandekommen des Unterlassungsvertrages ursächlichen Sorgfaltspflichtverletzung des Klägers nicht ausgegangen werden, der im Übrigen aufgrund der Eintragung der Streitmarke auf die Richtigkeit der Amtsprüfung vertrauen durfte (vgl. Ingerl/Rohnke, MarkenG, 3. Aufl., Vor §§ 14-19d Rn. 415). Dass der Kläger eine Auffassung vertreten hat, die später das DPMA nicht geteilt hat, stellt für sich keine Verletzung vorvertraglicher Pflichten dar, insbesondere ist dies nicht erkennbar von sachfremden, nicht schutzwürdigen Interessen (vgl. Köhler/Bornkamm, a.a.O., § 8 Rn. 4.10) getragen. Die Beklagten waren sich darüber hinaus der Zweifelhaftheit der Inanspruchnahme bewusst, wenn sie sich auch auf andere Gründe gestützt haben als die, die nach der Entscheidung des DPMA maßgeblich waren. So heißt es in ihrem Anschreiben vom 18.11.2009, mit dem sie die Unterwerfungserklärung übermittelten:

„... ich ... weise darauf hin, dass diesseits erhebliche Bedenken an der Eintragungsfähigkeit der Wort-/Bildmarke „fishtailparkas“ Ihres Mandanten bestehen ...Dennoch sind unsere Mandanten aus rein wirtschaftlichen Gründen nicht an einer gerichtlichen Auseinandersetzung mit Ihrer Partei

interessiert, so dass die anliegende strafbewehrte Unterlassungserklärung ... abgegeben haben.“ (Anlage 3 = Bl. 42 f. d.A.).

Ein entsprechender Schadensersatzanspruch ist somit nicht gegeben.

Schließlich steht der Geltendmachung der Ansprüche des Klägers auf Zahlung der Abmahnkosten und der Vertragsstrafen, die in der Zeit vor dem Wirksamwerden der Kündigung des Unterlassungsvertrages entstanden sind, auch nicht der Einwand des Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) entgegen.

Die Berufung auf ein nicht (rechtzeitig) gekündigtes Vertragsstrafeversprechen kann rechtsmissbräuchlich sein, wenn der vertraglich gesicherte gesetzliche Unterlassungsanspruch dem Gläubiger aufgrund einer zwischenzeitlich eingetretenen Änderung (z.B. Gesetzesänderung oder Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung) unzweifelhaft, d.h. ohne dass es weiterer Feststellungen oder einer Wertungsentscheidung bedarf, nicht mehr zusteht (vgl. BGH, GRUR 2012, 949 – Missbräuchliche Vertragsstrafe, Tz. 22; OLG Karlsruhe, WRP 2012, 1296, juris-Rn. 35; Köhler/Bornkamm, a.a.O., § 12 UWG Rn. 1.164).

Hier liegt zwar eine nachträgliche Veränderung der gemeinsamen rechtlichen Bewertungsgrundlage vor, die für die Abgabe der Unterwerfungserklärung ursächlich war, und die zur Kündigung des Unterlassungsvertrages berechtigt.

Anders als in dem Fall, in dem das DPMA eine Marke gelöscht hat, war hier der gesetzliche Unterlassungsanspruch nicht unzweifelhaft entfallen. Auch wenn man es nach der Entscheidung des DPMA im Lösungsverfahren zwischen den Parteien als feststehend ansieht, dass allein dem Bildbestandteil der Streitmarke Unterscheidungskraft zukommt, bedarf es einer zusätzlich vorzunehmenden Wertung, ob in diesem Licht die vom Kläger ursprünglich beanstandeten

Markenverstöße nunmehr anders zu beurteilen sind. Hier liegt es gerade nicht auf der Hand, ob die tatsächlichen Umstände eine Lösung vom Unterlassungsvertrag erlauben. Hierauf hat auch das Landgericht zu Recht hingewiesen.

Dies rechtfertigt es, den bestehenden Unterlassungsvertrag nur nach einer gestaltenden Erklärung als hinfällig zu betrachten. Das Erfordernis der Kündigungserklärung dient hier vor allem der Rechtssicherheit. Aufgrund der Kündigung hat der Gläubiger die Möglichkeit, eine Klärung herbeizuführen, bevor es zu weiteren Verstößen kommt. Das Erfordernis der Kündigung bedeutet, dass sich der Schuldner entscheiden muss, ob er an dem Unterlassungsvertrag festhalten möchte oder nicht. Spricht er die Kündigung aus, macht er damit deutlich, dass nunmehr die Gefahr eines erneuten Markenrechtsverstößes besteht. Der Markeninhaber kann daraus gegebenenfalls einen vorbeugenden Unterlassungsanspruch herleiten (vgl. BGH, BGHZ 133, 331 – Altunterwerfung II, juris-Rn. 49).

Aufgrund dessen steht den Beklagten vorliegend der Missbrauchseinwand nicht zur Seite.

Der Kläger kann daher die vom Landgericht zugesprochenen Abmahnkosten für die Abmahnungen vom 19.11.2009 und 06.10.2010 verlangen. Insoweit war die Berufung zurückzuweisen; insbesondere haben die Beklagten gegen die Höhe dieser Kosten keine Einwände erhoben.

Entsprechendes gilt für die zugesprochenen Vertragsstrafenansprüche.

Dass die Beklagten die Vertragsstrafen verwirkt haben, nachdem sie am 18.11.2009 Armeebekleidung unter der Domain fishtail-parka.eu und fishtail-parka.com im Cache von Google sowie im Oktober 2010 unter der Domain fishtail-parka.de/shop/ angeboten haben, wird mit der Berufung nicht angegriffen.

Die Höhe der vom Landgericht herabgesetzten Vertragsstrafen ist auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass nicht nur

die Beklagte zu 1), sondern auch der Beklagte zu 2) eine Vertragsstrafe verwirkt hat, nicht zu beanstanden.

Zu Recht hat dabei das Landgericht die Einzelverstöße vom 19.11.2009 zu einer Vertragsstrafe zusammengefasst. Die Beklagten haben es versäumt, auf den von ihnen unterhaltenen Internetseiten die nach der am Vortag abgegebenen Unterlassungserklärung erforderlichen Änderungen vorzunehmen. Die Einzelverstöße hängen in einer Weise zusammen, dass sie gleichartig sind und unter einheitlicher Außerachtlassung derselben Pflichtenlage begangen wurden. Durch die unvollständige Umstellung des Internetauftritts konnten sich die Beklagten keine wesentlichen Vorteile für ihre Geschäftstätigkeit verschaffen; erst recht wurde der Kläger hierdurch in seinen geschäftlichen Interessen nicht nennenswert gestört oder behindert. Daher ist die Vertragsstrafenhöhe bei interessengerechter Betrachtung nur dann zu rechtfertigen, wenn – jedenfalls im Zusammenhang mit der unmittelbar nach der Unterwerfung erforderlichen Änderung der einzelnen Internetseiten – etwa festzustellende Verstöße auf mehreren Seiten der Beklagten zu einer Zuwiderhandlung im Sinne des Vergleichs zusammengefasst werden (vgl. Senat, Urt. vom 06.05.2010, Az.: 6 U 190/09 m.w.N.). Dies gilt auch, soweit man die mit der Anschlussberufung hilfsweise geltend machte Verwendung des Zeichens „fishtailparka and more“ vom 19.11.2009 unter der Domain fishtail-parka.com berücksichtigen würde.

Bezüglich des Angebots vom Oktober 2010 haben die Beklagten entgegen der Ansicht der Anschlussberufung nur eine Vertragsstrafe verwirkt, weil die Unterlassungserklärungen vom 18.11. und 24.11.2009, wie ausgeführt, nur eine einheitliche Unterlassungsverpflichtung begründet haben.

Insoweit hatten die Berufung wie auch die Anschlussberufung keinen Erfolg.

Aus obigen Gründen war der Widerklage unter Abänderung des

erstinstanzlichen Urteils auf den in der Berufungsinstanz gestellten und als sachdienliche Klageänderung zuzulassenden (§ 533 Nr. 1 ZPO) Antrag zu 2 a) – jedoch nur im Umfang des hierzu gestellten Hilfsantrages zu bb) – stattzugeben.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 92 Abs. 1, 101 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Gründe für eine Zulassung der Revision sind nicht ersichtlich. Die Entscheidung beruht auf einer einzelfallbezogenen Bewertung der hier maßgeblichen Umstände auf Grundlage der höchstrichterlichen Vorgaben in den o.g. Entscheidungen des Bundesgerichtshofs.