

Eine notarielle Unterlassungserklärung alleine beseitigt Wiederholungsgefahr nicht

Bundesgerichtshof

Urteil vom 21.04.2016

Az.: I ZR 100/15

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. April 2016 für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 10. April 2015 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

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.

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 Ordnungsmittellandrohung 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, GRURRR 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.

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.

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). 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, GRURRR 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

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 der 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).

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.

a) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts folgt ein Rechts-schutzinteresse 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.

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).

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 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).

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.

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.

(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 eine 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 Ordnungsmittellandrohung (§ 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).

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.

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.

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.

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 Ordnungsmittellandrohung 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.

c) Im Streitfall hat der Zugang der notariellen Unterlassungserklärung das Rechtsschutzbedürfnis für die Erhebung der Hauptsacheklage mithin nicht beseitigt.

3. Der Unterlassungsantrag war, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, im Zeitpunkt der Klageerhebung auch begründet.

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.

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

(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.

(3) Eine andere Beurteilung ist nicht deshalb angezeigt, weil der Schuldner keinen Einfluss darauf hat, dass der Gläubiger die Ordnungsmittellandrohung auch wirklich herbeiführt (so aber MünchKomm.UWG/Fritzsche aaO § 8 Rn. 62).

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 Satz 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 Anerkenntnis-ses – zur Unterlassung verurteilen lässt, wenn er diesem Punkt so große Bedeutung beimisst.

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 zugutekommt (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 Satz 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.

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 23.09.2014 – 33 O 29/14

OLG Köln, Entscheidung vom 10.04.2015 – 6 U 149/14