

	<p style="text-align: center;"><b>www.wettbewerbsverfahrensrecht-bernreuther.de</b></p> <p>Unter dem Domain-Namen <a href="http://www.wettbewerbsverfahrensrecht-bernreuther.de">www.wettbewerbsverfahrensrecht-bernreuther.de</a> werden solche verfahrensrechtlichen Fragen erörtert, für die ich - anders als zu <a href="http://www.ordnungsgeld-bernreuther.de">www.ordnungsgeld-bernreuther.de</a>; <a href="http://www.bestimmtheit-bernreuther.de">www.bestimmtheit-bernreuther.de</a>; <a href="http://www.vertragsstrafe-bernreuther.de">www.vertragsstrafe-bernreuther.de</a> - keine gesonderten Domain-Namen gewählt habe. Dies liegt zum einen daran, dass meine Ausführungen hier nicht an den ausschließlich praktisch orientierten Juristen gerichtet sind. Zum anderen sind viele weitere Domainnamen, bezogen auf Teilfragen des Wettbewerbsverfahrensrechts, deshalb wenig sinnvoll, weil sie das Auffinden des Themas nicht befördern.</p> <p>Das Wettbewerbsverfahrensrecht ist die hohe Kunst des Wettbewerbsrechts (vgl. meine Ausführungen in WRP 2003, 846, 882), des Marken-, Geschmacksmuster-, Patent- und Gebrauchsmusterrechts sowie des – nicht zum gewerblichen Rechtsschutz gehörenden – Urheberrechts.</p>	
--	---	--

**www.wettbewerbsverfahrensrecht-bernreuther.de**

Gliederung

1. Keine Erledigung der Hauptsache durch geänderte Rechtsprechung?
  - 1.1 Der Standpunkt der herrschenden Meinung
  - 1.2 Vorverständnis als Grundlage der herrschenden Auffassung
  - 1.3 Eigene Auffassung
  
2. Wegfall der Wiederholungsgefahr durch rechtskräftige Hauptsacheentscheidung



- 3.1.1.3.2.5 Zusammenfassung zu Ziffer 3.1.1.3.2
- 3.1.2 Die Anhörung als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für die Vollstreckung
- 3.2 Die Anhörung als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung nach Gemeinschaftsrecht
- 3.2.1 Die Regelung des Art. 26 Abs. 2 Brüssel I - VO
- 3.2.2 Die Regelung des Art. 34 Ziff. 2 Brüssel I - VO
- 3.3 Zusammenfassung zu Ziffer 3
- 4. Neuer Unterlassungsanspruch bei neuer, gleicher Verletzungshandlung?
- 4.1 Neuer Unterlassungsanspruch bei Titelverstoß?
- 4.1.1 Unterlassungsanspruch des Titelinhabers bei Titelverstoß?
- 4.1.1.1 Der Standpunkt der herrschenden Meinung
- 4.1.1.2 Eigene Lösung
- 4.1.2 Unterlassungsanspruch des Zweit- oder Drittgläubigers beim Titelverstoß
- 4.2 Neuer Unterlassungsanspruch bei Verstoß gegen eine strafbewehrte Unterlassungserklärung
- 4.2.1 Unterlassungsanspruch des Gläubigers eines strafbewehrten Unterlassungsvertrages bei gleicher Verletzungshandlung?
- 4.2.1.1 Standpunkt der herrschenden Meinung
- 4.2.1.2 Eigene Lösung
- 4.2.1.2.1 Verstoß gegen einen Unterlassungsvertrag, der durch eine betragsmäßig begrenzte Vertragsstrafe gesichert ist
- 4.2.1.2.2 Verstoß gegen einen Unterlassungsvertrag, der durch den so genannten Hamburger Brauch gesichert ist
- 4.2.2 Unterlassungsanspruch des Zweitgläubigers bei gleicher Verletzungshandlung?
- 4.2.2.1 Standpunkt der herrschenden Meinung
- 4.2.2.2 Eigene Auffassung
- 4.3 Zusammenfassung
- 5. Anspruch auf Übertragung des Domainnamens
- 5.1 Auffassung des BGH
- 5.2 Eigene Auffassung
- 5.2.1 Eigene Auffassung in tatsächlicher Hinsicht

- 5.2.2 Eigene Auffassung in rechtlicher Hinsicht
- 5.2.3 Vorhandensein eines Übertragungsanspruchs auch im Verrüguungsverfahren
- 5.2.4 Alle sind gut oder: Es gibt keine Fälle des Domain-Grabbing mehr?

**www.wettbewerbsverfahrensrecht-  
bernreuther.de**

1. Keine Erledigung der Hauptsache durch geänderte Rechtsprechung?

1.1 Der Standpunkt der herrschenden Meinung

Die Änderung der Rechtsprechung stellt kein die Hauptsache erledigendes Ereignis dar, dies hat der BGH in seiner Entscheidung mit dem Stichwort "*Einkaufsgutschein II*" entschieden. Denn Rechtsprechung muss beweglich sein können, deren Aussagen sind nicht als Gesetz im formellen oder materiellen Sinn anzusehen. Unabhängig von einer fehlenden Zuständigkeitsermächtigung beschließt oder erlässt die Rechtsprechung auch keine Rechtsnormen, sie konkretisiert diese lediglich.

1.2 Vorverständnis als Grundlage der herrschenden Auffassung

Die Änderung der Rechtsprechung stellt kein die Hauptsache erledigendes Ereignis dar: dieser Satz stimmt jede Wahrnehmung dann günstig, wenn durch diese Änderung der Bereich des erlaubten Tuns erweitert wird. Anders ist die Lage dereinst aber dann, wenn durch die mit einer Regeländerung vergleichbare Rechtsprechungsänderung erstmals ein bestimmtes Tun verboten wird. In diesem Fall ist es durchaus sinnvoll und richtig, wenn der BGH aufgrund seiner Darlegungen in der mündlichen Verhandlung oder durch sofortigen Hinweis zuvor den Parteien riete, die Angelegenheit für erledigt zu erklären. Im Rahmen der Kostenentscheidung bei übereinstimmend erklärter Erledigung bleibt ausreichend Gelegenheit für den BGH, das erstmals aufgestellte Verbot und damit dessen inhaltliche Wirkung zu begründen. Außerdem ist es gemäß § 91 a ZPO möglich, zu einer alle Interessen berücksichtigenden Kostenentscheidung zu gelangen. Denn Verbote müssen angekündigt werden. Dann aber stellt sich erneut die allgemeine Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Rechtsprechungsänderung ein die Hauptsache erledigendes Ereignis darstellt.

Um die Fragestellung weiter zu verdeutlichen, empfiehlt sich ein Blick auf das

Ordnungswidrigkeiten- bzw. Strafrecht.

Im Jahr 1991 senkte der BGH die Grenze für die Vermutung der absoluten Fahruntüchtigkeit gemäß § 316 StGB bzw. § 315 c StGB von 1,3 ‰ auf 1,1 ‰ ab. Wer vor Bekanntwerden der Rechtsprechungsänderung mit 1,3 ‰ Blutalkoholkonzentration ertappt wurde, ohne auf einen Verfahrensabschluss verweisen zu können (etwa, weil die Eingriffsbehörden langsam arbeiteten oder weil Einspruch gegen den Bußgeldbescheid eingelegt worden war), wurde zumindest auf der Grundlage von § 316 StGB bestraft, obschon die Tat zum Zeitpunkt ihrer Begehung nicht strafbar war. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Vorgehensweise als verfassungskonform bewertet, was ich nicht für richtig halte.

Als allerdings die Promillegrenze von 0,8 ‰ auf 0,5 ‰ gesenkt wurde, scheiterte jede Verfolgung der – nach der Tat sich einstellenden – ordnungswidrigen Handlung an einem Verbot der rückwirkenden Strafbegründung (nullum crimen sine lege, Art. 101 Abs. 1 GG; zu den Einzelheiten vgl. mein Beitrag in MDR 1992, 829).

Diese Beispiele sollen genügen, um weiter nachzudenken.

### 1.3 Begründung der eigenen Auffassung

Dass die Rechtsprechung beweglich sein können muss, ferner, dass deren Aussagen nicht als Gesetz im formellen oder materiellen Sinn anzusehen sind, ferner, dass die Rechtsprechung keine Rechtsnormen erlässt, sondern diese lediglich konkretisiert, erscheint jeweils auf den ersten Blick einzuleuchtend zu sein. Bloß: nicht immer ist das, was unmittelbar einleuchtet, auch richtig. Dies auch und gerade deshalb, weil ein Blick auf die modernen Naturwissenschaften im Umkehrfall zu wichtigen Beispielen zeigt, dass insbesondere neue Lösungen nicht unmittelbar einleuchten müssen, vielmehr mitunter den gesunden Menschenverstand (gekrümmter Raum; sich ausweitendes Universum; Licht als Teil und Welle usw.; vgl. [www.musikundgesetzesinterpretation-bernreuther.de](http://www.musikundgesetzesinterpretation-bernreuther.de) Ziffer 4) widersprechen. Sind derartige Lösungen etwa im Bereich der Physik zuerst im gedanklichen Bereich vorhanden, benötigen sie vor ihrer Bestätigung im Experiment als Voraussetzung einer frühen gedanklichen

Geltung ihre Wahrnehmung als faszinierend schön.

Es gilt: Die Lösung der Widersprüchlichkeit der Nichterledigung oder Erledigung einer Hauptsache durch geänderte Rechtsprechung liegt in der Erkenntnis, dass Aussagen der Rechtsprechung zum einen Einzelfallwirkung, zum zweiten Folgen für eine größere Zahl von vergleichbaren Fällen und zum dritten Folgen für eine Vielzahl von Fällen unter klar definierten Voraussetzungen zeitigen können.

Verwirklicht sich die zuletzt genannte Möglichkeit, liegt die Gleichartigkeit zur Wirkung von Gesetzen derart nahe, dass bei erstmaliger Verlautbarung einer derartigen Rechtsprechung dieselben Folgen zu gelten haben, wie sie bei der erstmaligen Regelung von Sachverhalten durch Gesetze gelten. Diese Folgen sind beispielsweise das erwähnte Rückwirkungsverbot, aber auch die Möglichkeit einer Erledigungserklärung aufgrund der Tatsache, dass diese Rechtsprechung ein erledigendes Ereignis darstellt.

Ob es im Markenrecht zur Aufstellung einer Fallgruppe mit gesetzesähnlichen Wirkungen kommt bzw. kommen kann, liegt nicht unbedingt nahe. Dass sich solches im UWG ereignet hat, beweist die Tatsache der Übernahme von Sätzen des BGH in das am 08.07.2004 in Kraft getretene UWG n.F. als Gesetzestext. Vor diesem Hintergrund ist der Satz: *"Die Änderung der Rechtsprechung stellt kein die Hauptsache erledigendes Ereignis dar"* berichtigungsbedürftig.

## 2. Wegfall der Wiederholungsgefahr durch rechtskräftige Hauptsacheentscheidung

### 2.1 Standpunkt der herrschenden Meinung

Der BGH ist der Auffassung, dass mit einer rechtskräftigen Hauptsacheentscheidung auf Unterlassung die Wiederholungsgefahr entfällt, die Entscheidung insoweit mithin Wirkung inter omnes entfaltet. Weiß ein Zweitgläubiger von dieser Entscheidung nichts, ist Voraussetzung für den Wegfall der Wiederholungsgefahr, dass sich der Unterlassungsschuldner ihm gegenüber auf die Unterlassungsentscheidung bezieht. Dies hat der BGH in der Entscheidung mit dem Stichwort

*"Begrenzte Preissenkung"* so entschieden.

## 2.2 Grundlage für den Wegfall der Wiederholungsgefahr bis zur Entscheidung *"Begrenzte Preissenkung"*

Die Wiederholungsgefahr entfällt im Regelfall durch Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung. Bei übereinstimmenden Willenserklärungen führt dies zum Abschluss zweier Verträge. Dies machen die unterschiedlichen Inhalte (konkrete Beschreibung des zu unterlassenden Tuns einerseits; allgemeine Strafandrohung für den Fall der Zuwiderhandlung andererseits), die unterschiedlichen Rechtsfolgen (Handlungsunterlassung; Zahlungspflicht im Verletzungsfall) und der unterschiedliche Zeitpunkt für die Frage des Verjährungseintritts deutlich (vgl. hierzu meine Ausführungen in GRUR 2003, 114 f; s.u. Ziffer 4.3).

Mit der Unterlassungserklärung sagt der Unterlassungsschuldner aus, er werde sich künftig rechtmäßig verhalten. Die Erklärung ist ernsthaft, wenn sie geeignet erscheint, den Unterlassungsschuldner von einem entsprechenden Tun künftig abzuhalten. Im Fall der bloßen Ankündigung einer unzulässigen Handlung genügt die einfache Unterlassungserklärung, im Fall eines bereits vorhandenen Verstoßes muss die Unterlassungserklärung ausreichend strafbewehrt erfolgen, damit die Wiederholungsgefahr entfällt.

## 2.3 Eigene Auffassung

Eine gerichtliche Entscheidung ist keine rechtsgeschäftliche Erklärung im vorstehend dargelegten Sinn. Der BGH gibt allerdings keine Begründung dafür, weshalb das in einer gerichtlichen Entscheidung enthaltene Verbot der Unterlassung eines bestimmten Tuns mit der freiwillig erklärten Verpflichtung auf Unterlassung (ohne dass dies ein Anerkenntnis des Vorwurfs – so die ganz h. M. - bedeutet, vgl. meine Ausführungen in GRUR 2001, 400, 401 Fn 6; teilweise unrichtig meine Ausführungen in WRP 1998, 584, 589 Fn 14) gleichzusetzen ist.

Der BGH gibt ferner keine Begründung dafür, weshalb die rechtskräftige Entscheidung im Verfügungsverfahren die rechtsgeschäftliche

Erklärung nicht ersetzt, solches aber für den Fall der Hauptsacheentscheidung gilt.

Wendet man gegen diese Erwägungen ein, sie würden eine zusätzliche Unterlassungserklärung bei Vorhandensein einer rechtskräftigen Hauptsacheentscheidung nicht rechtfertigen können, gilt, dass in dieser Schlussfolgerung eine Unterstellung liegt, die nicht zu begründen ist.

Liegt eine rechtskräftige Hauptsacheentscheidung vor, hängt die Frage des Wegfalls der Wiederholungsgefahr davon ab, ob der Beklagte diese Entscheidung als endgültige hinnimmt oder nicht. Dass bei Anerkennung dieser Entscheidung als endgültige Regelung zwischen den Parteien zusätzlich eine Unterlassungserklärung notwendig wäre, behauptet zwar der ehemalige Chefsystematiker des I. Zivilsenats des BGH (vgl. meine Ausführungen in GRUR 2001, 400,401, Fn 2). Die restliche juristische Literatur und Rechtssprechung fordern allerdings keine zusätzliche Unterlassungserklärung. Folglich beinhaltet die These vom Nichterforderlichsein einer Unterlassungserklärung aufgrund einer Beseitigung der Wiederholungsgefahr durch ein rechtskräftiges Hauptsacheurteil eine Unterstellung.

Akzeptiert also der Gegner die Entscheidung als endgültige Regelung (Abschlussklärung), wird die Wiederholungsgefahr beseitigt, einer zusätzlichen Unterlassungserklärung bedurfte es und bedarf es - wie erwähnt - nicht. Dieses Beispiel macht zusätzlich deutlich, dass ohne privatrechtliche Erklärung vom Wegfall der Wiederholungsgefahr nicht ausgegangen werden kann.

Liegt eine rechtskräftige Hauptsacheentscheidung vor und erklärt der Unterlassungsschuldner, er nehme die Entscheidung nicht als endgültige Regelung hin (ein entsprechender Fall ist mir nicht bekannt; er muss aber – wohl – als Ausgangspunkt herangezogen werden, um die Behauptung des Wegfalls der Wiederholungsgefahr allein aufgrund eines rechtskräftigen Hauptsacheurteils rechtfertigen zu können), ist der Kläger durch die Hauptsacheentscheidung ausreichend gesichert. Einer weiteren Klage durch ihn steht das Rechtsschutzbedürfnis gegenüber, was zugleich bedeutet, dass eine nochmalige Abmahnung nicht weiter durchgesetzt werden kann. Folglich ist die

nochmalige Abmahnung entbehrlich, so dass es an einer *"berechtigten"* Abmahnung i.S.v. § 12 Abs. 1 S. 2 UWG und damit auch an einer Pflicht zur Kostenerstattung fehlt.

Jeder Drittgläubiger kann allerdings erneut seinen Unterlassungsanspruch in einem Hauptsacheverfahren durchzusetzen versuchen, soweit der Unterlassungsanspruch nicht verjährt ist, was jedoch beinahe ausnahmslos der Fall sein dürfte.

Liegt selten genug keine Verjährung vor, ist die Lage ebenso, als wenn zeitgleich mehrere Unterlassungsgläubiger versucht hätten, den Unterlassungsanspruch im Verfügungs- oder Hauptsacheverfahren durchzusetzen. Als Beispiel für diesen seltenen Ausnahmefall seien die Entscheidungen des BGH zu demselben Sachverhalt aufgrund zweier Hauptsacheklagen zu dem Stichwort *"Zentrale"* sowie – zweitens – zu den Stichwörtern *"Dauertiefpreis"* einerseits und *"Preistest"* andererseits genannt (vgl. meine Ausführungen in GRUR 2001, 400, 401 Fn 3; die Verfassungsbeschwerden gegen die Entscheidungen *"Dauertiefpreis"* und *"Preistest"* wurden vom BVerfG zurückgewiesen).

Bleibt als letzter Einwand: Mit der Unterlassungserklärung fällt endgültig die Wiederholungsgefahr weg. Durch einen nachträglich eingetretenen Umstand ist der ursprüngliche Anspruch entfallen. Damit hat der Unterlassungsschuldner die Möglichkeit, Vollstreckungsgegenklage gegenüber dem durch rechtskräftige Hauptsacheentscheidung gesicherten Unterlassungsgläubiger im Fall eines drohenden Ordnungsmittelantrags zu erheben.

Dieser Einwand greift allerdings bereits deshalb nicht durch, weil er eine Vielzahl von Unterstellungen enthält, die allerdings keine Begründungsbestandteile zur Widerlegung der Auffassung von der Notwendigkeit einer rechtsgeschäftlichen Erklärung als Voraussetzung für den Wegfall der Wiederholungsgefahr bilden.

Zunächst gilt: Die rechtsgeschäftliche Erklärung, die zum Wegfall der Wiederholungsgefahr nach Verkündung jeder einem Unterlassungsantrag stattgebenden gerichtlichen Entscheidung führt, muss lediglich den Inhalt haben, dass die gerichtliche Entscheidung als endgültige, zwischen den Parteien verbindliche Regelung anerkannt wird. Auf eine weitergehende Erklärung

hat der Unterlassungsgläubiger keinen Anspruch. Diese Erklärung ist ihrem Inhalt nach nicht auf die Vergangenheit bezogen. Die Lage ist also verschieden zu derjenigen, die aufgrund der Abgabe einer Unterlassungserklärung entsteht. Insoweit hat der BGH in einer Entscheidung betreffend einen Ordnungsmittelantrag mit dem Stichwort "*Euro-Einführungsrabatt*" das zuvor von der Literatur und der Instanzrechtsprechung gefundene Ergebnis bestätigt, wonach die Unterlassungserklärung den gesetzlichen Anspruch rückwirkend beseitigt.

Es soll allerdings mitunter vorkommen, dass der Unterlassungsschuldner nach Verkündung einer Entscheidung eine Unterlassungserklärung abgibt, auch wenn eingeräumt werden muss, dass eine entsprechende Erklärung, abgegeben nach Rechtskraft einer Hauptsacheentscheidung, zumindest sehr selten ist.

Die Lösung ist einfach: der Unterlassungsgläubiger nimmt die Unterlassungserklärung mit Wirkung ex nunc an. Was die Folge im Dreipersonenverhältnis anbelangt, so verweise ich auf meinen Beitrag in GRUR 2001, 400, 401 li Sp unten und 402 li Sp Mitte. Wenn der Unterlassungsschuldner berechtigt ist, über den Beginn des Wirksamwerdens des Unterlassungsvertrages zu entscheiden (dies ist Gegenstand der Entscheidung des BGH mit dem Stichwort "*Weit-vor-Winter-Schluß-Verkauf*"), muss aus Gründen der Vertragsgleichheit der Unterlassungsgläubiger berechtigt sein zu entscheiden, auf welchen Zeitpunkt der Unterlassungsvertrag zurückwirkt. Dies allzumal dann, wenn er hierfür ein berechtigtes Interesse hat und der Unterlassungsschuldner dabei nicht einseitig schlechter gestellt wird, vgl. mein Beitrag in GRUR 2007 "Einstweilige Verfügung und Erledigungserklärung".

Für meine Auffassung, dass es der Unterlassungsschuldner in der Hand haben muss und in der Hand hat, für die Beseitigung der Wiederholungsgefahr zu sorgen und nicht das im Hauptsacheverfahren entscheidende Gericht, spricht schließlich die Erwägung, dass ein einseitiges und sogar ein beiderseitiges Interesse bestehen kann, nach Rechtskraft der Entscheidung einen Unterlassungsvertrag zu schließen, damit im Verletzungsfall die Vertragsstrafe an den Unterlassungsgläubiger fließt.

Will heißen: Die vorgeblich so liberale Auffassung, den Unterlassungsschuldner mit einem rechtskräftigen Hauptsacheurteil auf Unterlassung endlich aus der Verantwortung zu entlassen, bedeutet eine Einschränkung der Privatautonomie, für die ich augenblicklich keine Rechtfertigung sehe.

Eingedenk der Tatsache, dass es nur sehr selten zu einer Konfliktlage zwischen der Auffassung des BGH, erstmals dargelegt in der Entscheidung – wie erwähnt – mit dem Stichwort "*Begrenzte Preissenkung*" und meiner hier ausführlich begründeten Gegenauffassung kommen dürfte, stellt sich die Frage nach dem Zweck meines Tuns. Ich meine: das Wettbewerbsverfahrensrecht hat im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts stets erhebliche Bedeutung.

Begründungsweisen nachzuvollziehen, auszuführen und zu entwickeln, welche ihre Geltung gleichberechtigt neben ihrer Sachrichtigkeit aus der Richtigkeit des logischen Ortes im systematischen Zusammenhang ableiten, ist allerdings anstrengend. Systematisierend zu verfahren ist stets aufwendiger, als konkret anstehende Wertungsfragen aus einer Gemengelage von systematischer Rechtskenntnis und Gefühl für das richtige Ergebnis zu entscheiden.

Darüber hinaus sehe ich die Ursache für die Ausführungen hier nicht in einer von mir vorhandenen Gegenüberzeugung. Vielmehr ist es der BGH, der seine These vom Wegfall der Wiederholungsgefahr durch rechtskräftiges Hauptsacheurteil deshalb nicht schlüssig durchhält, weil er zum Schluss seiner Begründung entscheidend darauf abstellt, dass der Unterlassungsschuldner sich gegenüber dem Drittgläubiger auf die Hauptsacheentscheidung beruft (s.u. Ziff. 4 "Neuer Unterlassungsanspruch bei gleicher Verletzungshandlung?", Ziff. 4.2.2).

Und schließlich habe ich den Eindruck, dass der BGH den Unterlassungsschuldner mittlerweile als unterstützenswürdig im verfahrensrechtlichen Sinn ansieht, die in der Sache zutreffenden Entscheidungen mit den Stichwörtern "*Hotelfoto*" und "*Trainingsvertrag*" (zu dem zuletzt genannten Stichwort meine Ausführungen in GRUR 2003, 114 ff) sind hierfür Beleg. Es ist allerdings ein

Unterschied, ob Wertungen wie die Öffnung des Markenregisters gesetzt werden oder ob im dogmatischen System Neutralität an die Seite gerückt wird. Im letzteren Fall gerät das System aus den Fugen, will heißen, eine Berechenbarkeit des Rechts dort, wo es berechenbar sein muss, geht verloren.

### 3. Anhörung

Die Anhörung stellt die Verwirklichung des Grundrechts des rechtlichen Gehörs gem. Art. 103 Abs. 1 GG und gem. Art. 6 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren) im gerichtlichen Verfahren sicher. Sie ereignet sich regelmäßig in der mündlichen Verhandlung, also zu einem Zeitpunkt, bevor das Gericht seine Entscheidung verkündet oder der Kläger bzw. Antragsteller seine Klage/seinen Antrag zurücknimmt.

Rechtlich bedeutsam wird die Anhörung, wenn eine gerichtliche Entscheidung ohne mündliche Verhandlung möglich ist. Dies betrifft vor allem das einstweilige Verfügungsverfahren auf Unterlassung und - in Ausnahmefällen - auf Beseitigung. Insoweit stellt sich die Frage, wann und wie eine Anhörung gleichwohl erforderlich ist, ferner, durch wen sie vorgenommen werden darf. Einen weiteren Gesichtspunkt betrifft die Frage des Zeitpunkts der Anhörung: genügt ausnahmsweise die Anhörung vor Vollstreckbarkeit oder gar vor Vollstreckung, wenn nur auf diese Weise die Belange des Antragstellers gewahrt werden können? Und schließlich wird nachfolgend zwischen der Notwendigkeit der Anhörung nach nationalem Recht und nach Gemeinschaftsrecht unterschieden.

#### 3.1 Die Anhörung als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung nach nationalem Recht

Die Anhörung wird als Frage der Rechtmäßigkeit einer gerichtlichen Entscheidung, im hier interessierenden Rahmen gerichtet auf Unterlassung und - ausnahmsweise - auf Beseitigung, angesehen. Die Anhörung kann aber auch als Voraussetzung der Rechtmäßigkeit der Vollstreckung gesehen werden.

### 3.1.1 Die Anhörung als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung einer gerichtlichen, im Verfügungsverfahren zu treffenden Entscheidung auf Unterlassung oder Beseitigung

Bei der Anhörung als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung einer gerichtlichen Entscheidung ist zu unterscheiden zwischen der Anhörung durch den Unterlassungs- bzw. Beseitigungsgläubiger einerseits und das Gericht andererseits.

#### 3.1.1.1 Die Anhörung durch den Unterlassungs- bzw. Beseitigungsgläubiger als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung einer gerichtlichen Entscheidung

Nach zumindest überwiegender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur genügt es für die auf die Wahrung des rechtlichen Gehörs bezogene Rechtmäßigkeit einer im Verfügungsverfahren zu treffenden Unterlassungs- bzw. Beseitigungsentscheidung, dass der Anspruchsgläubiger den Gegner so abgemahnt hat, dass dieser den ihn treffenden rechtlichen Vorwurf hat erkennen können.

Bei dieser Problemlosigkeit bleibt es dann, wenn der Gegner sich auf die Abmahnung hin geäußert hat, ohne dass hierdurch für das Gericht Erkenntnisse aufscheinen, welche den geltend gemachten Anspruch widerlegen.

Bei dieser Problemlosigkeit bleibt es ferner, wenn der Antragsteller versichert, der Gegner habe sich nicht geäußert. Fehlt ein derartiger Vortrag, ist es tunlich, wenn der Richter durch fernmündlichen Hinweis um eine entsprechende Ergänzung des Verfügungsantrags bittet.

Erfolgt eine Äußerung oder erfolgt - zugesichert - keine Äußerung, hat allerdings das Gericht den Eindruck, der Abgemahnte habe im Zuge seines Schweigens auf die Abmahnung den Ernst der Lage verkannt, dessen Einlassung könne aber von Bedeutung sein bzw., die Reaktion des Abgemahnten enthält Hinweise, wonach eine weitere Einlassung von Bedeutung sein könnte, hat dies für das Gericht ohne Bedeutung zu bleiben, da dieser Fall wie jede andere Nichtäußerung im Prozess zu bewerten ist: die fehlende Einlassung hindert eine Entscheidung i.S.d. Klägers oder Antragstellers nicht. Wer

anderer Auffassung ist, stellt die Regeln über das Versäumnisurteil gem. § 331 ZPO oder gem. Art. 26 Brüssel I - VO (namensgleich: EuGVVO oder EuGVO) auf den Kopf.

Hat das Gericht Zweifel, ob die Abmahnung die Gegenseite erreicht hat, kann es erneut ergänzenden Sachvortrag hierzu vom Antragsteller verlangen.

#### 3.1.1.2 Die Anhörung durch das Gericht als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung einer gerichtlichen Entscheidung

Es ist allgemein bekannt, dass das BVerfG insbesondere bei Demonstrationsverboten fernmündlich zu nicht üblichen Zeiten, also auch mitunter am Samstag-Vormittag, die Parteien eines Demonstrationsverbotes anhört.

Dem nachzufolgen, ist einem Zivilrichter nicht verboten.

Wird hiergegen eingewandt, die Möglichkeit der Bewertung einer Abmahnung als Gewährung rechtlichen Gehörs mache deutlich, dass die Anhörung in erster Linie durch den Antragsteller vorzunehmen ist, stimmt dies. Dieser Einwand schließt es aber nicht aus, dass Gerichte befugt sind auf die geschilderte Weise, also fernmündlich oder durch Verfügung einer schriftlichen Stellungnahme binnen kürzester Frist, entsprechend zu verfahren.

Wendet hiergegen der Gegner ein, er habe, da telefonisch nicht erreichbar, kein Fax wie vom Gericht behauptet, erhalten, besäße das Gericht die Möglichkeit, in überzeugender Weise mit einer Schutzbehauptung umzugehen, welche den Anwälten als ernsthafter Einwand von den Gerichten im Fall des behaupteten Nichtzugangs einer Abmahnung neuerdings von prominenter Stelle entgegen gehalten wird.

#### 3.1.1.3 Die fehlende Anhörung und deren Folgen für ein im Verfügungsverfahren zu treffende Entscheidung auf Unterlassung bzw. Beseitigung

Nachdem mit vernünftigen Gründen nicht zu beweisen ist, dass das Fehlen einer Anhörung in jedem Fall zur Rechtswidrigkeit einer Verfügungsentscheidung führt - die Anhörung

mittels Abmahnung oder durch das Gericht kann dazu führen, dass die Verletzungshandlung weiteren Schaden oder erstreckt Schaden beim Antragsteller verursacht, welcher auch durch einen Schadenersatzanspruch nicht wieder ausgeglichen wird bzw. zum Verschwinden des Gegners führt; oder aber, es reicht eine Anhörung vor Durchführung der Zwangsvollstreckungsmaßnahme aus -, ist die Frage aufgeworfen, unter welchen Voraussetzungen eine Anhörung und damit vor allem eine Abmahnung entbehrlich ist.

Wer demgegenüber der Meinung ist, dass eine vor Verkündung einer gerichtlichen Entscheidung stattfindende Anhörung in jedem Fall erforderlich ist, muss folgerichtig darlegen, dass jeder Verhaftung eines Mörders die Ankündigung dieser Handlung mit dem Hinweis auf die Möglichkeit eines rechtlichen Gehörs vorauszugehen hat, weil der Hinweis auf die eigenen Rechte nach der Verhaftung nicht ausreicht. So weit wird aber hoffentlich niemand gehen.

Zur Beantwortung der Rechtmäßigkeit der fehlenden Anhörung ist grundsätzlich zwischen Verhaltensunrecht und der Verletzung eines absoluten Rechts des Antragstellers zu unterscheiden.

#### 3.1.1.3.1 Die fehlende Anhörung und deren Folgen für eine gerichtliche Entscheidung auf der Grundlage des UWG

Als Beispiel für eine Entscheidung wegen Verletzung von Verhaltensunrechts wird das UWG gewählt. Fälle des Kartellrechts (GWB) bleiben also außer Betracht. Insoweit ist zwischen einem Unterlassungsverlangen und einem Beseitigungsverlangen zu unterscheiden.

##### 3.1.1.3.1.1 Antrag auf Unterlassung

Kann das Gericht davon ausgehen, dass eine gezielte Behinderung i.S.d. §§ 3, 4 Ziff. 10 UWG gegeben ist, hat die Beendigung dieser Blockadehandlung binnen kurzer Frist zu erfolgen. Die Untersagung einer derartigen Behinderung scheitert allerdings nicht dadurch, dass der Gegner zuvor angehört wird. Ob man allgemein, also über den Beispielfall der unlauteren Behinderung hinausgehend, sagen kann, dass die

Anhörung im Hinblick auf einen Wettbewerbsverstoß nicht zu einem Verhalten des Unterlassungsschuldners verleitet, welches einen Unterlassungstitel ins Leere laufen lässt, muss offen bleiben. Es ist z. B. möglich, dass der Unterlassungsschuldner sein wettbewerbswidriges Verhalten ausweitet. Entsprechende Fälle sind allerdings zumindest nicht häufig.

#### 3.1.1.3.1.2 Antrag auf Beseitigung

Insoweit kommen beispielsweise die Verbreitung unwahrer Tatsachen mit der Eignung zur Kreditschädigung gem. §§ 3, 4 Ziff. 8 UWG in Betracht oder aber die Verzichtserklärung gegenüber der Denic.

Insoweit kann wohl allgemein, also über die genannten Beispielfälle hinausgehend, gesagt werden, dass die Anhörung wohl nicht zu einem Verhalten verleitet, welches einen Unterlassungstitel ins Leere laufen lässt. Die Verpflichtung zum Widerruf der kreditschädigenden Behauptung oder zur Erklärung gegenüber der Denic scheitert nicht dadurch, dass der Gegner zuvor angehört wird.

#### 3.1.1.3.1.3 Zusammenfassung zu Ziffer 3.1.1.3.1

Wird die Verletzung von Verhaltensunrecht gerügt, führt eine Anhörung des Gegners vor Verhinderung einer Entscheidung aller Voraussicht nach nicht zur Eröffnung von Handlungsmöglichkeiten zugunsten des Gegners, welche das Ergebnis der Anhörung, eine Unterlassungs- oder gar eine Beseitigungsentscheidung ins Leere laufen lässt. Die Anhörung in diesem Zusammenhang setzt regelmäßig keine Ursachen, welche zum Scheitern des Anliegens des Antragstellers führt. Dies zeitigt, dass eine fehlende Anhörung vor Verkündung zumindest in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle zur Rechtswidrigkeit einer Unterlassungs- oder Beseitigungsentscheidung auf der Grundlage des UWG wegen Verstoßes gem. Art. 103 Abs. 1 GG führt, Art. 6 EMRK führt, so dass im Fall des Rechtsbehelfs der Beschwerde bei Vorliegen der Zulässigkeitsvoraussetzungen im Übrigen die Entscheidung aufzuheben ist.

#### 3.1.1.3.2 Die fehlende Anhörung und deren

### Folgen für eine gerichtliche Entscheidung auf der Grundlage des Markenrechts

Als Beispiel für die Verletzung eines absoluten Rechts im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes bzw. des Urheberrechts wird der Verstoß gegen ein Markenrecht oder ein sonstiges Kennzeichen unterstellt. Innerhalb des Markenrechts wird zwischen einem Verstoß gegen eine Warenmarke, eine Dienstleistungsmarke, ein Unternehmenskennzeichen und einem Werktitel unterschieden.

#### 3.1.1.3.2.1 Die fehlende Anhörung und deren Folgen für eine gerichtliche Entscheidung bei Verletzung einer Warenmarke

Insoweit ist zu unterscheiden zwischen den vorgetragenen oder gerichtsbekanntem Folgen für den Fall einer Anhörung einerseits und den unbekanntem Folgen insoweit andererseits. Dies deshalb, weil im Zivilprozess der Sachverhalt von den Parteien vorzutragen ist. Anders als etwa bei Demonstrationsverboten und dem einstweiligen Anordnungsverfahren gestellten Anträgen auf Aufhebung derartiger Verbote geht es nicht um Sachverhalte im öffentlichen Interesse und den aus der Verwaltungsgerichtsordnung oder dem Bundesverfassungsgerichtsgesetz folgenden Grundsätzen betreffend die Aufbereitung des Sachverhalts.

##### 3.1.1.3.2.1.1 Die fehlende Anhörung und deren Folgen für eine gerichtliche Entscheidung gerichtet auf Unterlassung, bei Verletzung einer Warenmarke

Trägt der Antragsteller vor, die unter Verletzung seines Markenrechts im Baumarkt angebotenen Erzeugnisse würden - wie dies ein vergleichender Blick auf ähnliche Fälle ergibt bzw., wie dieser aufgrund bestimmter Anzeichen zu vermuten ist - nach Zugang der Abmahnung zzgl. maximal 45 Minuten mit einer Preisherabsetzung von 70 % angeboten; hierauf werde in Durchsagen im Baumarkt sowie im Internet besonders hingewiesen, dies habe in der Vergangenheit zu einem Abverkauf vergleichbarer Waren binnen zwei Stunden im Umfang von 60 % des Lagebestandes (gegenüber 10 % sonst) geführt,

und wird solches glaubhaft gemacht, rechtfertigt die Rechtsfolgenabwägung, zumindest bis zur Zustellung der einstweiligen Verfügung auf eine Anhörung zu verzichten.

Die Rechtsfolgenabwägung ist als Maßstab für einstweilige Anordnungen im Öffentlichen Recht bekannt (vgl. hierzu meine Ausführungen in WRP 2001, 384, 388 nebst Fn 30 und 32). Es sind keine Gründe ersichtlich, welche die Anwendung dieser Argumentationsfigur im gegenständlichen Zusammenhang widerlegen würden.

Wird hiergegen eingewandt, es könne immerhin sein, dass der Antragsgegner auf einen berechtigten Lizenzgeber verweisen kann, was dem Antragsteller unbekannt ist oder von diesem nicht beachtet wird, gilt, dass dies im Hinblick auf Markenverletzungen der geschilderten Art (bzw. Schutzrechtsverletzungen der geschilderten Art), ein derart seltener Fall ist, dass dieser kraft seiner Ausnahmestellung nicht eignet, die Bewertung zu widerlegen, wonach die Abmahnung zu einem ins Leere laufen des Antragsziels führt; mithin den Anlass dafür bildet, dass das Anliegen des Antragstellers tatsächlich scheitert.

Der Blick auf die Rechtsfolgeseite - das Scheitern des gerichtlich bestätigten Ziels aufgrund der Abmahnung - kann also in Ausnahmefällen bei Verletzung eines gewerblichen Schutzrechts derart gewichtig sein, dass dieses Gewicht das Gewicht des Rechts auf Anhörung verdrängt.

Sind diese Folgen dagegen nicht vorgetragen oder nicht gerichtsbekannt, hat die Anhörung das stärkere Gewicht, auch wenn dies bei gebotener zutreffender Betrachtung der Lage nicht der Fall sein würde.

#### 3.1.1.3.2.1.2 Die fehlende Anhörung und deren Folgen für eine gerichtliche Entscheidung, gerichtet auf Beseitigung, bei Verletzung einer Warenmarke

Trägt der Antragsteller vor und macht er glaubhaft, dass im Falle einer Abmahnung die Weitergabe der das eigene Markenrecht verletzende Ware an dritte Personen erfolgt, ist auch in diesem Fall eine Anhörung zumindest vor der Zwangsvollstreckung entbehrlich. Erneut würde die Abmahnung dazu führen, dass das durch das Gericht später bestätigte Antragsziel tatsächlich ins Leere läuft,

die Anhörung wäre die Ursache für das tatsächliche Scheitern des Rechts.

#### 3.1.1.3.2.2 Die fehlende Anhörung und deren Folgen für eine gerichtliche Entscheidung bei Verletzung einer Dienstleistungsmarke

Wird - wie häufig - die Dienstleistungsmarke zeichengleich oder zeichenähnlich mit dem Unternehmenskennzeichen verwendet, kommt ein Unterlassungsgebot dem Verbot des Handelns unter der bisherigen Firma gleich. Ein Verzicht auf eine Anhörung erscheint daher auch und gerade mit Blick auf die tatsächlichen Folgen kaum mit guten Gründen zu rechtfertigen zu sein, eine entsprechende Untersagungsentscheidung ohne Anhörung ist daher in aller Regel rechtswidrig.

Wird - wie häufig - die Dienstleistungsmarke zeichengleich oder zeichenähnlich mit dem Unternehmenskennzeichen verwendet, kommt als Hauptfall eines Beseitigungsanspruchs in dem Zusammenhang hier ein Anspruch auf Vernichtung der Dienstleistungsmarken (bzw. der Firmenschilder) im Verfügungsverfahren kaum, jedenfalls aber ohne Anhörung nicht in Betracht. Es bleibt also dabei, dass es kaum zu rechtfertigen ist, in derartigen Fällen keine vorherige Anhörung, vor allem in Form der Abmahnung nebst Gelegenheit zur Stellungnahme, vorzunehmen.

#### 3.1.1.3.2.3 Die fehlende Anhörung und deren Folgen für eine gerichtliche Entscheidung bei Verletzung eines Unternehmenskennzeichens

Wird im Hinblick auf ein Unternehmenskennzeichen Unterlassung verlangt, so gelten die Überlegungen zu vorstehend Ziff. 3.1.1.3.2.2 entsprechend: ein Verbot kommt dem Verbot des Handelns unter der bisherigen Firma gleich. Das gleiche gilt erstrecht für einen Beseitigungsantrag, gerichtet beispielsweise auf die Vernichtung von Firmenschildern.

Die Gerichte entscheiden derartige Fälle allerdings - soweit ersichtlich - ohnehin erst nach mündlicher Verhandlung, so dass die Forderung nach Anhörung vor Erlass einer Beschlussverfügung hier nicht ins Schwarze trifft.

#### 3.1.1.3.2.4 Die fehlende Anhörung und deren Folgen für eine gerichtliche Entscheidung bei Verletzung eines Werktitels

Auch insoweit ist über die Rechtmäßigkeitsprüfung hinausgehend auf die Rechtsfolgeseite zu schauen. Dies bedeutet: wird im Hinblick auf einen Werktitel Unterlassung verlangt, sollte eine vorherige Anhörung durch den Richter stattfinden, wenn davon auszugehen ist, dass eine nicht unerhebliche Anzahl von Werktiteln als Printmedium bereits an Händler ausgeliefert ist. In erster Linie ist natürlich - wie in den vergleichbaren Fällen zuvor - abzumahnen. Vor diesem Hintergrund erübrigen sich Ausführungen zum Beseitigungsanspruch.

#### 3.1.1.3.2.5 Zusammenfassung zu Ziffer 3.1.1.3.2

Bei Verletzungen von Warenmarken führt eine fehlende Abmahnung oder eine auf sonstige Weise fehlende Anhörung der Gegenseite in Ausnahmefällen nicht dazu, dass die im einstweiligen Verfügungsverfahren ergangene Beschlussverfügung, gerichtet auf Unterlassung, rechtswidrig ist. Voraussetzung ist insoweit, dass neben der materiellrechtlichen Rechtmäßigkeit eine Rechtsfolgeabwägung deshalb ein Überwiegen der Belange des Antragstellers ergibt, weil anderenfalls wegen zwischenzeitlichen Fehlens der vom Verbotsumfang erfassten Waren Ziel und Ergebnis ins Leere laufen.

Die Abmahnung wäre die Ursache für die Zwecklosigkeit des Rechts: In diesem Fall ist die Abmahnung und jede andere Form der Anhörung entbehrlich.

In demselben Umfang sind Beseitigungsansprüche, etwa gerichtet auf Herausgabe an den Sequester, zulässig.

Bei der Verletzung von Dienstleistungsmarken, Firmenkennzeichen oder Werktiteln lassen sich nur schwerlich Fälle vorstellen, die ausnahmsweise eine Nichtanhörung rechtfertigen.

#### 3.1.2 Die Anhörung als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für die Vollstreckung

Die Frage nach der Erforderlichkeit einer Anhörung als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für die Vollstreckung stellt sich erst dann, wenn eine Anhörung im Verfahren auf Herbeiführung des der Vollstreckung zugrunde liegenden Titels (ausnahmslos Beschlussverfügung; zwar kann auch ein Vergleich mit der Ordnungsmittellandrohung gem. § 890 ZPO versehen werden, dann ist es aber ausgeschlossen, dass der Schuldner nicht gehört wurde) ausgeblieben ist. Denn im Fall der erfolgten Anhörung im Verfahren auf Herbeiführung des der Vollstreckung zugrunde liegenden Titels, also im Fall der erfolgten Anhörung im Erkenntnisverfahren, ist eine weitere Anhörung im Vollstreckungsverfahren keine Rechtmäßigkeitsvoraussetzung.

Nachdem allerdings nach Zustellung des Vollstreckungstitels die Rollen der Begehrlichkeit umgekehrt sind - der Unterlassungs- oder Beseitigungsschuldner möchte entweder die Titelaufhebung oder die Zwangsvollstreckungseinstellung erreichen -, muss jener (der Unterlassungs- oder Beseitigungsschuldner) sein rechtliches Gehör einfordern. Dies geschieht entweder durch Widerspruch, gerichtet gegen die Beschlussverfügung oder durch Antrag auf einstweilige Anordnung der Einstellung der Zwangsvollstreckung gem. § 769 ZPO oder durch Einlegung beider Rechtsbehelfe.

In unserem Zusammenhang ist eine Begründetheit dieser Rechtsbehelfe vor allem dann gegeben, wenn die Markenbenutzung aufgrund Lizenzvertrages gerechtfertigt ist, der Antragsteller allerdings - aus welchen Gründen auch immer - dies verschwiegen hat, insbesondere deshalb, weil er den Lizenzvertrag (vgl. hierzu [www.markenrecht-bernreuther.de](http://www.markenrecht-bernreuther.de) Ziff. 24.1) für beendet gehalten hatte. Einen weiteren Grund in diesem Zusammenhang kann insbesondere die Erschöpfung bilden, (vgl. [www.markenrecht-bernreuther.de](http://www.markenrecht-bernreuther.de) Ziff. 17.6). Entsprechende Fälle einer sehr späten, berechtigten Verteidigung, sind allerdings weniger häufig bekannt geworden, so dass sich erneut nicht aufdrängt, weshalb bei Nichtanhörung im Erkenntnisverfahren ein Manko vorliegen soll.

3.2 Die Anhörung als  
Rechtmäßigkeitsvoraussetzung nach  
Gemeinschaftsrecht

In diesem Zusammenhang sind Art. 26 Abs. 2 Brüssel I - VO (namensgleich EuGVVO oder EuGVO; s.o. Ziff. 3.1.1.1 a.E.) und Art. 34 Ziff. 1 Brüssel I - VO beachtlich.

### 3.2.1 Die Regelung des Art 26 Abs. 2 Brüssel I - VO

Art. 26 Abs. 2 Brüssel I - VO lautet:

*"Das Gericht hat das Verfahren so lange auszusetzen, bis festgestellt ist, dass es dem Beklagten möglich war, das verfahrenseinleitende Schriftstück oder ein gleichwertiges Schriftstück so rechtzeitig zu empfangen, dass er sich verteidigen konnte und dass alle hierzu erforderlichen Maßnahmen getroffen worden sind."*

Dies bedeutet: Es darf keine gerichtliche Entscheidung - auch im einstweiligen Verfügungsverfahren - ergehen, bis festgestellt ist, dass der Beklagte oder Antragsgegner die Klage oder den Verfügungsantrag oder ein gleichwertiges Schriftstück (z. B. Abmahnung) rechtzeitig genug für die tatsächliche oder eine mögliche Verteidigung erhalten hat.

Dies besagt nichts anderes, als dass eine einstweilige Beschlussverfügung ohne Abmahnung und ohne vorherige richterliche Anhörung, die im deutschen Zivilprozess regelmäßig im Rahmen mündlicher Verhandlung erfolgt, allerdings auch durch schriftliche oder telefonische Anhörung außerhalb einer mündlichen Verhandlung möglich ist, rechtswidrig ist.

### 3.2.3 Die Regelung des Art. 34 Ziff. 2 Brüssel I - VO

Art. 34 Ziff. 2 Brüssel I - VO lautet wie folgt:

*"Eine Entscheidung wird nicht anerkannt, wenn dem Beklagten, der sich auf das Verfahren nicht eingelassen hat, das verfahrenseinleitende Schriftstück oder ein gleichwertiges Schriftstück nicht so rechtzeitig und in einer Weise zugestellt worden ist, dass er sich verteidigen konnte, es sei denn, der Beklagte hat gegen die Entscheidung keinen Rechtsbehelf eingelegt, obwohl er die Möglichkeit dazu hatte."*

Dies bedeutet: Ist unter Verletzung von Art. 26 Abs. 2 Brüssel I - VO eine einstweilige Beschlussverfügung ohne Abmahnung und ohne Anhörung durch das Gericht außerhalb der mündlichen Verhandlung (bei einer Anhörung im Rahmen der mündlichen Verhandlung ergeht keine Beschluss - sondern eine Urteilsverfügung) rechtswidrig ergangen, wird der im einstweiligen Verfügungsverfahren erlassene Titel gleichwohl im anderen Mitgliedsstaat anerkannt, wenn zwischen dem Zeitpunkt des Verfügungsbeschlusses und dem Zeitpunkt der Anerkennung dieses Beschlusses der Gegner die Möglichkeit eines Rechtsbehelfs - weil ihm die Entscheidung zugestellt worden war oder er auf sonstige Weise hiervon erfahren hatte - besaß und zusätzlich in der genannten Zwischenzeit ausreichend Zeit gewesen war, einen Rechtsbehelf einzulegen.

### 3.3 Zusammenfassung zu Ziffer 3

War ehemals der Unterlassungs- oder Beseitigungsschuldner kraft seiner vom Antragsteller verliehenen Parteirolle als makelbehaftet anzusehen, gibt es heute Tendenzen in der Rechtsprechung, den Unterlassungs- oder Beseitigungsschuldner in jedem Fall erst einmal als schützenswert anzusehen. Richtiger dürfte es sein, sowohl schuldner- als auch gläubigerfreundlich zu entscheiden.

Gegenständlich bedeutet dies, insbesondere bei der Verletzung von Warenmarken eine Anhörung, die in erster Linie durch Abmahnung, in zweiter Linie aber auch durch richterliche Anhörung außerhalb der mündlichen Verhandlung erfolgen kann, dann als entbehrlich anzusehen, wenn diese Anhörung die Ursache dafür bildet oder bilden kann, dass der gerichtliche Verbotsausspruch ins Leere läuft, weil es wegen der auf die Anhörung folgenden Aktivitäten des Schuldners nichts mehr zu vollstrecken gibt.

Kurz: Die Gerichte haben keinen Anspruch darauf, mit Hinweis auf eine vorzunehmende Anhörung das Recht gegen die Wand laufen zu lassen.

Maßgebend für eine gerichtliche Entscheidung auf Unterlassung oder gar Beseitigung ohne Anhörung ist also zum einen die Rechtmäßigkeit des Antrags, zum anderen die eindeutig zugunsten des Antragstellers ergehende Rechtsfolgenabwägung. In diesen Überlegungen

vereinen sich die im gewerblichen Rechtsschutz für das Verfahren geübten Begründungsweisen (differenzierte Auseinandersetzung mit der Rechtmäßigkeit im Eilverfahren) und die im Öffentlichen Recht im Anordnungsverfahren gleichermaßen geübten Begründungsweisen (Rechtsfolgenabwägung).

Diese Sichtweise steht in Übereinstimmung mit Art. 26 Abs. 2 und Art. 34 Ziff. 2 der Brüssel I - VO: zwar darf nach der erstgenannten Bestimmung keine gerichtliche Entscheidung ohne Anhörung ergehen. Geschieht dies doch, erlaubt es die zweitgenannte Bestimmung, dass die - fehlerhafte - Entscheidung im Ausgangsstaat gleichwohl im anderen Mitgliedsstaat anerkannt wird, wenn die bestehende Möglichkeit einer Rechtsbehelfseinlegung nicht gewahrt worden war.

Dieses Ergebnis ist auch deshalb gerechtfertigt, weil anders als im Strafprozess im Verfahren wegen Geltendmachung der Verletzung eines durch den gewerblichen Rechtsschutz oder das Urheberrecht geschützten Rechtes nicht nur der Antragsgegner, sondern auch oder mitunter vor allem der Antragsteller in seinen Grundrechten verletzt sein kann.

#### 4. Neuer Unterlassungsanspruch bei erneuter, gleicher Verletzungshandlung?

##### 4.1 Neuer Unterlassungsanspruch bei Titelverstoß?

##### 4.1.1 Unterlassungsanspruch des Titelinhabers bei Titelverstoß?

##### 4.1.1.1 Der Standpunkt der herrschenden Meinung

Ist ein Unterlassungstitel vorhanden und verstößt der Unterlassungsschuldner hiergegen, hat der Titelinhaber nach der h. M. unabhängig von der Art des Verfahrens (einstweiliges Verfügungsverfahren bzw. Hauptsacheverfahren) und unabhängig vom Stand des Verfahrens (Rechtskraft; fehlende Rechtskraft) keine Möglichkeit, erneut eine vollstreckbare Unterlassungsentscheidung herbeizuführen.

Dieses Ergebnis steht fest, auch wenn nach derselben h. M. die Wiederholungsgefahr, sofern keine Unterlassungserklärung abgegeben wurde, erst im Fall einer rechtskräftigen Hauptsacheentscheidung entfällt. Begründet wird dies mit einem fehlenden Rechtsschutzbedürfnis des Titelinhabers.

#### 4.1.1.2 Eigene Lösung

Prüft man die Voraussetzungen des Rechtsschutzbedürfnisses, kann weder gesagt werden, dem Inhaber des Titels betreffend dem früheren Verstoß stehe eine einfachere Möglichkeit zu, im Hinblick auf den neuen Verstoß zu einem Titel zu gelangen noch, die Behauptung der Verletzung eigener Rechte werde durch den eigenen Sachvortrag nicht getragen. Nach meiner Auffassung ist das Problem dergestalt zu lösen, dass der Unterlassungsgläubiger nach Kenntniserlangung vom neuen Verstoß den Unterlassungsschuldner auffordern muss zu erklären, ob dieser die neue Handlung vom Unterlassungstitel umfasst ansehe (bei Beibehaltung des Einwandes, ein Gesetzesverstoß habe nicht vorgelegen) oder ob dies nicht der Fall sei. Diese Aufforderung ist allerdings erst dann möglich, wenn es objektiv zweifelhaft ist, ob eine vom Titel erfasste angebliche oder tatsächliche Verletzungshandlung oder angeblicher oder ein angeblicher oder tatsächlicher neuer Verstoß vorliegt.

Bejaht der Unterlassungsschuldner unter der Voraussetzung der objektiven Zweifelhaftigkeit das Erfasstsein der neuen Handlung vom vorhandenen Unterlassungstitel, kann er sich im Ordnungsmittelverfahren nicht mehr mit dem materiellrechtlichen Einwand verteidigen, ein Verstoß habe nicht vorgelegen, es bleiben im Ordnungsmittelverfahren lediglich formelle Einwände. Darüber hinaus kann der Unterlassungsschuldner die Unterlassungsentscheidung durch Rechtsmittel oder Hauptsacheverfahren angreifen.

Erklärt sich der Unterlassungsschuldner unter der Voraussetzung der objektiven Zweifelhaftigkeit nicht oder nicht fristgemäß, nicht ausreichend oder verneint er eine Erstreckung des Verbots auf die neue Verletzungshandlung, kann der Titelinhaber eine weitere gerichtliche Unterlassungsentscheidung herbeizuführen versuchen.

#### 4.1.2 Unterlassungsanspruch des Zweit- oder Drittgläubigers beim Titelverstoß

Erklärt der Unterlassungsschuldner unter der Voraussetzung der objektiven Zweifelhaftigkeit des Erfaßtseins der neuen Handlung vom vorhandenen Unterlassungstitel gegenüber dem abmahnenen Zweit- oder Drittgläubiger, er sehe den neuen Verstoß von der vorhandenen gerichtlichen Entscheidung als umfasst an, hat der Drittgläubiger nur dann einen selbständigen Unterlassungsanspruch, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Erstgläubiger keinen Antrag auf Verhängung eines Ordnungsmittels stellt.

Erklärt sich der Unterlassungsschuldner nicht oder nicht fristgemäß oder nicht ausreichend oder erwähnt er die Erstreckung des Unterlassungstitels auf die neue Verletzungshandlung nicht, kann der Zweitgläubiger eine weitere gerichtliche Unterlassungsentscheidung herbeizuführen versuchen.

#### 4.2 Neuer Unterlassungsanspruch bei Verstoß gegen eine strafbewehrte Unterlassungserklärung

##### 4.2.1 Unterlassungsanspruch des Gläubigers eines strafbewehrten Unterlassungsvertrages bei gleicher Verletzungshandlung?

###### 4.2.1.1 Standpunkt der herrschenden Meinung

Ist ein Unterlassungsvertrag vorhanden und verstößt der Unterlassungsschuldner hiergegen, so ist nach der h. M. der Unterlassungsgläubiger berechtigt, die Vertragsstrafe zu verlangen und einen erneuten Unterlassungsanspruch geltend zu machen. Begründet wird dies mit Erwägung, der Verstoß zeige, dass der erste Unterlassungsvertrag nicht ausreichte, die Verletzungshandlung zu verhindern; folglich erlaube die erneut ausgelöste Wiederholungsgefahr die Geltendmachung eines neuen Unterlassungsanspruchs. Wäre diese Auffassung richtig, eignete die Tatsache eines Mordes oder eines Totschlags, die Verschärfung der Rechtsfolgeseite von § 211 StGB und § 212

StGB zu begründen. Solcherlei – folgerichtigen – Einwände sind allerdings schnell widerlegt eingedenk der Tatsache, dass Mord und Totschlag auch bei Androhung der Todesstrafe oder sogar bei Androhung einer zum Tod führenden Folter nicht auszurotten sind.

#### 4.2.1.2 Eigene Lösung

Nach meiner Auffassung ist zu unterscheiden, ob der Unterlassungsgläubiger im Fall der gleichen oder kerngleichen Verletzungshandlung durch eine betragsmäßig festgelegte Vertragsstrafenvereinbarung gesichert war oder durch einen Vertragsstrafenvertrag nach dem so genannten neuen Hamburger Brauch. Im ersten Fall (betragsmäßig festgelegte Vertragsstrafenvereinbarung) ist zusätzlich zu unterscheiden, ob der vereinbarte Betrag den Unrechtsgehalt der Verletzungshandlung abdeckt oder ob dies nicht der Fall ist.

##### 4.2.1.2.1 Verstoß gegen einen Unterlassungsvertrag, der durch eine betragsmäßig begrenzte Vertragsstrafe gesichert ist

War der Unterlassungsgläubiger durch eine betragsmäßig begrenzte Vertragsstrafe gesichert und entspricht der Unwertgehalt der Verletzungshandlung den für den Verletzungsfall vereinbarten Strafbetrag bzw. unterschreitet er diesen, ist der Unterlassungsschuldner bei objektiver Zweifelhafteit, ob eine von der Unterlassungsvereinbarung erfasste angebliche oder tatsächliche Verletzungshandlung vorliegt oder ob ein neuer, selbständiger angeblicher oder tatsächlicher Verstoß gegeben ist, gegenüber der Geltendmachung der Vertragsstrafe gehalten zu erklären, der bisherige Unterlassungsvortrag und die dazugehörige bisherige Vertragsstrafenvereinbarung erfassen auch den neuen, mithin gleichen oder kerngleichen Verstoß. War der Unterlassungsgläubiger durch eine betragsmäßig begrenzte Vertragsstrafe gesichert und überschreitet der Unrechtsgehalt der Verletzungshandlung die vereinbarte Strafbewehrung, hat der Unterlassungsgläubiger Anspruch auf Vereinbarung einer betragsmäßig höheren Strafbewehrung; im Übrigen ist der Unterlassungsschuldner bei objektiver Zweifelhafteit über eine wiederholte, angebliche oder tatsächliche Verletzung einerseits oder eine

neue, angebliche oder tatsächliche Verletzungshandlung andererseits gehalten zu erklären, ob der bisherige Unterlassungsvertrag auch den neuen, mithin gleichen oder kerngleichen, Verstoß erfasst.

Erklärt sich der Unterlassungsschuldner unter den beschriebenen Voraussetzungen jeweils in der beschriebenen Weise (objektive Zweifelhaftigkeit; Erstreckung des früheren Unterlassungsvertrages auf die neue Verletzungshandlung), ist eine Annahmeerklärung des Unterlassungsgläubigers ebenso entbehrlich, wie dies der Fall ist, wenn der Unterlassungsschuldner den Unterlassungsvorschlag des Unterlassungsgläubigers abändert, gleichwohl eine ausreichende Erstunterwerfung erklärt. Erklärt sich der Unterlassungsschuldner nicht oder nicht fristgemäß oder nicht ausreichend in der beschriebenen Weise, ist der Unterlassungsgläubiger berechtigt, bei ausreichendem Vertragsstrafeversprechen eine neue Unterlassungserklärung einzuverlangen, bei nicht ausreichendem Vertragsstrafeversprechen eine neue, ausreichend strafbewehrte Unterlassungserklärung geltend zu machen.

#### 4.2.1.2.2 Verstoß gegen einen Unterlassungsvertrag, der durch den so genannten Hamburger Brauch gesichert ist

Den so genannten alten Hamburger Brauch, wonach im Streitfall die Höhe der Vertragsstrafe in das Ermessen des Gerichts gestellt wurde, hatte der BGH als unzulässig verworfen. Nach dem – zulässigen – so genannten neuen Hamburger Brauch hat der Unterlassungsschuldner für jeden Fall zukünftiger schuldhafter Zuwiderhandlung eine vom Unterlassungsgläubiger nach billigem Ermessen festzusetzende und im Streitfall vom zuständigen Gericht zu überprüfende Vertragsstrafe zu bezahlen. Mit Ausnahme der höchst seltenen Ordnungshaft gleicht diese Art der Strafbewehrung zu dem Behufe der Sicherung des Unterlassungsvertrages dem Ordnungsgeld gemäß § 890 ZPO (der BGH ist der Auffassung, dass der Unterlassungstitel und die strafbewehrte Unterlassungserklärung sich grundsätzlich unterscheiden; ich sehe dies anders, hierzu mehr an anderer Stelle).

Nachdem somit die Möglichkeit ausgeschlossen ist, dass der Unwertgehalt der

Verletzungshandlung den für den Verletzungsfall vereinbarten Strafbetrag unterscheidet, ist nur noch die Frage offen, unter welchen Voraussetzungen der Unterlassungsgläubiger einen erneuten Unterlassungsanspruch besitzt. Insoweit gelten die Ausführungen oben zu Ziff. 4.2.1.2.1 entsprechend: erklärt der Unterlassungsschuldner bei objektiver Zweifelhafteit betreffend eine wiederholte, angebliche oder tatsächliche Verletzungshandlung einerseits oder eine neue, angebliche oder tatsächliche Verletzungshandlung andererseits, der bisherige Unterlassungsvertrag erfasse auch den neuen, mithin gleichen oder kerngleichen Verstoß, ist die Annahmeerklärung durch den Unterlassungsschuldner betreffend die zeitliche Ausweitung des Unterlassungsvertrages entbehrlich.

Der Unterlassungsgläubiger ist auch für die Zukunft ausreichend gesichert, die Pflicht, nochmals die Unterlassung zu erklären, ist nicht nur tatsächlich, sondern auch rechtlich aufgrund der Vertragsausweitung entbehrlich.

#### 4.2.2 Unterlassungsanspruch des Zweitgläubigers bei gleicher Verletzungshandlung?

##### 4.2.2.1 Standpunkt der herrschenden Meinung

Liegt eine neue oder gleiche Verletzungshandlung vor, haben nach der h. M. der – auch durch Vertrag gesicherte – Erstgläubiger und jeder Zweit- oder Drittgläubiger einen Anspruch auf Abgabe einer weiteren strafbewehrten Unterlassungserklärung. Im Verhältnis zum Erstgläubiger zeige die Verletzungshandlung, dass die erste Unterwerfung nicht ausreichend war (s.o. Ziff. 4.2.1.1), folgerichtig ist jeder Zweit- oder Drittgläubiger berechtigt, seinen eigenen und in seiner Person neuen Unterlassungsanspruch nebst Vertragsstrafenvereinbarung geltend zu machen.

##### 4.2.2.2 Eigene Auffassung

Macht als erster der Erstgläubiger allein einen neuen Unterlassungsanspruch oder diesen zusammen mit der Vertragsstrafe geltend, kann der Unterlassungsschuldner bei objektiver Zweifelhafteit betreffend eine wiederholte, angebliche oder tatsächliche Verletzungshandlung

einerseits oder eine neue, angebliche oder tatsächliche Verletzungshandlung andererseits ausgehend von einer ausreichenden Strafbewehrung erklären, er erstrecke den bisherigen Unterlassungsvertrag und die bisherige Vertragsstrafenvereinbarung auf den Verletzungsfall. Diesen die Wiederholungsgefahr beseitigenden Vertrag muss der Unterlassungsschuldner jedem Zweit- oder Drittgläubiger entgegenhalten (diese im Rahmen der Entscheidung "*Begrenzte Preissenkung*" getroffene Aussage ist zutreffend), damit die Wiederholungsgefahr mit Wirkung *inter omnes* entfällt (s.o. Ziff. 2 "Wegfall der Wiederholungsgefahr durch rechtskräftige Hauptsacheentscheidung, Ziff. 2.3).

Fehlt eine ausreichende Strafbewehrung, kann sich der Unterlassungsschuldner gegenüber dem Erstgläubiger insoweit ausreichend verpflichten und zusätzlich den früheren Unterlassungsvertrag auf den neuen Verstoß erstrecken; erneut entfällt die Wiederholungsgefahr *inter omnes*, sobald dieser nachgebesserte Vertrag jedem Zweit- oder Drittgläubiger entgegengehalten wird. Oder aber, der Unterlassungsschuldner verpflichtet sich neu und mit ausreichender Strafbewehrung gegenüber einem Zweitgläubiger. Dies hat den Nachteil, dass nunmehr zwei Gläubiger im Verletzungsfall die Vertragsstrafe verlangen können, wobei hinsichtlich der Höhe der Vertragsstrafe der Zweitbetrag – im Rahmen der Vollstreckung – zu berücksichtigen ist, vorausgesetzt, es werden nicht beide Klagen in zeitlichem Zusammenhang bei demselben Gericht erhoben. Dann kann bereits im Erkenntnisverfahren die mehrfache Gläubigerstellung berücksichtigt werden.

Dies hat ferner den Nachteil, dass zwei Gläubiger Inhaber einer vertraglichen Unterlassungspflicht sind.

Erklärt bei ausreichender oder nicht ausreichender Strafbewehrung der Unterlassungsschuldner nicht gegenüber dem Erstgläubiger die Erstreckung des Unterlassungsvertrages auf den neuen, gleichen Verstoß, hat jeder Unterlassungsgläubiger die Möglichkeit, seinen Unterlassungsanspruch mit ausreichender Strafbewehrung geltend zu machen. Ist der erste Unterlassungsvertrag wirksam zustande gekommen, kann dieser jedem Zweit- oder Drittgläubiger entgegengehalten werden. Ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die anderen Unterlassungsgläubiger jeweils einen Anspruch auf Erstattung ihrer

Abmahnkosten haben, ist nicht Gegenstand der Ausführungen hier.

#### 4.3 Zusammenfassung

Die h. M. kann nach meiner Auffassung keine einleuchtende Begründung dafür geben, weshalb im Fall des Verstoßes gegen einen Unterlassungstitel oder eine strafbewehrte Unterlassungserklärung (als den hier gegenständlichen Ausgangsfällen) der Titelinhaber lediglich Ordnungsgeld beantragen, der Unterlassungsgläubiger hingegen Zahlung der Vertragsstrafe und Abschluss eines neuen Unterlassungsvertrages verlangen kann. Eine Ursache hierfür liegt in der fehlenden Unterscheidung zwischen Unterlassungsvertrag und Vertragsstrafenvereinbarung.

Jeder Unterlassungsvertrag besteht bei Strafbewehrung – zu selten bemerkt (s.o. "Keine Erledigung der Hauptsache durch geänderte Rechtssprechung?", Ziff. 2.2) – aus zwei Verträgen, was vor allem aus dem unterschiedlichen Verjährungseintritt (der vertragliche Unterlassungsanspruch verjährt ist entsprechend § 11 UWG nach Ablauf von sechs Monaten ab Kenntniserlangung dem Verjährungseinwand ausgesetzt, beim der Anspruch auf Zahlung der Vertragsstrafe beträgt die Zeitspanne insoweit drei Jahre, § 195 BGB) deutlich wird. Fehlt also diese Unterscheidung zwischen Unterlassungsvertrag und Vertragsstrafenvereinbarung, gerät folgerichtig aus dem Blickfeld, dass bei einem Verstoß gegen eine strafbewehrte Unterlassungserklärung lediglich Fragen zur Höhe der Vertragsstrafe im Rahmen der Vertragsstrafenvereinbarung aufgeworfen sind, vorausgesetzt, die Gleichheit der Verletzungshandlung ist gegeben oder, bei objektiver Zweifelhaftigkeit insoweit akzeptiert der Unterlassungsschuldner die Gleichheit der Verletzungshandlung mit dem dem Unterlassungsvertrag zugrunde liegenden Verstoß.

Verneint der Unterlassungsschuldner bei objektiver Zweifelhaftigkeit betreffend eine wiederholte, angebliche oder tatsächliche Verletzungshandlung die Gleichheit und zwar sowohl in Gegenüberstellung zum Unterlassungstitel als auch zu seinem Unterlassungsvertrag, kann jeder Unterlassungsgläubiger abmahnen und auf diese

Weise den Neuabschluss eines strafbewehrten Unterlassungsvertrages verlangen, oder – bei Nichtabgabe der Unterlassungserklärung – Verfügungsantrag oder Klage einreichen. Auf diese Weise wird der eingangs geschilderte, von der h. M. nicht aufzulösende Widerspruch (kein Unterlassungsanspruch bei Titelverstoß; Unterlassungsanspruch bei Verstoß gegen strafbewehrte Unterlassungserklärung) vermieden.

Bejaht der Unterlassungsschuldner bei objektiver Zweifelhafteit betreffend die angebliche oder tatsächliche Verletzungshandlung die Gleichheit der Verstöße und ist der Unterlassungsgläubiger durch einen Unterlassungstitel gesichert, verbleibt dem Unterlassungsgläubiger in Entsprechung mit der h. M. die Möglichkeit, Ordnungsgeldantrag zu stellen, wobei durch die Erklärung des Unterlassungsschuldners (Gleichheit der Verstöße) der Einwand eines fehlenden Titelverstoßes, nicht aber der Einwand eines fehlenden Gesetzesverstoßes ausgeschlossen ist. Der Einwand eines fehlenden Gesetzesverstoßes kann zwar nicht im Ordnungsmittelverfahren, wohl aber im Rechtsmittelverfahren gegen den die Grundlage des Titels bildenden Unterlassungsanspruch verfolgt werden, es sei denn, die Abschlusserklärung wurde abgegeben bzw. die Hauptsacheentscheidung wurde rechtskräftig ([www.ordnungsgeld-bernreuther.de](http://www.ordnungsgeld-bernreuther.de), A:1.2, 2.1 B:1.2, 2.1; [www.ver-tragsstrafe-bernreuther.de](http://www.ver-tragsstrafe-bernreuther.de), A:2.2 B:2.2; [www.be-stimmtheit-bernreuther.de](http://www.be-stimmtheit-bernreuther.de), A:2.4 B:2.5).

Zweit- oder Drittgläubiger sind gehindert, selbst Verfügungsantrag oder Klage einzureichen, sofern der Unterlassungsschuldner nicht nur die Erstreckung des Unterlassungstitels auf die Verletzungshandlung, sondern zusätzlich die – ursprüngliche – Unterlassungsverfügung als endgültige, zwischen ihm und dem Erstgläubiger verbindliche Entscheidung (Abschlusserklärung) anerkennt bzw. – im Fall einer Hauptsacheentscheidung – Rechtsmittelverzicht erklärt und solches gegenüber Zweit- oder Drittgläubiger einwendet.

Bejaht der Unterlassungsschuldner bei objektiver Zweifelhafteit betreffend die angebliche oder tatsächliche Verletzungshandlung die Gleichheit der Verstöße, und ist der Unterlassungsgläubiger durch den so genannten neuen Hamburger Brauch gesichert, muss in dem durch einen gleichen Verstoß bedingten Verletzungsfall nicht einmal die Vertragsstrafenvereinbarung

nachgebessert werden. In Betracht kommt möglicherweise, erstmals einen Mindestbetrag für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu vereinbaren. Ist der Unterlassungsgläubiger durch einen festen Betrag gesichert, ist die bloße Behauptung unrichtig, die Verletzungshandlung zeige das Nichtausreichen der Höhe der angedrohten Vertragsstrafe. Dies machen die Entscheidungen mit den Stichwörtern "*Modenschau im Salvator Keller*" und "*Hotelfoto*" aufgrund der Tatsache einer ursprünglich zu hoch vereinbarten Vertragsstrafe deutlich. Reicht der feste Betrag nicht aus, um den Unwertgehalt der Verletzungshandlung abzudecken oder liegen zusätzliche Anhaltspunkte vor, die ein Nichtausreichen für die Zukunft ergeben, reicht es aus, wenn eine ausreichende Vertragsstrafenvereinbarung geschlossen wird.

Zweit- oder Drittgläubiger sind gehindert, selbst den Abschluss eines strafbewehrten Unterlassungsvertrages zu verlangen, sofern der Unterlassungsschuldner bei der erwähnten objektiven Zweifelhafteit betreffend die angebliche oder tatsächliche Verletzungshandlung die Gleichheit der Verstöße und somit auf die Erstreckung des vorhandenen Unterlassungsvertrages auf die Verletzungshandlung erklärt. Eine zusätzliche Anerkennung der Endgültigkeit des Unterlassungsvertrages ist nicht erforderlich, da der Unterlassungsvertrag – als abstraktes Schuldanerkenntnis – eine selbständige, nicht anfechtbare Anspruchsgrundlage ist, vorausgesetzt, dieser Vertrag verstößt nicht gegen Kartellrecht, was insbesondere bei Unterlassungsverträgen betreffend die Nichtbenutzung eines gewerblichen Schutzrechts der Fall sein kann.

Die Lösungsvorschläge hier stehen in Übereinstimmung mit meinen Ausführungen zum Wegfall der Wiederholungsgefahr allein aufgrund privatautonomer Erklärung (s.o. "Wegfall der Wiederholungsgefahr durch rechtskräftige Hauptsacheentscheidung?", Ziff. 2) durch den Unterlassungsschuldner. Der Unterlassungsschuldner sorgt für den Wegfall der Wiederholungsgefahr, aber auch für den Umfang von Unterlassungstiteln bei objektiven Zweifeln hinsichtlich einer Wiederholungshandlung einerseits oder einer neuen Verletzungshandlung andererseits (dasselbe gilt im Hinblick auf Unterlassungsverträge), oder er tut dies nicht. Ein anderer Lösungsbedarf besteht nicht, wobei

hinzukommt, dass anderweitige Lösungen ohne Widersprüche nicht auskommen.

## 5. Anspruch auf Übertragung des Domainnamens

Nach Auffassung des BGH besteht kein Anspruch auf Übertragung des Domainnamens; dem möchte ich mich nicht anschließen.

### 5.1 Auffassung des BGH

Der BGH verneint in der Entscheidung mit dem Stichwort "*shell.de*" einen Anspruch auf Übertragung des Domainnamens.

### 5.2 Eigene Auffassung

#### 5.2.1 Eigene Auffassung in tatsächlicher Hinsicht

Möglicherweise genügte es im Zeitpunkt der Entscheidung des BGH mit dem Stichwort "*shell.de*", bei der DENIC einen sog. Dispute zu beantragen. Indessen sind heute die Verhältnisse heute nicht mehr so, wie damals.

Eine Änderung der Lage ergab sich eventuell aufgrund der nach dem 01.03.2004 gebotenen Möglichkeit, Domains mit Umlaut registrieren zu lassen. Am 01.03.2004 waren bei der DENIC etwa 600.000 Aufträge auf Registrierung von mehr als 130.000 Umlaut-Domains (Kurzbezeichnung: IGN) eingetragen. Dies bedeutet, dass für jede Umlaut-Domain 4,6 Aufträge vorhanden waren.

Das Prinzip "*first come, first served*" war mithin auch deshalb aus den Fugen geraten, weil zur Vermeidung von Nichtberücksichtigungen viele im Registrier-Verfahren tätige Personen mehrfache Anmeldungen vornahmen.

Mehrfachanmeldungen waren beispielsweise dadurch möglich, dass sich viele Provider selbst als Domain-Anmelder benannten, um im Fall des Gelingens der Registrierung die Übertragung auf den wahren Inhaber des Domain-Namens nachzuholen.

Dies führte allerdings auch zu absprachewidrigen Registrierungen von Domain-Namen, um im Fall des Gelingens den registrierten Domain-Namen gewinnbringend an Interessierte zu übertragen.

Eine Änderung der Lage ergab sich jedenfalls im Zeitpunkt der Einführung der Top Level Domain "EU" im April des Jahres 2006. Seinerzeit war es im Zuge der Registrierung der TLD ".eu" zu einer wundersamen Vermehrung der antretenden und angetretenen "registrare" gekommen.

Dies bedeutet, dass maßgebend nicht mehr das Prinzip "first come first servered" war bzw. ist. Maßgebend war bzw. ist vielmehr, auf welche Weise sich am günstigsten die Voreintragung sich manipulieren ließ und lässt.

### 5.2.2 Eigene rechtliche Auffassung

Entscheidend ist die Verordnung (EG) Nr. 874/2004 der Kommission vom 28.04.2004, ABI. L 162/40 vom 30.04.2004.

Dort heißt es in Art. 22 Abs. 11 wie folgt:

*"In einem Verfahren gegen einen Domänen-Inhaber entscheidet die Schiedskommission, dass der Domänen-Name zu widerrufen ist, wenn sie zu der Auffassung gelangt, dass die Registrierung spekulativ oder missbräuchlich im Sinne von Art. 21 ist. Der Domänen-Name wird auf den Beschwerdeführer übertragen, falls dieser die Registrierung dieses Domänen-Namens beantragt und die allgemeinen Voraussetzungen von Art. 4 Abs. 2 Buchstabe b der Verordnung (EG) Nr. 733/2002 erfüllt."*

Insoweit gilt: Nachdem die Verordnung (EG) Nr. 874/2004 der Kommission vom 28.04.2004 am 22.11.2001 (Zeitpunkt der Entscheidung des BGH mit dem Stichwort "shell.de") noch nicht in Kraft war, gilt, dass der BGH seine Entscheidung seinerzeit (22.11.2001) aus logischen Gründen nicht an der neuen europäischen Rechtslage ausrichten konnte.

Nachdem nunmehr die erwähnte Verordnung (EG) Nr. 874/2004 vom 28.04.2004 in Kraft ist, hat der nationale Gesetzgeber seine Entscheidung an diesem unmittelbar geltenden Recht auszurichten.

Nationales Recht ist nicht nur richtlinienkonform, sondern auch verordnungskonform auszulegen.

Zwar betrifft die erwähnte Verordnung 874/2004 vom 28.04.2004 ausdrücklich nur das außergerichtliche Streitbeilegungsverfahren.

Wenn jedoch in einem derartigen gütlichen Verfahren die Möglichkeit geschaffen ist, dass der Antragsteller die Übertragung des Domain-Namens auf sich selbst verlangen kann, gilt dies und muss dies erst Recht gelten, wenn ein Anspruch im gerichtlichen Verfahren geltend gemacht wird. Dies auch deshalb, weil bei Nichtübernahme des Ergebnisses des Streitbeilegungsverfahrens die VO der EU ins Leere liefe, würde man deren Bewertungen nicht auch in einem gerichtlichen Verfahren wie hier berücksichtigen.

Voraussetzung für die Übertragung von Voraussetzungen des Schlichtungsverfahrens auf "*nach innerstaatlichem Recht verfügbare Klagemöglichkeiten*" ist allerdings, dass die von der Verordnung geforderten Anwendungsvoraussetzungen auch im Verfahren vor den nationalen Gerichten gegeben sind.

Entscheidend ist mithin, ob die Registrierung "*spekulativ oder missbräuchlich*" im Sinne von Art. 21 ist.

Nach Art. 21 Abs. 1 lit. a liegt eine unberechtigte Domainregistrierung vor, wenn Verbraucher in die Irre geführt werden, Art. 21 Abs. 2 lit. c der VO. Diese Voraussetzungen sollten genügen, um sodann einen Übertragungsanspruch mittels des UWG oder über § 826 BGB zu rechtfertigen.

Für den Bereich des Wettbewerbsrechts wird diese Bewertung unterstrichen durch Art. 18 der e-commerce-Richtlinie und dem dortigen Hinweis, dass die Mitgliedsstaaten sicherstellen, wonach die nach innerstaatlichem Recht verfügbaren Klagemöglichkeiten rasche Maßnahmen eröffnen müssen. Welche Mittel als verfügbare Klagemöglichkeiten anzusehen sind, muss allerdings erneut im Lichte des Europäischen Rechts interpretiert werden.

### 5.2.3 Vorhandensein des Übertragungsanspruchs auch im Verfügungsverfahren

Liegen die Voraussetzungen für einen Übertragungsanspruch im alternativen Streitbeilegungsverfahren vor, ist es unter Anwendung des Grundsatzes der verordnungskonformen Auslegung gerechtfertigt, die Übertragung eines Domain-Namens auch im Verfügungsverfahren zu beantragen.

Was gesetzgeberische Maßnahmen betreffend die Zuweisung von Rechten im Bereich des Verfügungsverfahrens anbelangt, so ist zunächst auf die – berichtigte – Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. L 195 vom 02.06.2004 (Berichtigung von ABl. L 157 vom 30.04.2004) zu verweisen.

Dort ist in Artikel 9 Abs. 1 lit b die Möglichkeit des Herausgabeverlangens von Waren, hinsichtlich derer der Verdacht einer Verletzung des geistigen Eigentums des Antragstellers besteht, geregelt.

Der Gesetzgeber hat ungeachtet aller Streitigkeiten zur Kompetenzlage der vorerwähnten RL auf diese RL mit einem Referentenentwurf zum Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums vom 03.01.2006 reagiert.

Dort ist beispielsweise in Art. 4 (Änderungen des Markengesetzes) zu § 19 b Abs. 3 MarkenG geregelt, dass der Markeninhaber die Herausgabe von Urkunden im Verfügungsverfahren verlangen kann, wenn der Schadensersatzanspruch offensichtlich besteht.

Erneut wird deutlich, dass Zuweisungen mit dinglicher Wirkung im Verfügungsverfahren getroffen werden können und zwar, weil solches der europäische und der nationale Gesetzgeber so wollen.

5.2.4 Alle sind gut oder: gibt es noch Fälle des Domain-Grabbing mehr?

Gerade die Einführung der TLD ".eu" hat deutlich gemacht, dass der sog. Domain-Grabbing sich größter Beliebtheit erfreut.