

Herausgeber

Prof. Dr. Helmut Köhler

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Wolfgang Büscher

Prof. Dr. Franz Hacker

Dr. Gangolf Hess

Prof. Dr. Stefan Leible

Dr. Reiner Münker

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

dfv' Mediengruppe
Frankfurt am Main

Editorial: Dr. Peter J. Schröder

Die Legalisierung pauschaler Plattformverbote – eine Gefahr für die Wettbewerbsfreiheit?

1291 Prof. Dr. Helmut Köhler

Die Regelung der „unerbetenen Kommunikation“ in der ePrivacy-Verordnung und ihre Folgen für das UWG

1298 Prof. Dr. Rolf Sack

Die Verbandsklage im internationalen Lauterkeitsrecht

1304 Prof. Dr. Hans-Jürgen Ahrens

Die notarielle Unterwerfungserklärung: Vollstreckbarkeit, Ordnungsmittelandrohung, Ordnungsmittelfestsetzung

1307 Nikolaus Konstantin Rehart

Widerklage auf Aufhebung einer einstweiligen Verfügung – wirklich zulässig?

1315 Friedrich Bernreuther

Das Merkmal „Ansprüche auf Grund dieses Gesetzes“ und seine Auslegung

1319 Bayerische Motoren Werke /Acacia

EuGH, Urteil vom 13.07.2017 – C-433/16

1328 Testkauf im Internet

BGH, Urteil vom 11.05.2017 – I ZR 60/16

1332 Leuchtballon

BGH, Urteil vom 14.09.2017 – I ZR 2/16

1337 BretarisGenuair

BGH, Urteil vom 30.03.2017 – I ZR 263/15

1345 Innensohle

BPatG, Beschluss vom 18.05.2017 – 30 W (pat) 811/16

1347 Whitelisting I

OLG München, Urteil vom 17.08.2017 – U 2225/15 Kart

1363 Kommentar von Prof. Dr. Benjamin Raue

1365 Whitelisting II

OLG München, Urteil vom 17.08.2017 – U 2184/15 Kart

1377 Whitelisting III

OLG München, Urteil vom 17.08.2017 – 29 U 1917/16

1382 Frequenzwechsel

OLG München, Urteil vom 27.07.2017 – U 2879/16 Kart

1385 Versicherungsvergleichsportal

OLG München, Urteil vom 06.04.2017 – 29 U 3139/16

Bernreuther, Das Merkmal „Ansprüche auf Grund dieses Gesetzes“ und seine Auslegung

zessrechtlichen Verbot der Vorwegnahme des Ergebnisses einer Beweisaufnahme⁶⁶⁾ lassen sich durchaus ziehen.

d) Gleiches allgemeines Prozessrisiko?

56 Angeführt wird nun noch die Überlegung, dass ein Kläger bei zugelassener Widerklage auch nicht anders stünde als bei einem im Anschluss an ein Berufungsurteil isoliert gestellten Aufhebungsantrag nach § 927 ZPO. Richtig ist natürlich daran, dass ein Unterlassungsschuldner zu keiner Zeit gehindert ist, den Antrag nach § 927 ZPO zu stellen und damit auch im Anschluss an ein für ihn günstiges Berufungsurteil im Hauptsacheverfahren. Diese generelle Möglichkeit stellt aber nur das allgemeine Prozessrisiko eines Antragstellers dar und begründet als rein pragmatische Überlegung kein belastbares Argument für die Zulassung einer Widerklage. Mit gleicher Rechtfertigung könnte angeführt werden, dass ein Antragsgegner bei einer für ihn günstigen Entscheidung (welchen Gerichts auch immer) im Klageverfahren dann gesondert den Aufhebungsantrag anbringen kann. Auf eine Widerklage ist er schließlich nicht angewiesen. Hinzu kommt, dass bei einer Entscheidung über den Aufhebungsantrag dann im diesbezüglichen Instanzenzug das OLG in der Verfahrensart Eilverfahren die Entscheidung zur Aufhebung der einstweiligen Verfügung korrigieren kann. Das ist im Widerklagefall jedenfalls nicht stets und ohne Weiteres möglich.

5. Praktisches Bedürfnis/Prozessökonomie

57 Ein praktisches Bedürfnis, den Antrag auf Aufhebung einer einstweiligen Verfügung widerklegend im Hauptsacheverfahren verfolgen zu können, kann nicht erkannt werden. Sofern die Klage rechtskräftig abgewiesen worden ist, wird ein prozessfähiger Unterlassungsgläubiger in der Praxis schon von sich aus (zur Vermeidung der Kosten einer entsprechenden Aufforderung) auf die Rechte aus der einstweiligen Verfügung verzichten, den Titel herausgeben und die Kosten erstatten. Jedenfalls dürfte diese Konsequenz auf entsprechende (zur Vermeidung der Folgen des § 93 ZPO erforderliche⁶⁷⁾) außergerichtliche Aufforderung des Unterlassungsschuldners zu erwarten sein, da in dieser Konstellation kaum sinnvoll über die Aufhebung der einstweiligen Verfügung gestritten werden kann. In beiden Fällen ist jedenfalls in aller Regel ohne großen Aufwand in kürzes-

ter Zeit die einstweilige Verfügung aus der Welt zu schaffen, ohne dass es der Inanspruchnahme gerichtlicher Ressourcen und eines zeitaufwändigen Verfahrens bedarf. Alle weiteren Konstellationen, bei denen ein Unterlassungsschuldner ein „praktisches Bedürfnis“ vorzubringen versuchen könnte, laufen (mehr oder weniger) auf ein rein prozesstaktisches Verhalten hinaus. Der Unterlassungsschuldner verspricht sich einen verfahrensrechtlichen Vorteil, wenn die einstweilige Verfügung selbst durch ein in der Sache unzutreffendes (oftmals: erstinstanzliches) Urteil aufgehoben werden würde. Ein „echtes“ praktisches Bedürfnis für die Erhebung einer solchen Widerklage ist damit nicht anzuerkennen.

Das angeführte Argument der Prozessökonomie kann im Einzelfall zutreffend sein, in anderen wiederum nicht, wie ausgeführt worden ist.⁶⁸⁾ Daher sollte einer die Prozessökonomie betreffenden Überlegung kein starkes Gewicht beigemessen werden.

IV. Fazit

59 Hiernach sollte die im Klageverfahren erhobene Widerklage auf Aufhebung einer zuvor erlassenen einstweiligen Verfügung nicht zugelassen werden. Mag in bestimmten Verfahrenskonstellationen das andernfalls erzielbare Ergebnis hinnehmbar erscheinen, gilt dies jedenfalls für eine Reihe von prozessrechtlichen Konstellationen nicht. Der inkongruente Instanzenzug führt zu kaum vertretbaren Ergebnissen. Da die Bewertung der Zulässigkeit einer den Aufhebungsantrag betreffenden Widerklage prozessrechtlich einheitlich ergehen muss, führen schon die aufgezeigten Konstellationen zu nicht befriedigend zu lösenden Ergebnissen. Überlegungen zur Prozessökonomie, die zudem auch nicht stets richtig sein müssen, dürfen auf die zivilprozessuale Bewertung keinen entscheidenden Einfluss nehmen. In der Praxis besteht auch, sieht man von einem prozessrechtlich gewünschten „Taktieren“ ab, für eine solche Widerklage kein Bedürfnis.

66) Hierzu BGH, 19.03.2002 – XI ZR 183/01, NJW-RR 2002, 1072.

67) Ahrens, in: Ahrens (Fn. 11), Kap. 60 Rn. 6.

68) S. o. Rn. 26 ff.

RA Friedrich Bernreuther, München*

Das Merkmal „Ansprüche auf Grund dieses Gesetzes“ und seine Auslegung

Zugleich Besprechung des Hinweisbeschlusses des BGH, 19.10.2016 – I ZR 93/15**

INHALT

- I. Einleitung
- II. Die Entscheidung des BGH, 19.10.2016 – I ZR 93/15
- III. Zwei der Entscheidung des BGH vorausgegangene und hervorgetretene Stimmen in der juristischen Literatur

IV. Stellungnahme

1. Stellungnahme zu den Hinweisgründen des BGH
2. Stellungnahme zu den beiden hervorgetretenen Stimmen in der juristischen Literatur
3. Gründe für die eigene Auffassung
 - a) Notwendige Unterscheidung zwischen Unterlassungsvertrag und Vertragsstrafenvereinbarung
 - b) Schlussfolgerungen betreffend die Trennung zwischen Unterlassungsvertrag und Vertragsstrafenvereinbarung
 - c) Schlussfolgerungen aus der Entscheidung des BGH, 19.10.2016 – I ZR 93/15

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 1414.

** Abgedruckt in WRP 2017, 179 ff.

V. Schlussfolgerungen

1. Schlussfolgerungen in methodischer Hinsicht
2. Schlussfolgerungen betreffend den Dialog mit dem Richter

I. Einleitung

1 Der BGH¹⁾ hat entschieden, dass der Anspruch auf Zahlung von Vertragsstrafe wegen Verstoßes gegen einen mit Vertragsstrafenvereinbarung gesicherten Unterlassungsvertrag rechtlich als ein Anspruch gem. § 13 Abs. 1 S. 1 UWG (ausschließliche sachliche Zuständigkeit der Landgerichte für „Ansprüche auf Grund dieses Gesetzes“) einzuordnen ist. Liest man die Gründe des zu dem Aktenzeichenbestandteil „ZR“ und nicht „ZB“ geführten Hinweisbeschlusses, stimmt man diesen zunächst zu. Denn vermittelt durch die gefundene Lösung wird insbesondere verhindert, dass im Fall der Klage auf Unterlassung wegen Erstverletzung des Unterlassungsvertrages und Verwirkung der Vertragsstrafe einerseits sowie betreffend die Klage auf Unterlassung wegen erneuten Gesetzesverstoßes andererseits unterschiedliche Gerichte zuständig sind. Die Entscheidung darf jedoch erst dann zufrieden stellen, wenn die Gleichsetzung von Vertrag und Gesetz überzeugt.

II. Die Entscheidung des BGH, 19.10.2016 – I ZR 93/15

2 Die Klage auf Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von € 2.500,00 war vom LG Kiel²⁾ als unzulässig abgewiesen worden. Das OLG Schleswig³⁾ hatte der Klage stattgegeben und im Hinblick auf die Zuständigkeit des LG die Revision zugelassen. Dem Beklagten war vom BGH zunächst Prozesskostenhilfe bewilligt, es war Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumt worden. Mit Beschluss vom 19.10.2016 wies der BGH darauf hin, er beabsichtige, den Rechtsstreit wegen fehlender Erfolgsaussichten einstimmig⁴⁾ gem. § 552a S. 1 ZPO zurückzuweisen. Die vom OLG Schleswig angenommene Zuständigkeit des LG Kiel könne vom BGH gem. § 545 Abs. 2 ZPO nicht nachgeprüft werden.⁵⁾

3 Selbst wenn eine Prüfungscompetenz des BGH bestünde, bleibe es bei der Aussichtslosigkeit der Revision. Vertragliche Ansprüche auf Zahlung der Vertragsstrafe seien Ansprüche aufgrund des UWG,⁶⁾ dies ergäbe die historische Auslegung. Insbesondere beim Streit um die Zahlung von Abmahnkosten gem. § 12 Abs. 1 S. 2 UWG sollten wegen der Maßgeblichkeit des Wettbewerbsverstoßes als Vorfrage die Landgerichte zuständig sein. Die Alleinzuständigkeit des LG stelle den Gleichklang mit § 140 Abs. 1 MarkenG, § 15 Abs. 1 GeschmMG a.F., § 27 Abs. 1 GebrMG, § 143 Abs. 1 PatG und § 6 Abs. 1 UKlaG her.⁷⁾ Dort ergibt sich die Zuständigkeit der Landgerichte dann, wenn ein „Anspruch aus einem der in diesem Gesetz geregelten Rechtsverhältnisse“ geltend gemacht wird.⁸⁾ Die für die soeben genannten parallelen gesetzlichen Ansprüche maßgebliche weite Auslegung „muss“ auch für § 13 Abs. 1 UWG gelten.⁹⁾

1) BGH, 19.10.2016 – I ZR 93/15, WRP 2017, 179.

2) LG Kiel, 12.11.2013 – 8 O 183/13 n. v.

3) OLG Schleswig, 09.04.2014 – 6 U 57/13, WRP 2015, 1147 = GRUR-RR 2015, 358.

4) Die Einstimmigkeit war wohl nur deshalb möglich, weil RiBGH Feddersen an der Entscheidung nicht beteiligt war, vgl. Köhler/Feddersen, in: Köhler/Bornkamm (Hrsg.), Kommentar zum UWG, 35. Aufl. 2017, § 13 Rn. 2: „Zu den Ansprüchen ‚auf Grund dieses Gesetzes, gehören (...) nicht (...) vertragliche Ansprüche, insbesondere Vertragsstrafensprüche (...)“

5) BGH, 19.10.2016 – I ZR 93/15, WRP 2017, 179, Rn. 17.

6) BGH, 19.10.2016 – I ZR 93/15, WRP 2017, 179, Rn. 18.

7) BGH, 19.10.2016 – I ZR 93/15, WRP 2017, 179, Rn. 21.

8) BGH, 19.10.2016 – I ZR 93/15, WRP 2017, 179, Rn. 25.

9) BGH, 19.10.2016 – I ZR 93/15, WRP 2017, 179, Rn. 26.

III. Zwei der Entscheidung des BGH vorausgegangene und hervorgetretene Stimmen in der juristischen Literatur

Nach Goldbecks¹⁰⁾ Auffassung ist der Gesetzeswortlaut: „Anspruch auf Grund dieses Gesetzes“ nicht zweifelsfrei. Immerhin werde in § 12 Abs. 1 S. 1 UWG das Vertragsstrafensprechen ausdrücklich erwähnt.¹¹⁾ Sinn und Zweck als höherrangige Auslegungsregel ergäben, dass die in § 13 Abs. 1 S. 1 UWG ausdrücklich geregelte sachliche Zuständigkeit für Landgerichte am besten nur dadurch verwirklicht werden kann, indem Sachkunde und Erfahrung auch bezüglich der Vertragsstrafenklage bei den Landgerichten konzentriert würden.¹²⁾ Dasselbe Ergebnis folge aus dem Gleichklang mit den Zuständigkeitsvorschriften gem. § 140 Abs. 1 MarkenG, § 52 Abs. 1 GeschmMG (sc. jetzt: § 52 DesignG), § 143 Abs. 1 PatG und § 6 UKlaG.¹³⁾ Für dieses Ergebnis sprächen schließlich prozeßökonomische Erwägungen sowie die Ersetzungsfunktion des vertraglichen Unterlassungsanspruchs.¹⁴⁾

Konsequent schlussfolgert Goldbeck in seinem Kommentar¹⁵⁾ zur hier besprochenen, ihn zehn Jahre nach seiner Veröffentlichung bestätigenden Entscheidung des BGH, nunmehr sei auch geklärt, dass für die Durchsetzung vertraglicher Unterlassungsansprüche sowie für Ansprüche auf Zahlung der Vertragsstrafe die Landgerichte auch örtlich gem. § 14 UWG zuständig sind. Zwar „mag das im Rahmen des § 13 UWG maßgebliche gesetzgeberische Motiv (Zuständigkeitskonzentration bei den Landgerichten wegen des dort vorhandenen Sachverständes und Erfahrungswissen) bei der Frage der örtlichen Zuständigkeit (...) nicht verfangen.“¹⁶⁾ Für eine unterschiedliche Anwendung von § 13 Abs. 1 S. 1 UWG einerseits und § 14 UWG andererseits bestünde aber kein Grund. Bei diesen Ergebnissen bleibe es auch im Fall der negativen Feststellungsklage.¹⁷⁾

Nach Rieble¹⁸⁾ fußt der Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe auf Vertrag, er ist kein Anspruch aus dem Gesetz und auch nicht „aufgrund des Gesetzes“ oder „nach dem Gesetz“. Wäre dies anders, müsste dieser Anspruch wegen Fehlens eines gesetzlichen Anspruchs kondizierbar sein.¹⁹⁾ Ein Zusammenhang mit § 140 Abs. 1 MarkenG, § 15 Abs. 1 GeschmMG a.F., § 27 Abs. 1 GebrMG, § 143 Abs. 1 PatG lasse sich schon wegen der Wortlautunterschiede nicht herstellen.²⁰⁾ Was den historischen Zweck anbelangt, so habe der Gesetzgeber über das gegenständliche Problem nicht nachgedacht. Für die wettbewerbsrechtliche Strafklage habe das Landgericht keine besondere Kompetenz.²¹⁾ Der Blick auf § 6 Abs. 2 UKlaG ergebe die Zuständigkeit des Amtsgerichts.²²⁾ Die Zuständigkeitsregelungen des Immaterialgüterrechts beruhen auf anderen Funktionszusammenhängen.²³⁾ Auch aus der systematischen Auslegung betreffend das UWG bzw. betreffend das UKlaG bzw. betreffend § 87 GWB gelange man nicht zur Regelungsüberwindung.²⁴⁾ Hinsichtlich einer Analogie fehlten die Regelungslücke sowie die Analogiefähigkeit.²⁵⁾ Dass im Verletzungsfall Unterlassung vor dem Land-

10) Goldbeck, WRP 2006, 37.

11) Goldbeck, WRP 2006, 37, III., 1.

12) Goldbeck, WRP 2006, 37, III., 2.

13) Goldbeck, WRP 2006, 37, III., 3.

14) Goldbeck, WRP 2006, 37, III., 4 und 5.

15) Goldbeck, WRP 2017, 181.

16) Goldbeck, WRP 2017, 181, Rn. 4.

17) Goldbeck, WRP 2017, 181, Rn. 4.

18) Rieble, JZ 2009, 716.

19) Rieble, JZ 2009, 716, III., 1.

20) Rieble, JZ 2009, 716, III., 1.

21) Rieble, JZ 2009, 716, III., 2., a.

22) Rieble, JZ 2009, 716, III., 2., b.

23) Rieble, JZ 2009, 716, III., 2., c.

24) Rieble, JZ 2009, 716, III., 3., a, b und d.

25) Rieble, JZ 2009, 716, III., 4.

Bernreuther, Das Merkmal „Ansprüche auf Grund dieses Gesetzes“ und seine Auslegung

gericht und die Vertragsstrafe vor dem Amtsgericht verlangt werden kann, bedeutet lediglich, dass verbleibende Zuständigkeitsdivergenzen systembedingt hinzunehmen sind.²⁶⁾

IV. Stellungnahme

7 Nachstehend wird unterschieden zwischen der eigenen Stellungnahme betreffend die Auffassung des BGH (Ziffer 1) einerseits und die beiden hervorgetretenen Stimmen der juristischen Literatur (Ziffer 2) andererseits; sodann werden die Gründe für die eigene Auffassung (Ziffer 3) dargelegt.

1. Stellungnahme zu den Hinweisgründen des BGH

8 Erwägungen des BGH zur methodischen Rechtfertigung der eigenen Vorgehensweise sind in der Entscheidung durchaus vorhanden.

9 Der BGH erörtert zwar – was als Weichenstellung wichtig gewesen wäre – zunächst nicht, ob ein Fall der Auslegung oder ein Fall der Rechtsfortbildung vorliegt. Eingedenk der Tatsache, dass es – wohl – nicht um die Einräumung einer vom einfachen Gesetz nicht geregelten Rechtsposition, sondern um die Auslegung von § 13 Abs. 1 S. 1 UWG unter Bezugnahme auf die bekannten Auslegungsregeln geht, liegt – wohl – ein Fall der Auslegung vor. Insoweit stellt der BGH in Rn. 24 auf die Maßgeblichkeit der historischen Auslegung und zwar betreffend den Gleichklang von § 13 Abs. 1 S. 1 UWG u. a. mit § 140 Abs. 1 MarkenG ab.²⁷⁾

10 Hiergegen könnte stehen, dass die vom BGH erkannten Zweckerwägungen des historischen Gesetzgebers tatsächlich rechtssystematische Erwägungen im äußeren, also das UWG umgebenden System sind. Dergestalt vorzugehen überzeugt nach Meinung des Verfassers erstens nur, sofern zugleich der Vorrang der historischen Auslegung gegenüber der Wortauslegung begründet wird. Dergestalt vorzugehen überzeugt nach Meinung des Verfassers zweitens nur, sofern zugleich der Vorrang der systematischen Auslegung, vorgenommen durch den historischen Gesetzgeber, gegenüber der Wortauslegung begründet wird. Beides betrifft die Hauptschwierigkeit der Gesetzesauslegung, welche in dem Fehlen von Metaregeln²⁸⁾ betreffend die Reihenfolge der Auslegungsregeln und – wohl – der Auslegungstheorien²⁹⁾ gesehen wird. Da entsprechende Begründungen fehlen, sie auch nicht ersichtlich sind, bestehen aus methodischer Sicht Bedenken zu dem hier besprochenen Beschluss des BGH.

2. Stellungnahme zu den beiden hervorgetretenen Stimmen in der juristischen Literatur

11 Im Hinblick auf *Goldbeck*³⁰⁾ gilt, dass dessen Zweifel an der Eindeutigkeit des Gesetzeswortlauts wenig verständlich sind. Dass ferner Sinn und Zweck – wie von ihm angenommen – die höherrangige Auslegungsregel bilden, blendet die Methodendiskussion zur Rangfolgeproblematik aus. Gegen seine Ansicht

spricht ferner dessen konsequente, ohne tragfähigen Grund vorgenommene Ergebnisausweitung auf § 14 UWG. Im Hinblick auf *Rieble*³¹⁾ – vom BGH nicht einmal zitiert – gilt, dass die Auslegungsregeln von ihm nach Meinung des Verfassers nicht konsequent abgehandelt und hinsichtlich der Rangfolgeproblematik am konkreten Fall nicht besprochen werden.

3. Gründe für die eigene Auffassung

Nachstehend wird auf die Notwendigkeit des Bestehens und der Verletzung zweier Verträge beim Verlangen auf Zahlung der Vertragsstrafe eingegangen (unter IV. 3. a)), sodann werden die Schlussfolgerungen für die gegenständlichen Einordnungsfragen (unter IV. 3. b)) sowie betreffend den Hinweis des BGH vom 19.10.2016 erörtert (unter IV. 3. c)).

a) Notwendige Unterscheidung zwischen Unterlassungsvertrag und Vertragsstrafenvereinbarung

Der Unterlassungsvertrag, dessen Verletzung die Vorbedingung für den Zahlungsanspruch ist, wird vertragstypisch als abstraktes Schuldanerkenntnis³²⁾ eingeordnet. Er bindet lebenslang.³³⁾ Seine – auch schuldlose – Verletzung löst einen neuen Unterlassungsanspruch aus, welcher sodann innerhalb der kurzen Verjährungsfrist gem. § 11 Abs. 1, Abs. 2 UWG analog verjährt.³⁴⁾ Die Verletzung des Unterlassungsvertrags setzt – anders als der Gesetzesverstoß – keine Wiederholungs- oder Erstbegehungsgefahr voraus.³⁵⁾ Ist der vertragliche Unterlassungsanspruch ursprünglich nicht gesetzesgleich, kann die Berufung auf § 1 GWB i. V. m. § 134 BGB³⁶⁾ in Betracht kommen; der Einwand des Rechtsmissbrauchs gem. § 8 Abs. 4 UWG hat nur unter ganz besonderen, dort geregelten Voraussetzungen Erfolg. Ist der vertragliche Unterlassungsanspruch nachträglich mit dem gesetzlichen Unterlassungsanspruch deckungsungleich geworden, kommt die Kündigung aus wichtigem Grund³⁷⁾ oder die Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage, eingeleitet mit der Kündigung,³⁸⁾ in Betracht.

Die Vertragsstrafenvereinbarung ist – anders als der Unterlassungsvertrag – vertragstypisch geregelt in den §§ 336 ff. BGB. Diese vertragliche Bindung besteht nicht ohne weiteres lebenslang, sondern hängt vom Bestand des Unterlassungsvertrags ab. Ansprüche auf Zahlung der Vertragsstrafe setzen ein Verschulden voraus, wobei das Verschulden des Erfüllungsgehilfen gem. § 278 BGB zugerechnet werden kann. Ist die Vertragsstrafe verwirkt, gilt die regelmäßige Verjährung³⁹⁾ von drei Jahren gem. § 195 BGB. Das Problem anfänglicher oder nachträglicher Deckungsungleichheit mit dem Gesetz stellt sich nicht, da das zu einer Strafe führende Verhalten insoweit gesetzlich nicht gere-

26) *Rieble*, JZ 2009, 716, IV.

27) BGH, 19.10.2016 – I ZR 93/15, WRP 2017, 179, Rn. 24.

28) *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 9. Aufl. 1997, S. 98 f. „Zweigert hat mit Recht geklagt, der Mangel unserer juristischen Interpretationslehre liege vornehmlich darin, dass eine „gesicherte Rangordnung, unter den vielfältigen Auslegungskriterien noch nicht zur Hand sei“ (m. w. N. zum Rangordnungsproblem). *Kaufmann*, in: *Kaufmann/Hassemer/Neumann*, Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 8. Aufl. 2011, Ziff. 2.3.8.5 (= S. 136 f.); „Das Kardinalproblem ist nach wie vor die Methodenwahl. Die Gerichte verfahren insofern noch immer willkürlich. Dabei hat die moderne Argumentationstheorie hier inzwischen beachtliche Fortschritte erzielt“.

29) Nach *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. 4, 1977, 370, ist „die Einordnung der historischen Auslegung in den Auslegungskanon als ein Kriterium unter mehreren (...) falsch“. Dies deshalb, weil man „Grammatik, System und Logik sowie die Zwecke sowohl historisch-subjektiv wie auch systematisch-objektiv betrachten (kann)“. Ebenso *Schlink*, in: *Der Staat*, 19, 1980, S. 101. Weitere Nachweise durch den Verfasser, WRP 2002, 368, Fn. 13.

30) *Goldbeck*, WRP 2006, 37.

31) *Rieble*, JZ 2009, 716.

32) BGH, 12.07.1995 – I ZR 176/93, WRP 1995, 820, GRUR 1995, 678 – Kurze Verjährungsfrist; Besprechung *Köhler*, GRUR 1996, 231; *Pokrant*, in: FS Erdmann 2002, 863, 864 nebst dortigen Fn. 5 und Fn. 6.

33) BGH, 22.05.1975 – KZR 9/74, WRP 1976, 37 = GRUR 1976, 323 – Thermalquelle; BGH, 06.07.2012 – V ZR 122/11, NJW 2012, 3162.

34) BGH, 12.07.1995, I ZR 176/93, WRP 1995, 820 = GRUR 1995, 678 – Kurze Verjährungsfrist.

35) BGH, 21.01.1999 – I ZR 135/96, WRP 1999, 544 = GRUR 1999, 522 – Datenbankabgleich.

36) BGH, 22.05.1975 – KZR 9/74, WRP 1976, 37 = GRUR 1976, 323 – Thermalquelle; BGH, 05.07.2005 – X ZR 14/03, WRP 2005, 1274 = GRUR 2005, 845 – Abgasreinigungsanlage; BGH, 07.12.2010 – KZR 71/08, WRP 2011, 768 = GRUR 2011, 641 – Jette Joop; BGH, 15.12.2015 – KZR 92/13, WRP 2016, 1271 = GRUR 2016, 849 – Pelican/Pelikan; hierzu *Kirchhoff*, GRUR 2017, 248; EuGH, 30.01.1995 – 35/83, GRUR Int 1985, 399 – BAT.

37) BGH, 26.09.1996 – I ZR 265/95, WRP 1997, 312 = GRUR 1997, 382 – Altunterwerfung I; BGH, 26.09.1996 – I ZR 194/95, WRP 1997, 318 = GRUR 1997, 386 – Altunterwerfung II.

38) BGH, 08.05.2014 – I ZR 210/12, WRP 2014, 948 = GRUR 2014, 797, Rn. 23 – fishtailparka.

39) Vor dem 01.01.2002 betrug der Unterschied betreffend den Unterlassungsvertrag einerseits und die Vertragsstrafenvereinbarung andererseits nicht wie heute sechs Monate einerseits und drei Jahre andererseits, sondern sechs Monate einerseits und 30 Jahre andererseits.

Bernreuther, Das Merkmal „Ansprüche auf Grund dieses Gesetzes“ und seine Auslegung

gelt ist. Ist der vertragliche Unterlassungsanspruchs verletzt, können formularmäßig unangemessene Ansprüche auf Zahlung der Vertragsstrafe über § 307 BGB,⁴⁰⁾ unverhältnismäßige Ansprüche auf Zahlung der Vertragsstrafe über § 242 BGB berichtigt werden.⁴¹⁾

b) Schlussfolgerungen betreffend die Trennung zwischen Unterlassungsvertrag und Vertragsstrafenvereinbarung

- 15 Der Anspruch auf Zahlung der Vertragsstrafe setzt eine schuldhaft Verletzung des vertraglichen Unterlassungsanspruchs sowie eine schuldhaft Verletzung der Vertragsstrafenvereinbarung voraus. Wird die Frage, ob ein Vertragsstrafenanspruch zugleich ein Anspruch gem. § 13 Abs. 1 UWG ist, allein anhand der rechtlichen Zuordnung des Unterlassungsanspruchs oder allein des Vertragsstrafenanspruchs erörtert, fehlt jeweils die zusätzliche, ebenfalls entscheidende gedankliche Voraussetzung. Weiter gilt: bei der Frage, ob die Voraussetzungen für die Verhängung eines Ordnungsmittels erfüllt sind, geht es nicht um das Vorhandensein eines Gesetzes-, sondern um das Vorliegen eines Titelverstoßes.⁴²⁾ Dasselbe gilt für die Vertragsstrafe: maßgebend ist nicht der Gesetzes-, sondern der Vertragsverstoß. Dies ist ein, wenn nicht der zentrale Punkt für die rechtliche Einordnung des Vertragsstrafenanspruchs.
- 16 Richtig ist allerdings auch, dass Beispiele selten sind, mittels derer mit dieser notwendigen Einordnung Ernst gemacht worden ist. Zutreffend ist also die zu Unrecht unbeachtet gebliebene Entscheidung des OLG Oldenburg⁴³⁾ betreffend den Werbespruch: „*Lieber zu Wilken als zu teuer*“. Obwohl das OLG Oldenburg die Werbung von Gesetzes wegen als zulässig im Unterschied zur Entscheidung des OLG Hamburg⁴⁴⁾ („*Lieber zu Sixt als zu teuer*“: unzulässig) und im Unterschied zur – späteren – Entscheidung des LG Düsseldorf⁴⁵⁾ („*Fielmann: Lieber besser aussehen als viel bezahlen*“: unzulässig) ansah, bejahte es den Verstoß gegen den Unterlassungsvertrag (Einigungsstellenvergleich) einerseits und den Verstoß gegen die Vertragsstrafenvereinbarung andererseits.
- #### c) Schlussfolgerungen aus der Entscheidung des BGH, 19.10.2016 – I ZR 93/15
- 17 Wenn ausgehend von der Auffassung des BGH Ansprüche auf Zahlung der Vertragsstrafe Ansprüche aufgrund des UWG sind, müssten sich – will der BGH widerspruchsfrei bleiben – Änderungen sowohl für den Unterlassungsvertrag als auch für die Vertragsstrafenvereinbarung ergeben. Im Hinblick auf den Unterlassungsvertrag müsste dessen Verbotsinhalt variabel und zwar entsprechend der jeweiligen Verbotsregelung des UWG betrachtet werden. Es entfielen die lebenslange Bindung; die Bindung reichte lediglich bis zur nächsten Gesetzesnovellierung. Die Kündigung aus wichtigem Grund sowie die Kündigung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage würden entbehrlich. Es gäbe keinen vertraglichen Anspruch auf Einhaltung der wettbewerbswidrigen Absprache, welcher dann möglich ist, wenn der Vertragsgläubiger von der Rechtswidrigkeit seines Begehrens auf Aus-

führung des Wettbewerbsverstoßes nichts weiß.⁴⁶⁾ Das Verhältnis zum Kartellrecht wäre trotz Vorliegens eines Vertrages keines zwischen Vertrag und GWB, sondern zwischen UWG und GWB. Im Hinblick auf die Vertragsstrafenvereinbarung unterläge die Geltendmachung des Anspruchs auf Zahlung der Vertragsstrafe nicht dem Verjährungseinwand, sondern der Ausschlussfrist gem. § 9 EGStGB. Es würde eine Inhaltskontrolle hinsichtlich der Voraussetzungen der Verwirkung der Vertragsstrafe, ferner der Höhe der Vertragsstrafe entfallen, maßgebend wäre § 890 Abs. 1 ZPO. Kurz und gut: der BGH hätte zu proklamieren, es gäbe keinen Unterschied zwischen Vertrag und Gesetz, noch kürzer: zweifach geschlossene Verträge – entsprechend der unzutreffenden Terminologie: „*Unterwerfung*“ – gäbe es nicht. Ganz kurz: das Verhältnis zwischen Wettbewerbsrecht und Zivilrecht müsste neu definiert werden. Dies alles ist Folge der Erkenntnis: wer sich selbst widerspricht, kann nicht erwarten, dass Niemand widerspricht.

Die Lösung ist darin zu sehen, dass der vertragliche Anspruch ein vertraglicher Anspruch bleibt und als solcher eben nicht der Regelung des § 13 Abs. 1 UWG bzw. des § 14 Abs. 2 UWG unterliegt. 18

V. Schlussfolgerungen

Schlussfolgerungen aus den hier besprochenen Entscheidungen ergeben sich in methodischer Hinsicht sowie das richterliche Selbstverständnis betreffend. 19

1. Schlussfolgerungen in methodischer Hinsicht

Die hier besprochene Entscheidung vergrößert die Gefahr der irrigen Annahme, im etablierten Rechtsstaat komme es auf die stete Rückversicherung, ob das Gesetzesbindungspostulat mittels Begründung und Entscheidungsergebnis eingehalten ist, nicht mehr besonders an. Denn maßgebend seien nicht formelle Begründungsweisen, sondern Inhalte. Verwirklicht sich diese Gefahr, ist es nicht ausgeschlossen, dass Richter kreativer mit dem Gesetz umgehen, als solches durch Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG (Gewaltenteilung) bzw. Art. 20 Abs. 3 GG (Bindung an Gesetz und Recht) erlaubt ist. 20

Ein Beispiel ist etwa die Anwendungserweiterung von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO. Entfällt der Anlass für die Klageerhebung vor Rechtshängigkeit und wird hierauf die Klage zurückgenommen, kann das Gericht nach der genannten Vorschrift die Kostenentscheidung unter Berücksichtigung der Sach- und Rechtslage nach billigem Ermessen treffen. Zumindest zwei Oberlandesgerichte⁴⁷⁾ verlagern das Rechtsfolgemerkmale des billigen Ermessens auf die Tatbestandsseite. Danach entspräche es billigem Ermessen, die Regelung des § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO entgegen dem Wortlaut darauf zu erstrecken, dass der Klageanlass vor Anhängigkeit entfiel. 21

Ein weiteres Beispiel recht freier Rechtsfindung durch den Richter sei zu § 319 Nr. 1 ZPO aufgezeigt: nach Verkündung und Zustellung des Urteils fiel dem Unterlassungsgläubiger die Formulierung seines Antrags als Folge des gegen die Unterlassungsverfügung gerichteten Widerspruchs auf. Nachträglich beantragte er, die antragsgemäße Tenorierung:⁴⁸⁾ „*Der Widerspruch gegen die einstweilige Verfügung vom (...) wird zurückgewiesen*“ zu ersetzen durch: „*Der Beschluss des LG Rostock v. (...) wird bestätigt*“. Der Unterlassungsschuldner wandte ein, Anträge könnten nur in der mündlichen Verhandlung gestellt werden. Ein Grund zur 22

40) BGH, 31.08.2017 – VII ZR 308/16 – Schlemmerblock, hinsichtlich der Überprüfung der Höhe der Vertragsstrafe; dazu, dass allein die Klausel: „(...) für den Fall zukünftiger schuldhafter Zuwiderhandlung“ angemessen ist, BGH, 15.12.2011 – I ZR 174/10 = WRP 2012, 930 = GRUR 2012, 730, Rn. 17 und 18 – Bauheizgerät.

41) BGH, 17.07.2008 – I ZR 168/05, WRP 2009, 182, GRUR 2009, 181 – Kinderwärmekissen; hierzu *Rieble*, GRUR 2009, 824.

42) BGH, 19.05.2011 – I ZB 57/10, NJW 2011, 3161, Rn. 13; OLG Stuttgart, 07.04.2015 – 2 W 2/15, WRP 2015, 1263.

43) OLG Oldenburg, 26.11.1992 – 1 U 102/92, WRP 1993, 128 = NJW-RR 1993, 619.

44) OLG Hamburg, 17.10.1991 – 3 U 77/91, WRP 1992, 194 = GRUR 1992, 531.

45) LG Düsseldorf, 03.08.1994 – 12 O 141/94; auf die Sprungrevision hin hatte der BGH, 07.11.1996 – I ZR 183/94, WRP 1997, 182 = GRUR 1997, 227 – Aussehen mit Brille die Entscheidung des LG Düsseldorf aufgehoben; das Oldenburg, 26.11.1992 – 1 U 102/92, WRP 1993, 128 = NJW-RR 1993, 619 hatte also mit seiner Auffassung von der Gesetzeskonformität solcher Vergleiche frühzeitig Recht gehabt.

46) BGH, 11.11.1993 – I ZR 225/91, WRP 1994, 169 = GRUR 1994, 527 – Werbeagent.

47) OLG München, 12.03.2004 – 29 W 2840/03, NJOZ 2005, 62; OLG Hamm, 23.01.2008 – 7 W 4/08, BeckRS 2008, 04911.

48) LG Rostock, 16.08.2016 – 6 HK O 58/16, n.v., Vorinstanz zu OLG Rostock, 21.12.2016 – 2 U 15/16, WRP 2017, 235.

Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nach Urteilsverkündung und -zustellung gebe es nicht. Also bleibe es bei der im Verfügungsverfahren ausgeurteilten Tenorierung. Das LG Rostock⁴⁹⁾ änderte jedoch den Urteilstenor wie vom Kläger angeregt mit Hinweis auf ein Schreibversehen gem. § 319 Nr. 1 ZPO.

2. Schlussfolgerungen betreffend den Dialog mit dem Richter

- 23** Ausgehend von manchen mündlichen Verhandlungen vor den Gerichten erster oder zweiter Instanz bzw. ausgehend von manchen telefonischen oder schriftlichen richterlichen Hinweisen darf manchmal angenommen werden, der betreffende Richter hielte die Auseinandersetzung mit dem vom Anwalt vorgetragenen

Argumenten für entbehrlich. Gerade jedoch der Richter, der seine Ergebnisse methodisch herleitet oder absichert, ist offener für andere Lösungsmöglichkeiten und die Begrenzung seines Richtigkeitsanspruchs. Die Einhaltung methodischer Standards wird also in psychologischer Hinsicht begleitet durch mehr Offenheit und mehr Selbstbegrenzung.

Ob die methodischen Standards anlässlich der hier besprochenen Entscheidung gewahrt wurden, soll der geneigte Leser selbst entscheiden; zur Diskussion insoweit will der Verfasser beitragen. **24**

49) LG Rostock v. 21.09.2016 – 6 HK O 58/16, n. v.

RECHTSPRECHUNG

Designrecht

Bayerische Motoren Werke / Acacia

VO (EG) Nr. 44 / 2001 Art. 5 Nr. 3, Art. 24; VO (EG) Nr. 6 / 2002 Art. 81 Buchst. b) und Art. 82

EuGH, Urteil vom 13.07.2017 – C-433/16

ECLI:EU:C:2017:550

1. Art. 24 der Verordnung (EG) Nr. 44 / 2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen ist dahin auszulegen, dass eine Einrede der Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts, die im ersten Verteidigungsschriftsatz hilfsweise gegenüber anderen in demselben Schriftsatz erhobenen prozessualen Einreden erhoben wird, nicht als Anerkennung der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts angesehen werden kann und daher nicht zu einer Vereinbarung über die Zuständigkeit nach diesem Artikel führt.

2. Art. 82 der Verordnung (EG) Nr. 6 / 2002 des Rates vom 12. Dezember 2001 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster ist dahin auszulegen, dass Klagen auf Feststellung der Nichtverletzung von Gemeinschaftsgeschmacksmustern nach Art. 81 Buchst. b dieser Verordnung dann, wenn der Beklagte seinen Wohnsitz in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union hat, vor den Gemeinschaftsgeschmacksmustergerichten dieses Mitgliedstaats zu erheben sind, es sei denn, es liegt eine Vereinbarung über die Zuständigkeit im Sinne von Art. 23 oder Art. 24 der Verordnung Nr. 44 / 2001 vor, und vorbehaltlich der in diesen Verordnungen genannten Fälle der Rechtshängigkeit und der im Zusammenhang stehenden Verfahren.

3. Die in Art. 5 Nr. 3 der Verordnung Nr. 44 / 2001 aufgestellte Zuständigkeitsregel findet auf Klagen auf Feststellung der Nichtverletzung von Gemeinschaftsgeschmacksmustern nach Art. 81 Buchst. b der Verordnung Nr. 6 / 2002 keine Anwendung.

4. Die in Art. 5 Nr. 3 der Verordnung Nr. 44 / 2001 aufgestellte Zuständigkeitsregel findet auf Anträge auf Feststel-

lung eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung und eines unlauteren Wettbewerbs, die mit einer Klage auf Feststellung der Nichtverletzung eines Gemeinschaftsgeschmacksmusters im Zusammenhang stehen, keine Anwendung, soweit diesen Anträgen nur stattgegeben werden kann, wenn dieser Klage auf Feststellung der Nichtverletzung stattgegeben wird.

Urteil

Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (ABl. 2001, L 12, S. 1) und der Verordnung (EG) Nr. 6/2002 des Rates vom 12. Dezember 2001 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster (ABl. 2002, L 3, S. 1). **1**

Es ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Bayerische Motoren Werke AG (im Folgenden: BMW) mit Sitz in München (Deutschland) und der Acacia Srl (im Folgenden: Acacia) mit Sitz in Eboli (Italien) wegen der Bestimmung des für eine Klage von Acacia gegen BMW zuständigen Gerichts. **2**

Rechtlicher Rahmen

(...)

Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

Acacia stellt Autofelgen aus Leichtmetall her und vertreibt diese. Wie aus den dem Gerichtshof vorliegenden Akten hervorgeht, sind diese Felgen Nachbildungen der von Kraftfahrzeugherstellern produzierten Leichtmetallfelgen und werden unter der Marke WSP Italy vertrieben, wobei die Kurzbezeichnung WSP für „Wheels Spare Parts“ steht (im Folgenden: nachgebaute Felgen). Soweit die von den Kraftfahrzeugherstellern produzierten Felgen als Gemeinschaftsgeschmacksmuster eingetragen sind, ist Acacia der Ansicht, dass ihre nachgebauten Felgen unter die „Reparaturklausel“ in Art. 110 Abs. 1 der Verordnung Nr. 6/2002 fielen. **22**

Mit verfahrenseinleitendem Schriftstück, das angeblich am 21. Januar 2013 zugestellt wurde, erhob Acacia beim Tribunale **23**