

## Herausgeber

**Prof. Dr. Helmut Köhler**

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

Deutscher Fachverlag GmbH  
Frankfurt am Main

- 761 Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M.**  
Google im Fokus des Kartellrechts
- 773 Dr. Tom Billing und Prof. Dr. Tobias Lettl, LL.M.**  
Franchising und § 20 Abs. 1 GWB (Teil 1)
- 782 Albrecht v. Graevenitz**  
Category Management und Kartellrecht
- 788 Prof. Dr. Justus Meyer**  
Briefkastenwerbung in Plastikfolie und Gratiszeitungen
- 796 Friedrich Bernreuther**  
Titelgläubiger, Vertragsgläubiger und erneuter Unterlassungsschuldner
- 802 SAS Institute /World Programming**  
EuGH, Urteil vom 02.05.2012 – C-406/10
- 806 Luksan /van der Let**  
EuGH, Urteil vom 09.02.2012 – C-277/10
- 813 Medusa**  
BGH, Urteil vom 24.11.2011 – I ZR 175/09
- 816** Kommentar von Dr. Jan Rasmus Ludwig
- 817 Mietwagenwerbung**  
BGH, Urteil vom 24.11.2011 – I ZR 154/10
- 819 CONVERSE I**  
BGH, Urteil vom 15.03.2012 – I ZR 52/10
- 824 CONVERSE II**  
BGH, 15.03.2012 – I ZR 137/10
- 829 Ordnungsmittelfestsetzung nach einseitiger Erledigungserklärung**  
BGH, Beschluss vom 23.02.2012 – I ZB 28/11
- 831** Kommentar von Prof. Dr. Otto Teplitzky
- 831 „Die faire Milch“**  
OLG München, Urteil vom 01.03.2012 – 6 U 1738/11
- 838 Einkaufsgutscheine in der Apotheke**  
OLG Thüringen, Urteil vom 04.04.2012 – 24 U 864/11
- 840 Kundenbonus bei Rezepteinlösung**  
OLG Naumburg, Urteil vom 03.05.2012 – 9 U 192/11

## V. Zusammenfassung

Die hier entwickelten Gedanken lassen sich kurz in vier Thesen zusammenfassen.

1. Briefkastenwerbung stellt für sich keine unzumutbare Belästigung i. S. d. § 7 Abs. 1 S. 1 UWG dar. Das gilt auch für Werbematerial in Plastikfolie, solange Werbewidersprüche hinreichend effektiv sind.
2. Werbewidersprüche sind nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG stets

und nach § 7 Abs. 1 S. 2 UWG grundsätzlich zu beachten. Auch einmalige Missachtungen sind unzulässig, solange es sich nicht um „Ausreißer handelt“.

3. Werbewidersprüche können in beliebiger Form und mit beliebiger Reichweite geäußert werden. Auch Differenzierungen sind möglich.
4. Werbewidersprüche sind so auszulegen, dass das Selbstbestimmungsrecht wirksam geschützt ist.

RA Friedrich Bernreuther, München\*

# Titelgläubiger, Vertragsgläubiger und erneuter Unterlassungsschuldner

## INHALT

### I. Die Entscheidung „Leistungspakete im Preisvergleich“ und ihre Bewertung

1. Die Entscheidung des BGH
2. „Leistungspakete im Preisvergleich“ und „Folienrollos“ nach eigener Bewertung
  - a) Bewertung der Entscheidung „Folienrollos“
  - b) Bewertung der Entscheidung „Leistungspakete im Preisvergleich“

### II. Die Handlungsmöglichkeiten von Titelgläubiger und Vertragsgläubiger sowie die jeweiligen Rechtfertigungsgründe

1. Die Auffassung der herrschenden Meinung
2. Eigene Auffassung zu den Handlungsmöglichkeiten bei kerngleicher Verletzungshandlung zugunsten des Titel- und des Vertragsgläubigers
  - a) Erneute Abmahnung, Antrag bzw. Klage bei Nichtunterwerfung sowie Ordnungsmittelantrag durch den Titelgläubiger
  - b) Erneute Abmahnung, Antrag bzw. Klage bei Nichtunterwerfung sowie Verlangen der Vertragsstrafe durch den vertraglich gesicherten Unterlassungsgläubiger

### III. Zusammenfassung

Die in der Entscheidung „Leistungspakete im Preisvergleich“<sup>1)</sup> verwirklichte Rechtsprechungsänderung mit dem Inhalt der Minderung des Bewertungsrisikos des Titelgläubigers bei der Feststellung der Kerngleichheit einer Verletzungshandlung ist ein erster Schritt in die richtige Richtung. Dennoch bleibt es dabei, dass bei Verwirklichung dieses Bewertungsrisikos, also bei rechtskräftig abgewiesenem Ordnungsmittelantrag, der Titelgläubiger gegenüber dem vertraglich gesicherten Unterlassungsgläubiger benachteiligt ist, und das Tun des Unterlassungsschuldners sogar sanktionslos bleibt. Denn der Titelgläubiger durfte im Gegensatz zum Vertragsgläubiger nicht zusätzlich Unterlassung bei Gericht beantragen. Da für diese

unterschiedliche Behandlung der unterschiedlich gesicherten Unterlassungsgläubiger gute Gründe nicht bestehen, wird nachstehend dargelegt, dass es im zweiten Schritt folgerichtig ist, die Handlungsmöglichkeiten des Titelgläubigers denen des Vertragsgläubigers anzugleichen.

### I. Die Entscheidung „Leistungspakete im Preisvergleich“<sup>2)</sup> und ihre Bewertung

#### 1. Die Entscheidung des BGH

Anders als in der dem Titelgläubiger das Bewertungsrisiko der Kerngleichheit einschränkungslos aufbürdenden Entscheidung „Folienrollos“<sup>3)</sup> nimmt der BGH zu dieser Fragestellung nun eine vermittelnde Haltung ein. Grundlage waren folgende Sachverhalte:

In einem Vorprozess war der Unterlassungsschuldner mit Entscheidung des OLG Frankfurt<sup>4)</sup> wegen verschiedener Verstöße vom April, Mai und Juni 2006 rechtskräftig zur Unterlassung verurteilt worden. Bezüglich des vom BGH entschiedenen zweiten Rechtsstreits datiert die Verletzungshandlung vom 28.10.2006.

Das LG Gießen hatte die hierauf bezogene Unterlassungsklage als unzulässig, das OLG Frankfurt als unbegründet abgewiesen. Der BGH gab dem Unterlassungsbegehren statt und führte aus, dass der zur Entscheidung stehende Unterlassungsantrag nicht mit dem Gegenstand des Vorprozesses identisch war. Für diesen Antrag fehle auch nicht das Rechtsschutzbedürfnis. Zwar sei es nicht auszuschließen, dass das Unterlassungsbegehren auch mithilfe eines Ordnungsgeldantrages erreicht hätte werden können. Wegen der Unterschiede der Werbeanzeigen und der Ungewissheit des Ausgangs eines Zwangsvollstreckungsverfahrens könne der Kläger aber nicht auf das Ordnungsmittelverfahren verwiesen werden. Konkret komme hinzu, dass das OLG als

\* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 884.

1) BGH, 07.04.2011 – I ZR 34/09, WRP 2011, 873 = GRUR 2011, 742 – Leistungspakete im Preisvergleich.

2) BGH, 07.04.2011 – I ZR 34/09, WRP 2011, 873 = GRUR 2011, 742 – Leistungspakete im Preisvergleich.

3) BGH, 19.05.2010 – I ZR 177/07, WRP 2010, 1035 = GRUR 2010, 855 – Folienrollos.

4) OLG Frankfurt v. 29.05.2008, 6 U 108/07 betreffend den Hilfsantrag; bestätigt mittels Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde betreffend den Hauptantrag durch BGH, 22.10.2009 – I ZR 124/08, K&R 2010, 264 = MMR 2010, 184.

Vorinstanz die Maßgeblichkeit jedes Einzelfalles deutlich gemacht hatte. Ferner erfolge nun der Angriff in weiterem Umfang.<sup>5)</sup>

## 2. „Leistungspakete im Preisvergleich“ und „Folienrollos“ nach eigener Bewertung

### a) Bewertung der Entscheidung „Folienrollos“<sup>6)</sup>

Für das verfahrensrechtliche Verständnis der Vorgängerentscheidung „Folienrollos“ wäre es nach Meinung des Verfassers hilfreich gewesen, hätte der BGH darauf hingewiesen, dass die zweite, im Verfügungsverfahren ergangene Unterlassungsentscheidung vom 13.01.2006 ausgehend von der h. M. – kein erneuter Unterlassungsanspruch des Titelinhabers bei kerngleicher Verletzungshandlung – zwar zumindest teilweise unzulässig war, die Abschlusserklärung allerdings die rechtswidrig vom LG erlassene Verfügungsentscheidung einer rechtskräftigen Hauptsacheentscheidung gleichgestellt hatte und nun für die auf der prioritätsälteren Verbotserfügung (11.11.2005) fußende spätere Hauptsacheklage ein Zulässigkeithindernis geworden war. Dass das alleinige Bewertungs- und Kostenrisiko, noch dazu bei einem eventuellen vom Gericht und dem Titelgläubiger übereinstimmend festgestellten Verstoß, ausschließlich der Titelgläubiger auch dann trägt, wenn er sich lediglich in der Frage der Kerngleichheit geirrt hatte, vermochte der Verfasser schon früh<sup>7)</sup> nicht einzusehen.

### b) Bewertung der Entscheidung „Leistungspakete im Preisvergleich“<sup>8)</sup>

Die nicht unerhebliche Änderung der eigenen Haltung binnen weniger als einem Jahr wird durch den BGH bereits im Leitsatz 2 ausgedrückt, an dessen Ende es u. a. heißt: „Abgrenzung zu... Folienrollos“. Dieses werden folgende allgemeine Rechtfertigungsgründe gesehen:

Ist von einer Verletzungshandlung des Unterlassungsschuldners auszugehen, trägt nicht der Titelgläubiger, sondern der Unterlassungsschuldner als Verletzer das Risiko der angeblich fehlerhaften Wahl des Angriffsmittels, wenn diese Wahl von der zutreffenden Bewertung der „Kerngleichheit“ der Verletzungshandlung abhängt und eine eindeutige Zuordnung insoweit nicht ersichtlich ist. Dies deshalb, weil „im Kern gleich“ gleichbedeutend mit „im Wesentlichen gleich“ ist. Da – dies beweist bereits ein Blick in die Philosophiegeschichte – methodisch nicht angegeben werden kann, was „wesentlich“ ist und damit auch nicht, was den „Kern“ einer Handlung ausmacht, diese Aussage in ihrer Allgemeingültigkeit vielmehr von der Plausibilität der Werterkenntnis dessen abhängt, der diese Aussage tätigt, können erkenntnistheoretische Mankos nicht dem Titelgläubiger angelastet werden. Der Unterlassungsschuldner als Verletzer ist der verantwortliche Auslöser, seine Einordnung als Verletzer ist häufig zwischen Gericht und Titelgläubiger gar nicht streitig. Damit ist nicht zugleich der Irrelevanz der „Kerngleichheit“ oder der „Wesensgleichheit“ das Wort geredet. Von der Tatsache des

Vorhandenseins des Kerns oder des Wesens<sup>9)</sup> ist auszugehen: da jeder das, was er sagt, für wesentlich hält, ist jedes Negativurteil über das Vorhandensein von Wesentlichkeit nicht mehr wert als die dort getroffene Aussage selbst.

Soweit der BGH auf Merkmale wie „Ungewissheit des Ausgangs eines Zwangsvollstreckungsverfahrens“, „Abstellen der Vorinstanz auf den Einzelfall“ und „Angriff in weiterem Umfang“<sup>10)</sup> abstellt, können dies probate, nicht abschließend aufgezählte, materiale Merkmale sein. Ein weiteres probates Argument dürfte sein, den Unterlassungsschuldner nach der zweiten, zumindest ähnlichen Verletzungshandlung aufzufordern,<sup>11)</sup> mitzuteilen, ob er für den Fall des Angriffs durch ihn, den Titelgläubiger, sich vorzugsweise – nachrangig zum Bestreiten einer Verletzungshandlung – mit dem Einwand der Kerngleichheit oder aber mit dem fehlenden Einwand der Kerngleichheit verteidigen werde. Wählt dann der Unterlassungsschuldner eine der beiden Möglichkeiten oder auch keine und greift der Titelgläubiger die zweite Verletzungshandlung an, ohne dass die Zuordnung als „kerngleich“ einfach möglich wäre, hat der Einwand der fehlerhaften Wahl zwischen den beiden Angriffsmitteln des Unterlassungsantrags und des Ordnungsgeldantrags dann geringeres Gewicht, wenn keine Festlegung durch den Unterlassungsschuldner erfolgte oder sogar das gewählte Angriffsmittel mit dem vom Unterlassungsschuldner vorgetragenen Hilfseinwand („wenn überhaupt – wie hier – liegt keine/eine kerngleiche Handlung vor“) übereinstimmt.

## II. Die Handlungsmöglichkeiten von Titelgläubiger und Vertragsgläubiger sowie die jeweiligen Rechtfertigungsgründe

### 1. Die Auffassung der herrschenden Meinung

Kommt es zu einer erneuten, kerngleichen Verletzungshandlung durch den Unterlassungsschuldner und ist der Unterlassungsgläubiger durch eine im einstweiligen Verfügungs- oder Hauptsacheverfahren ergangene, auch im zweiten Fall vollstreckbare Entscheidung gesichert, kann er Antrag auf Verhängung eines Ordnungsmittels einreichen. Ein erneuter Unterlassungsantrag soll wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig sein, da der vorhandene Vollstreckungstitel dem Unterlassungstitel vergleichbar sei.<sup>12)</sup>

Ist hingegen der Unterlassungsgläubiger im Hinblick auf die erneute, kerngleiche Verletzungshandlung bereits durch eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtung, im Jargon des BGH durch eine sog. Unterwerfungserklärung, gesichert, kann er auf vertraglicher und gesetzlicher Grundlage Unterlassung, ferner Zahlung der Vertragsstrafe verlangen.<sup>13)</sup> Denn die Verletzungshandlung habe gezeigt, dass sich die sog. Unterwerfungserklä-

5) BGH, 07.04.2011 – I ZR 34/09, WRP 2011, 873, Rn. 19 u. 20 = GRUR 2011, 742 – Leistungspakete im Preisvergleich.

6) BGH, 19.05.2010 – I ZR 177/07, WRP 2010, 1035 = GRUR 2010, 855 – Folienrollos.

7) www.wettbewerbsverfahrensrecht-bernreuther.de, Ziffer 4, insbes. 4.1.1.2 und 4.3, (2007).

8) BGH, 07.04.2011 – I ZR 34/09, WRP 2011, 873 = GRUR 2011, 742 – Leistungspakete im Preisvergleich.

9) Insofern war und ist die Lektüre von Scheuerte, Das Wesen des Wesens, AcP 163, 429 – 471, für den Verfasser nicht erhellend; zur „Wesentlichkeit“ vgl. auch Bernreuther, WRP 2002, 368, Fn. 46.

10) BGH, 07.04.2011 – I ZR 34/09, WRP 2011, 873 = GRUR 2011, 742, Rn. 20 – Leistungspakete im Preisvergleich.

11) Die Aufforderung an den Unterlassungsschuldner, sich zu erklären, halten auch Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm (Hrsg.), UWG, 30. Aufl. 2012, § 12, Rn. 1.132 und – ihm folgend – Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 10. Aufl. 2011, Kap. 8, Rn. 13 und Rn. 14 (unter Bezugnahme auf OLG Hamburg, 25.01.2010 – 5 W 7/10) für ein probates Mittel; mit demselben Vorschlag früh der Verfasser in www.wettbewerbsverfahrensrecht-bernreuther.de, Ziffer 4.1.1.2, 4.2.2.2 und 4.3 (2007).

12) BGH, 19.05.2010 – I ZR 177/07, WRP 2010, 1035 = GRUR 2010, 855 – Folienrollos; Sosnitzka, in: Piper/Ohly/Sosnitzka, Kommentar zum UWG, 5. Aufl. 2010, § 12, Rn. 55; Ehrlicke, in: MünchKommUWG, 2006, Rn. 23 vor § 12.

13) BGH, 10.02.2011 – I ZR 164/09, WRP 2011, 1153 = GRUR 2011, 936 – Double Opt-In-Verfahren; Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 11), § 12, Rn. 1.121; Teplitzky, (Fn. 11), Kap. 12, Rn. 12; Schmuckle, in: Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 6. Aufl. 2009, Kap. 44, Rn. 18.

## Bernreuther – Titelgläubiger, Vertragsgläubiger und erneuter Unterlassungsschuldner

„ungeeignet zur schnellen und einfachen Befriedung der Parteien erwies“. Das Rechtsschutzinteresse fehle nicht, weil die Klage auf Zahlung der Vertragsstrafe prozessual nicht einfacher und billiger gegenüber einer im Verletzungsverfahren ergehenden Entscheidung durchsetzbar sei. Darüber hinaus seien Vertragsstrafe- und Unterlassungsanspruch nicht gleichwertig, der weite Ordnungsmaßnahmenrahmen des § 890 ZPO biete den umfassenderen Rechtsschutz,<sup>14)</sup> wozu zählen soll, dass die durch Vertragsstrafe gesicherte Unterlassungserklärung nicht den für Vollstreckungstitel maßgeblichen restriktiven Auslegungsgrundsätzen unterliege.<sup>15)</sup>

Weiter müsse der Unterlassungsgläubiger die Möglichkeit haben, seinen Unterlassungsanspruch mit Hilfe der Gerichte durchzusetzen.<sup>16)</sup>

## 2. Eigene Auffassung zu den Handlungsmöglichkeiten bei kerngleicher Verletzungshandlung zugunsten des Titel- und des Vertragsgläubigers

### a) Erneute Abmahnung, Antrag bzw. Klage bei Nichtunterwerfung sowie Ordnungsmittelantrag durch den Titelgläubiger

Zunächst ist der Titelgläubiger berechtigt, aufgrund der erneuten und sogar kerngleichen Verletzungshandlung nochmals abzumahnern. Im Fall der Nichtunterwerfung besteht ferner die Berechtigung, die Kosten als Folge der Abmahnung einzuklagen. Insoweit gilt unter Bezugnahme auf das Rechtsschutzbedürfnis,<sup>17)</sup> dass eine doppelte Inanspruchnahme der Gerichte nicht im Raum steht und der Hauptzweck der Abmahnung, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung zu erhalten, auch bei einem schon Vorhandensein eines kerngleichen Titels nicht ausgeschlossen ist, was beispielsweise die Entscheidung „Folienrollos“<sup>18)</sup> zeigt. Weiter kann entgegen der h. M. Unterlassungsantrag bzw. -klage eingereicht werden. Hierfür sprechen sieben Gründe.

Erstens ist nicht ersichtlich, weshalb ein Vollstreckungstitel (Geldzahlungspflicht; theoretisch Ordnungshaft) mit einem Unterlassungstitel (Pflicht zur Unterlassung einer Handlung) vergleichbar sein sollte. Folglich ist auch nicht ersichtlich, weshalb ein erneuter Unterlassungsantrag unzulässig sein sollte. Zweitens ist der Ordnungsmittelbeschluss nicht einfacher als eine Verfügungsentscheidung zu erlangen, was auch mit den Unterschieden zwischen der Glaubhaftmachung (Verfügungsverfahren) und dem Strengbeweis (Ordnungsmittelverfahren) zusammenhängen kann. Drittens kommt es nicht zu einer doppelten Inanspruchnahme der Gerichte, dieses Zulässigkeithindernis bezieht sich lediglich auf dieselbe einzige, nicht aber auf gleiche und damit mehrere Handlungen.

Viertens ist auch Erfüllung – ein Rechtsbegriff, der in Bezug auf den Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch möglicherweise

wegen der alleinigen Beschäftigung mit der das Sanktionspotential betreffenden Wiederholungsgefahr völlig zu Unrecht so gut wie nie<sup>19)</sup> auftaucht – wegen der erneuten Verletzungshandlung nicht eingetreten.

Fünftens kehrt der Einwand, der Titelgläubiger habe doch schon alles, er sei nicht in der Lage mit einem weiteren Titel mehr zu erreichen als bisher, das Verhältnis von Ursache und Wirkung um: wenn der Zweitgläubiger, der anlässlich der ersten Verletzungshandlung untätig geblieben ist, hinsichtlich der erneuten Verletzungshandlung erstmals einen Unterlassungstitel zu erlangen vermag, scheint kein Grund auf, den – aktiveren – Erstgläubiger schlechter zu stellen. Nicht er, sondern der Verletzer hat einen Verstoß begangen. Was der Erstgläubiger mit einem weiteren Titel anfangen könnte, ist seine Sache. Eine erneute Verletzungshandlung rechtfertigt nicht eine plötzlich angeblich notwendig gewordene Fremdbestimmung des ersten Unterlassungsgläubigers. In Wahrheit ist also der bevormundende Zweckeinwand ein Schonungsargument.<sup>20)</sup> Geschont werden muss allerdings der erneute Verletzer erst recht nicht. Es geht nicht um die Bekämpfung des Geschädigten. Sechstens erhöht ein zweites gerichtliches Verfahren die Wahrscheinlichkeit, nun erstmals<sup>21)</sup> mit einer strafbewehrten Unterlassungserklärung gesichert zu werden.

Siebtens gilt, dass der Unterlassungsschuldner das Recht hat, in einem erneuten Erkenntnisverfahren prüfen zu lassen, ob tatsächlich ein Verstoß vorliegt. Zwar wird bei Mehrfachverstößen häufig – noch – die Möglichkeit bestehen, Widerspruch oder Berufung einzulegen. Dies ändert aber nichts an dem ebenfalls bestehenden Recht des angeblichen oder tatsächlichen Unterlassungsschuldners, als Folge seiner Nichtunterwerfung ein Gericht entscheiden zu lassen.

Es gilt also: wer erneut verstößt, wird gegenüber einem Titelinhaber nicht dadurch privilegiert, dass der erneute Verstoß sogar im Kern gleich mit der ersten Verletzungshandlung ist. Wer erneut verstößt, zwingt nicht ausgerechnet kraft seiner kerngleichen Verletzungshandlung den Titelgläubiger, zwischen Unterlassungsantrag und Ordnungsmittelantrag entscheiden zu lassen, um im Fall fehlender Kerngleichheit gänzlich unbestraft bleiben zu können. Wer erneut verstößt, trägt als Verursacher das Risiko, erneut auf Unterlassung sowie Zahlung der Gerichts- und Anwaltskosten in Anspruch genommen zu werden. Der Schuldner schuldet entsprechend seinen Verletzungshandlungen Unterlassung und nicht der Gläubiger bei weiteren Einbußen die Schonung. Es gilt weiter: der angebliche oder tatsächliche Unterlassungsschuldner hat das Recht auf ein erneutes Erkenntnisverfahren. Dass der Richter nie irrte, wird man nicht sagen können.

14) BGH, 09.11.1979 – I ZR 24/78, WRP 1980, 253 = GRUR 1980, 241 „Rechtsschutzbedürfnis“ als Bezugspunkt sämtlicher im Fließtext zum konkreten Zusammenhang vorgetragenen Begründungen.

15) Teplitzky, (Fn. 11), Kap. 12, Rn. 13 nebst Bezugnahme z. B. auf BGH, 20.06.1991 – I ZR 277/89, WRP 1991, 1311 = GRUR 1992, 61 – Preisvergleichsliste.

16) Achilles, in: Ahrens (Fn. 13), Kap. 10, Rn. 14.

17) Greger, in: Zöller, ZPO, 29. Aufl. 2012, § 253, Rn. 18a und 18b vor § 253. Das Rechtsschutzbedürfnis wird somit hauptsächlich bei Vorliegen zweier Fallgruppen verneint: bei doppelter Inanspruchnahme des Gerichts betreffend denselben Anspruch und bei Bestehen einfacherer Möglichkeiten, das begehrte Rechtsschutzziel zu erlangen.

18) BGH, 19.05.2010 – I ZR 177/07, WRP 2010, 1035 = GRUR 2010, 855 – Folienrollos; ferner BGH, 17.09.2009 – I ZR 217/07, WRP 2010, 649 = 2010, 355 – Testfundstelle.

19) BGH, 09.11.1979 – I ZR 24/78, WRP 1980, 253 = GRUR 1980, 241 – „Rechtsschutzbedürfnis“ trennt ausnahmsweise zwischen Erfüllung des Unterlassungsanspruchs und Beseitigung der Wiederholungsgefahr.

20) Tatsächlich liegt das Schonungsargument der Entscheidung BGH, 19.12.2002 – I ZR 160/00, WRP 2003, 511 = GRUR 2003, 450 – Begrenzte Preissenkung zugrunde. Der Verfasser möchte sich also weder der zitierten Entscheidung noch Bornkamm, in: FS-Tilmann, Unterlassungstitel und die Wiederholungsgefahr, 2003, 769 ff., anschließen; zur Nichteignung des Schonungseinwandes als Bestandteil des Verfahrensrechts vgl. bereits www.wettbewerbsverfahrensrecht-bernreuther.de, Ziffer 2; s. a. dort Ziffer 4.3, letzter Absatz (jeweils 2007).

21) BGH, 19.05.2010 – I ZR 177/07, WRP 2010, 1035 = GRUR 2010, 855 – Folienrollos; ferner BGH, 17.09.2009 – I ZR 217/07, WRP 2010, 649 = 2010, 355 – Testfundstelle.

**b) Erneute Abmahnung, Antrag bzw. Klage bei Nichtunterwerfung sowie Verlangen der Vertragsstrafe durch den vertraglich gesicherten Unterlassungsgläubiger**

Hinsichtlich der in der Gliederungsüberschrift genannten Handlungsmöglichkeiten des Unterlassungsgläubigers bestehen keine Unterschiede zwischen der h. M. und der Meinung des Verfassers. Der vertraglich gesicherte Unterlassungsgläubiger (Vertragsgläubiger) muss zur Vermeidung von Kostennachteilen<sup>22)</sup> im Prozess, also bei notwendig gewordenem Verfügungsantrag oder Klage, abmahnen. Wies die aufgrund der ersten Verletzungshandlung abgegebene Unterwerfungserklärung eine feste Obergrenze auf und ist der Unterlassungsschuldner bereit, sich erneut zu unterwerfen, ist „grundsätzlich allenfalls“<sup>23)</sup> nun eine erheblich höhere Vertragsstrafe zu vereinbaren. Wies die aufgrund der ersten Verletzungshandlung abgegebene Unterlassungserklärung die praktisch kaum noch vorkommende Begrenzung „... bis zu“ auf, „kann eine Verschärfung ‚nicht unter...‘ nach Lage des Falles genügen.“<sup>24)</sup> War eine Strafbewehrung nach dem sog. Hamburger Brauch vereinbart, ist die Lage nicht anders als bei einem Titelverstoß: hier kann erneut der „Hamburger Brauch“ vereinbart werden, eventuell auch hier mit der Formulierung „nicht unter...“ bzw. unter strikter Anwendung des § 348 HGB, sinnvolle Möglichkeiten also, die § 890 ZPO nicht kennt.

Sollte sich der Unterlassungsschuldner nicht oder nicht ausreichend unterwerfen und daher der Gang zu den Gerichten notwendig werden – der Unterlassungsklage fehlt trotz der Möglichkeit, Zahlung der Vertragsstrafe zu verlangen, nicht das Rechtsschutzbedürfnis<sup>25)</sup> –, bestehen acht gute Gründe für die Gleichbehandlung von Titel- und Vertragsgläubigern.

Als erstes erschließt sich dem Verfasser das Argument der Ungeeignetheit<sup>26)</sup> der Unterwerfungserklärung als Mittel einer schnellen und einfachen Parteienbefriedigung nicht. Denn allgemein wird die Unterwerfungserklärung schlechthin als Mittel einer schnellen und einfachen Streitbeilegung angesehen. Dass Verletzungshandlungen nicht nur einer Unterwerfungserklärung, sondern beispielsweise mitunter einem Mord nachfolgen, ist nicht Folge einer zu niedrigen vorausgegangenen Sanktion, sondern Ergebnis menschlicher Unzulänglichkeit, anzusiedeln zwischen einfachem Versehen und realer Monstrosität. Zweitens bietet die Sanktionsmöglichkeit des § 890 ZPO nach diesseitiger Auffassung keinen umfassenderen Rechtsschutz als eine nach „Hamburger Brauch“ vereinbarte Vertragsstrafe. Der tatsächlich irrelevanten, zusätzlichen Möglichkeit der Ordnungshaft steht die Möglichkeit einer Vertragsstrafe von mehr als € 250.000,00 gegenüber, was z. B. bezüglich der Werbung mit dem Euro-Einführungsrabatt<sup>27)</sup> hätte verwirklicht werden können, bewirkte

doch die fortgesetzte Werbung mit einem Euro-Einführungsrabatt auch als Gegenstand der Nachrichtensendung „Tagesschau“ nebst Durchführung der unzulässigen Maßnahme solche Gewinne, die das Ordnungsgeld in Höhe von € 200.000,00 leicht verschmerzen ließen.

Sollte drittens sogar gerichtet gegen die Möglichkeit einer erneuten Unterwerfung eingewendet werden, der Unterlassungsgläubiger müsse nun die Möglichkeit haben, seinen Anspruch gerichtlich durchzusetzen, steht eingedenk eines erweiterten Vertragsstrafrahmens und der damit eventuell vorhandenen weiteren Einnahmemöglichkeit nicht fest, ob der Unterlassungsgläubiger diese Möglichkeit eingeräumt haben möchte. Unterstellt man den Wunsch des vertraglich und strafbewehrt gesicherten Unterlassungsgläubigers nach dem zusätzlichen Erhalt eines Unterlassungstitels und ordnet ihm das zutreffende Argument zu, dass jener Titel tatsächlich erheblich mehr Eindruck („Ordnungsgeld bis zu € 250.000, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu...“) macht, kann die Lösung nicht in einem „Muss-Argument“, sondern nur in bewährten Argumenten des Verfahrensrechts liegen. Danach ist maßgebend, ob neben der Erhöhung des Vertragsstrafrahmens die an konkreten Umständen auszurichtende Prognose eine höhere Wahrscheinlichkeit der Gesetzesbindung aufgrund einer gerichtlichen Unterlassungsentscheidung ergibt. Dies können Fakten sein wie die Verteidigung des Unterlassungsschuldners gegenüber der zweiten Abmahnung, man werde sich – wenn überhaupt – nur einer gerichtlichen Entscheidung beugen. Dies kann auch die individuelle und daher unter Beweis zu stellende Erfahrung des Unterlassungsgläubigers sein, dass der Unterlassungsschuldner sich in der Vergangenheit eher einem Unterlassungstitel als einer strafbewehrten Unterlassungserklärung gebeugt hat. Dies kann auch eine allgemeine sektorspezifische empirische Untersuchung sein, dass sich bestimmte Unternehmer eher einem Titel als einer strafbewehrten Unterlassungserklärung beugen. Eine Studie, die allgemein zu diesem Ergebnis käme, würde den Verfasser insgesamt widerlegen bzw. bei gegenläufigem Ergebnis ihn insgesamt bestärken. Allein jedoch der Wunsch, einen Titel zu bekommen, genügt für den Erfolg einer Klage weder nach dem ersten noch nach dem zweiten Verstoß.

Viertens entfällt die Geeignetheit einer erneuten, auch vor dem Prognosegedanken ausreichenden Unterlassungserklärung nicht deshalb, weil die strafbewehrte Unterlassungserklärung nicht zugleich vollstreckbarer Titel ist. Unterwerfungserklärungen führen auch ohne Titel zur Streitbeilegung und zwar betreffend die ganz überwiegende Mehrzahl sämtlicher Verletzungsfälle. Weiter ist das Titelformal relativierend zu beachten, dass der Unterlassungstitel ebenso wenig wie die Vertragsstrafevereinbarung vom Gerichtsvollzieher begetrieben werden kann, da die Vollstreckung aus dem Unterlassungstitel die gerichtliche Feststellung einer Verletzungshandlung und deren Intensität voraussetzt. Dies führt sogar dazu, dass die freiwillige Bezahlung von fiktiver Vertragsstrafe zur Vermeidung eines Ordnungsmittelantrags weitaus seltener ist als die freiwillige Zahlung von Vertragsstrafe. Bei Verstößen gegen Unterlassungstitel müssen also Gerichte sehr viel häufiger tätig werden als bei Verstößen gegen strafbewehrte Unterlassungserklärungen, obschon durch letztere angeblich im Gegensatz zu ersteren der „Charakter eines vollstreckbaren Titels“<sup>28)</sup> fehlt.

22) BGH, 21.12.2006 – I ZB 17/06, WRP 2007, 781 = GRUR 2007, 629 – Zugang des Abmahnschreibens.

23) *Bornkamm*, in Köhler/Bornkamm (Fn. 11), § 12, Rn. 1.157.

24) *Bornkamm*, in Köhler/Bornkamm (Fn. 11), § 12, Rn. 1.157.

25) BGH, 09.11.1079 – I ZR 24/78, WRP 1980, 253 = GRUR 1980, 241 – „Rechtsschutzbedürfnis“.

26) BGH, 20.06.1991 – I ZR 277/89, WRP 1991, 1311 = GRUR 1992, 61 – Preisvergleichsliste; *Achilles*, in: Ahrens (Fn. 13), Kap. 9, Rn. 6 ist sogar der Auffassung, dass im Falle des Verstoßes gegen eine strafbewehrte Unterlassungserklärung eine zweite strafbewehrte Unterlassungserklärung „so zu bemessen sein (muss), dass sie jede theoretisch denkbaren Vorteile eines Verstoßes stets übersteigt“. Hiergegen gilt: wiederholte Verletzungshandlungen gab es, gibt es und wird es geben. Hiermit hängt nicht die Höhe der angedrohten Sanktion zusammen, was nicht nur Titelverstöße und die Verhängung von Ordnungsgeld beweisen.

27) BGH, 23.10.2003 – I ZB 45/02, WRP 2004, 235 = GRUR 2004, 264 – Euro-Einführungsrabatt.

28) BGH, 20.06.1991 – I ZR 277/89, WRP 1991, 1311 = GRUR 1992, 61, Ziffer II, A, 1, a – Preisvergleichsliste.

## Bernreuther – Titelgläubiger, Vertragsgläubiger und erneuter Unterlassungsschuldner

Fünftens widerlegt das Argument der freien Gestaltung der Unterlassungsverpflichtung nicht die grundsätzliche Gleichwertigkeit von Unterlassungstitel und vertraglicher Unterwerfungserklärung anlässlich erster oder zweiter Verletzungshandlung. Unterlassungsentscheidungen können ebenso wie Unterlassungstitel<sup>29)</sup> in Ausnahmefällen rechtmäßiges Verhalten als verbotenes Verhalten bestimmen. Unterlassungserklärungen und Titel können ferner zu weit gehen. Dass rechtmäßiges Verhalten als vertraglich verbotenes Verhalten die Vertragsstrafe auslöst, ist – dankenswerterweise – höchst selten und dem Verfasser lediglich anlässlich einer, von der verfahrensrechtlichen Literatur zu Unrecht nicht beachteten Entscheidung<sup>30)</sup> bekannt.

Sechstens widerlegt das Argument der Auslegung von Unterlassungsverpflichtungen und/oder Vertragsstrafevereinbarungen nach dem Parteiwillen nicht die grundsätzliche Gleichwertigkeit von Unterlassungstitel und vertraglicher Unterwerfungserklärung anlässlich der ersten oder zweiten Verletzungshandlung. In erster Linie wird der Umfang von vertraglichen Unterlassungsverpflichtungen dann verhandelt, wenn im Rahmen einer mündlichen Verhandlung der Vorsitzende Richter zur Abgabe einer Unterwerfungserklärung rät, die Parteien hierzu diskutieren und es schließlich zu diesem erledigenden Ereignis kommt. Nachträgliche gerichtliche Entscheidungen zu einem späteren Streit über die Auslegung derart zustande gekommener Unterlassungsverpflichtungen sind dem Verfasser nicht bekannt.

Soweit im Hinblick auf nicht derart vermittelte, sondern durch unbeschränkte oder modifizierte Annahme des der Abmahnung beigefügten Angebots es zu Unterwerfungserklärungen kam und in diesem Zusammenhang der BGH die Maßgeblichkeit des Parteiwillens betont, ist dem Verfasser nicht ganz klar, wo die Unterschiede zu einem in gleicher Weise formulierten Unterlassungstitel liegen. Dass der Wortlaut der Unterlassungserklärung maßgebend war, weil der Unterlassungsschuldner „etwa gewollte Einschränkungen ... selbst nicht zum Ausdruck gebracht (hatte)“,<sup>31)</sup> gilt hinsichtlich der Maßgeblichkeit des Wortlautes auch für Unterlassungstitel. Dass der Wortlaut des Abmahnschreibens<sup>32)</sup> zusätzlich maßgebend sein kann, gilt auch für das Verhältnis eines Unterlassungstitels zu den Entscheidungsgründen. Dass ausnahmsweise kerngleiche Handlungen von der Unterlassungsverpflichtung nicht erfasst waren, weil diese Handlungen bereits Jahre vor der Abmahnung verwirklicht wurden und der Unterlassungsschuldner von einer entsprechenden Kenntnis des Unterlassungsgläubigers ausgehen durfte,<sup>33)</sup> ist ebenfalls keine Folge der Berücksichtigung des Parteiwillens sondern ein allgemeiner Umstand, der gleichermaßen bei einem Titelverstoß Berücksichtigung hätte finden müssen. Soweit sich der BGH nicht mit der Unterlassungserklärung sondern der Vertragsstrafevereinbarung unter dem Gesichtspunkt der Rechtmäßigkeit

des vereinbarten Fortsetzungszusammenhangs<sup>34)</sup> oder der Höhe der Vertragsstrafe<sup>35)</sup> befasst hat, ist ebenfalls nicht ersichtlich, dass diese Entscheidungen nur ergehen konnten, weil dies die Berücksichtigung des Parteiwillens verlangt hätte.

Solange mithin eine rechtsvergleichende Untersuchung fehlt, die belegt, dass die Auslegung von Unterlassungstitels zu grundsätzlich anderem Ergebnis führt als die Auslegung von Unterlassungsverpflichtungen und/oder von Vertragsstrafevereinbarungen, solches ferner aus rechtsdogmatischen Gründen zusätzlich erforderlich wäre, ergibt der Hinweis auf die Notwendigkeit der Berücksichtigung des Parteiwillens nicht die von der h. M. angenommene Andersartigkeit der sog. Unterwerfungserklärung. Im Übrigen scheint eine begriffliche Zuordnung der Auslegung von Unterlassungstiteln entweder zur Gesetzesauslegung oder zur Rechtsgeschäftsauslegung (Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen; Auslegung nicht empfangsbedürftiger Willenserklärungen; Auslegung von Willenserklärungen, gerichtet an einen unbestimmten Personenkreis) bislang zu fehlen. Möglicherweise möchte die h. M. mit ihrem Hinweis auf die angebliche Andersartigkeit der Auslegung von Unterlassungstiteln eine neue Auslegungskategorie eröffnen. Falls ja, wäre dieser Sonderweg der rechtswissenschaftlichen Methodenlehre bislang entgangen.

Nach Auffassung des Verfassers gilt: sowohl bei der Auslegung von Unterlassungstiteln als auch bei der Auslegung von Unterlassungserklärungen und/oder Vertragsstrafevereinbarungen sind lebensweltliche Umstände zu berücksichtigen, die graduell verschieden sind. Die graduellen Unterschiede eröffnen keine Rechtfertigung, eine neuartige Auslegungskategorie zu eröffnen. Somit scheint es eher zu sein, dass der Hinweis auf den Parteiwillen als Grundlage der angeblich andersartigen Auslegung in Wahrheit einer versteckten Inhaltskontrolle, augenblicklich rechtspolitisch begünstigend den Unterlassungsschuldner, zu dienen bestimmt ist, ein Manko, dass sinnfällig in der Entscheidung mit dem Stichwort „Trainingsvertrag“<sup>36)</sup> zum Ausdruck kommt.

Siebtens ist dem Verfasser bislang entgangen, weshalb aufgrund der Auslegung des vertraglichen Unterlassungsanspruchs nach den §§ 133, 157 BGB die Bestimmtheitsanforderungen<sup>37)</sup> nicht mehr gelten sollten. Die Entscheidung „Fortsetzungszusammenhang“<sup>38)</sup> fügt sich wegen ihres fehlenden Bezugs auf vertragliche Unterlassungsansprüche – Gegenstand der Entscheidung sind demgegenüber formulärmäßig formulierte Vertragsstrafevereinbarungen – nicht recht zu dem Bestimmtheitsargument. Auch die Entscheidungen mit den Stichworten „Back Frites“, „Sekundenschnell“ und „unrichtige Aufsichtsbehörde“<sup>39)</sup> ergeben nach Erkenntnis des Verfassers keine Überwindung der Bestimmtheit durch Auslegung. Dies sollte auch nicht sein. Unterlassungsgläubiger und Unterlassungsschuldner haben gleichermaßen Anspruch auf die Inanspruchnahme der austeilenden Gerechtigkeit in Form des Verfahrensrechts. Überreicht mithin der Mandant als Unterlassungsschuldner ein unbestimmtes Angebot zur Unterwerfung zum Zweck der Überprüfung, darf die Antwort des

29) BGH, 19.05.2010 – I ZR 177/07, WRP 2010, 1035 = GRUR 2010, 855 – Folienrollos ist auch Beweis dafür, dass es rechtswidrige Unterlassungstitel geben kann.

30) OLG Oldenburg, 26.11.1992 – 1 U 102/92, WRP 1993, 128 = NJW-RR 1993, 619 – „Lieber zu Wilken als zu teuer“; als Anspruchsgrundlage zur Unterlassung rechtmäßigen Verhaltens vom Verfasser bereits zitiert in Erdmann/Rojahn/Sosnitza, Fachanwaltshandbuch gewerblicher Rechtsschutz, 1. Aufl. 2008, Kap. 6, Rn. 842 nebst Fn. 1191.

31) BGH, 20.06.1991 – I ZR 277/89, WRP 1991, 1311 = GRUR 1992, 61 – Preisvergleichsliste.

32) BGH, 27.01.1994 – I ZR 1/92, WRP 1994, 313 = GRUR 1994, 387 – Back Frites.

33) BGH, 17.07.1997 – I ZR 40/95, WRP 1997, 1067, 1070 = GRUR 1997, 931 – Sekundenschnell.

34) BGH, 10.10.1992 – I ZR 186/90, WRP 1993, 240 – Fortsetzungszusammenhang.

35) BGH, 17.09.2009 – I ZR 217/07, WRP 2010, 649 = GRUR 1010, 355 – Testfundstelle.

36) BGH, 25.01.2001 – I ZR 323/98, WRP 2001, 702 = GRUR 2001, 758 – Trainingsvertrag; vgl. hierzu den Besprechungsaufsatz von Bernreuther, GRUR 2003, 114.

37) So aber Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm, (Fn. 11), § 12 Rn. 1.121.

38) BGH, 10.10.1992 – I ZR 186/90, WRP 1993, 240 – Fortsetzungszusammenhang.

39) Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 11), § 12 Rn. 1.121.

## Bernreuther – Titelgläubiger, Vertragsgläubiger und erneuter Unterlassungsschuldner

beratenden Anwaltes nur lauten, dass nun – soweit ersichtlich – zwei Verhaltensmöglichkeiten zur Wahl stehen: erstens die Abgabe einer bestimmten Unterlassungserklärung mit der Folge der Beseitigung der Wiederholungsgefahr erga omnes oder zweitens die Annahme der unbestimmten Unterlassungserklärung. Im zweiten Fall besteht die Gefahr, dass weitere Unterlassungsgläubiger abmahnen können (was bei den absoluten Schutzrechten in der Regel ausscheidet); ferner, dass im Verletzungsfall ein Instanzgericht entgegen den Grundsätzen des BGH auf Bestimmtheit erkennt. Im zweiten Fall besteht aber auch die Chance, dass im Verletzungsfall eine Bestrafung ausscheidet. Kommt es dann zur Erklärung der unbestimmten Unterlassungserklärung entsprechend dem überreichten Angebot, führt die Antragsannahme nicht zu einer bestimmten Unterwerfung. Erstens gab es keinen entsprechenden, nach außen hin offenbaren Einigungswillen, zweitens könnte ein derartiger Parteiwille ohne zusätzliche Angaben, was konkret unter der unbestimmten Verhaltenspflicht zu verstehen ist, ein objektives Hindernis wie die Unbestimmtheit nicht beseitigen. Dieses Ergebnis – das wohl von der übrigen h. M. geteilt wird<sup>40)</sup> – ist auch gerechtfertigt. Das Recht verweist als den Geltungsgrund seiner Rechtmäßigkeit nicht nur auf die von vielen stets herbeigesehnte, oft gefühlte ausgleichende Gerechtigkeit, sondern – verstärkt hervortretend im Verfahrensrecht – auch auf die austeilende Gerechtigkeit. Stichwörter sind etwa die Fristen, die Regelungen zur Verjährung, der Volljährigkeit, des Grundsatzes „nullum crimen sine lege“ (Verbot der rückwirkenden Strafbegründung) oder „nulla poena sine lege“ (Verbot der rückwirkenden Strafverschärfung) oder andere zugeteilte formelle Gesichtspunkte insbesondere auch betreffend das Revisionsverfahrensrecht. Die formelle Gründe berücksichtigende austeilende Gerechtigkeit steht – wie erwähnt – auch dem Unterlassungsschuldner zu. Deshalb ist auch bei einem unbestimmten Unterlassungstenor bei vorhandenem oder zweifelhaftem Wettbewerbsverstoß der anwaltliche Hinweis, auch die fehlende Rechtsmitteleinlegung könne Vorteile ergeben, weil im Verletzungsfall der Ordnungsmittelantrag an der Unbestimmtheit des Verbots scheitern werde, richtig. Auch im Falle des Akzeptierens eines unbestimmten Tenors wird aus der Unbestimmtheit nicht die Bestimmtheit; auch hierdurch wird dem Verfahrensrecht Rechnung getragen. Der Einwand der fehlenden Bestimmtheit kann ausnahmsweise sowohl im Erkenntnis- als auch im Vollstreckungsverfahren vorgebracht werden.<sup>41)</sup> Der Unterlassungsschuldner hat nicht die Aufgabe, den Unterlassungsgläubiger vor vermeidbaren Fehlern

zu schützen. „Ius vigilantibus scriptum“ bzw. „vigilantibus, non dormientibus iura subveniunt“.

Dass achtens Unterlassungstitel einschränkend auszulegen seien, weil diese anders als strafbewehrte Unterlassungserklärungen „normähnlichen Charakter“<sup>42)</sup> hätten, ist für den Verfasser nicht begründbar. Unterlassungstitel haben nicht den Charakter von abstrakt-hypothetischen Anordnungen zur Regelung einer unbestimmten Vielzahl von Fällen, gerichtet an einen generellen Personenkreis und ausgestattet mit Außenwirkung. Unterlassungstitel verbieten ganz bestimmte Einzelfälle, anderenfalls sind sie in der Regel unbestimmt.<sup>43)</sup>

### III. Zusammenfassung

Die Entscheidung mit dem Stichwort „Leistungspakete im Preisvergleich“<sup>44)</sup> stellt gegenüber der Entscheidung mit dem Stichwort „Folienrollos“<sup>45)</sup> einen notwendigen und vom Verfasser bereits im Jahr 2007<sup>46)</sup> angemahnten Fortschritt dar. Denn sie öffnet den Blick für die ungerechte, weil einseitige Belastung des Verletzten mit dem Bewertungsrisiko betreffend das Vorliegen einer kerngleichen Verletzungshandlung. Fehlt es nach Erkenntnis des zuletzt entscheidenden Richters an einer Kerngleichheit und hatte der Titelgläubiger auf diese Kerngleichheit gesetzt, bleibt das Tun des Unterlassungsschuldners sanktionslos, auch wenn der Titelgläubiger und das Gericht, möglicherweise sogar der Unterlassungsschuldner (im Stillen), von einer Verletzungshandlung im Übrigen ausgegangen sind und ausgehen. Zwar trägt auch im Prozess auf Zahlung der Vertragsstrafe der Vertragsgläubiger allein das Bewertungsrisiko betreffend die Kerngleichheit der Verletzungshandlung. Er bleibt aber auch bei Zurückweisung des Zahlungsbegehrens nicht erfolglos, da bei einem Gesetzesverstoß im Übrigen er in jedem Fall mit seinem Unterlassungsbegehren Erfolg hat. Prinzipwidrig steht also dem Unterlassungsgläubiger als Titelinhaber der erneute Unterlassungsantrag nicht zur Verfügung. Hierfür gibt es wie vorstehend dargelegt keine überzeugende Rechtfertigung. Der Titelgläubiger entscheidet, ob er bei einem erneuten Verstoß einen neuen Titel einschließlich der Kostenfolge erlangen möchte, nicht maßgebend darf das Schonungsargument sein, zumal diese Entscheidungsbefugnis dem anlässlich des ersten Verstoßes untätig gebliebenen, weiteren Unterlassungsgläubiger einschränkungslos zugebilligt wird. Für diese Schlechtdarstellung des erstaktiven Titelgläubigers sieht der Verfasser keinen Raum. Dies führt konsequent dazu, dass strafbewehrte Unterlassungserklärungen und Unterlassungstitel nicht nur praktisch, sondern auch dogmatisch im Wesentlichen als gleichwertig anzusehen sind. Die h. M., die dies anders sieht, argumentiert nach diesseitiger Auffassung teilweise scholastisch. Eine Änderung tut also not. Der Unterlassungsschuldner steht auch nach angeblich oder tatsächlich erneuter Verletzungshandlung nur dem einheitlich berechtigten und verpflichteten Titel- bzw. Vertragsgläubiger gegenüber.

40) Teplitzky (Fn. 11), Kap. 8, Rn. 16: „Die Unterwerfungserklärung muss nach Inhalt und Umfang dem entsprechen, was auch Inhalt des entsprechenden Unterlassungsantrags und der Urteilsformel wäre“.

41) BGH, 19.05.2011 – I ZB 57/10, NJW 2011, 3161; OLG Stuttgart, 06.08.1998 – 2 W 6/98, NJW-RR 1999, 792; vgl. zu den weiteren, ausnahmsweise als Doppelfehler rügbaren Mängeln *Bernreuther*, WRP 2010, 1191, Fn. 80.

42) Teplitzky, (Fn. 11), Kap. 12, Rn. 13; in diesem Zusammenhang erschließen sich dem Verfasser auch nicht die vom BGH, 05.02.1998 – III ZR 103/97, WRP 1998, 507 = GRUR 1998, 1053 – Vertragsstrafe/Ordnungsgeld (als Stichwort zitiert auch mit: Behinderung der Jagdausübung) angenommenen unterschiedlichen Zielsetzungen des Ordnungsgeldes nach § 890 ZPO und der Vertragsstrafe. Dies aus vier Gründen: 1. Dem Schuldner ist die Zielsetzung egal, er muss hier wie dort zahlen. 2. Die Vertragsstrafe ist Strafe, wie das Wort sagt. 3. Diente die Vertragsstrafe der Vertragserfüllung, könnte nicht begründet werden, wie die Wiederholungsgefahr erga omnes entfällt. 4. Würde die Vertragsstrafe neben der Sicherung des Unterlassungsanspruchs im Gegensatz zu § 890 ZPO das Schadensausgleichsinteresse des Gläubigers bezwecken, könnten Verbände immer nur die Hälfte der Vertragsstrafe verlangen, was bislang noch niemand behauptet hat; zu Zweifeln der Maßgeblichkeit angeblich unterschiedlicher Zielsetzungen zwischen Ordnungsgeld und Vertragsstrafe bereits *Bernreuther*, GRUR 2003, 114, 119.

43) BGH, 24.11.1999 – I ZR 189/97, WRP 2000, 389 = GRUR 2000, 438 – Gesetzeswiederholende Unterlassungsanträge; *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm* (Fn. 11), § 12, Rn. 2.40.

44) BGH, 07.04.2011 – I ZR 34/09, WRP 2011, 873 = GRUR 2011, 742 – Leistungspakete im Preisvergleich.

45) BGH, 19.05.2010 – I ZR 177/07, WRP 2010, 1035 = GRUR 2010, 855 – Folienrollos.

46) [www.wettbewerbsverfahrensrecht-bernreuther.de](http://www.wettbewerbsverfahrensrecht-bernreuther.de) Ziffer 4, insbes. 4.1.1.2 und 4.3, (2007).