

Volltext zu:	MIR 2023, Dok. 002
Veröffentlicht in:	MIR 01/2023
Gericht:	BGH
Aktenzeichen:	I ZR 144/21 - Wegfall der Wiederholungsgefahr III
Entscheidungsdatum:	01.12.2022
ECLI:	ECLI:DE:BGH:2022:011222UIZR144.21.0
Vorinstanz(en):	LG Braunschweig, 07.10.2020 - 9 O 7138/19 OLG Braunschweig, 13.09.2021 - 2 U 36/20
Bearbeiter:	Rechtsanwalt Thomas Ch. Gramespacher
Permanenter Link MIR-Dok.:	http://medien-internet-und-recht.de/volltext.php?mir_dok_id=3246

medien-internet-und-recht.de

ISSN: 1861-9754

MEDIEN INTERNET und RECHT und alle in der Publikation/Zeitschrift enthaltenden Inhalte, Beiträge, Abbildungen und Veröffentlichungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Die Verlagsrechte erstrecken sich auch auf die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und deren Leitsätze, die urheberrechtlichen Schutz genießen, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung/Redaktion redigiert bzw. erarbeitet sind. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Nutzungs-/Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Diese Rechtsübertragung bezieht sich insbesondere auf das Recht des Verlages, das Werk zu gewerblichen Zwecken per Kopie (Mikrofilm, Fotokopie, CD-ROM, Dateikopien oder andere Verfahren in Online- und Printmedien etc.) zu vervielfältigen und/oder in elektronische oder andere Datenbanken aufzunehmen. Für unverlangt eingesandte Manuskripte wird keine Haftung übernommen. Mit Namen (Autor/Gericht/Quelle) gekennzeichnete Beiträge stellen nicht unbedingt die Meinung der Redaktion dar. Inhaltliche/redaktionelle Fehler vorbehalten.

BUNDESGERICHTSHOF IM NAMEN DES VOLKES VERSÄUMNISURTEIL

in dem Rechtsstreit

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. September 2022 durch (...)

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 13. September 2021 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Klägerin erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird auf die Berufung der Klägerin das Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Braunschweig vom 7. Oktober 2020 abgeändert:

Die Beklagten werden unter Androhung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgelds bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, verurteilt, es zu unterlassen, Türlichter für Kraftfahrzeuge, die folgendes Inlay enthalten



und folgende Lichtbilder projizieren



im geschäftlichen Verkehr in den Verkehr zu bringen oder zu diesem Zweck zu besitzen, sofern diese Produkte nicht von der AUDI AG oder in deren Auftrag beziehungsweise mit deren Zustimmung im Inland, in einem der übrigen Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum in den Verkehr gebracht worden sind.

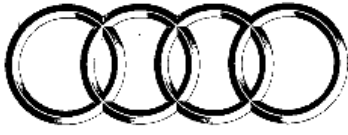
Die Kosten des Rechtsstreits werden den Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin ist eine Automobilherstellerin und Inhaberin der Unionswortmarke Nr. 000018812 AUDI und der Unionsbildmarke Nr. 000018762,



die jeweils auch für Teile von Landfahrzeugen eingetragen sind.

2 Die Beklagte zu 1, deren Geschäftsführer die Beklagten zu 2 und 3 sind, betreibt einen Internethandel, insbesondere über eine Online-Handelsplattform, auf der sie auch Autozubehör vertreibt, darunter Türlichter für Kraftfahrzeuge.

3 Die Parteien hatten im Jahr 2016 eine markenrechtliche Auseinandersetzung wegen des Vertriebs von Türlichtern für Kraftfahrzeuge mit der Bezeichnung "Triumph", die ein Inlay mit den beiden Unionsmarken der Klägerin aufwies. In diesem Zusammenhang gaben die Beklagten am 23. August 2016 eine auf die konkrete Verletzungshandlung bezogene Unterlassungserklärung nach dem so genannten "Hamburger Brauch" ohne bezifferte Vertragsstrafe ab, indem sie sich verpflichteten, für jeden Fall der schuldhaften Zuwiderhandlung gegen die Unterlassungserklärung eine von der Klägerin nach billigem Ermessen festzusetzende und im Streitfall vom zuständigen Gericht auf ihre Angemessenheit zu überprüfende Vertragsstrafe zu zahlen. Die Klägerin nahm diese Erklärung mit Schreiben vom 5. September 2016 an.

4 Am 8. August 2019 erwarben Testkäufer der Klägerin von der Beklagten zu 1 Türlichter für Kraftfahrzeuge mit der Bezeichnung " LOGO/80 Underdoor LED". Diese Türlichter, bei denen es sich nicht um Originalprodukte der Klägerin handelte, enthielten ein Inlay mit den beiden Unionsmarken der Klägerin, das den Schriftzug "Audi" und die Unionsbildmarke der Klägerin projizierte.

5 Mit anwaltlichem Schreiben vom 27. September 2019 mahnte die Klägerin die Beklagten ab und forderte sie zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung mit einer bezifferten Vertragsstrafe auf. Mit Schreiben vom 18. Oktober 2019 gaben die Beklagten erneut eine auf die konkrete Verletzungshandlung bezogene Unterlassungserklärung nach "Hamburger Brauch" ab.

6 Mit Schreiben vom 18. Oktober 2019 lehnte die Klägerin die Annahme dieser strafbewehrten Unterlassungserklärung ab. Sie meint, die Erklärung sei nicht geeignet, die Wiederholungsgefahr entfallen zu lassen, weil die Vertragsstrafe nicht beziffert worden sei.

7 Die Klägerin hat beantragt,

den Beklagten unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu untersagen, Türlichter für Kraftfahrzeuge, die folgendes Inlay enthalten:



und folgende Lichtbilder projizieren:



im geschäftlichen Verkehr in den Verkehr zu bringen oder zu diesem Zweck zu besitzen, sofern diese Produkte nicht von der AUDI AG oder in deren Auftrag bzw. mit deren Zustimmung im Inland, in einem der übrigen Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum in den Verkehr gebracht worden sind.

8 Die Klägerin hat außerdem die Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 3.000 € nebst Zinsen verlangt.

9 Das Landgericht hat dem Zahlungsantrag stattgegeben und den Unterlassungsantrag mangels Wiederholungsgefahr abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels das landgerichtliche Urteil teilweise abgeändert und dem Unterlassungsantrag "mit Blick auf kerngleiche Verletzungshandlungen" stattgegeben. Die Anschlussberufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben (OLG Braunschweig, GRUR-RS 2021, 26466).

10 Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Unterlassungsantrag weiter, soweit sie mit diesem auch in der Berufungsinstanz erfolglos geblieben ist. Die ordnungsgemäß geladenen Beklagten waren im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgericht nicht vertreten. Die Klägerin beantragt, über ihr Rechtsmittel durch Versäumnisurteil zu entscheiden.

Entscheidungsgründe:

11 A. Das Berufungsgericht hat den Unterlassungsanspruch der Klägerin für teilweise unbegründet gehalten. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt:

12 Die von den Beklagten abgegebene Unterlassungserklärung habe die Wiederholungsgefahr bezüglich der identischen Verletzungshandlung entfallen lassen. Die Auslegung der Erklärung ergebe, dass sie insoweit als Ausdruck eines ernsthaften Unterlassungswillens zu qualifizieren sei. Die Nichtannahme der Unterlassungserklärung durch die Klägerin hindere den Wegfall der Wiederholungsgefahr nicht. Der Umstand, dass es sich um eine wiederholte Unterlassungserklärung mit einem unbezifferten Vertragsstrafeversprechen handele, stehe der Beseitigung der Wiederholungsgefahr ebenfalls nicht entgegen. Mit Blick auf kerngleiche Verletzungshandlungen ergebe die Auslegung der Erklärung dagegen, dass der Klägerin der Unterlassungsanspruch mangels Wegfalls der Wiederholungsgefahr zustehe.

13 B. Über die Revision ist antragsgemäß durch Versäumnisurteil zu entscheiden, weil die Beklagten in der mündlichen Revisionsverhandlung trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht anwaltlich vertreten waren. Inhaltlich beruht das Urteil jedoch nicht auf der Säumnis der Beklagten, sondern auf einer Sachprüfung (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 19. Mai 2022 - I ZR 69/21, GRUR 2022, 1163 [juris Rn. 10] = WRP 2022, 977 - Grundpreisangabe im Internet, mwN).

14 C. Die Revision der Klägerin hat Erfolg. Die Beklagten haben die Unionsmarken der Klägerin verletzt (dazu C I). Der Klägerin steht wegen dieser Markenrechtsverletzung ein Unterlassungsanspruch auch hinsichtlich der identischen Verletzungshandlung zu (dazu C II).

15 I. Die Beklagten haben die Unionsmarken der Klägerin verletzt.

16 1. Die Wirkung der von der Klägerin geltend gemachten Unionsmarken bestimmt sich gemäß Art. 17 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung (EU) 2017/1001 über die Unionsmarke (UMV) ausschließlich nach dieser Verordnung. Im Übrigen unterliegt die Verletzung einer Unionsmarke gemäß Art. 17 Abs. 1 Satz 2 UMV dem für die Verletzung nationaler Marken geltenden Recht gemäß den Bestimmungen des Kapitels X dieser Verordnung. Danach haben die Unionsmarkengerichte die Vorschriften dieser Verordnung anzuwenden (Art. 129 Abs. 1 UMV). Nach Art. 129 Abs. 2 UMV wenden die Unionsmarkengerichte in allen Markenfragen, die nicht durch diese Verordnung erfasst werden, das geltende nationale Recht an.

17 2. Gemäß Art. 9 Abs. 1 UMV erwirbt der Inhaber einer Unionsmarke mit ihrer Eintragung ein ausschließliches Recht an ihr. Nach Art. 9 Abs. 2 Buchst. a UMV hat der Inhaber einer Unionsmarke das Recht, Dritten

zu verbieten, ohne seine Zustimmung im geschäftlichen Verkehr ein Zeichen für Waren oder Dienstleistungen zu benutzen, wenn das Zeichen mit der Unionsmarke identisch ist und für Waren oder Dienstleistungen benutzt wird, die mit denjenigen identisch sind, für die die Unionsmarke eingetragen ist. Sind die Voraussetzungen des Absatzes 2 erfüllt, kann nach Art. 9 Abs. 3 Buchst. b UMV insbesondere verboten werden, unter dem Zeichen Waren anzubieten, in den Verkehr zu bringen oder zu den genannten Zwecken zu besitzen oder unter dem Zeichen Dienstleistungen anzubieten oder zu erbringen.

18 3. Die Tatbestandsvoraussetzungen einer Markenrechtsverletzung hat das Berufungsgericht mit Recht bejaht. Nach seinen Feststellungen haben die Beklagten die streitgegenständlichen Marken der Klägerin ohne deren Zustimmung im geschäftlichen Verkehr markenmäßig für Waren benutzt, die mit den eingetragenen Waren identisch sind. Gegen diese Feststellungen wendet sich die Revision als für sie günstig nicht. Es sind auch keine Rechtsfehler ersichtlich (vgl. auch BGH, Urteil vom 12. März 2015 - I ZR 153/14, BGHZ 205, 1 [juris Rn. 27 bis 38] - BMW-Emblem).

19 II. Der Unterlassungsanspruch der Klägerin ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht nur hinsichtlich kerngleicher, sondern auch hinsichtlich identischer Verletzungshandlungen nicht durch die Abgabe der strafbewehrten Unterlassungserklärung der Beklagten und einen damit einhergehenden Wegfall der Wiederholungsgefahr erloschen.

20 1. Nach Art. 130 Abs. 1 Satz 1 UMV, der - in Verbindung mit Art. 9 Abs. 2 UMV - den Unterlassungsanspruch wegen der Verletzung einer Unionsmarke autonom regelt (zu Art. 98 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung [EG] Nr. 40/94 über die Gemeinschaftsmarke [GMV] vgl. BGH, Urteil vom 19. April 2007 - I ZR 35/04, BGHZ 172, 119 [juris Rn. 35] - Internet-Versteigerung II; Urteil vom 13. September 2007 - I ZR 33/05, GRUR 2008, 254 [juris Rn. 41] = WRP 2008, 235 - THE HOME STORE; zu Art. 102 Abs. 1 der Verordnung [EG] Nr. 207/2009 über die Gemeinschaftsmarke vgl. BGH, Urteil vom 6. Februar 2013 - I ZR 106/11, GRUR 2013, 925 [juris Rn. 29] = WRP 2013, 1198 - VOODOO; Hildebrandt in Hildebrandt/Sosnitzer, UMV, Art. 130 Rn. 2), verbietet ein Unionsmarkengericht, das feststellt, dass der Beklagte eine Unionsmarke verletzt hat oder zu verletzen droht, diesem, die Handlungen, die die Unionsmarke verletzen oder zu verletzen drohen, fortzusetzen, sofern einer solchen Anordnung nicht besondere Gründe entgegenstehen.

21 a) Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu der insoweit wortgleichen Vorschrift des Art. 98 Abs. 1 Satz 1 GMV ist der Begriff der "besonderen Gründe" eng auszulegen; grundsätzlich muss das Gemeinschaftsmarkengericht die Fortsetzung der Handlungen, die die Gemeinschaftsmarke verletzen oder zu verletzen drohen, verbieten (vgl. EuGH, Urteil vom 14. Dezember 2006 - C-316/05, Slg. 2006, I-12083 = GRUR 2007, 228 [juris Rn. 30] - Nokia). Der Begriff der "besonderen Gründe" bezieht sich dabei auf im Einzelfall gegebene Umstände tatsächlicher Art (vgl. EuGH, GRUR 2007, 228 [juris Rn. 38] - Nokia; zu Art. 89 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung [EG] Nr. 6/2002 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster [GGV] vgl. EuGH, Urteil vom 13. Februar 2014 - C-479/12, GRUR 2014, 368 [juris Rn. 48] = WRP 2014, 821 - H. Gautzsch Großhandel). Diese Rechtsprechung ist auf Art. 130 Abs. 1 Satz 1 UMV zu übertragen.

22 Der Umstand allein, dass keine offensichtliche oder nur eine wie auch immer begrenzte Gefahr der Fortsetzung der Handlungen, die eine Unionsmarke verletzen oder zu verletzen drohen, besteht, stellt keinen besonderen Grund für ein Unionsmarkengericht dar, dem Beklagten die Fortsetzung dieser Handlungen nicht zu verbieten (vgl. EuGH, GRUR 2007, 228 [juris Rn. 36] - Nokia). Wäre das Bestehen einer offensichtlichen oder nicht nur begrenzten Gefahr der Wiederholung der Handlungen, die eine Unionsmarke verletzen oder zu verletzen drohen, Voraussetzung für den Erlass eines Verbots der Fortsetzung solcher Handlungen, dann obläge wahrscheinlich dem Kläger der Beweis für diese Gefahr. Ein solcher Beweis in Bezug auf mögliche zukünftige Handlungen des Beklagten wäre für den Kläger schwer zu erbringen, und es bestünde die Gefahr, dem ausschließlichen Recht, das ihm seine Unionsmarke verleiht, die Wirkung zu nehmen (vgl. EuGH, GRUR 2007, 228 [juris Rn. 32] - Nokia).

23 b) Mit dieser Auslegung von Art. 130 Abs. 1 Satz 1 UMV stimmen die vom nationalen Recht für einen auf die (drohende) Verletzung eines Kennzeichenrechts gestützten Unterlassungsanspruch geforderte Begehungsgefahr in Form einer Wiederholungs- oder Erstbegehungsgefahr, die durch eine Kennzeichenverletzung begründete tatsächliche Vermutung für das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr und die strengen Anforderungen an den Wegfall dieser Wiederholungsgefahr überein (vgl. Thiering in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl., § 125b Rn. 12; Franke/Gauss in Götting/Meyer/Vormbrock, Gewerblicher Rechtsschutz, 2. Aufl., § 30 Rn. 18; zu Art. 89 Abs. 1 GGV vgl. Tolkmitt in Ruhl/Tolkmitt, Gemeinschaftsgeschmacksmuster, 3. Aufl., Art. 89 VO 6/2002 Rn. 31 und 38; BeckOK.Designrecht/Alt, 13. Edition [Stand 15. August 2022], Art. 89 VO [EG] 6/2002 Rn. 12; Hasselblatt/Späth, Community Design Regulation, 2. Aufl., Art. 89 VO [EG] 6/2002 Rn. 15; zur Erstbegehungsgefahr vgl. BGH, Beschluss vom 23. April 2020 - I ZR 136/19, juris; zur Wiederholungsgefahr vgl. Hasselblatt/Menebröcker, European Union Trade Mark Regulation, 2. Aufl., Art. 130 UMV Rn. 8; Ahrens/Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 9. Aufl., Kap. 13 Rn. 10; aA Knaak in Bastian/Knaak/Schricker,

Gemeinschaftsmarke und Recht der EU-Mitgliedsstaaten, 2006, S. 244; BeckOK.Markenrecht/Grüger, 31. Edition [Stand 1. Oktober 2022], Art. 129 UMG Rn. 49; Hildebrandt in Hildebrandt/Sosnizza aaO Art. 130 Rn. 14; Kampmann/Eberhardt in Eisenführ/Schennen, UMG, 6. Aufl., Art. 130 Rn. 7).

24 Die durch eine Kennzeichenverletzung begründete tatsächliche Vermutung für das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr entspricht dem nach Art. 130 Abs. 1 Satz 1 UMG grundsätzlich auszusprechenden Verbot nach der Verletzung einer Unionsmarke. Diese (widerlegbare) Vermutung verhindert zudem, dass der Markeninhaber den Beweis für die Gefahr der Wiederholung der Handlungen, die eine Unionsmarke verletzen, erbringen muss (vgl. dazu EuGH, GRUR 2007, 228 [juris Rn. 32] - Nokia). Es ist vielmehr Aufgabe des Verletzers, die für die Wiederholungsgefahr bestehende tatsächliche Vermutung zu widerlegen (vgl. BeckOK.Markenrecht/Eckhart aaO § 14 MarkenG Rn. 572). Soweit nach den Anforderungen der deutschen Rechtsprechung die Wiederholungsgefahr grundsätzlich nur durch ein rechtskräftiges, mit einer Ordnungsmittelandrohung verbundenes Unterlassungsurteil oder eine ernst gemeinte, den Anspruchsgegenstand uneingeschränkt abdeckende, eindeutige und unwiderrufliche Unterlassungserklärung unter Übernahme einer angemessenen Vertragsstrafe für den Fall zukünftiger Zuwiderhandlung entfallen kann (vgl. Ingerl/Rohnke, MarkenG, 3. Aufl., Vor §§ 14 bis 19d Rn. 86; Thiering in Ströbele/Hacker/Thiering aaO § 14 Rn. 534; zum Wettbewerbsrecht vgl. BGH, Urteil vom 21. Februar 2008 - I ZR 142/05, GRUR 2008, 815 [juris Rn. 14] = WRP 2008, 1180 - Buchführungsbüro; Urteil vom 13. September 2018 - I ZR 117/15, GRUR 2018, 1258 [juris Rn. 53] = WRP 2018, 146 - YouTube-Werbekanal II, mwN), entsprechen diese strengen Voraussetzungen der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu den "besonderen Gründen" im Sinne von Art. 98 Abs. 1 Satz 1 GMV (jetzt Art. 130 Abs. 1 Satz 1 UMG). Die für den Wegfall der Wiederholungsgefahr erforderliche strafbewehrte Unterlassungserklärung führt nicht lediglich dazu, dass keine offensichtliche oder nur eine wie auch immer begrenzte Gefahr der Fortsetzung der Handlungen, die eine Unionsmarke verletzen oder zu verletzen drohen, besteht (vgl. EuGH, GRUR 2007, 228 [juris Rn. 36] - Nokia). Sie stellt vielmehr einen im Einzelfall gegebenen Umstand tatsächlicher Art dar (vgl. EuGH, GRUR 2007, 228 [juris Rn. 38] - Nokia), der vergleichbar effektiv wie eine gerichtliche Durchsetzung nach Art. 130 Abs. 1 Satz 2 UMG ist, weil bei einer Wiederholung der verletzenden Handlung regelmäßig eine empfindliche Vertragsstrafe droht (vgl. Tolkmitt in Ruhl/Tolkmitt aaO Art. 89 VO 6/2002 Rn. 38).

25 2. Eine strafbewehrte Unterlassungserklärung kann danach einen besonderen Grund im Sinne von Art. 130 Abs. 1 Satz 1 UMG darstellen, der wegen des Wegfalls der Wiederholungsgefahr einer Unterlassungsanordnung entgegensteht. Der Umstand, dass die Beklagten erneut eine Unterlassungserklärung nach "Hamburger Brauch" abgegeben haben, hindert den Wegfall der Wiederholungsgefahr zwar nicht (dazu C II 2 b). Im Streitfall steht einem Wegfall der Wiederholungsgefahr jedoch entgegen, dass die Klägerin die Annahme der strafbewehrten Unterlassungserklärung abgelehnt hat (dazu C II 2 c).

26 a) Das Berufungsgericht hat angenommen, die Unterlassungserklärung sei unwiderruflich, eindeutig und ernsthaft. Der Umstand, dass die Beklagten, wie bereits nach dem ersten Verstoß im Jahr 2016, eine Unterlassungserklärung nach "Hamburger Brauch" abgegeben haben, stehe dem Wegfall der Wiederholungsgefahr nicht entgegen. Auch die Nichtannahme der Erklärung durch die Klägerin hindere die eine Wiederholungsgefahr ausräumende Wirkung nicht. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht in vollem Umfang stand.

27 b) Das Berufungsgericht ist allerdings zutreffend davon ausgegangen, dass die von den Beklagten erneut nach "Hamburger Brauch" abgegebene Unterlassungserklärung ausreichend war.

28 aa) Der Senat hat für das Wettbewerbsrecht entschieden, dass ein neuer Wettbewerbsverstoß trotz strafbewehrter Unterlassungserklärung regelmäßig erneut die Wiederholungsgefahr begründet, die grundsätzlich nur durch eine weitere Unterwerfungserklärung mit einer gegenüber der ersten erheblich höheren Strafbewehrung ausgeräumt werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 7. Dezember 1989 - I ZR 237/87, GRUR 1990, 534 [juris Rn. 13] = WRP 1990, 622 - Abruf-Coupon). Die Frage, ob und wie diese Rechtsprechung auf eine strafbewehrte Unterlassungserklärung nach "Hamburger Brauch" übertragen werden kann, ist umstritten.

29 bb) Das Oberlandesgericht Köln (WRP 2015, 387 [juris Rn. 31]; WRP 2019, 123 [juris Rn. 79]) hat im Anschluss an die zitierte Rechtsprechung des Senats angenommen, bei einem Vertragsstrafeversprechen nach "Hamburger Brauch" könne die erforderliche Verschärfung bei einer erneuten Zuwiderhandlung durch das Versprechen einer Vertragsstrafe "nicht unter ..." nach Lage des Falls genügen. Ein - zweites - Vertragsstrafeversprechen nach "Hamburger Brauch" soll danach die Wiederholungsgefahr nur bei der Verpflichtung zur Zahlung einer Mindeststrafe entfallen lassen können (vgl. auch OLG Hamburg, Urteil vom 25. September 1997 - 3 U 116/97, juris Rn. 6 und 11). Das entspricht der in der Literatur überwiegend vertretenen Auffassung (vgl. MünchKomm.UWG/Ottofülling, 3. Aufl., § 13a Rn. 14; MünchKomm.UWG/Fritzsche aaO § 8 Rn. 98; Büscher/Hohlweck, UWG, 2. Aufl., § 8 Rn. 49; Großkomm.UWG/Feddersen, 3. Aufl., § 13a Rn. 20; Goldmann in Harte/Henning, UWG, 5. Aufl., § 8 Rn. 97; BeckOK.GeschGehG/Spieker, 13. Edition [Stand 15. März 2020],

§ 6 Rn. 22; Schmitt-Gaedke/Arz, WRP 2015, 1196 Rn. 12; Vierkötter/Schneider, ZAP 2019, 443, 444; vgl. auch Teplitzky/Kessen, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 12. Aufl., Kap. 8 Rn. 53).

30 cc) Nach anderer Auffassung, der sich das Berufungsgericht angeschlossen hat, ist die von der Senatsrechtsprechung für den Wiederholungsfall geforderte höhere Strafbewehrung einem Vertragsstrafeversprechen nach "Hamburger Brauch" von vornherein immanent. Das Berufungsgericht hat darauf abgestellt, dass eine solche strafbewehrte Unterlassungserklärung die Festsetzung einer Vertragsstrafe in jeder Höhe zulasse. Der Gläubiger sei deshalb in der Lage, eine Vertragsstrafe festzusetzen, die seiner Ansicht nach für den (wiederholten) Verstoß angemessen sei. Damit sei eine gesteigerte Sanktion sichergestellt und nicht zu befürchten, dass die Vertragsstrafe im Wiederholungsfall zu niedrig angesetzt werde (vgl. auch Wenzel/Burkhardt, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl., Unterlassungsanspruch Rn. 29).

31 dd) Der letztgenannten Auffassung ist zuzustimmen. Ein der Höhe nach unbegrenztes Bestimmungsrecht - wie es die von den Beklagten abgegebene Erklärung nach "Hamburger Brauch" vorsieht - bietet dem Gläubiger den entscheidenden Vorteil, in schwerwiegenden Verletzungsfällen die Vertragsstrafe auch in einer Höhe bestimmen zu können, die erheblich über derjenigen liegen kann, die für die Vereinbarung eines festen Betrags im Hinblick auf die zuvor begangene Verletzungshandlung angemessen gewesen wäre. Eine Vertragsstrafevereinbarung in dieser Form ist deshalb ein besonders geeignetes Mittel zur Verhütung schwerwiegender oder folgenreicher Wiederholungen der Verletzungshandlung, da der Schuldner gerade bei Begehung solcher Verstöße einem angemessen höheren Strafrisiko ausgesetzt ist (vgl. BGH, Urteil vom 31. Mai 1990 - I ZR 285/88, GRUR 1990, 1051 [juris Rn. 17] = WRP 1991, 27 - Vertragsstrafe ohne Obergrenze, mwN; BeckOK.UWG/Tavanti/Scholz, 17. Edition [Stand 1. Juli 2022], § 13a Rn. 26). Diese Grundsätze gelten auch für eine weitere, nach einer erneuten Verletzung abgegebene Unterlassungserklärung. Das Berufungsgericht hat zutreffend darauf hingewiesen, dass die im Wiederholungsfall grundsätzlich erforderliche höhere Strafbewehrung einem Vertragsstrafeversprechen nach "Hamburger Brauch" bereits innewohnt. Dieses entfaltet mit der Möglichkeit, eine Vertragsstrafe auch in zuvor nicht absehbarer Höhe festzusetzen, im Wiederholungsfall dem Schuldner gegenüber die notwendige Abschreckungswirkung, zumal der Umstand der wiederholten Zuwiderhandlung bei einer gerichtlichen Überprüfung der Angemessenheit der Vertragsstrafe zu berücksichtigen ist (vgl. OLG Düsseldorf, GRUR-RS 2020, 3130 Rn. 19). Entgegen der Auffassung der Revision ist deshalb im Wiederholungsfall die Angabe einer Untergrenze nicht erforderlich.

32 Soweit die Revision meint, eine Verpflichtung nach Art des "Hamburger Brauchs" ohne Angabe einer Mindeststrafe benachteilige den Gläubiger in unzumutbarer Weise, weil ihm damit das Risiko der Bestimmung der "angemessenen" Vertragsstrafe gemäß §§ 315 ff. BGB sowie eines nachfolgenden Rechtsstreits darüber aufgebürdet werde, hat sich der Bundesgerichtshof mit diesem Einwand im Grundsatz bereits in den Entscheidungen "Vertragsstrafe bis zu ... I" und "Vertragsstrafe bis zu ... II" befasst, ihn aber im Ergebnis für nicht durchgreifend erachtet (vgl. BGH, Urteil vom 12. Juli 1984 - I ZR 123/82, GRUR 1985, 155 [juris Rn. 15 f.] = WRP 1985, 22 - Vertragsstrafe bis zu ... I; Urteil vom 14. Februar 1985 - I ZR 20/83, GRUR 1985, 937 [juris Rn. 16] = WRP 1985, 404 - Vertragsstrafe bis zu ... II; BGH, GRUR 1990, 1051 [juris Rn. 17] - Vertragsstrafe ohne Obergrenze). Daran hält der Senat fest, zumal das Bestimmungsrecht der Klägerin im Streitfall nicht durch eine Obergrenze beschränkt ist (vgl. BGH, GRUR 1985, 937 [juris Rn. 16] - Vertragsstrafe bis zu ... II). Gegen eine unzumutbare Benachteiligung des Gläubigers spricht außerdem, dass die strafbewehrte Unterlassungserklärung nach "Hamburger Brauch" insoweit mit einem vollstreckbaren, mit einer Ordnungsmittelandrohung verbundenen Unterlassungstitel vergleichbar ist. Zwar muss ein Antrag nach § 890 Abs. 1 ZPO kein bestimmtes Ordnungsmittel und dessen Höhe bezeichnen. Der Gläubiger kann aber nur mit der Angabe eines bestimmten Ordnungsgelds oder eines Mindestbetrags eine Beschwerde und damit eine Rechtsmittelmöglichkeit schaffen, was dann jedoch - wie bei einem Rechtsstreit über eine im Sinne der §§ 315 ff. BGB "angemessene Vertragsstrafe" - ein Kostenrisiko gemäß § 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO in Verbindung mit § 891 Satz 3 ZPO birgt (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Februar 2015 - I ZB 55/13, GRUR 2015, 511 [juris Rn. 14 f.] = WRP 2015, 590 - Kostenquote bei beziffertem Ordnungsmittelantrag).

33 c) Einem Wegfall der Wiederholungsgefahr steht im vorliegenden Fall entgegen, dass die Klägerin die Annahme der strafbewehrten Unterlassungserklärung gegenüber den Beklagten abgelehnt hat.

34 aa) Entgegen der Auffassung der Revision genügt für den Wegfall der Wiederholungsgefahr allerdings grundsätzlich der Zugang einer einseitig vom Schuldner abgegebenen strafbewehrten Unterlassungserklärung.

35 (1) Verpflichtet sich der Verletzer unter Übernahme einer angemessenen Vertragsstrafe für jeden Fall der Zuwiderhandlung uneingeschränkt zur Unterlassung weiterer Verletzungen, so ist damit nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Wiederholungsgefahr als materiell-rechtliche Voraussetzung des geltend gemachten Unterlassungsanspruchs im Allgemeinen ausgeräumt. Dafür genügt bereits der Zugang einer einseitig vom Schuldner abgegebenen strafbewehrten Unterlassungserklärung; deren Annahme ist nicht

erforderlich (st. Rspr.; zum Wettbewerbsrecht vgl. BGH, Urteil vom 13. Mai 1982 - I ZR 205/80, GRUR 1982, 688 [juris Rn. 41] = WRP 1982, 634 - Senioren-Paß; Urteil vom 2. Dezember 1982 - I ZR 121/80, GRUR 1983, 186 [juris Rn. 20] = WRP 1983, 264 - Wiederholte Unterwerfung I; Urteil vom 24. November 1983 - I ZR 192/81, GRUR 1984, 214 [juris Rn. 23] = WRP 1984, 199 - Copy-Charge; BGH, GRUR 1985, 155 [juris Rn. 11] - Vertragsstrafe bis zu ... I; BGH, Urteil vom 17. Dezember 1987 - I ZR 190/85, GRUR 1988, 459 [juris Rn. 29] = WRP 1988, 810 - Teilzahlungsankündigung; BGH, GRUR 1990, 1051 [juris Rn. 16] - Vertragsstrafe ohne Obergrenze; BGH, Urteil vom 5. Mai 1994 - I ZR 168/92, GRUR 1994, 818 [juris Rn. 11] = WRP 1994, 597 - Schriftliche Voranmeldung; Urteil vom 18. Mai 2006 - I ZR 32/03, GRUR 2006, 878 [juris Rn. 20] = WRP 2006, 1139 - Vertragsstrafevereinbarung; Urteil vom 17. September 2009 - I ZR 217/07, GRUR 2010, 355 [juris Rn. 21] = WRP 2010, 649 - Testfundstelle; BGH, GRUR 2018, 1258 [juris Rn. 55] - YouTube-Werbekanal II; Büscher in Fezer/Büscher/ Obergfell, UWG, 3. Aufl., § 8 Rn. 78; Teplitzky/Kessen aaO Kap. 8 Rn. 36; Wenzel/Burkhardt aaO Unterlassungsanspruch Rn. 23; Schwippert in Gloy/Loschelder/Danckwerts, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., § 84 Rn. 69; Ahrens/Achilles aaO Kap. 8 Rn. 83 f.; Großkomm.UWG/Feddersen aaO § 13 Rn. 134 f.; Büscher/ Hohlweck aaO § 8 Rn. 18; Brüning in Harte/Henning aaO § 13 Rn. 170; jurisPK.UWG/Spoenle, 5. Aufl., § 13 Rn. 78; Teplitzky, GRUR 1983, 609 f.; zum Kennzeichenrecht vgl. BGH, Urteil vom 13. November 2013 - I ZR 77/12, GRUR 2014, 595 [juris Rn. 18] = WRP 2014, 587 - Vertragsstrafenklausel; BeckOK.Markenrecht/Eckhardt aaO § 14 MarkenG Rn. 593; aA Bornkamm/Feddersen in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl., § 13 Rn. 156; Bornkamm in Festschrift Büscher, 2018, S. 441 f.). Voraussetzung für den Wegfall der Wiederholungsgefahr ist dabei insbesondere, dass die Erklärung sich als Ausdruck eines ernsthaften Unterlassungswillens darstellt, wozu namentlich gehört, dass die versprochene Sanktion geeignet erscheint, den Versprechenden von Wiederholungen der Verletzungshandlung abzuhalten. Ob dies der Fall ist, muss in umfassender Würdigung aller hierfür in Betracht kommenden Umstände des Einzelfalls sorgfältig und unter Anlegung der gebotenen strengen Maßstäbe geprüft werden (vgl. BGH, GRUR 1985, 155 [juris Rn. 11] - Vertragsstrafe bis zu ... I, mwN).

36 (2) Die Revision weist in diesem Zusammenhang zwar zutreffend darauf hin, dass die Verpflichtung zur Zahlung einer Vertragsstrafe nicht schon durch den Zugang einer einseitigen Erklärung des Schuldners begründet wird, sondern den Abschluss eines Vertrags zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner voraussetzt und dafür die allgemeinen vertragsrechtlichen Vorschriften gelten (vgl. BGH, GRUR 2010, 355 [juris Rn. 17] - Testfundstelle). Allerdings ist zwischen dem Wegfall der Wiederholungsgefahr als materiell-rechtlicher Anspruchsvoraussetzung des Unterlassungsanspruchs und dem Abschluss eines Unterlassungsvertrags zu differenzieren (vgl. Büscher in Fezer/Büscher/Obergfell aaO § 8 Rn. 78).

37 Während die Wiederholungsgefahr grundsätzlich bereits durch den Zugang einer einseitigen strafbewehrten Unterlassungserklärung entfällt, können Ansprüche auf Zahlung der Vertragsstrafe (aus dem Unterlassungsvertrag) allein für ab dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses begangene Verstöße geltend gemacht werden (vgl. BGH, GRUR 2010, 355 [juris Rn. 21] - Testfundstelle). Ein Angebot des Schuldners auf Abschluss eines solchen Unterlassungsvertrags muss deshalb auch noch nach der üblichen Annahmefrist bindend sein, damit der Gläubiger es jederzeit nach § 151 Satz 1 BGB annehmen und die Vertragsstrafeverpflichtung begründen kann. Nur dann ist die erforderliche Abschreckungswirkung gegeben, die den Wegfall der Wiederholungsgefahr schon mit Zugang der strafbewehrten Unterlassungserklärung rechtfertigt (vgl. BGH, GRUR 2010, 355 [juris Rn. 21] - Testfundstelle; Großkomm.UWG/Feddersen aaO § 13 Rn. 135).

38 Eine einseitige strafbewehrte Unterlassungserklärung des Schuldners kann danach grundsätzlich nur dann als ernsthaft angesehen werden, wenn sie bis zu ihrer Annahme oder Ablehnung durch den Gläubiger bindend ist, weil sie nur dann vom Zeitpunkt ihres Zugangs an die erforderliche Abschreckungswirkung entfaltet. Nur bei einer solchen effektiven Sanktionsdrohung kann auch davon ausgegangen werden, dass nicht nur keine offensichtliche oder wie auch immer begrenzte Gefahr der Fortsetzung der Handlungen, die eine Unionsmarke verletzen oder zu verletzen drohen, besteht, sondern ein Umstand tatsächlicher Art gegeben ist, der wie bei einer gerichtlichen Durchsetzung nach Art. 130 Abs. 1 Satz 2 UMV jede Zuwiderhandlung gegen die Unterlassungserklärung mit einer empfindlichen (Vertrags-)Strafe bedroht (vgl. EuGH, GRUR 2007, 228 [juris Rn. 36 und 38] - Nokia; Tolkmitt in Ruhl/Tolkmitt aaO Art. 89 VO 6/2002 Rn. 38).

39 bb) Lehnt der Gläubiger die Annahme einer strafbewehrten Unterlassungserklärung gegenüber dem Schuldner dagegen ab, scheidet der Abschluss des Unterlassungsvertrags und es fehlt ab diesem Zeitpunkt an der für den Wegfall der Wiederholungsgefahr erforderlichen Abschreckungswirkung durch eine (drohende) Vertragsstrafeverpflichtung. Bei der Würdigung nach § 286 ZPO, ob die Wiederholungsgefahr als materiell-rechtliche Voraussetzung des Unterlassungsanspruchs vorliegt oder entfallen ist, muss das Tatgericht auf den für den geltend gemachten Anspruch jeweils maßgeblichen Zeitpunkt - vor oder nach Zugang der Ablehnung des Gläubigers - abstellen.

40 (1) Nach der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs führte allein der Zugang der strafbewehrten Unterlassungserklärung auch dann zum Wegfall der Wiederholungsgefahr, wenn der Gläubiger deren

Annahme - wie hier - gegenüber dem Schuldner ablehnte (vgl. BGH, GRUR 1982, 688 [juris Rn. 2 und 41] - Senioren-Paß; GRUR 1984, 214 [juris Rn. 8 und 23] - Copy-Charge; GRUR 1988, 459 [juris Rn. 8 und 29] - Teilzahlungsankündigung; GRUR 1990, 1051 [juris Rn. 16] - Vertragsstrafe ohne Obergrenze; Schwippert in Gloy/Loschelder/Danckwerts aaO § 84 Rn. 69; so auch noch Bornkamm in Köhler/ Bornkamm, UWG, 35. Aufl., § 12 Rn. 1.163; siehe auch Teplitzky, GRUR 1983, 609 f.). An dieser Rechtsprechung hält der Senat nicht mehr fest.

41 (2) Lehnt der Gläubiger die Annahme der strafbewehrten Unterlassungserklärung gegenüber dem Schuldner ab, fehlt es ab dem Zugang der Ablehnung an einer verhaltenssteuernden Vertragsstrafandrohung, die den Schuldner von zukünftigen Verstößen abhalten soll (vgl. Großkomm.UWG/Feddersen aaO § 13 Rn. 138; Bornkamm/Feddersen in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 13 Rn. 175; Bornkamm aaO S. 444 f.), weil er nicht mehr damit rechnen muss, dass der Gläubiger durch die Annahme der strafbewehrten Unterlassungserklärung eine - im Wiederholungsfall: weitere - Vertragsstrafeverpflichtung begründet hat. Die durch die Verletzungshandlung begründete Vermutung der Wiederholungsgefahr kann mit einer strafbewehrten Unterlassungserklärung aber nur solange widerlegt werden, wie die erforderliche Abschreckungswirkung durch eine - nach Ablehnung durch den Gläubiger nicht mehr bestehende - effektive Sanktionsandrohung (weiterhin) gesichert ist (vgl. oben Rn. 37 f.).

42 Steht - wie im Streitfall - ein wiederholter Verstoß in Rede, mit dem der Schuldner dokumentiert hat, dass ihn die erste Vertragsstrafeverpflichtung nicht von einer erneuten Verletzung abgehalten hat, bedarf es für die erforderliche Abschreckungswirkung gegenüber dem Schuldner einer weiteren Vertragsstrafeverpflichtung, ohne dass das Verhältnis der beiden Verpflichtungen im Streitfall abschließend geklärt werden muss.

43 (3) Damit ist der endgültige Wegfall der Wiederholungsgefahr zwar von einem Willensakt des Gläubigers abhängig. Dieser kann mit der Ablehnung einer auf den Abschluss einer angemessenen Vertragsstrafevereinbarung gerichteten Unterlassungserklärung des Schuldners den endgültigen Wegfall der Wiederholungsgefahr gegenüber der Gesamtheit aller Gläubiger (dazu BGH, GRUR 1983, 186 [juris Rn. 18 bis 20] - Wiederholte Unterwerfung I; BGH, Urteil vom 17. Januar 2002 - I ZR 241/99, BGHZ 149, 371 [juris Rn. 18] - Missbräuchliche Mehrfachabmahnung) verhindern (vgl. Schwippert in Gloy/Loschelder/Danckwerts aaO § 84 Rn. 69; vgl. auch Doepner in Festschrift Mes, 2009, S. 71, 94 f.). Insoweit ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Schuldner bis zum Zugang der Ablehnung die durch die Verletzungshandlung begründete Vermutung einer Wiederholungsgefahr durch einen Verweis auf seine einseitige strafbewehrte Unterlassungserklärung sowohl gegenüber dem Erstgläubiger als auch gegenüber Drittgläubigern widerlegen kann.

44 Ein unbilliges Ergebnis hinsichtlich des Erstgläubigers kann im Übrigen dadurch vermieden werden, dass der Schuldner die Möglichkeit hat, sich bei einer gerichtlichen Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs durch ein sofortiges Anerkenntnis gemäß § 93 ZPO der Kostentragung zu entziehen (vgl. Großkomm.UWG/Feddersen aaO § 13 Rn. 138; Bornkamm/Feddersen in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 13 Rn. 175, 177; Bornkamm aaO S. 444 f.).

45 Der Gefahr einer Mehrfachabmahnung durch Drittgläubiger und einer damit einhergehenden Belastung des Schuldners mit zusätzlichen Abmahnkosten kann dadurch begegnet werden, dass der Schuldner, dessen strafbewehrte Unterlassungserklärung vom Erstgläubiger abgelehnt worden ist, sich unaufgefordert einem Dritten unterwirft und mit diesem einen strafbewehrten Unterlassungsvertrag abschließt. Zwar kann es bei Drittunterwerfungen insbesondere an der für die Unterwerfung erforderlichen Ernsthaftigkeit fehlen (vgl. KG, GRUR-RR 2013, 335 [juris Rn. 10 f.]; Bornkamm/Feddersen in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 13 Rn. 215; Großkomm.UWG/Feddersen aaO § 13 Rn. 142 f.; Teplitzky/Kessen aaO Kap. 8 Rn. 41; Strömer/Grootz, WRP 2008, 1148, 1150 bis 1153; Eichelberger, WRP 2009, 270, 275). Bei der Ablehnung einer strafbewehrten Unterlassungserklärung durch den Erstgläubiger wird der Schuldner aber regelmäßig ein berechtigtes Interesse an einer Drittunterwerfung und damit die Ernsthaftigkeit seines Unterlassungswillens darlegen können.

46 D. Eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 Abs. 3 AEUV ist nicht veranlasst (vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982 - 283/81, Slg. 1982, 3415 [juris Rn. 21] = NJW 1983, 1257 - Cilfit u.a.; Urteil vom 1. Oktober 2015 - C-452/14, GRUR Int. 2015, 1152 [juris Rn. 43] - Doc Generici; Urteil vom 6. Oktober 2021 - C-561/19, NJW 2021, 3303 [juris Rn. 32f.] - Consorzio Italian Management und Catania Multi-servizi). Im Streitfall stellt sich keine entscheidungserhebliche Frage zur Auslegung des Unionsrechts, die nicht bereits durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs geklärt oder nicht zweifelsfrei zu beantworten ist. In der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist insbesondere die Frage geklärt, wann "besondere Gründe" gemäß Art. 98 Abs. 1 Satz 1 GMV (jetzt Art. 130 Abs. 1 Satz 1 UMV) einer Unterlassungsanordnung entgegenstehen (vgl. EuGH, GRUR 2007, 228 [juris Rn. 30 bis 36] - Nokia).

47 E. Auf die Revision der Klägerin ist danach das Berufungsurteil im Kostenpunkt und insoweit aufzuheben, als zu Lasten der Klägerin erkannt worden ist. Das landgerichtliche Urteil ist auf die Berufung der Klägerin

teilweise abzuändern, und die Beklagten sind auch hinsichtlich der identischen Verletzungshandlung zur Unterlassung zu verurteilen. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung hinsichtlich der vorläufigen Vollstreckbarkeit aus § 708 Nr. 2 ZPO.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen dieses Versäumnisurteil steht der säumigen Partei der Einspruch zu. Dieser ist von einem/einer beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt/Rechtsanwältin binnen einer Notfrist von zwei Wochen ab Zustellung des Versäumnisurteils bei dem Bundesgerichtshof, Karlsruhe, durch Einreichung einer Einspruchsschrift einzulegen.