

Oberlandesgericht Köln
Urteil vom 10.04.2015, Az. 6 U 149/14

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 23.09.2014 verkündete Urteil der 33. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 33 O 29/14 – teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Es wird festgestellt, dass die ursprüngliche Unterlassungsklage zu Ziff. I) erledigt ist.

Der Beklagte wird verurteilt, die Klägerin von den Kosten der Rechtsanwälte G. für die Abmahnung gegen ihn vom 02.12.2013 in Höhe von 413,90 € freizustellen.

Die Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen werden dem Beklagten auferlegt.

Dieses Urteil und das des Landgerichts, soweit es nicht abgeändert worden ist, sind vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung i.H.v. 110 % des aufgrund der Urteile vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit i.H.v. 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

(Vorinstanz: Landgericht Köln, Az. 33 O 29/14)

1 **Gründe**

2 **I.**

3 Beide Parteien handeln im Internet mit Fahrradzubehör. Wegen irreführender Produktbeschreibung mahnte die Klägerin den Beklagten im Dezember 2013 ab. Der Beklagte unterschrieb nicht die der Abmahnung beigelegte strafbewehrte Unterlassungserklärung, sondern verpflichtete sich mit notarieller Urkunde vom 09.12.2013, das beanstandete Verhalten zu unterlassen, und unterwarf sich insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung.

4 In Kenntnis der notariellen Urkunde erwirkte die Klägerin unter dem 18.12.2013 beim Landgericht Köln im Verfahren 33 O 271/13 eine einstweilige Unterlassungsverfügung. Im Januar 2014 beantragte sie bei der gleichen Zivilkammer bezüglich der notariellen Urkunde die Androhung von Ordnungsmitteln nach § 890 Abs. 2

ZPO. Der Beklagte rügte die örtliche Unzuständigkeit und beantragte seinerseits, der Klägerin eine Frist zur Klageerhebung zu setzen. Eine entsprechende gerichtliche Anordnung nach § 926 Abs. 1 ZPO erging am 30.01.2014. Daraufhin hat die Klägerin das vorliegende Hauptsacheverfahren eingeleitet, gerichtet auf Unterlassung sowie Freistellung von den vorgerichtlichen Abmahnkosten. Zur Begründung des Unterlassungsanspruchs hat die Klägerin ausgeführt, sie kommen nicht umhin, zur Vermeidung von Rechtsnachteilen die Hauptsacheklage zu erheben, wenngleich ihr wirtschaftliches Interesse an der Klage im Hinblick auf die absehbare Erledigung des Unterlassungsanspruchs gegen Null tendiere. In der Sache selbst hat die Klägerin die Ansicht vertreten, dass die notarielle Urkunde vor Zustellung eines Androhungsbeschlusses nicht geeignet sei, die Wiederholungsgefahr zu beseitigen. Zwar habe der Beklagte ihr die Urkunde mit Vollstreckungsklausel zukommen lassen, Sanktionsmöglichkeiten seien jedoch erst eröffnet, wenn sie die Ausfertigung der Urkunde zunächst dem Beklagten durch Gerichtsvollzieher zustellen lasse und das Gericht die Androhung beschließe.

- 5 Den von der Klägerin bezüglich der notariellen Urkunde gestellten Antrag auf Ordnungsmittelandrohung wies das Landgericht Köln im Verfahren 33 O 271/13 SHG I mit Beschluss vom 11.03.2014, bestätigt durch Beschluss des Senats vom 26.03.2014, 6 W 43/14, wegen örtlicher Unzuständigkeit zurück. Am 10.04.2014 beantragte die Klägerin beim Amtsgericht am Sitz des Notars die Androhung von Ordnungsmitteln. Unter dem 16.05.2014 erging ein entsprechender Androhungsbeschluss, der dem Beklagten am 21.05.2014 zugestellt wurde. Daraufhin hat die Klägerin im vorliegenden Verfahren den auf Unterlassung gerichteten Antrag für erledigt erklärt. Der Beklagte hat sich der Erledigungserklärung nicht angeschlossen. Er hat die Ansicht vertreten, dass die Wiederholungsgefahr bereits mit der Übermittlung der vollstreckbaren Ausfertigung der notariellen Unterwerfung entfalle sei.
- 6 Mit Urteil vom 23.09.2014 hat das Landgericht dem Freistellungsanspruch stattgegeben und die Klage auf Feststellung der Erledigung des Unterlassungsanspruchs abgewiesen. Der Unterlassungsantrag sei von vorneherein mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig sowie mangels Wiederholungsgefahr jedenfalls auch unbegründet gewesen.
- 7 Gegen die Abweisung der Feststellungsklage wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung. Sie wiederholt und vertieft ihr Vorbringen aus erster Instanz, insbesondere dazu, dass in der Zeit bis zur Zustellung des Androhungsbeschlusses eine Rechtsschutzlücke bestehe, so dass die Wiederholungsgefahr zunächst nicht entfallen sei. Die Verfahren zur Androhung von Ordnungsmitteln für die Verletzung von in notariellen Urkunden übernommenen Unterlassungspflichten dauerten regelmäßig mehrere Monate und jedenfalls weitaus länger als die Erwirkung effektiven Rechtsschutzes durch einstweilige Verfügung.
- 8 Die Klägerin beantragt,
- 9 das Urteil des Landgerichts Köln 33 O 29/14 vom 23.09.2014 abzuändern, soweit die Klage abgewiesen worden ist, und festzustellen, dass die ursprüngliche Klage zu I) erledigt ist.
- 10 Der Beklagte beantragt,
- 11 die Berufung zurückzuweisen.
- 12 Er verteidigt die angefochtene Entscheidung.
- 13 Wegen der weiteren Einzelheiten wird gemäß § 540 Abs. 1 ZPO auf das angefochtene Urteil Bezug genommen, ferner auf die zwischen die Parteien im Berufungsver-

fahren gewechselten Schriftsätze vom 26.09.2014, 02.03.2015 und 09.03.2015 sowie auf die Akte 33 O 271/13 LG Köln mit Ordnungsmittelheft SH I = 6 W 43/14 OLG Köln, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung vor dem Senat war.

14 **II.**

- 15 Die zulässige Berufung hat in der Sache Erfolg. Die Unterlassungsklage war ursprünglich zulässig und begründet. Sie ist nachträglich durch Zustellung des Androhungsbeschlusses am 21.05.2014 wegen Wegfalls der Wiederholungsgefahr unbegründet geworden.
- 16 **1.** Aufgrund der im einstweiligen Verfügungsverfahren ergangenen Anordnung nach § 926 Abs. 1 ZPO hat die Klägerin ein berechtigtes Interesse an der Klageerhebung - obwohl sie bereits seit Dezember 2013 über einen Unterlassungstitel verfügt, selbst von Anfang an davon ausgegangen ist, dass sich das Hauptsacheverfahren vor Entscheidungsreife erledigen wird, und nach ihren eigenen Angaben an der Unterlassungsklage kein wirtschaftliches Interesse bestanden hatte.
- 17 Das Rechtsschutzbedürfnis fehlt bei objektiv sinnlosen Klagen, insbesondere dann, wenn über den Anspruch bereits ein durchsetzbarer Vollstreckungstitel vorliegt oder ein solcher auf einfacherem Wege zu erlangen ist (Zöller-Greger, ZPO, 30. Aufl., vor § 253 Rn. 18 ff.). Letzteres ist hier zwar bezogen auf die Unterlassungsverpflichtung als solche der Fall. Die Klägerin durfte gleichwohl die Hauptsacheklage erheben, um einer andernfalls drohenden nachteiligen Kostenentscheidung im Aufhebungsverfahren nach § 926 ZPO zu entgehen.
- 18 **a)** Aus den von der Klägerin angeführten Gründen – zeitlich nicht unerhebliche Vollstreckungslücke zwischen der notariellen Unterwerfungserklärung und dem Androhungsbeschluss sowie Möglichkeit eines Missbrauchs dieser Lücke, z.B. durch im Ausland ansässige Messeteilnehmer – besteht bei einem Wettbewerbsverstoß trotz Zustellung der vollstreckbaren Ausfertigung einer notariellen Unterwerfungserklärung für ein einstweiliges Verfügungsverfahren generell oder zumindest im Einzelfall ein Rechtsschutzbedürfnis (für eine Einzelfallprüfung Berneke/Schüttpelz, Die einstweilige Verfügung in Wettbewerbsachen, 3. Aufl., Rn. 100; für ein generelles Rechtsschutzinteresse an einstweiligen Verfügungen zur Absicherung der Interimszeit Hess, Anmerkung zum Urteil des LG Köln vom 23.09.2014, 33 O 29/14, jurisPR-WettbR 2/2015, Anm. 2 C II; a.A. Köhler/Bornkamm-Bornkamm, UWG, 33. Aufl., § 12 Rn. 1.112d: mit der notariellen Urkunde ist der Gläubiger klaglos gestellt; sowohl der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung als auch die Hauptsacheklage sind mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig). Dies hat im Ergebnis auch das Landgericht so gesehen, das im Verfahren 33 O 271/13 die Unterlassungsverfügung antragsgemäß erlassen hat.
- 19 Dagegen besteht an der Durchführung eines Hauptsacheverfahrens zur weiteren sanktionsbewehrten Sicherung eines Unterlassungsanspruchs grundsätzlich – und auch im konkreten Einzelfall – kein berechtigtes Interesse. Die Klägerin verfügte bei Klageerhebung am 11.02.2014 mit der vollstreckbaren Ausfertigung der notariellen Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung vom 09.12.2013 über einen Unterlassungstitel, aus dem nach Zustellung des Androhungsbeschlusses vom 16.05.2014 ebenso die Zwangsvollstreckung betrieben werden kann wie aus einem in einem gerichtlichen Hauptsacheverfahren erwirkten Unterlassungsurteil. Unterlassungsurteil und notarielle Unterwerfung mit Androhungsbeschluss sind einander gleichwertig; dass der Schuldner bei einer notariellen Unterwerfung den Ort wählen kann, an dem der Titel erstellt wird und an dem der Gläubiger mithin den Androhungsbeschluss zu beantragen hat, ändert hieran nichts (a.A. Hess, jurisPR-WettbR 2/2015, Anm. 2 C I).

- 20 Einen Androhungsbeschluss kann der Gläubiger nach Erhalt einer notariellen Urkunde der vorliegenden Art auch unter Berücksichtigung der nach § 891 ZPO gebotenen Anhörung des Schuldners grundsätzlich schneller erlangen als ein Urteil im Hauptsacheverfahren. Davon, dass die Gerichte im Androhungsverfahren generell überfordert sind, kann entgegen der Ansicht der Klägerin nicht ausgegangen werden. Auf der Grundlage einer notariellen Urkunde, in der – wie hier – der Schuldner sich nicht nur der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft, den Notar mit der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung beauftragt und den Gläubiger auf die Notwendigkeit der Zustellung sowie das Verfahren der Ordnungsmittellandrohung hinweist, sondern in der der Schuldner auch noch ausdrücklich erklärt, die Kosten für den Androhungsbeschluss zu übernehmen und auf eine Begründung der Kostenentscheidung zu verzichten, ist eine Entscheidung über die Androhung von Ordnungsmitteln im Gegenteil in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht einfacher zu treffen als in einem Hauptsacheverfahren die Entscheidung in der Sache selbst. Soweit die Klägerin einige ihrer bekannte Fälle anführt, in denen zur Erlangung des Androhungsbeschlusses mehrere Monate benötigt wurden, sind diese Verfahren nicht repräsentativ.
- 21 Dass die Klägerin im vorliegenden Fall bei Erhebung der Klage am 11.02.2014 (mit Klageschrift vom 05.02.2014) noch nicht erfolgreich einen Androhungsbeschluss erwirkt hatte, sondern hierfür letztlich gut fünf Monate benötigt hat, liegt in ihrem Verantwortungsbereich. Hätte sie nach Erhalt der notariellen Urkunde vom 09.12.2013, die ihr per Telefax am 10.12.2013 und im Original spätestens am 17.12.2013 zugegangen ist, nicht nur die einstweilige Verfügung vom 18.12.2013 erwirkt, sondern sofort auch beim zuständigen Amtsgericht am Sitz des Notars einen Androhungsbeschluss beantragt, hätte sie – wie der spätere Verfahrensablauf zeigt (Antrag vom 10.04.2014, Zustellung des Androhungsbeschlusses am 21.05.2014, dazwischen lagen die Osterfeiertage) – nach spätestens sechs Wochen, d.h. bis jedenfalls Ende Januar 2014 über einen Unterlassungstitel mit Sanktionsmöglichkeit verfügt. Der Zeitverlust, der darauf beruht, dass die Klägerin mit dem Antrag nach § 890 Abs. 2 ZPO (vom 03.01.2014, bei Gericht eingegangen am 13.01.2014) zunächst einige Wochen zugewartet, dann ein unzuständiges Gericht angerufen und schließlich trotz entsprechender Hinweise des Beklagten vom 13.02.2014 und des Kammervorsitzenden vom 21.02.2014 und 04.03.2014 auf einer Entscheidung über zwei Instanzen bestanden hat, kann nicht dem Beklagten angelastet werden. Dass dieser die örtliche Unzuständigkeit des Landgerichts Köln gerügt hat, ist für die Verfahrensdauer ohne Belang; das Landgericht Köln hatte von Amts wegen die ausschließliche Zuständigkeit des Prozessgerichts des ersten Rechtszuges, §§ 890 Abs. 2, 802 ZPO, zu beachten.
- 22 **b)** Das Rechtsschutzbedürfnis der Klägerin ergibt sich hier ausnahmsweise aus der Besonderheit, dass ihr im einstweiligen Verfügungsverfahren auf Antrag des Beklagten nach § 926 Abs. 1 ZPO eine Frist zur Erhebung der Hauptsacheklage gesetzt worden ist. Hätte die Klägerin innerhalb der ihr mit der gerichtlichen Anordnung vom 30.01.2014 gesetzten Frist von drei Wochen keine Hauptsacheklage erhoben, hätte der Beklagte nach Ablauf der Frist Ende Februar 2015 einen Antrag nach § 926 Abs. 2 ZPO auf Aufhebung der Verfügung durch Endurteil gestellt.
- 23 **aa)** Zwar hat der Beklagte der Klägerin die Frist nach § 926 Abs. 1 ZPO nicht setzen lassen, um seine Unterlassungsverpflichtung zu beseitigen – diese bestand und besteht aufgrund der notariellen Erklärung, unabhängig von gerichtlichen Entscheidungen – oder deren Sanktionierung zu verzögern, so dass sich das Rechtsschutzinteresse auch insoweit nicht aus der Sache selbst ergibt. Es ist weder von der Klägerin vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass bei einer Aufhebung der einstweiligen Verfügung nach § 926 Abs. 2 ZPO die Gefahr bestanden hätte, der Beklagte werde in der

Zwischenzeit bis zur Erwirkung des Androhungsbeschlusses gegen die notarielle Unterlassungsverpflichtung verstoßen.

- 24 **bb)** Mit seinem Antrag nach § 926 Abs. 1 ZPO verfolgte der Beklagte vielmehr das erkennbare Ziel, sich der Kosten des einstweiligen Verfügungsverfahrens zu entledigen. Dementsprechend hat er nach der Klageabweisung im vorliegenden Verfahren mit Hinweis auf das Urteil vom 23.09.2014 auch einen - erfolglosen - Rückfestsetzungsantrag im Verfahren 33 O 271/13 gestellt.
- 25 **(1)** Ob der Beklagte in einem Aufhebungsverfahren nach § 926 ZPO sein Ziel der Kostenabwälzung erreicht hätte, ist allerdings unklar. Auch das Aufhebungsverfahren setzt ein Rechtsschutzbedürfnis voraus, und ob der Beklagte ein schützenswertes Interesse daran gehabt hat, der Klägerin nach § 926 Abs. 1 ZPO die Anordnung der Klageerhebung aufzugeben, erscheint insoweit fraglich, als er zum einen seine Unterlassungsverpflichtung gerade nicht in Abrede stellt, und zum anderen die Kostenentscheidung im Hauptsacheverfahren nicht die Kosten des Verfügungsverfahrens betrifft. Auf die Hauptsacheentscheidung kann daher weder eine Rückfestsetzung gestützt werden, noch ist sie präjudiziell für ein Aufhebungsverfahren nach § 927 ZPO wegen des anfänglichen Vorliegens von Aufhebungsgründen. Ob das Eilverfahren ursprünglich zulässig und begründet gewesen war und sich erst nachträglich durch den Androhungsbeschluss erledigt hat, steht im vorliegenden Hauptsacheverfahren weder unmittelbar noch mittelbar zur Klärung an.
- 26 Sollte kein Rechtsschutzbedürfnis für den Antrag nach § 926 Abs. 1 ZPO bestanden haben, wären auch die Voraussetzungen für eine Aufhebung der einstweiligen Verfügung nach § 926 Abs. 2 ZPO nicht erfüllt, wobei die Prüfung des Rechtsschutzbedürfnisses, die im Verfahren auf Anordnung der Klageerhebung nur eingeschränkt stattfindet, vor der Aufhebung der einstweiligen Verfügung in vollem Umfang durchzuführen ist (s. Berneke/Schüttpelz, Die einstweilige Verfügung in Wettbewerbssachen, 3. Aufl. Rn. 516).
- 27 **(2)** Gleichwohl konnte von der Klägerin nicht verlangt werden, zunächst abzuwarten, ob ein Antrag des Beklagten nach § 926 Abs. 2 ZPO als unzulässig zurückgewiesen wird, andernfalls im Aufhebungsverfahren Einwendungen gegen das Rechtsschutzbedürfnis und/oder die Auferlegung von Kosten des Verfügungs- und Abänderungsverfahrens zu erheben sowie ggf. bei einer ihr nachteiligen Kostenentscheidung den Beklagten schließlich im Wege einer Leistungsklage auf Kostenerstattung in Anspruch zu nehmen. In einem solchen Verfahren wäre zwar - anders als im vorliegenden - die Erledigung in Bezug auf den Eilantrag zu prüfen, der Klägerin kann bei der Beurteilung ihres Rechtsschutzinteresses jedoch nicht entgegengehalten werden, sei löse hier durch ein in der Sache selbst überflüssiges Verfahren, in dem die im einstweiligen Verfügungsverfahren angefallenen Kosten nicht einmal mittelbar Streitgegenstand sind, weitere Kosten aus. Der Beklagte hat mit seinem Antrag nach § 926 Abs. 1 ZPO das prozessuale Vorgehen der Klägerin vorgegeben. Die Klägerin war nicht verpflichtet, sich auf die mit einem Absehen von der Hauptsacheklage verbundenen Unwägbarkeiten einzulassen. Dass durch das vorliegende Verfahren keine Entscheidung über die Kosten des einstweiligen Verfügungsverfahrens getroffen wird, sondern es insoweit noch zu einem weiteren Verfahren kommen könnte, ist nicht ihr anzulasten.
- 28 **2.** Die Unterlassungsklage war anfänglich begründet. Die von der Klägerin unter dem 02.12.2013 abgemahnte Handlung war unstreitig wettbewerbswidrig. Die aus der Verletzungshandlung folgende Wiederholungsgefahr war zum Zeitpunkt der Klageerhebung am 11.02.2014 nicht durch die notarielle Unterwerfungserklärung vom 09.12.2013 beseitigt.

- 29 **a)** Zwar bestehen keine Zweifel an der Ernstlichkeit der Unterlassungserklärung. Daraus, dass der Beklagte nicht das von der Klägerin angeregte Vertragsstrafenversprechen, sondern eine notariellen Unterwerfungserklärung abgegeben hat, kann insoweit nichts hergeleitet werden, insbesondere kein Hinweis darauf, dass der Beklagte einen künftigen Verstoßfall einkalkuliert habe. Die Anregung zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr durch Zwangsvollstreckungsunterwerfung stammt aus der Literatur (Köhler, GRUR 2010, 6, 7 ff., und GRUR 2011, 879, 883 Fn. 26) und ist als Alternative zur Unterwerfungserklärung anerkannt (s. Bornkamm in Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Aufl., § 12 Rn. 1.112d; Berneke/Schüttpelz, Die einstweilige Verfügung in Wettbewerbssachen, 3. Aufl. Rn. 100). Mit der Errichtung der notariellen Urkunde waren für den Beklagten erhebliche Kosten verbunden, die ebenso wie die in der Urkunde übernommene Verpflichtung, die Kosten des Androhungsbeschlusses zu tragen, für die Ernsthaftigkeit des Unterlassungswillens sprechen.
- 30 **b)** Die Wiederholungsgefahr entfällt bei einer notariellen Unterwerfungserklärung der vorliegenden Art allerdings erst mit der Zustellung des Androhungsbeschlusses, da bis dahin der Gläubiger gegen Verletzungshandlungen ungeschützt ist (Berneke/Schüttpelz, Die einstweilige Verfügung in Wettbewerbssachen, 3. Aufl. Rn. 100, wohl auch Bornkamm in Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Aufl., § 12 Rn. 1.112d; Hess, jurisPR-WettbR 2/2015, Anm. 2 C II, a.A. Köhler, GRUR 2010, 6, 9; Teplitzky/Peifer/Leistner, UWG, 2. Aufl., § 12 Rn. 127). An der im Verfahren 6 W 43/14 mit Beschluss vom 26.03.2014 obiter dicta angeführten Rechtsansicht, dass bereits durch eine notariell beurkundete Unterwerfungserklärung die Wiederholungsgefahr wegfällt, hält der Senat nicht fest. Es ist nicht überzeugend begründbar, warum der Gläubiger die zeitlichen Lücke im Rechtsschutzsystem, die sich zwischen Zustellung der notariellen Urkunde und Zustellung des Androhungsbeschlusses ergibt, hinzunehmen haben sollte, zumal das Gesetz in § 12 Abs. 1 UWG die strafbewehrte Unterlassungserklärung als interessengerechte Möglichkeit zur Beilegung des Streits ausdrücklich vorgibt.
- 31 Soweit der Beklagte sich darauf beruft, dass auch bei der strafbewehrten Unterlassungserklärung der Zeitpunkt des Wegfalls der Wiederholungsgefahr vor dem Zeitpunkt des Entstehens einer Sanktionsmöglichkeit liegt, weil die strafbewehrte Unterlassungserklärung nach übereinstimmender Ansicht in Rechtsprechung und Literatur (s. Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Aufl., § 12 Rn. 1.116 ff.) unabhängig von der Annahmeerklärung des Gläubigers die Wiederholungsgefahr beseitigt, ist dieser Fall mit dem vorliegenden gerade nicht vergleichbar. Von einer Unterlassungsverpflichtungserklärung geht unmittelbar nach ihrer Abgabe eine erhebliche Abschreckungswirkung aus. Die Unterlassungserklärung kann nämlich in aller Regel vom Gläubiger sofort nach Erhalt ohne ausdrückliche Erklärung angenommen werden, so dass der Schuldner stets damit rechnen muss, dass ein Verstoß eine Sanktion auslöst (vgl. Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Aufl., § 12 Rn. 1.116 ff.). Bei einer notariellen Unterwerfung befindet sich der Schuldner dagegen in einer für ihn berechenbaren und insoweit ungefährlichen Situation. Die notarielle Unterwerfungserklärung muss ihm zunächst zugestellt werden, § 750 ZPO, dann muss der Gläubiger einen Androhungsbeschluss nach § 890 Abs. 2 ZPO beantragen. Dieser ergeht erst nach einer Anhörung des Schuldners, § 891 Satz 2 ZPO, und muss wiederum zugestellt werden. Bis zur Zustellung des Androhungsbeschlusses kann der Schuldner sanktionslos gegen die notarielle Unterwerfungserklärung verstoßen, selbst dann, wenn er einen Missbrauch dieser Möglichkeit bereits von Anfang an eingeplant hat. Dem Schuldner wird dabei ein erhebliches Zeitfenster eröffnet. Allein aufgrund des ihm zu gewährenden rechtlichen Gehörs benötigt das Androhungsverfahren selbst im Idealfall

mindestens zwei Wochen. Der tatsächlich benötigte Zeitaufwand liegt ab Stellung des Antrags beim zuständigen Gericht nicht mehr in der Hand des Gläubigers.

- 32 Soweit der Beklagte als weitere Parallele für den Wegfall der Wiederholungsgefahr vor Eintritt einer Sanktionsmöglichkeit auf die einstweilige Verfügung verweist, die erst nach ihrer Vollziehung / Zustellung sanktionsbewehrt sei, ist ihm entgegenzuhalten, dass auch eine vollzogene einstweilige Verfügung nur eine vorläufige Regelung darstellt, die nicht in Rechtskraft erwächst, und die mithin auch nicht die Wiederholungsgefahr beseitigt; hierfür ist vielmehr die Abgabe einer Abschlusserklärung erforderlich (s. Teplitzky/Peifer/Leistner, UWG, 2. Aufl., § 8 Rn. 20).
- 33 Als Argument für einen Wegfall der Wiederholungsgefahr bereits vor Ordnungsmittelandrohung wird ferner angeführt, dass es der Unterlassungsgläubiger sonst in der Hand habe, durch Verzögerung des entsprechenden Antrags die vom Schuldner intendierte Rechtsfolge zu vereiteln (Köhler GRUR 2010, 7, 9). Dieses Argument trägt für sich alleine indes nicht, sondern weist vielmehr darauf hin, dass die notarielle Unterwerfungserklärung als solche eben nicht ohne weiteres eine geeignete Alternative zur strafbewehrten Unterlassungserklärung darstellt.
- 34 Von einem Wegfall der Wiederholungsgefahr durch notarielle Unterwerfungserklärung kann allenfalls dann ausgegangen werden, wenn der Schuldner diese mit weiteren Sicherungsmitteln verbindet (vgl. Löffler, GRUR-Prax 2014, 536: beschränkte Unterlassungserklärung mit Ersetzungsbefugnis, in der die Vertragsstrafe nur für jeden Fall der i.S.d. § 890 ZPO schuldhaften Zuwiderhandlung versprochen wird, und die später vom Schuldner durch eine notarielle Unterwerfungserklärung ersetzt wird). So hatte die Klägerin hier dem Beklagten vorgerichtlich unter dem 12.12.2013 die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungsverpflichtungserklärung unter der auflösende Bedingung der Zustellung des Ordnungsmittelandrohungsbeschlusses vorgeschlagen; der Beklagte war hierauf nicht eingegangen. Würde als weitere auflösende Bedingung, wie von der Klägerin im Berufungsverfahren angeregt, ein zögerliches Betreiben des Androhungsverfahrens angeführt und insoweit für die Einreichung des Antrags eine bestimmte Frist gesetzt und ein bestimmtes Gericht genannt, dürfte auch dem Einwand, dass der Unterlassungsgläubiger durch Verzögerung des Antrags den Wegfall der Wiederholungsgefahr vereiteln könnte, hinreichend Rechnung getragen sein.
- 35 **3.** Der Ordnungsmittelandrohungsbeschlusses vom 16.05.2014 ist dem Beklagten am 21.05.2014 zugestellt worden. Mit der Zustellung ist die Wiederholungsgefahr entfallen und die bereits erhobene Unterlassungsklage nachträglich unbegründet geworden.
- 36 **III.**
- 37 Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.
- 38 Der Senat hat die Revision auf Anregung beider Parteien wegen der mit der Sache aufgeworfenen grundsätzlichen Fragen und im Interesse der Rechtsfortentwicklung durch höchstrichterliche Leitlinien zugelassen, § 543 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 ZPO. Die mit der notariellen Unterwerfungserklärung als Alternative zur strafbewehrten Unterlassungserklärung verbundenen Fragen insbesondere zur Wiederholungsgefahr sind von grundlegender Bedeutung und für eine Vielzahl ähnlich gelagerter Fälle zu beurteilen.