

Grundlagen des zivilrechtlichen Unterlassungs- und Beseitigungsanspruchs in Deutschland*

*Prof. Dr. Franz Hofmann, LL.M. (Cambridge)***

*Übersetzung: Prof. Dr. Hisanori Nemoto)****

Dieser Beitrag gibt einen Überblick über die Grundlagen des zivilrechtlichen Unterlassungs- und Beseitigungsanspruchs in Deutschland. Es werden nicht nur zentrale Entwicklungen und Problempunkte vorgestellt, sondern auch neuere Trends aufgezeigt.

I. Einleitung

1. Einführungsbeispiel

Um sich mit den Grundzügen des deutschen Unterlassungs-, aber auch Beseitigungsanspruchs vertraut zu machen, bietet es sich an, zunächst einen einfachen Fall zu betrachten: Dem Eigentümer E gefällt es beispielsweise nicht, dass sein Nachbar N täglich mit seinem Fahrrad über das Grundstück des E fährt. Der deutsche Jurist würde fragen, ob dem E gegen den N *Ansprüche* zustehen. Ein Anspruch ist – so erklärt § 194 I des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) – das „Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen“. In diesem Sinne könnte der Eigentümer das Recht haben, von demjenigen, der sein Eigentum widerrechtlich und schuldhaft verletzt und ihn auf diese Weise schädigt, *Schadensersatz* in Geld zu verlangen. § 823 I BGB wäre für dieses Begehren eine entsprechende *Anspruchsgrundlage*. Im Beispielsfall wird E jedoch ein anderes Anliegen verfolgen. Er möchte, dass N die Nutzung seines Grundstücks beendet. Er wird sich fragen, ob er ein Recht hat, von seinem Nachbarn ein Unterlassen zu verlangen. Und tatsächlich: § 1004 I BGB formuliert einen solchen Anspruch: „Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen.“ Soweit die Tatbestandsmerkmale erfüllt sind und gemäß § 1004 II BGB auch keine

* Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verfasser am 9. März 2023 an der Keio Universität in Tokio gehalten hat. Der Vortragsstil wurde weitgehend beibehalten.

** Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Recht des Geistigen Eigentums und Technikrecht an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, Deutschland.

*** Professor, Universität Hokkaido.

Duldungspflicht vorliegt, besteht ein *Unterlassungsanspruch*. Dem E wäre geholfen.¹

Zugleich sieht man, dass das deutsche Privatrecht vor allem in Ansprüchen „denkt“. *Wer kann was von wem woraus*, also auf Basis welcher Anspruchsgrundlage verlangen? Der sicher auch in Japan bekannte deutsche Rechtswissenschaftler *Dieter Medicus* hat dies als *Anspruchsdenken* bezeichnet.² Das deutsche Privatrecht lässt sich dabei als eine Sammlung *subjektiver Rechte* verstehen.³ Zu den subjektiven Rechten zählen allen voran die Ansprüche – die dem einzelnen Privatrechtssubjekt gewährte Rechtsmacht zur Durchsetzung seiner Interessen.

2. „Anspruchssystem“ versus „Remedy-System“

Eine andere Perspektive findet sich im anglo-amerikanischen Rechtskreis. Ausgangspunkt ist weniger der „Anspruch“, sondern das Recht (*right*).⁴ Wird dieses Recht verletzt (*wrong*), stellt sich die Frage, mit welchen Rechtsbehelfen (*remedies*) Abhilfe geschaffen werden kann. Der Richter wird sodann eine – mitunter in seinem Ermessen stehende – Anordnung treffen (*court order*). Ihm kommt eine aktive Rolle zu; gerichtliche Anordnungen haben konstitutiven Charakter, sind also nicht bereits im materiellen Recht angelegte Rechte („rights“).⁵ Im Kern besteht eine Kette aus *right – wrong – remedy*.⁶ Anders als im deutschen Privatrecht findet sich diese Struktur auch im Vertragsrecht. Erfüllung („specific performance“) ist ein Rechtsbehelf für eine Vertragsverletzung. Im deutschen Privatrecht wiederum wird demgegenüber nicht zwischen dem Forderungsrecht im Sinne des Inhalts der vertraglichen

¹ Zu einem ähnlichen Beispiel BGH 20.12.1988 – VI ZR 182/88 – NJW 1989, 902: Ein Eigentümer will verhindern, dass in seinen Briefkasten Werbung eingeworfen wird. Obwohl er einen Hinweis „Bitte keine Werbung“ auf seinen Briefkasten angebracht hat, findet er einen Werbeprospekt in seinem Briefkasten. Der BGH hat einen Unterlassungsanspruch bejaht.

² *Medicus*, Anspruch und Einrede als Rückgrat einer zivilistischen Lehrmethode, AcP 174 (1974), 313.

³ Knappe Einführung zu subjektiven Rechten bei *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. 2016.

⁴ Aus deutscher Perspektive wird man durchaus von subjektiven Rechten sprechen können, vgl. näher auch *Dedek*, From Norms to Facts: The Realization of Rights in Common and Civil Private Law, (2010) 56 McGill Law Journal, 77; zu einer Kritik des Begriffs des subjektiven Rechts aus der Perspektive der Rechtsdurchsetzung *F. Hofmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 175 ff. (nach Meinung des Autors vereinigt der Begriff des subjektiven Rechts zwei Aspekte: (1) die Zuweisung einer Rechtsposition an ein Privatrechtssubjekt; (2) die Möglichkeit seiner Durchsetzung; auch wenn eine zugewiesene Rechtsposition im Grundsatz zugleich durchgesetzt werden muss, ist denkbar, dass situationsabhängig die zugewiesene Rechtsposition beispielsweise nicht mit einem Unterlassungs-, wohl aber über einen Schadensersatzanspruch durchgesetzt werden kann, vgl. z. B. § 139 I PatG; zum Ganzen s. a. *F. Hofmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 122 ff.).

⁵ Kritisch *Zakrzewski*, Remedies Reclassified, New York 2005; zum „remedy-System“ *F. Hofmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, § 1.

⁶ Vgl. *Zakrzewski*, Remedies Reclassified, New York 2005; *ders.*, The classification of judicial remedies, [2003] Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly, 477; *Burrows*, Remedies for Torts and Breach of Contract, 3. Aufl. Oxford, New York 2009, S. 1 ff.

Vereinbarung und daraus folgenden Ansprüchen (z. B. in Form eines Erfüllungsanspruchs) unterschieden.

3. Rechtsdurchsetzung im europäischen Recht

Der „remedy-Ansatz“ liegt zumindest teilweise auch dem europäischen Recht zu Grunde.⁷ Auch dort findet sich vielfach eine Trennung von *rights* und *remedies*, z. B. im Markenrecht oder bei Geschäftsgeheimnissen. Auch die Konzeption der Rechtsbehelfe erinnert mehr an das englische als das deutsche Recht. Ein Beispiel: Wird eine europäische Marke (Unionsmarke)⁸ verletzt, regelt Art. 130 I der Unionsmarkenverordnung⁹ (EU) 2017/1001 Folgendes: „Stellt ein Unionsmarkengericht fest, dass der Beklagte eine Unionsmarke verletzt hat oder zu verletzen droht, so verbietet es dem Beklagten, die Handlungen, die die Unionsmarke verletzen oder zu verletzen drohen, fortzusetzen, sofern einer solchen *Anordnung* nicht besondere Gründe entgegenstehen.“ Anders als im „Anspruchssystem“ besteht hier augenscheinlich wie im „Remedysystem“ eine aktive Rolle des Gerichts. Statt ein dem materiellen Recht nach bestehendes *Recht* des Gläubigers (also seinen Anspruch) lediglich gerichtlich zu bestätigen, geht zumindest der Wortlaut davon aus, dass das Gericht eine *Anordnung* trifft.

Diese Sichtweise scheint auch in der (europäischen) Rechtsprechung verbreitet. Ein Suchmaschinenbetreiber beispielsweise soll augenscheinlich keine aus einem materiell-rechtlichen Anspruch folgende Löschungsverpflichtung für einen rechtswidrigen Suchnachweis haben, sondern erst durch eine „gerichtliche Anordnung“ hierzu verpflichtet werden können. Mit dem EuGH: „Schließlich ist klarzustellen, dass sich die betroffene Person, wenn der Betreiber einer Suchmaschine dem Auslistungsantrag [gemeint ist das Verlangen nach Löschung eines rechtswidrigen Ergebnisses aus den von der Suchmaschine aufgelisteten Suchergebnissen] nicht stattgibt, an die Kontrollstelle oder das Gericht wenden können muss, damit diese die erforderlichen Überprüfungen vornehmen und den Verantwortlichen anweisen, die gebotenen Maßnahmen zu ergreifen (...). Denn

⁷ Zum Anspruchssystem, zum anglo-amerikanischen „remedy-System“ und zu „gerichtlichen Anordnungen“ im Unionsrecht F. Hofmann, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, § 1, § 2 und § 3.

⁸ Im Recht des geistigen Eigentums gilt der Territorialitätsgrundsatz. Immaterialgüterrechte wirken nur im Territorium des Staates, der das Recht gewährt. Ein deutsches Patent oder eine deutsche Marke gilt nur in Deutschland, nicht aber in Japan und umgekehrt. In der Europäischen Union gibt es im Marken- und Designrecht mittlerweile die Möglichkeit genuin europäische Schutzrechte zu erwerben. Unionsmarken bzw. Gemeinschaftsgeschmacksmuster werden vom Amt der europäischen Union für geistiges Eigentum (EUIPO) verliehen und gelten unmittelbar in der gesamten Union. Das ist letztlich eine konsequente Fortschreibung des Territorialitätsprinzips. Beispiel: Das Unternehmen X will seine Marke Y in ganz Europa geschützt wissen. Statt in allen Ländern nationale Markenrechte zu erwerben kann eine Unionsmarke erworben werden, die die Marke Y in der gesamten Union unmittelbar schützt.

⁹ Verordnung (EU) 2017/1001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über die Unionsmarke.

es ist insbesondere Sache der Justizbehörden, die Abwägung der widerstreitenden Interessen zu gewährleisten, da sie am besten in der Lage sind, eine komplexe und eingehende Abwägung vorzunehmen, die alle in der einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofs und des EGMR aufgestellten Kriterien und Gesichtspunkte berücksichtigt.¹⁰

Es findet sich damit also ein Charakteristikum des „Remedy-Systems“ im Unionsrecht. Zugleich deutet der Hinweis in Art. 130 Abs. 1 UMV „soweit nicht gute Gründe entgegenstehen“ an, dass namentlich der Unterlassungsanspruch einer gewissen Flexibilität unterliegt. Gerade auch dies ist wiederum ein dem „Remedy-System“ bekanntes Konzept. Dort stehen *equitable remedies* im Ermessen des Gerichts.¹¹ Dass das Unionsrecht Anleihen beim anglo-amerikanischen Rechtskreis nimmt, wird auch in der Geschäftsgeheimnis-RL¹² (RL (EU) 2016/943) deutlich: Die Rede ist *erstens* wiederum von „gerichtlichen Anordnungen“ (Art. 12). *Zweitens* unterliegen Unterlassungsanordnungen breiten Verhältnismäßigkeitsüberlegungen. *Drittens* findet sich eine klare Trennung zwischen der Rechtszuweisung und der Rechtsdurchsetzung.

Die deutsche Rechtspraxis nimmt den aus meiner Sicht bestehenden Systemunterschied zu den im deutschen Recht bestehenden Ansprüchen nicht wirklich wahr.¹³ So wird ohne Problembewusstsein einfach von Ansprüchen gesprochen, obwohl schon der Wortlaut von Art. 130 Abs. 1 UMV völlig anders konzipiert ist.¹⁴ Auch redet der BGH bisweilen vom „Erlass einer gerichtlichen Anordnung“.¹⁵ In der Sache prüft er dann aber, ob ein materiell-rechtlicher Anspruch entsteht. Eine aktive Rolle, dergestalt, dass er konstitutiv eine Anordnung (z. B. in Form eine Sperr- oder Löschverpflichtung) erlässt, ist nicht gegeben.¹⁶ Dies soll hier aber nicht weiter vertieft werden.

4. Anspruchssystem als „Rechtsbehelfssystem“

¹⁰ EuGH 8.12.2022 – C-460/20 – GRUR 2023, 184 Rn. 75 – TU und RE/Google.

¹¹ Übersicht bei F. Hofmann, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 35 ff.; zum „Discretionary Remedialism“ Evans, 23 Syd. L. R. (2001), 463.

¹² Richtlinie (EU) 2016/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung.

¹³ Vgl. Holzner, Nach dem EuGH-Urteil in Sachen YouTube/Cyando: Fast alles geklärt zur Host-Provider-Haftung?, CR 2021, 603, 607.

¹⁴ Vgl. BGH 7.10.2004 – I ZR 91/02 – GRUR Int. 2005, 719, 720, 722 – Lila-Schokolade.

¹⁵ BGH 13.10.2022 – I ZR 111/21 – NJW 2023, 288 Rn. 31 – DNS-Sperre.

¹⁶ F. Hofmann jurisPR-WettbR 1/2023 Anm. 1

Vielmehr: Dieses „Remedydenken“ lässt sich auch für das deutsche Recht fruchtbar machen.¹⁷ Was sind die Konsequenzen, wenn eine von Rechts wegen zugewiesene Position verletzt worden ist? Oder anders formuliert: Welche *Rechtsbehelfe* (z. B. § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB) stehen zur Verfügung, wenn ein *Stammrecht* (z. B. das Eigentum gemäß § 903 BGB) beeinträchtigt wurde? Auch im deutschen Recht lässt sich eine kategoriale Trennung von Rechten, die die Rechtszuweisung besorgen (*Stammrechten*) und den Durchsetzungsinstrumenten (*Rechtsbehelfe*, *Rechtsdurchsetzungsrechte*) vornehmen. Diese Überlegung hilft vor allem, wenn analysiert werden muss, ob der Unterlassungsanspruch die im konkreten Fall „richtige“ (besser: passende oder angemessene) Rechtsfolge ist. Darauf wird zurückzukommen sein (III. 4.).

II. Gang der Darstellung

Im Folgenden sollen sechs Aspekte der negatorischen Haftung (als Oberbegriff für Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche) näher beleuchtet werden. Es sollen die nach Ansicht des Verfassers wichtigsten, wenn auch selbstredend nicht alle Themenkomplexe, allen voran zur Unterlassungshaftung kritisch vorgestellt werden. Während die Strukturen der sogenannten negatorischen Haftung vor allem am Unterlassungsanspruch aufgezeigt werden, wird auch der Beseitigungsanspruch in die Analyse einbezogen. Im Einzelnen:

Erstens wird ein Überblick über die im deutschen Privatrecht bestehenden Unterlassungsansprüche gegeben. Dabei wird zugleich die Entwicklung vom Verständnis der Unterlassungsansprüche als prozessuale Rechtsbehelfe zu materiell-rechtlich verstandenen Ansprüchen nachgezeichnet. *Zweitens* sollen die wesentlichen Voraussetzungen des Unterlassungsanspruchs vorgestellt werden. Welche Tatbestandsmerkmale gilt es zu erfüllen? Dabei wird die Frage zu stellen sein, ob es überhaupt *den* privatrechtlichen Unterlassungsanspruch gibt. In diesem Abschnitt wird auch auf Beseitigungsansprüche eingegangen. *Drittens* folgt ein Überblick über die Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs. Mit dem Institut der Abmahnung und der sogenannten strafbewehrten Unterlassungserklärung gibt es in Deutschland ein bemerkenswertes, hochgradig effizientes, außergerichtliches Durchsetzungsinstrument. *Viertens* wird der Unterlassungsanspruch theoretisch analysiert. Man wird sehen, dass der Begriff der *Unterlassungspflicht* eine wichtige Rolle spielt. *Fünftens* sollen die Funktionen des Unterlassungsanspruchs kurz angesprochen werden. Dadurch soll

¹⁷ Vgl. F. Hofmann, „Anspruchsdenken“ und „Remedydenken“ im deutschen Privatrecht. Ein Perspektivwechsel durch die Unterscheidung von Rechtszuweisungs- und Rechtsdurchsetzungsnormen, JuS 2018, 833.

deutlich werden, in welchen Fallgruppen der Unterlassungsanspruch womöglich eine unangemessene Rechtsfolge ist. *Sechstens* wird noch von zwei aktuellen Entwicklungen in Deutschland berichtet: (1) Die Verhältnismäßigkeitsdiskussion und (2) von der deutschen Rechtsprechung über Unterlassungsansprüche konstruierte Rückrufpflichten.

Das Ziel des Beitrags ist es, einen Überblick über die dogmatischen Strukturen der negatorischen Haftung zu geben. Zugleich soll für eine funktionale Betrachtung sensibilisiert werden.

III. Übersicht über die zentralen Entwicklungen des Unterlassungsanspruchs in Deutschland

1. Stiefmütterliche Behandlung des Unterlassungsanspruchs im Bürgerlichen Recht

In vielen Fallgestaltungen spielen Unterlassungsansprüche keine Rolle. Bei einem Verkehrsunfall beispielsweise will der Geschädigte die Kompensation seines Schadens. Dass der Verursacher des Schadens den Geschädigten nicht noch einmal in gleicher Weise schädigt, wird sich der Geschädigte zwar wünschen, einen Unterlassungsanspruch wird er gleichwohl sicher nicht gerichtlich geltend machen. Zugleich kann ein Verbot, bestimmte Handlungen nicht vorzunehmen, Freiheitssphären beeinträchtigen. Im deutschen Recht wurde der Unterlassungsanspruch dann auch stiefmütterlich behandelt. Im Bürgerlichen Gesetzbuch taucht der Begriff „Unterlassen/Unterlassung“ nur wenige Male auf. Es finden sich gerade einmal drei Anspruchsgrundlagen für gesetzliche Unterlassungsansprüche: (1) Im Falle der Verletzung von Namensrechten gewährt § 12 S. 2 BGB einen Unterlassungsanspruch. (2) § 862 I S. 2 BGB regelt einen Unterlassungsanspruch bei Besitzstörungen. (3) Und schließlich der bereits erwähnte Unterlassungsanspruch zum Schutz des Eigentums aus § 1004 BGB – gleichsam der Prototyp der gesetzlichen Unterlassungsansprüche.

2. Vom prozessualen Rechtsbehelf zum materiell-rechtlichen Anspruch

Anfangs wurden diese Regelungen auch gar nicht als *Ansprüche* interpretiert. Viele gingen davon aus, dass es sich hierbei lediglich um prozessuale Rechtsbehelfe handele.¹⁸ Unterlassungsansprüche wurden als eine im Prozessrecht wurzelnde Rechtsschutzform angesehen. In der „Unterlassungsklage“ wurde eine „prohibitorische Klage auf richterliche

¹⁸ Überblick zum Streitstand bei *Fritzsche*, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage, 2000, S. 114 ff., 535 ff.

Untersagung“ gesehen.¹⁹ Ein dem vorausliegender materiell-rechtlicher Anspruch wurde verneint. Wie heute noch bei der einstweiligen Verfügung (vgl. § 938 Zivilprozessordnung (ZPO)) wurde stattdessen auf ein „richterliches Verbot“ abgestellt.²⁰

Diese prozessualen Auffassungen spiegeln sich noch heute im Bürgerlichen Gesetzbuch. Der Wortlaut der genannten „Anspruchsgrundlagen“ ist tatsächlich prozessual formuliert. Exemplarisch belegt dies § 1004 I S. 2 BGB: „Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer *auf Unterlassung klagen*“. Im Laufe der Zeit hat sich indes die Auffassung durchgesetzt, dass auch „Unterlassungsklagen“ materiell-rechtliche Ansprüche zu Grunde liegen.²¹ So geht ja auch § 194 I BGB davon aus, dass ein Anspruch auch das Recht sein kann, von einem anderen ein Unterlassen zu verlangen (dies geht auf *Windscheid* zurück, der den Anspruch von prozessualen Elementen emanzipiert und dem materiellen Recht zugeordnet hat).²² Moderne Gesetzgebungsakte spiegeln diese Entwicklung auch für den Unterlassungsanspruch. Dafür ein Beispiel aus dem Urheberrecht. § 97 I S. 1 Urheberrechtsgesetz (UrhG) sagt: „Wer das Urheberrecht oder ein anderes nach diesem Gesetz geschütztes Recht widerrechtlich verletzt, kann von dem Verletzten auf Beseitigung der Beeinträchtigung, bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung *in Anspruch genommen werden*.“ Eine prozessuale Konnotation findet sich nicht mehr; die Formulierung spiegelt die Definition eines (materiell-rechtlichen) Anspruchs, wonach ein Anspruch das Recht ist, vom Gläubiger ein Tun oder eben Unterlassen zu verlangen (§ 194 Abs. 1 BGB).

Diese Debatte gewinnt nach Einschätzung des Verfassers im Übrigen wieder an Bedeutung. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass gerade im Unionsrecht die Regeln zur Unterlassungshaftung mitunter prozessuale Formulierungen aufweisen. Letztlich wird man aber auch diese „Anordnungen“ materiell-rechtlich interpretieren müssen. Unabhängig davon, ob das Unionsrecht überhaupt die Kompetenz hat, prozessuale Aspekte zu harmonisieren, muss das materielle Recht selbst entscheiden, welche Regeln es im Falle der Verletzung diverser Rechte aufstellt. Für diese Sichtweise spricht – wie gezeigt – auch ein historisches

¹⁹ *Siber*, Schuldrecht, Leipzig 1931, S. 472.

²⁰ v. *Caemmerer*, Wandlungen des Deliktsrechts, in: v. *Caemmerer*/Friesenhahn/Lange (Hrsg.), Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860 – 1960, Band II, Karlsruhe 1960, S. 49, 53; s. a. *Siber*, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach Deutschem Reichsrecht, Leipzig 1903, S. 99 ff., 108 ff., 113 f.

²¹ Dies ist heute allgemeine Meinung, *Fritzsche*, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage, 2000, S. 26, 114 ff., 535 ff.; BGH GRUR 1980, 241, 242 – Rechtsschutzbedürfnis.

²² *Windscheid*, Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts, Düsseldorf 1856, S. 1 ff.

Argument. Um aber deutlich zu machen, dass die vom Recht den Rechtssubjekten zugewiesenen Rechtspositionen, nochmals: *Stammrechte*, von den für ihre Verwirklichung vorgesehenen *Rechtsdurchsetzungsrechten* oder *Rechtsbehelfen* gleichwohl abzugrenzen sind, unterscheidet der Beitrag zwischen dem *materiellen Recht im engeren Sinne* (materiell-rechtliche Regeln zur Rechtszuweisung, z. B. § 903 BGB) und dem *materiellen Recht im weiteren Sinne* (materiell-rechtliche Regelungen in Form von Ansprüchen zur Rechtsdurchsetzung, z. B. § 1004 I BGB). Auch im anglo-amerikanischen Rechtskreis werden *remedies* mitunter als „something in between substance and procedure“ eingeordnet.²³ Würde jeder die von der Rechtsordnung aufgestellten Regeln beachten, bräuchte es letztere Rechtekategorie, also die Rechtsbehelfe, im Übrigen gar nicht.²⁴ Würde beispielsweise Eigentum nie verletzt, bräuchte man weder Schadensersatz- noch Unterlassungsansprüche. Auf die Regeln zu *Stammrechten*, also die Regeln zur Rechtszuweisung, kann indes nicht verzichtet werden.

3. Entwicklung vorbeugender Unterlassungsansprüche

Zurück zu den Unterlassungsansprüchen im Bürgerlichen Gesetzbuch: Im Wortlaut der genannten Normen versteckt sich noch eine weitere Entwicklung. Unter welchen Voraussetzungen entsteht ein Unterlassungsanspruch? Welche Tatbestandsmerkmale sind zu erfüllen? Während § 1004 I S. 2 BGB davon spricht, dass der Eigentümer auf Unterlassung klagen kann, wenn weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind, ist in § 97 UrhG die Rede von Wiederholungsgefahr.²⁵ Anders als bei § 1004 I BGB findet sich in § 97 I UrhG wie auch in anderen modernen Anspruchsgrundlagen (z. B. § 8 I Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)) zudem eine Kodifizierung des vorbeugenden Unterlassungsanspruchs („Der Anspruch auf Unterlassung besteht auch dann, wenn eine Zuwiderhandlung erstmalig droht“, vgl. § 97 Abs. 1 S. 2 UrhG).²⁶ Auch dies spiegelt, dass die Tatbestandsmerkmale des Unterlassungsanspruchs

²³ Laycock, *Modern American Remedies. Cases and Materials*, 4. Aufl., New York 2012. S. 1; vgl. Dedek, *From Norms to Facts: The Realization of Rights in Common and Civil Private Law*, (2010) 56 McGill L. J., 77, 83; Dobbs, *Law of Remedies. Damages – Equity – Restitution*, 2. Aufl., St. Paul, Minn., 1993, S. 2.

²⁴ Vgl. F. Hofmann, „Anspruchsdenken“ und „Remedydenken“ im deutschen Privatrecht. Ein Perspektivwechsel durch die Unterscheidung von Rechtszuweisungs- und Rechtsdurchsetzungsnormen, JuS 2018, 833.

²⁵ Zur modernen Interpretation als materiell-rechtliches Tatbestandsmerkmal, III. 2. Allen voran das Tatbestandsmerkmal der Wiederholungsgefahr wird nach allgemeiner Meinung als materiell-rechtliches Tatbestandsmerkmal verstanden, BGH 22.9.1972 – I ZR 19/72 – GRUR 1973, 208, 209 – Neues aus der Medizin; Herrler, in: Grüneberg, BGB, 81. Aufl. 2022, § 1004 Rn. 32.

²⁶ § 8 Abs. 1 S. 2 UWG lautet: „Der Anspruch auf Unterlassung besteht bereits dann, wenn eine derartige Zuwiderhandlung gegen § 3 oder § 7 droht.“

erst im Laufe der Zeit konkretisiert wurden.²⁷ Die Kontroverse um „vorbeugende Unterlassungsansprüche“ (nochmal: es geht um die Erstbegehungsgefahr als alternative Entstehungsvoraussetzung des Unterlassungsanspruchs im Verhältnis zur Wiederholungsgefahr) ist, wie die modernen Gesetze zeigen, nunmehr abgeschlossen. Ob es aber einen einheitlichen privatrechtlichen Unterlassungsanspruch gibt,²⁸ wird bei der Analyse der Entstehungsvoraussetzungen nochmals angesprochen werden müssen (IV. 1.). An dieser Stelle sollte allein gezeigt werden, dass es einige Zeit gedauert hat, bis eine Konsolidierung hinsichtlich der Tatbestandsmerkmale des Unterlassungsanspruchs eingetreten ist.

4. Unterlassungsanspruch als „Rechtsbehelf“

Und neben der Entwicklung der Ansichten zur Rechtsnatur und der Wiederholungs- und Erstbegehungsgefahr noch ein dritter Punkt zur Entwicklung des Unterlassungsanspruchs (bereits o. I. 4.): Interessant sind auch Entwicklungen bei der systematischen Stellung: Während die modernen Gesetze zum Schutz von Patenten oder Urheberrechten einen eigenen Abschnitt zur Rechtsdurchsetzung haben (dazu sogleich nochmals genauer), ist der Zusammenhang der verschiedenen Ansprüche im Falle einer Rechtsverletzung im BGB weniger klar systematisiert.²⁹ Das muss erläutert werden: § 903 BGB erklärt das Sacheigentum für geschützt. In § 903 S. 1 BGB heißt es: „Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen.“ Geregelt ist hier allerdings nur die Rechtszuweisung (Eigentum als *Stammrecht*). Namentlich Unterlassungsansprüche folgen daraus nicht! Welche Ansprüche der Eigentümer hat, ist an anderer Stelle geregelt. So gewährt § 823 I BGB Schadensersatzansprüche. Da der Schuldner verpflichtet ist, Schadensersatz zu leisten, handelt es sich im Einklang mit der systematischen Stellung dieses Anspruchs im Schuldrecht (2. Buch des BGB) um ein *gesetzliches Schuldverhältnis*. Der Unterlassungsanspruch hingegen ist im 3. Buch des BGB, im Sachenrecht, geregelt. Es handelt sich um einen dinglichen Anspruch. *Picker* will daraus ableiten, dass negatorischer Rechtsschutz jeder Rechtszuweisung immanent sein muss. Jede Rechtsposition müsse über Unterlassungs- und

²⁷ Zunächst wurde von einem Anspruch gegenüber Jedermann ausgegangen, vgl. *Kohler*, Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart 1887, 1, 6; einer grundlosen gerichtlichen Geltendmachung sollte das Rechtsschutzbedürfnis fehlen, so zum Teil noch heute für vertragliche Unterlassungsansprüche, *F. Hofmann*, in: Peifer (Hrsg), UWG Großkommentar, 3. Aufl. 2021, § 8 Rn. 98.

²⁸ Näher *F. Hofmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, § 7.

²⁹ *F. Hofmann*, „Anspruchsdenken“ und „Remedydenken“ im deutschen Privatrecht. Ein Perspektivwechsel durch die Unterscheidung von Rechtszuweisungs- und Rechtsdurchsetzungsnormen, JuS 2018, 833, 833 f.

Beseitigungsansprüche unbedingt verteidigt werden können.³⁰ Ohne negatorischen Rechtsschutz würde sich die Rechtszuweisung gleichsam von selbst aufheben. In diesem Sinne ist auch umstritten, ob Regeln des Schuldrechts auf den *dinglichen* Unterlassungsanspruch angewendet werden können (z. B. § 275 II BGB). Die Rechtsprechung bejaht dies jedoch mittlerweile.³¹

Die Logik des Urheberrechts (wie auch des Patent-, Design- oder Markenrechts) ist demgegenüber simpler: Ist eine Urheberrechtsverletzung ausgemacht, kann der Urheber diverse Ansprüche geltend machen. Welche Ansprüche unter welchen Voraussetzungen mit welchen Einschränkungen bestehen, folgt sodann aus §§ 97 ff. UrhG. Der Unterlassungsanspruch lässt sich damit am besten als *ein* Rechtsbehelf im Falle einer Rechtsverletzung begreifen. Zwischen dem Bürgerlichen Recht und dem hier beispielhaft erwähnten Urheberrecht besteht zwar kein echter inhaltlicher Unterschied, aber doch wird ein Unterschied „im Denken“, jedenfalls in der Systematik sichtbar. Im Urheberrecht sind sämtliche Ansprüche gemeinsam geregelt, Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche sogar in einer Norm. Dem Urheberrecht ist klar, dass sorgfältig zwischen Rechtszuweisung und Rechtsdurchsetzung zu trennen ist. Einmal geht es darum, was das Urheberrecht konkret erlaubt und verbietet (Inhalts- und Schrankenbestimmungen), einmal geht es um die Frage, mit welchen Ansprüchen das Urheberrecht im Verletzungsfall konkret verwirklicht werden kann. Im deutschen BGB wird dies beim Eigentum nicht gleich sichtbar. Der Unterlassungsanspruch ist im Sachenrecht geregelt (3. Buch, § 1004 I S. 2 BGB). Der Schadensersatzanspruch im Schuldrecht (2. Buch, § 823 Abs. 1 BGB). Bei § 823 Abs. 1 BGB steht im Vordergrund, dass es sich hierbei um ein gesetzliches Schuldverhältnis handelt (der Schuldner ist zur Zahlung verpflichtet), nicht der Gedanke, dass es um eine Rechtsfolge einer Eigentumsverletzung geht. Wäre das BGB wie das Urheberrecht aufgebaut, wären hinter den Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums (§§ 903 ff. BGB) die Ansprüche im Verletzungsfalle gemeinsam geregelt.

5. Unterlassungsanspruch als Standardrechtsbehelf

Und schließlich, *viertens*, besteht mittlerweile allgemein die Annahme, dass Unterlassungsansprüche im Falle einer Rechtsverletzung allgemein verfügbar sind. Auch jenseits der konkret kodifizierten Fälle sind Unterlassungsansprüche

³⁰ Zuletzt ausführlich *Picker*, Privatrechtssystem und negatorischer Rechtsschutz, 2019, S. 1 ff.

³¹ Vgl. BGH 4.12.2015 – V ZR 202/14 – NJW 2016, 2104, 2105; zur Anwendung von § 275 Abs. 2 BGB als Regel des allgemeinen Schuldrechts (Anspruchsausschluss infolge von Unverhältnismäßigkeit) BGH 30.5.2008 – V ZR 184/07 – NJW 2008, 3122; weiterführend *Gsell*, LMK 2008, 266937.

anerkannt. Auch wenn nicht das Eigentum, sondern beispielsweise das Persönlichkeitsrecht verletzt ist, kann grundsätzlich ein Unterlassungsanspruch geltend gemacht werden, so dass der Gläubiger verhindern kann, dass seine Persönlichkeitsrechte fortgesetzt beeinträchtigt werden. Hier wird eine Analogie zu § 1004 I S. 2 BGB angenommen oder noch weiter: eine Gesamtanalogie zu den drei im BGB geregelten Ansprüchen §§ 12 S. 2, 1004 I S. 2, 862 I S. 2 BGB.³² Selbst wenn nur ein lediglich rechtlich geschütztes Interesse beeinträchtigt ist, soll negatorischer Rechtsschutz bestehen. Oder anders gewendet: Könnte der Gläubiger jenseits des Schutzes absoluter Rechte über § 823 II BGB Schadensersatz wegen der Verletzung eines Schutzgesetzes verlangen, kann er zugleich über einen Unterlassungsanspruch die Wiederholung derartiger Verletzungen unterbinden. Es gilt damit die Gleichung: Rechtsverletzung = Unterlassungsanspruch.³³

IV. Die wesentlichen Tatbestandsmerkmale des privatrechtlichen Unterlassungsanspruchs

1. Privatrechtsübergreifende Analyse von Unterlassungsansprüchen

a) Kein Mehrwert der Klassifizierung von Unterlassungsansprüchen

Das führt zum nächsten Punkt: Was sind die wesentlichen Tatbestandsmerkmale des privatrechtlichen Unterlassungsanspruchs? Mancher würde allerdings sagen, die Frage ist schon falsch gestellt. Es gibt nicht *den* einen privatrechtlichen Unterlassungsanspruch, sondern je nach Regelungsgebiet beispielsweise einen wettbewerbsrechtlichen, einen patentrechtlichen oder auch einen vertraglichen Unterlassungsanspruch. Die zum Schutz des Sacheigentums bestehenden negatorischen Unterlassungsansprüche beispielsweise sollten von den quasi-negatorischen Unterlassungsansprüchen zum Schutz sonstiger Rechte oder auch nur rechtlich geschützter Interessen abgegrenzt werden.³⁴ Was gibt es dazu zu sagen?

Erstens wird regelmäßig zugegeben, dass detaillierte Klassifizierungen von Unterlassungsansprüchen nicht weiterführend sind.³⁵ Einzig die Unterscheidung von *vertraglichen* und *gesetzlichen* Unterlassungsansprüchen wird befürwortet.³⁶

³² RGZ 69, 6 (7); *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, Vor § 823 Rn. 40.

³³ *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, Vor § 823 Rn. 40.

³⁴ Zu diversen Einteilungen von Unterlassungsansprüchen *F. Hofmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 256 ff.

³⁵ Teplitzky/*Schaub*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren. Unterlassung – Beseitigung – Auskunft – Schadensersatz, 11. Aufl., Köln 2016, 2. Kap. Rn. 11.

³⁶ *Fritzsche*, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage, 2000, S. 4, 25 ff.

Nach Ansicht des Verfassers könnte man jedoch auch diese Unterscheidung aufgeben. Daher ein kleiner Exkurs zum *vertraglichen* Unterlassungsanspruch:

b) Exkurs: Vertragliche Unterlassungsansprüche

Ein Unterlassungsanspruch kann auch infolge einer vertraglichen Vereinbarung entstehen. Das bestätigt § 241 I BGB: „Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen.“ Ich kann mich beispielsweise ausdrücklich verpflichten, an einer Auktion nicht mitzubieten (s. a. V. 2. a)).³⁷ Denkbar sind neben diesen *Leistungsunterlassungsansprüchen* auch unselbständige Unterlassungsansprüche.³⁸ Diese bestehen nicht um ihrer selbst willen, sondern sichern eine andere Verpflichtung lediglich ab (Beispiel: Der Verkäufer ist verpflichtet, die verkaufte Ware nicht anderweitig zu verkaufen).³⁹

Besteht nun ein entscheidender Unterschied zwischen gesetzlichen und vertraglichen Unterlassungsansprüchen? Die herrschende Meinung will einen solchen erkennen. Schuldrechtliche Ansprüche folgten einer anderen Logik als Unterlassungsansprüche zum Beispiel zum Schutz des Eigentums. Der vertragliche Unterlassungsanspruch soll mit Vertragsschluss entstehen; das vertragliche Forderungsrecht und ein Anspruch zu dessen Durchsetzung sollen sich (wie z. B. auch beim Anspruch auf Übergabe und Übereignung aus § 433 I S. 1 BGB) nicht unterscheiden lassen.⁴⁰ Allerdings soll die Durchsetzung des vertraglichen Unterlassungsanspruchs prozessual über das Rechtsschutzbedürfnis begrenzt sein.⁴¹ Der Verfasser dieses Beitrags sieht dies anders: Unterlassungsansprüche haben stets die Funktion, ein vorausliegendes *Stammrecht* zu schützen. Dieses *Stammrecht* kann kraft Gesetzes bestehen.

³⁷ Die Pflicht, etwas zu unterlassen findet sich in vielen Verträgen als „Leistungspflicht“, meist in Form von Nebenleistungspflichten. In Lehrbüchern findet sich für eine vertragliche Hauptleistungspflicht häufig das Beispiel, dass der Gelehrte G möchte, dass seine Nachbarin während seines Mittagsschlafes keine Musik macht, obwohl sie das eigentlich dürfte. Er schließt dann einen Vertrag mit dem Inhalt, dass die Nachbarin sich verpflichtet, das Musizieren zwischen 14 und 16 Uhr zu unterlassen. Ausweislich von § 241 Abs. 1 S. 2 BGB kann dies Gegenstand eines Schuldverhältnisses sein; praktisch bedeutsamer ist z. B. die explizite vertragliche Verpflichtung (in Gestalt einer Nebenleistungspflicht), eine gekaufte Eintrittskarte für ein Fußballspiel *nicht* weiterzuveräußern, BGH 11.9.2008 – I ZR 74/06 = GRUR 2009, 173 – bundesligakarten.de.

³⁸ Grundlegend Köhler, Vertragliche Unterlassungspflichten, AcP 190 (1990), 496; s. a. F. Hofmann, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 264 ff.

³⁹ Kontrovers ist hier die selbständige Klagbarkeit, vgl. Köhler, Vertragliche Unterlassungspflichten, AcP 190 (1990), 496; F. Hofmann, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 272 ff., 276 ff.

⁴⁰ Anders aber Köhler, Zur Geltendmachung und Verjährung von Unterlassungsansprüchen, JZ 2005, 489, 491 ff., 496; F. Hofmann, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 405 ff., 407 f.; auch § 311a I BGB lässt sich nur erklären, wenn zwischen der vertraglich vereinbarten Verpflichtung (materielles Recht im engeren Sinne, III. 2.) und dem Anspruch zu deren Durchsetzung (materielles Recht im weiteren Sinne, III. 2.) unterschieden wird.

⁴¹ BGH 21.1.1999 – I ZB 135/96 – GRUR 1999, 522, 524 – Datenbankabgleich.

Denkbar ist aber auch, dass die Parteien *inter partes* eine Zuweisung treffen.⁴² Beispielsweise kann ein Fotografierverbot vereinbart werden. Auch wenn das Fotografieren jenseits des Urheberschutzes allgemein erlaubt ist, können die Vertragsparteien gleichsam ihre eigene Rechtsordnung schaffen.⁴³ Über ein Fotografierverbot erfolgt gleichsam eine Zuweisung an den Gläubiger; diese kann dann – wie beim Sacheigentum – über einen Unterlassungsanspruch verwirklicht werden.⁴⁴

c) Vorbildcharakter spezialgesetzlicher Unterlassungsansprüche

Zurück zur Frage der Existenz eines einheitlichen privatrechtlichen Unterlassungsanspruchs. Dazu lässt sich *zweitens* sagen, dass jedenfalls praktisch bei den unterschiedlichen Unterlassungsansprüchen eine – salopp formuliert – unterschiedliche Dynamik herrscht. Das hängt auch mit der Relevanz der einschlägigen Unterlassungsansprüche zusammen. Besonders große praktische Bedeutung hat sicherlich der *wettbewerbsrechtliche* Unterlassungsanspruch. Hier gibt es mächtige Handbücher, die sich ausschließlich mit dem Unterlassungsanspruch auseinandersetzen (besonders zu erwähnen wären die Werke von *Ahrens* und *Teplitzky*).⁴⁵ Es verwundert nicht, dass hier die Dogmatik besonders ausgefeilt ist.⁴⁶ Die jüngsten Entwicklungen im Internet (z. B. die Bedeutung von Plattformen) und die damit einhergehenden Persönlichkeits- oder Immaterialgüterrechtsverletzungen (insbesondere Urheber- und Markenrecht) spiegeln sich in der Weiterentwicklung insbesondere von Unterlassungsansprüchen im Urheber- und Markenrecht, aber auch bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen.⁴⁷ Die Rechtsprechung hat die sogenannte Störerhaftung ausdifferenziert, um effektiven Rechtsschutz gegen Online-Intermediäre zu erreichen.⁴⁸ Es wurde quasi ein Konzept „mittelbarer

⁴² Ähnlich auch *Köhler*, Zur Geltendmachung und Verjährung von Unterlassungsansprüchen, JZ 2005, 489.

⁴³ *Picker*, Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo – Zur Problematik der Haftungen „zwischen“ Vertrag und Delikt, AcP 183 (1983), 369, 399; *Henckel*, Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht, AcP 174 (1974), 97, 124; *F. Hofmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 390 ff.

⁴⁴ Zur Dogmatik des vertraglichen Unterlassungsanspruchs in diesem Sinne ausführlich *F. Hofmann*, in: Peifer (Hrsg.), UWG Großkommentar, 3. Aufl. 2021, § 8 Rn. 94 ff.

⁴⁵ *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 12. Aufl. 2019; *Ahrens*, Der Wettbewerbsprozess, 9. Aufl. 2021.

⁴⁶ Zuletzt stand auch der patentrechtliche Unterlassungsanspruch im Fokus von Praxis und Rechtswissenschaft, vgl. nur *Stierle*, Das nicht-praktizierte Patent, 2018.

⁴⁷ Die Zahl der in den letzten Jahren erschienenen Monographien, die sich der Sache nach um Unterlassungsansprüche drehen, ist kaum übersehbar, vgl. z. B. *Jones*, Die urheberrechtliche Haftung von Intermediären im Rechtsvergleich, 2020.

⁴⁸ Zur Störerhaftung grundlegend *Leistner*, Störerhaftung und mittelbare Schutzrechtsverletzung, GRUR-Beil. 2010, 1.

Verantwortlichkeit“ entwickelt.⁴⁹ In der Literatur wird beklagt, dass gerade diese modernen Entwicklungen im Kernzivilrecht wenig bis gar nicht zur Kenntnis genommen werden.⁵⁰ Dabei könnte der Unterlassungsanspruch in § 1004 I S. 2 BGB – die Mutter aller Unterlassungsansprüche – von der Rezeption der Entwicklungen im Sonderprivatrecht profitieren. *Eduard Picker* hat sich genau dieser Aufgabe zuletzt angenommen. Vor Kurzem ist sein neues Buch mit dem Titel „Privatrechtssystem und negatorischer Rechtsschutz“ erschienen.⁵¹

Es lässt sich damit durchaus wagen, einheitliche Strukturen zu identifizieren.⁵² Auch wenn der Wortlaut – wie gesehen mehr historisch bedingt als sachlich geboten – mitunter unterschiedlich ist (das gilt im Übrigen auch für englische Übersetzungen deutscher Unterlassungsansprüche, die teils unterschiedlichen Wortlaut suggerieren, obgleich das teils nicht der Fall ist), lassen sich einheitliche Tatbestandsmerkmale herausarbeiten. Bestimmte Begriffe lassen sich als Synonyme für in anderen Tatbeständen verwendete andere Begriffe deuten. Dies soll nun genauer ausgeführt werden.

2. Rechtsverletzung als Entstehungsvoraussetzung sämtlicher Unterlassungsansprüche

Als *erstes* muss regelmäßig eine Rechtsverletzung herausgearbeitet werden. Kurzum: Es bedarf einer Kollision mit dem materiellen Recht im engeren Sinne, einen Widerspruch zur Rechtszuweisung. Beeinträchtigung ist jeder dem Inhalt des Eigentums widersprechende Eingriff in die rechtliche oder tatsächliche Herrschaftsmacht des Eigentümers.⁵³ Das ist gemeint, wenn § 1004 BGB davon spricht, dass das Eigentum beeinträchtigt wird (für die Entziehung des Eigentums oder die Vorenthaltung des Besitzes gibt es mit § 985 BGB einen speziellen Anspruch). Wann jenseits davon eine Eigentumsbeeinträchtigung vorliegt, beantwortet letztlich die Norm, die die Eigentumszuweisung regelt, also § 903 BGB. Aus § 1004 BGB folgt dies gerade nicht! Hier gibt es durchaus problematische Fälle, z. B. im Falle des Fotografierens fremder Sachen.⁵⁴ Auch

⁴⁹ Einführung in die Intermediärhaftung bei *F. Hofmann*, Mittelbare Verantwortlichkeit im Internet. Eine Einführung in die Intermediärhaftung, JuS 2017, 713.

⁵⁰ Etwa *Wagner*, Die Voraussetzungen negatorischen Rechtsschutzes – Versuch einer Neubegründung –, in: Beuthien/Fuchs/Roth/Schiemann/Wacke (Hrsg.), Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts, Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag am 9. Mai 2009, Köln 2009, S. 589, 598 f.; Überblick bei *F. Hofmann*, Die Haftung von Internetplattformen und Internetzugangsvermittlern – Auf dem Weg von der Sonderdogmatik zum Kernzivilrecht, ZfPW 2021, 385.

⁵¹ *Picker*, Privatrechtssystem und negatorischer Rechtsschutz, 2019.

⁵² *F. Hofmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 363 ff.

⁵³ BGH 1.3.2013 – V ZR 14/12 – NJW 2013, 1809 Rn. 14 – Preußische Gärten und Parkanlagen II.

⁵⁴ Nach Ansicht des Verfassers nicht überzeugend BGH 1.3.2013 – V ZR 14/12 – NJW 2013, 1809 – Preußische Gärten und Parkanlagen II; BGH 17.12.2010 – V ZR 45/10 – NJW 2011, 749 – Preußische Gärten und

wenn eine Schranke greift, liegt keine Rechtsverletzung vor; § 1004 II BGB adressiert dies als „Duldungspflicht“.

§ 139 I PatG wiederum verlangt, dass jemand entgegen der §§ 9 bis 13 eine patentierte Erfindung benutzt. In jenen Normen wird wiederum geregelt, wann ein Eingriff in ein Patent vorliegt. Ähnlich ist die Regelung im Urheberrecht. Wer das Urheberrecht oder ein anderes nach diesem Gesetz geschütztes Recht widerrechtlich verletzt, so heißt es in § 97 I S. 1 UrhG, der kann bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Eine Verletzung des materiellen Rechts im engeren Sinne ist auch die erste Voraussetzung des lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruchs. So steht in § 8 I UWG: „Wer eine nach § 3 oder § 7 unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt, kann auf Beseitigung und bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.“ Nach hier vertretener Auffassung gilt dies auch beim vertraglichen Unterlassungsanspruch: Auch hier muss in einem ersten Schritt herausgearbeitet werden, ob der Schuldner sich in Widerspruch zur vertraglichen Unterlassungsvereinbarung setzt.⁵⁵

Dieser erste Prüfungspunkt hat mit dem eigentlichen Unterlassungsanspruch, wenn man so will, noch gar nichts zu tun. Das Bestehen einer Rechtsverletzung ist im Grunde genommen eine der *Rechtsfolge* Unterlassen vorausgelagerte Frage. Zunächst wird allein die Frage relevant, ob der Anspruchsteller überhaupt eine geschützte Rechtsposition innehat (und diese sodann verletzt worden ist). In Europa wurde zuletzt intensiv diskutiert, ob Rechte an Daten, genauer: nicht-personenbezogenen Daten, bestehen.⁵⁶ Besteht eine solche Rechtsposition nicht, kann logischerweise auch kein Unterlassungsanspruch bestehen. Aus der Anspruchsgrundlage heraus, z. B. § 1004 BGB, kann eine solche Rechtsposition gerade nicht konstruiert werden. Das hat in der Vergangenheit schon manchmal, z. B. beim Schutz von Domainnamen, für Missverständnisse gesorgt. *Rechtszuweisung* und *Rechtsdurchsetzung* sind klar auseinander zu halten.⁵⁷

Ob eine ausdrücklich kodifizierte Anspruchsgrundlage besteht, ist hingegen – wie schon ausgeführt – unerheblich. Kann im materiellen Recht im engeren Sinne eine dem Anspruchsteller zugewiesene Position (*Stammrecht*) ausgemacht werden,

Parkanalgen I; grundlegende Kritik bei Zech, Die Befugnisse des Eigentümers nach § 903 Satz 1 BGB – Rivalität als Kriterium für eine Begrenzung der Eigentumswirkungen, AcP 219 (2019), 488.

⁵⁵ Vgl. auch IV. 1. b).

⁵⁶ Zum Dateneigentum nur Zech, „Industrie 4.0“ – Rechtsrahmen für eine Datenwirtschaft im digitalen Binnenmarkt, GRUR 2015, 1151; Wagner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 332 ff.

⁵⁷ Vgl. F. Hofmann, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 74 f., 149, 264.

dann steht dem Berechtigten in Analogie zu den BGB-Unterlassungsanspruchsvorschriften ein entsprechender Unterlassungsanspruch zu.⁵⁸ Dass dieser bisweilen als quasi-negatorischer Unterlassungsanspruch bezeichnet wird, führt nicht weiter. Auch darauf wurde bereits hingewiesen.

3. Begehungsgefahr

Zweitens kommt es auf die Begehungsgefahr an. Die Begehungsgefahr kann entweder in Form der Wiederholungsgefahr oder der Erstbegehungsgefahr vorliegen.⁵⁹ Es wurde bereits herausgearbeitet, dass es nicht darauf ankommt, dass der Wortlaut der unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen dies nicht ohne Weiteres hergibt. Es ist allgemeine Meinung, dass es bei allen (gesetzlichen) Unterlassungsansprüchen unabhängig vom Gesetzeswortlaut auf Wiederholungsgefahr oder alternativ Erstbegehungsgefahr ankommt. Das ist die wesentliche Voraussetzung für die Entstehung des gesetzlichen – nach hier vertretener Auffassung aber auch vertraglichen – Unterlassungsanspruchs. Wie gesagt, der in älteren Normen anderslautende Wortlaut lässt sich historisch erklären.

Ohne diese Voraussetzung der Begehungsgefahr käme es zu einer paradoxen Situation: Jeder hätte gegen Jedermann einen Anspruch auf Unterlassung, beispielsweise der Verletzung seines Eigentums. Das wäre seltsam.⁶⁰ Das war auch einer der Gründe, warum die ältere Literatur den Unterlassungsanspruch prozessual verstanden wissen wollte. Geklagt werden konnte dann wiederum nur, falls ein Rechtsschutzbedürfnis bestand. Ein solches wird begründet durch eine vorangegangene Rechtsverletzung. Klar ist: Ein anlasslos gewährter Unterlassungsanspruch ergibt keinen Sinn. Heute erfüllt das – im Übrigen materiell-rechtliche – Tatbestandsmerkmal der Begehungsgefahr⁶¹ die Funktion, dass der Unterlassungsanspruch nicht anlasslos entsteht.

a) Erstbegehungsgefahr

Droht eine Verletzung, dann muss der Unterlassungsgläubiger bereits die Möglichkeit haben, den Eintritt der Rechtsverletzung zu verhindern. Das geht im Falle der Erstbegehungsgefahr, also dann, wenn ernsthaft zu besorgen ist, dass es zu einer Rechtsverletzung kommen wird.⁶² Erfährt beispielsweise ein

⁵⁸ RGZ 69, 6 (7); *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, Vor § 823 Rn. 40.

⁵⁹ Ausführlich zB zu § 8 UWG *F. Hofmann* in: Peifer (Hrsg), UWG Großkommentar, 3. Aufl. 2021, § 8 Rn. 21 ff.

⁶⁰ Überblick zur Diskussion bei *F. Hofmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 72 f.

⁶¹ BGH 22.9.1972 – I ZR 19/72 – GRUR 1973, 208, 209 – Neues aus der Medizin.

⁶² BGH 20.12.2018 – I ZR 112/17 – GRUR 2019, 189 Rn. 61 – Crailsheimer Stadtblatt II.

Unternehmer, dass ein Mitbewerber eine irreführende Werbung in der Sonntagsausgabe der Tageszeitung schalten will, muss er nicht warten, bis es zu einer Wettbewerbsverletzung gekommen ist; vielmehr entsteht schon in diesem Moment wegen der drohenden Verletzung ein vorbeugender Unterlassungsanspruch.

b) Wiederholungsgefahr

Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, besteht ebenfalls Anlass für Rechtsschutz des Gläubigers mittels des Unterlassungsanspruchs. Droht sich die Verletzung zu wiederholen, entsteht der Unterlassungsanspruch ebenfalls. Es besteht Wiederholungsgefahr. Hier gibt es eine Besonderheit: Die Wiederholungsgefahr wird im Falle einer vorangegangenen Rechtsverletzung vermutet.⁶³ Die Vermutung ist widerleglich, kann jedoch nur unter engen Voraussetzungen ausgeräumt werden; typischerweise einzig und allein durch eine sogenannte strafbewehrte Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung.⁶⁴ Darauf wird noch gesondert eingegangen (V. 2.).

4. Verschuldensunabhängigkeit des Unterlassungsanspruchs

Weitere Tatbestandsmerkmale sind nicht zu erfüllen. Dies gilt *erstens* für ein Verschulden. Der Unterlassungsanspruch ist verschuldensunabhängig.⁶⁵ Man ging davon aus, dass der Anspruch letztlich harmlos ist: Man muss ja nur aufhören, das Verhalten fortzusetzen. Allerdings kann eine Unterlassungsverpflichtung durchaus folgenreich sein. Wenn der Unterlassungsschuldner seinen Geschäftsbetrieb einstellen muss und ihm damit die Chance genommen wird, seine Investitionen zu amortisieren, ist dies eine durchaus weitreichende Rechtsfolge.⁶⁶ Im Unionsrecht zeichnet sich hingegen ab, dass das Verhalten des Unterlassungsschuldners durchaus eine Rolle spielen kann. So misst Art. 13 I lit. c der Geschäftsgeheimnis-RL bei der Frage, ob eine Unterlassungsanordnung möglich ist, gerade auch dem Verhalten des Schuldners Bedeutung bei. Auch die Rechtsprechung des EuGH macht entsprechende

⁶³ BGH 12.3.2020 – I ZR 126/18 – GRUR 2020, 755 Rn. 80 – WarnWetter-App; BGH 13.9.2018 – I ZR 117/15 – GRUR 2018, 1258 Rn. 52 – YouTube-Werbekanal II.

⁶⁴ BGH 4.7.2019 – I ZR 161/18 – GRUR 2020, 299 Tz. 19 – IVD-Gütesiegel; BGH 14.1.2016 – I ZR 65/14 – GRUR 2016, 946 Rn. 53 – Freunde finden; s. a. zu weiteren Einzelheiten F. Hofmann in: Peifer (Hrsg), UWG Großkommentar, 3. Aufl. 2021, § 8 Rn. 33 ff.

⁶⁵ Kritisch F. Hofmann, „Equity“ im deutschen Lauterkeitsrecht? Der „Unterlassungsanspruch“ nach der Geschäftsgeheimnis-RL, WRP 2018, 1, 6.

⁶⁶ Zu einem Verständnis der Unterlassungsansprüche als eine Form von „punitive damages“ Heald, Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers Series No. 10–38 (<http://papers.ssrn.com/abstract=1851681>, zuletzt aufgerufen am 1.10.2017).

Andeutungen.⁶⁷ Auch wenn der Unterlassungsanspruch auch in Zukunft kein Verschulden voraussetzt, kann bei einer schuldlosen oder auch leicht fahrlässigen Rechtsverletzung der Unterlassungsanspruch womöglich aus Gründen der Verhältnismäßigkeit (zeitlich begrenzt) einzuschränken sein (VIII. 1.).

5. Unterlassungsanspruch traditionell als Automatismus

Zweitens steht der Unterlassungsanspruch nach traditioneller Lesart weder im Ermessen des Gerichts noch unter einem Verhältnismäßigkeitsvorbehalt. Im anglo-amerikanischen Rechtskreis ist dies anders. Eine *injunction* steht als *equitable remedy* im Ermessen des Gerichts. Eindrücklich hat dies die Rechtsprechung in den USA in der *eBay*-Entscheidung zum Patentrecht herausgearbeitet.⁶⁸ Im deutschen Recht bestand hingegen traditionell ein Automatismus: Unter der Voraussetzung der Begehungsfahrer entsteht im Falle jedweder Rechtsverletzung automatisch auch ein Unterlassungsanspruch. Zunehmend wird das hinterfragt. Der Gesetzgeber hat in diesem Sinne mit § 139 Abs. 1 S. 3 PatG den patentrechtlichen Unterlassungsanspruch unter einen Verhältnismäßigkeitsvorbehalt gestellt (näher VIII. 1.).⁶⁹

Die Entstehungsvoraussetzungen wurden dargelegt. Eine wichtige Frage ist noch offen: Wer ist Schuldner des Anspruchs, wer ist passivlegitimiert? § 1004 Abs. 1 BGB spricht insoweit vom Störer. Wer im Einzelfall Störer ist, stellt eines der schwierigsten Probleme des § 1004 Abs. 1 BGB (und weiterer Unterlassungsansprüche) dar.

6. Schuldner des Unterlassungsanspruchs

Für § 1004 Abs. 1 BGB wird traditionell zwischen Handlungsstörern und Zustandsstörern unterschieden. Handlungsstörer werden weiter unterteilt in unmittelbare und mittelbare Handlungsstörer.⁷⁰ Im Recht des Geistigen Eigentums und im Medienrecht (also bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen) haben sich teils eigenständige Störerbegriffe gebildet.⁷¹ In allen Fällen geht es aber darum, wer für die Eigentums- oder allgemeiner Rechtsverletzung verantwortlich ist, kurzum: wer Schuldner des Unterlassungsanspruchs ist.

⁶⁷ EuGH 16.4.2015 – C-388/13 – GRUR 2015, 600 Rn. 58 – Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság/UPC Magyarország Kft.

⁶⁸ eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C. 547 U.S. 388 (2006).

⁶⁹ Zur Reform *Ohly/Stierle*, Unverhältnismäßigkeit, Injunction Gap und Geheimnisschutz im Prozess. Das Zweite Patentrechtsmodernisierungsgesetz im Überblick, GRUR 2021, 1229.

⁷⁰ Raff, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2023, § 1004 Rn. 151 ff.

⁷¹ v. Pentz, Ausgewählte Fragen des Medien- und Persönlichkeitsrechts im Lichte der aktuellen Rechtsprechung des VI. Zivilsenats, AfP 2014, 8, 16.

Zurück zu § 1004 Abs. 1 BGB: Hier soll *Handlungsstörer* sein, wer die Beeinträchtigung durch seine Handlung (Tun) oder pflichtwidrige Unterlassung adäquat verursacht hat.⁷² Dabei ist *unmittelbarer Handlungsstörer*, wer durch seine Handlung/Unterlassung selbst schon die Beeinträchtigung bewirkt. Wer die Beeinträchtigung demgegenüber durch die Handlung eines Dritten adäquat verursacht hat und die Beeinträchtigung verhindern kann, ist *mittelbarer Handlungsstörer*.⁷³ Der Sache nach geht es dabei um *mittelbare Verantwortlichkeit*.⁷⁴ Die Rechtsverletzung wird nicht unmittelbar, sondern nur indirekt verursacht. Gerade bei der Haftung der Betreiber von Internetplattformen spielt dies eine große Rolle.⁷⁵

Zustandsstörer soll der Eigentümer/Besitzer/Verfügungsberechtigte einer Sache sein, von der Beeinträchtigungen ausgehen. Dabei ist nicht schon allein diese Stellung ausreichend, sondern die Beeinträchtigung muss wenigstens mittelbar auf dessen Willen zurückgehen. Zustandsstörer ist also derjenige, der die Beeinträchtigung zwar nicht verursacht hat, durch dessen maßgebenden Willen der beeinträchtigende Zustand aber aufrechterhalten wird.⁷⁶ Letztlich geht es auch hier um die Verantwortlichkeit für eine rechtswidrige Handlung/Unterlassung.⁷⁷

Die Störereigenschaft wird zunehmend deliktsrechtlich verstanden. Vor allem im Immaterialgüterrecht wird maßgeblich auf die Verletzung einer *Handlungspflicht* abgestellt. Die negatorische Haftung greift ein, wenn dem Schuldner vorgeworfen werden kann, dass er eine Pflicht zum Schutz des geschützten Rechts verletzt hat. War z. B. der Betreiber einer Plattform wie eBay verpflichtet, eine Markenrechtsverletzung abzustellen oder zu verhindern? Die Bedeutung von *Handlungsunrecht* wird aber auch im Anwendungsbereich von § 1004 Abs. 1 BGB konstatiert. Die Rede ist von einer „Verdeliktsrechtlichung“.⁷⁸ Vor allem *Picker* stellt dem seine *Usurpationstheorie* gegenüber: Störer ist demnach der, der sich faktisch Befugnisse anmaßt, die rechtlich dem Eigentümer zugewiesen

⁷² BGH 1.12.2006 – V ZR 112/06 – NJW 2007, 432 Rn. 9.

⁷³ Grüneberg/Herrler 81. Aufl. 2022, § 1004 Rn. 18; vgl. BGH 7.4.2000 – V ZR 39/99 – NJW 2000, 2901.

⁷⁴ Vgl. F. Hofmann, Die Haftung von Internetplattformen und Internetzugangsvermittlern – Auf dem Weg von der Sonderdogmatik zum Kernzivilrecht; F. Hofmann, Disziplinarität, Intradisziplinarität und Interdisziplinarität am Beispiel der Grundsätze „mittelbarer Verantwortlichkeit“. Vergewisserungen aus Sicht der Privatrechtswissenschaft, JZ, 2018, 746.

⁷⁵ Für eine Markenverletzung auf eBay ist primär derjenige verantwortlich, der das markenverletzende Verkaufsangebot auf die Plattform hochlädt. Die Bereitstellung einer Transaktionsplattform ist nur indirekt Ursache für die Markenverletzung.

⁷⁶ BGH 1.12.2006 – V ZR 112/06 – NJW 2007, 432 Rn. 11 f.

⁷⁷ Raff, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2023, § 1004 Rn. 152, 156; s. a. BGH 26.3.2021 – V ZR 77/20 – NJW-RR 2021, 671.

⁷⁸ Picker, Privatrechtssystem und negatorischer Rechtsschutz, 2019, 35, 104, 135 f., 144 f., 147, 154, 171, 305, 383, 390 f.

sind.⁷⁹ Kraft seiner „faktisch rechtsusurpierenden Sperrposition“ habe der Störer tatsächlich inne, was dem Gestörten fehle.⁸⁰ Mit der faktischen Inanspruchnahme des fremden Rechts bestehe ein Tatbestand elementarer Rechtsverletzung, den es unbedingt zu korrigieren gelte.⁸¹ Der Störer ist damit verpflichtet die faktische Anmaßung von Befugnissen des Gestörten zu beenden. Ziel ist die Wiederherstellung der rechtlichen Integrität. Damit ist zugleich der Beseitigungsanspruch umschrieben. Die herrschende Meinung läuft demgegenüber nach *Picker* stets Gefahr, durch die handlungsbezogene Auslegung die Grenzen zwischen § 823 BGB, der verschuldensabhängig ist, und dem § 1004 Abs. 1 BGB zu verwischen.

Während die Verpflichtung zur Beseitigung (insbesondere ihrem Umfang nach) zweifelsohne von der Verpflichtung zum Schadensersatz abzugrenzen ist,⁸² stellt sich nach allen Ansicht vor allem die Frage nach der Reichweite der geschützten Rechtsposition. Während nach *Picker* Intermediäre wie eBay deshalb für Markenverletzungen als Störer haften können, weil sie die Marke dadurch „usurpieren“, indem sie in einen Vorfeldschutz („cordon sanitaire“) eingreifen (der Zuweisungsgehalt der geschützten Rechtsposition wird gleichsam erweitert),⁸³ hat die Gegenansicht einschließlich der Rechtsprechung Handlungspflichten zum Schutz z. B. von Markenrechten entwickelt. Beide Konzepte wählen unterschiedliche dogmatische Erklärungen, die jeweils für sich genommen schlüssig sind. Gerade in den modernen Fällen der Intermediärhaftung hat sich gezeigt, dass Anleihen bei der Lehre vom Handlungsunrecht zu einer klareren Systematisierung des Haftungsrechts insgesamt beitragen können.⁸⁴ Wie weit entsprechende Handlungspflichten in Form von Verkehrspflichten reichen, muss ebenso wie die Reichweite des

⁷⁹ *Picker*, Privatrechtssystem und negatorischer Rechtsschutz, 2019, 33, 365, 333.

⁸⁰ *Picker*, Privatrechtssystem und negatorischer Rechtsschutz, 2019, 243.

⁸¹ *Picker*, Privatrechtssystem und negatorischer Rechtsschutz, 2019, 243.

⁸² Auch beim Schadensersatz muss der *Umfang* des zu leistenden Ausgleichs bestimmt werden, was von der Frage der Rechtsverletzung zu trennen ist. Letztere ist allein Voraussetzung dafür, dass ein Schadensersatzanspruch dem Grunde nach besteht. Auch wenn eine Rechtsverletzung eingetreten ist, ist damit noch nicht beantwortet, welche daraus resultierende „Störungen“ im Einzelnen zu beseitigen sind.

⁸³ *Picker*, Prävention durch negatorischen Schutz, in: Tichý/Hrádek (Hrsg.), *Prevention in Law*, 2013, S. 61, 87 ff., 97 ff., 99.

⁸⁴ Vgl. *Wagner*, Haftung von Plattformen für Rechtsverletzungen (Teil 1), GRUR 2020, 329 und (Teil 2) GRUR 2020, 447; *Wagner*, Die Voraussetzungen negatorischen Rechtsschutzes – Versuch einer Neubegründung –, in: Beuthien/Fuchs/Roth/Schiemann/Wacke (Hrsg.), *Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts*, Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag am 9. Mai 2009, Köln 2009, S. 589

„cordon sanitaire“⁸⁵ schlussendlich durch eine Interessenabwägung bestimmt werden.⁸⁶

7. Exkurs: Entstehungsvoraussetzungen Beseitigungsanspruch

Ein Beseitigungsanspruch verlangt anders als der Unterlassungsanspruch keine Begehungsgefahr. Voraussetzung ist vielmehr, dass ein Störungszustand eingetreten ist, dessen Beseitigung der Anspruchssteller vom „Störer“ verlangen kann. Im Hinblick auf § 1004 i.V.m. § 903 BGB bedarf es also eines dem Inhalt des Eigentums widersprechenden Zustandes.⁸⁷ Was unter einem Störungszustand genau zu verstehen ist, lässt sich (ebenso wie die bereits diskutierte Frage, wer für einen Störungszustand verantwortlich ist) nicht immer leicht beantworten. Im Wettbewerbsrecht hat zB ein Gericht gemeint, dass selbst das „Haben von Geld“ einen Störungszustand begründen kann.⁸⁸ Im Fall hatte eine Bank ein Entgelt für eine Dienstleistung verlangt. Hierfür gab es keine wirksame rechtliche Grundlage. Folglich sollte nach Ansicht des OLG Dresden die Bank die zu Unrecht erwirtschafteten Entgelte über den wettbewerbsrechtlichen Beseitigungsanspruch herausgeben.

Dass der betroffene Verbraucher über das Bereicherungsrecht einen Anspruch auf Rückzahlung hat, steht außer Frage. Ob aber allein durch das „Haben des Geldes“ ein wettbewerbsrechtlicher Störungszustand eingetreten ist, erscheint sehr fraglich. Das UWG will unzulässige geschäftliche Handlungen unterbinden, z. B. die Verwendung unwirksamer AGB-Klauseln. In diesem Sinne wäre die Verwendung einer rechtswidrigen Klausel (z. B. Erhebung eines bestimmten Entgelts) ein entsprechender Störungszustand. Über einen Beseitigungsanspruch könnte zweifelsohne verlangt werden, dass die entsprechende Klausel entfernt wird. Über einen Unterlassungsanspruch käme man im Übrigen zum gleichen Ergebnis. Wer verpflichtet ist, eine rechtswidrige Klausel nicht zu verwenden, wird dem allein dadurch nachkommen können, indem er die Klausel löscht. Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche sind wie zwei sich überschneidende Kreise.⁸⁹ Dass aber die finanzielle Bereicherung durch die Bank einen rechtswidrigen Störungszustand begründen können soll, erscheint wie gesagt

⁸⁵ Auch hier geht es in der Sache um Verkehrspflichten, vgl. *Picker*, Prävention durch negatorischen Schutz, in: *Tichý/Hrádek* (Hrsg.), S. 61, 99.

⁸⁶ Eingehende vergleichende Analyse bei *F. Hofmann*, Die Haftung von Internetplattformen und Internetzugangsvermittlern – Auf dem Weg von der Sonderdogmatik zum Kernzivilrecht, *ZfPW* 2021, 385.

⁸⁷ BGH 1.3.2013 – V ZR 14/12 – NJW 2013, 1809 Rn. 14 – Preußische Gärten und Parkanlagen II.

⁸⁸ OLG Dresden 10.4.2018 – 14 U 82/16 – GRUR-RR 2018, 428 Tz. 28 ff. – Kontobelastung bei Pfändung; sehr kritisch *Köhler* WRP 2019, 269.

⁸⁹ Zu Überschneidungen vgl. *Fritzsche*, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage, S. 201 ff.; zu aus Unterlassungsansprüchen abgeleitete Handlungspflichten *F. Hofmann*, in: *Peifer* (Hrsg.), *UWG Großkommentar*, 3. Aufl. 2021, § 8 Rn. 69 ff.

nicht überzeugend. Mit einem „remedy-Ansatz“ könnte man auch wie folgt argumentieren: Im Falle einer Rechtsverletzung, sind die dadurch hervorgerufenen Störungen zu beseitigen. Nicht jedwede „Störung“ wäre aber davon umfasst. Allen voran, wenn sich die vermeintliche Störung nicht als Aufrechterhaltung der Rechtsverletzung erweist, ist die begehrte Beseitigung nicht vom Beseitigungsanspruch umfasst.

Es wurde schon darauf hingewiesen, dass nach *Picker* ein Störungszustand dann vorliegen soll, wenn sich der Schuldner in den Rechtskreis des Berechtigten begibt, gleichsam dessen rechtliche Befugnis faktisch usurpiert. Über den negatorischen Rechtsschutz werde ein der Rechtsordnung als Rechtszuweisungsordnung widersprechender Zustand beendet oder verhindert, der dadurch entsteht, dass der Störer durch die reale Überdehnung seines eigenen Rechtsraums den des Gestörten überlagere und damit rechtszuweisungswidrig verkürzt.⁹⁰ Um aber z. B. Fälle mittelbarer Verantwortlichkeit adäquat zu lösen (z. B. Löschungspflichten von eBay im Hinblick auf markenrechtsverletzende Werbeanzeigen Dritter) muss *Picker* – wie bereits erwähnt – den Schutzbereich des Rechts ausdehnen, damit seine Theorie funktioniert. Zur Erinnerung: Er will den Ausschließlichkeitsrechten einen „cordon sanitaire“ umlegen.⁹¹ Eine Verkehrspflichtverletzung (z. B. eBay löscht ein rechtswidriges Angebot trotz Hinweis auf die Verletzung nicht) wäre damit eine faktische Anmaßung der Befugnisse des Berechtigten.⁹² Dies zeigt: Sowohl was am Ende ein Störungszustand ist als auch wer dafür verantwortlich ist, hängt eng miteinander zusammen und ist schlussendlich normativ zu bestimmen (bereits IV. 6.).⁹³

V. Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs

Der Unterlassungsanspruch kann gerichtlich oder außergerichtlich durchgesetzt werden. Es stellt sich allerdings die Frage: Wie soll ein Unterlassungsanspruch durchgesetzt werden? Schadensersatzansprüche können *erfüllt* werden, indem der Schuldner den Schadensersatz leistet. Auch der Beseitigungsanspruch kann erfüllt werden, wenn der Störer den rechtswidrigen Störungszustand für die Zukunft aufgibt, also die Störung beseitigt. Die Besonderheit des Unterlassens liegt demgegenüber darin, dass eine Handlung gerade nicht vorgenommen werden soll. Dies kann auch nicht durch Dritte geschehen, sondern der Schuldner hat diese

⁹⁰ *Picker*, Privatrechtssystem und negatorischer Rechtsschutz, 2019, 240, 250 f., 192.

⁹¹ *Picker*, Privatrechtssystem und negatorischer Rechtsschutz, 2019, 36, 74, 339; *Picker*, Prävention durch negatorischen Schutz, in: Tichý/Hrádek (Hrsg.), S. 61.

⁹² Zum Ganzen ausführlich *F. Hofmann*, Die Haftung von Internetplattformen und Internetzugangsvermittlern – Auf dem Weg von der Sonderdogmatik zum Kernzivilrecht, ZfPW 2021, 385.

⁹³ BGH 26.3.2021 – V ZR 77/20 – NJW-RR 2021, 671 Rn. 9.

Pflicht höchstpersönlich zu erfüllen. Es muss daher überlegt werden, wie auf den Willen des Unterlassungsschuldners eingewirkt werden kann, so dass sich dieser fortan rechtskonform verhält.

1. Gerichtliche Durchsetzung

Das Prozessrecht bietet dabei folgende Lösung an: Im Zwangsvollstreckungsrecht findet sich § 890 ZPO. Dort heißt es: „Handelt der Schuldner der Verpflichtung zuwider, eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden, so ist er wegen einer jeden Zuwiderhandlung auf Antrag des Gläubigers von dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges zu einem Ordnungsgeld und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, zur Ordnungshaft oder zur Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu verurteilen.“ Das Zwangsvollstreckungsrecht hält also Beugemittel vor. Sollte der Unterlassungsschuldner einer gerichtlich titulierten Unterlassungspflicht nicht gehorchen, kann er zur Zahlung von Ordnungsgeld verurteilt werden oder es droht ihm gar Ordnungshaft. Es handelt sich dabei nicht um eine Bestrafung, sondern um einen Anreiz, dass sich der Schuldner rechtskonform verhalten soll.

Zusammengefasst: Der Inhaber eines Unterlassungsanspruchs kann diesen Anspruch vor Gericht einklagen. Das Gericht bestätigt dabei gleichsam, dass der Gläubiger einen entsprechenden Unterlassungsanspruch hat. Der Tenor lautet etwa: „Der Beklagte wird verurteilt es zu unterlassen [...]“. Dieser Titel ist wiederum Grundlage für Zwangsvollstreckungsmaßnahmen nach § 890 ZPO. Auf diese Weise soll erreicht werden, dass sich der Schuldner letztlich wieder rechtskonform verhält.

2. Außergerichtliche Durchsetzung

a) Abmahnung und strafbewehrte Unterlassungserklärung

Der Unterlassungsanspruch kann auch außergerichtlich durchgesetzt werden. Die vom Prozessrecht vorgesehenen Mechanismen können privatautonom nachgebildet werden.⁹⁴ Wie funktioniert das? Der Schuldner des gesetzlichen Unterlassungsanspruchs kann mit dem Gläubiger dieses Anspruchs eine vertragliche Vereinbarung abschließen, wonach sich der Schuldner nunmehr vertraglich verpflichtet, die streitgegenständliche Rechtsverletzung zu unterlassen. Der gesetzliche Unterlassungsanspruch wird also vertraglich nachgebildet, kurzum: auf rechtsgeschäftlicher Grundlage neu begründet.

⁹⁴ Vgl. F. Hofmann, „Anspruchsdenken“ und „Remedydenken“ im deutschen Privatrecht. Ein Perspektivwechsel durch die Unterscheidung von Rechtszuweisungs- und Rechtsdurchsetzungsnormen, JuS 2018, 833, 836.

Zugleich wird diese Vereinbarung dadurch abgesichert, dass der Schuldner für den Fall eines Verstoßes gegen diese vertragliche Vereinbarung (= vertraglicher Unterlassungsanspruch) eine Vertragsstrafe an den Gläubiger zahlt. Dies wird als strafbewehrte Unterlassungserklärung bezeichnet. In der Praxis mahnt der Gläubiger den Unterlassungsschuldner ab, er weist ihn also gleichsam auf den Verstoß hin, und fordert ihn zur Unterzeichnung der meist schon der Abmahnung beigefügten Unterlassungserklärung mit Vertragsstrafeversprechen auf.

Warum aber sollte der Schuldner diesen Vertrag unterzeichnen? Ganz einfach: Verspricht er, im Falle einer erneuten Zuwiderhandlung an den Berechtigten eine Vertragsstrafe zu zahlen, erlischt der gesetzliche Unterlassungsanspruch. Die Wiederholungsgefahr entfällt.⁹⁵ Der Schuldner hat schließlich versprochen, die Verletzung nicht nochmals zu begehen. Wegen des Vertragsstrafeversprechens ist dies auch als ernst gemeint einzustufen. Wenn der gesetzliche Unterlassungsanspruch aber untergeht (Ausräumung der Wiederholungsgefahr als rechtsvernichtende Einwendung),⁹⁶ droht dem Unterlassungsschuldner kein gerichtliches Verfahren und keine Verurteilung zur Unterlassung wegen des gesetzlichen Unterlassungsanspruchs. Ihm drohen keine prozessualen Kostenrisiken.

Auch der Gläubiger hat etwas davon. Er bekommt ohne ein aufwendiges Gerichtsverfahren sofort was er möchte: Der Unterlassungsvertrag entspricht funktional einem Titel in einem gerichtlichen Verfahren.⁹⁷ Während der gerichtliche Titel den gesetzlichen Unterlassungsanspruch gleichsam bestätigt, stellt auch die vertragliche Unterlassungsvereinbarung den gesetzlichen Unterlassungsanspruch auf eine neue Grundlage. Der Unterlassungsvertrag bestätigt der Sache nach die bestehende gesetzliche Unterlassungspflicht. Die Vertragsstrafe entspricht dann funktional § 890 ZPO. Auch sie dient als Anreiz, dass der Schuldner sich rechtskonform verhält. Für den Gläubiger hat sie zudem noch einen Vorteil: Im erneuten Verletzungsfall geht die Vertragsstrafenzahlung direkt an ihn, nicht an die Staatskasse.

b) Kostentragungspflicht

⁹⁵ BGH 5.3.1998 – I ZR 202/95 – GRUR 1998, 953, 954 – Altunterwerfung III; BGH 12.7.1995 – I ZR 176/93 – GRUR 1995, 678, 679 – Kurze Verjährungsfrist.

⁹⁶ F. Hofmann, in: Peifer (Hrsg.), UWG Großkommentar, 3. Aufl. 2021, § 8 Rn. 16.

⁹⁷ F. Hofmann, „Anspruchsdenken“ und „Remedydenken“ im deutschen Privatrecht. Ein Perspektivwechsel durch die Unterscheidung von Rechtszuweisungs- und Rechtsdurchsetzungsnormen, JuS 2018, 833, 836.

Die Kosten der Abmahnung (Hinweis auf die Rechtsverletzung, Aufforderung zur Unterzeichnung einer strafbewehrten Unterlassungserklärung)⁹⁸ hat der Unterlassungsschuldner zu tragen. Während dies früher aus dem Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag abgeleitet wurde,⁹⁹ steht es in den modernen Gesetzen ausdrücklich im Gesetz. Verwiesen werden soll nur auf § 97a Abs. 3 S. 1 UrhG oder § 13 Abs. 3 UWG. Wertungsmäßig ist dies überzeugend.¹⁰⁰ Es obliegt dem Rechtsverletzer die Wiederholungsgefahr auszuräumen; er hat damit die Unterlassungsvereinbarung vorzubereiten und – wenn der Schuldner diese vorbereitet – die Kosten hierfür zu übernehmen.

Dieses außergerichtliche Instrument der Abmahnung hat sich als höchst effektiv erwiesen. Im Wettbewerbsrecht werden wie auch im Recht des Geistigen Eigentums die meisten Streitigkeiten auf diese Weise schnell und kostengünstig beigelegt. Allerdings ist dieses Instrument auch missbrauchsanfällig. Teils wird versucht, vor allem deshalb abzumahnern, um einen Kostenerstattungsanspruch zu erhalten.¹⁰¹ Der Gesetzgeber hat immer wieder Versuche unternommen, Missbrauch zu bekämpfen. Zuletzt wurde die „Abmahnung“ im Lauterkeitsrecht (UWG) reformiert (vgl. § 13 UWG n. F.; s. a. § 13a UWG n. F.).¹⁰² Auf diesen Problemkreis kann hier nicht weiter eingegangen werden. Nur ein Satz: Es besteht ein Zielkonflikt zwischen überschießender Rechtsdurchsetzung einerseits und effektivem Rechtsschutz andererseits.

VI. Dogmatische Grundstrukturen der Unterlassungshaftung

1. Kaskade von Unterlassungspflichten

Es sollen nun ein paar wenige analytische Anmerkungen zum Unterlassungsanspruch folgen. Gerade wurde die Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs nachgezeichnet. Der Anspruch des materiellen Rechts wird durch das Gericht bestätigt und kann sodann vollstreckt werden. Wenn man dies genauer betrachtet, stellt man fest, dass es stets um *Unterlassungspflichten*

⁹⁸ Lesenswerte Monographie zur „Abmahnung“ *Nosch*, Die Abmahnung im Zivilrecht: Eine ganzheitliche Betrachtung inkl. Schutzrechtsverwarnung, 2012.

⁹⁹ BGH 17.7.2008 – I ZR 219/05 – GRUR 2008, 996 Rn. 34 – Clone-CD; erstmals BGH 15.10.1969 – I ZR 3/68 – GRUR 1970, 189, 190 – Fotowettbewerb; *Mes*, GRUR 1978, 345, 346.

¹⁰⁰ *F. Hofmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 445 ff.

¹⁰¹ Ein Mitbewerber oder Verband, der einen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch geltend macht, steckt mit dem Anwalt, der die Kosten abrechnet unter einer Decke. Die Anwaltskosten sind somit nicht ein „Aufwand“ zur Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs, sondern ein Entgelt, das sich Abmahnanwalt und Anspruchssteller teilen.

¹⁰² Zu Folgeproblemen *F. Hofmann*, Versteckte Haftungsfälle im neuen UWG bei der Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs durch Mitbewerber? WRP 2021, 1.

geht.¹⁰³ Im Grunde genommen ist eine bestehende Unterlassungspflicht der Startpunkt. Der Professor im Hörsaal beispielsweise ist allen im Raum anwesenden Zuhörern gegenüber verpflichtet, es zu unterlassen, diese zu beleidigen oder körperlich anzugreifen. Das ist der Kern des Unterlassungsprozesses. Allerdings besteht in den meisten Fällen – regelmäßig finden sich bei Vorträgen friedliche und anständige Zeitgenossen – kein Bedarf für einen Prozess, ja nicht einmal für einen Unterlassungsanspruch. Die Pflicht muss also nicht durchgesetzt werden. Droht eine Verletzung oder hat eine solche gar schon stattgefunden, z. B. durch eine Patentverletzung, dann entsteht auch der Unterlassungsanspruch. Auch hierin spiegelt sich die schon beschriebene Unterlassungspflicht der ersten Stufe, keine rechtswidrigen Handlungen, also im Beispiel keine Patentverletzung, vorzunehmen. Die Unterlassungspflicht wird also auf eine neue Stufe gehoben. Gleiches gilt für die Unterlassungsklage. Gegenstand ist nun nicht mehr die ursprüngliche Unterlassungspflicht, sondern der Unterlassungsanspruch. Allerdings findet sich hierin gerade die ursprüngliche Pflicht. Der Unterlassungsanspruch wird sodann als Grundlage für die Zwangsvollstreckung tenoriert. Der Unterlassungsanspruch wird damit erneut auf eine neue Stufe gehoben, auch wenn im Grunde die ursprüngliche Unterlassungspflicht fortwirkt.

Nun zum entscheidenden Punkt: Auch wenn es – wie gesagt – eigentlich stets um die ursprüngliche Unterlassungspflicht geht, wird diese doch auf jeder Stufe konkretisiert und eigenständig festgelegt. Dies kann als eine Kaskade der Unterlassungspflichten beschrieben werden.¹⁰⁴ Grundlage der Zwangsvollstreckung ist damit auch nicht die ursprüngliche Pflicht oder der Unterlassungsanspruch, sondern der Unterlassungstenor. Darin ist die ursprüngliche Pflicht verkörpert, aber so wie das Gericht sie zu verstehen meint.

2. Kerntheorie

Und noch eine Besonderheit kommt hinzu: Der Unterlassungsschuldner ist nicht nur verpflichtet, das verletzende Verhalten zu unterlassen, sondern auch kerngleiche Handlungen nicht vorzunehmen (Kerntheorie).¹⁰⁵ Die durch eine Verletzungshandlung begründete tatsächliche Vermutung der Wiederholungsgefahr erstreckt sich nicht nur auf identische, sondern auch auf im

¹⁰³ Zur dogmatischen Struktur und der Struktur der Rechtsdurchsetzung *F. Hofmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 421 ff.; zu Unterlassungspflichten als Kern des Unterlassungsanspruchs dort § 9.

¹⁰⁴ *F. Hofmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 431 ff.

¹⁰⁵ Nur BGH 22.02.1952 – I ZR 117/51 – GRUR 1952, 577, 580 – Fischermännchen- Zwilling- Illing; *Jaworski* in: Ingerl/Rohnke/Nordemann, Markengesetz, 4. Aufl. 2023, Vorbemerkungen zu §§ 14–19d Ansprüche bei Kennzeichenverletzung (Marken und geschäftliche Bezeichnungen) Rn. 154.

Kern gleichartige Verletzungsformen, die von der konkreten Verletzungshandlung nur unbedeutend abweichen und bei denen das Charakteristische der Verletzungshandlung noch zum Ausdruck kommt. Gleiches gilt für den titulierten Unterlassungsanspruch. Nach dieser „Kerntheorie“ wird auch jeder Verstoß, der weiterhin den Kern des Verbotes trifft, vom titulierten Unterlassungsgebot mit umfasst. Diese Kerntheorie erweitert damit die Unterlassungspflichten auf jeder Stufe.

VII. Funktion

Ganz kurz soll auch noch auf die Funktionen des Unterlassungsanspruchs eingegangen werden.¹⁰⁶ Traditionell wird dem Unterlassungsanspruch eine Präventionsfunktion zugeschrieben. Es ist besser Schäden zu verhüten, als nachträglich zu vergüten. Auch wird vertreten, dass der Unterlassungsanspruch Wesenselement von Rechtszuweisungen ist. Dies gilt insbesondere für Ausschließlichkeitsrechte. Ohne einen Abwehranspruch würde sich die Rechtsposition quasi selbst aufheben. Interessant sind vor allem aber ökonomische Überlegungen: Danach wird der Unterlassungsanspruch vor allem als ein Verhandlungsinstrument beschrieben. Über den Unterlassungsanspruch hat der Berechtigte die Möglichkeit, für die Nutzung seiner Rechtsposition vom Dritten eine Vergütung zu erhalten. Deren Höhe kann privatautonom ausgehandelt werden. Ohne einen Unterlassungsanspruch könnte sich der Dritte hingegen ungefragt am Schutzgegenstand bedienen, müsste allenfalls nachträglich eine Vergütung entrichten, deren Höhe aber nicht mehr so richtig verhandelt werden könnte.

Diese Funktion des Unterlassungsanspruchs als Verhandlungsinstrument funktioniert jedoch nicht immer: Es können Verhandlungsstörungen bestehen oder die Transaktionskosten können zu hoch sein. In derartigen Fällen wäre der Unterlassungsanspruch aus ökonomischer Sicht die unpassende Rechtsfolge. Es könnte ein *hold-up* bestehen und damit dem Unterlassungsanspruch gar eine Straffunktion zukommen. Beispiele sind etwa Fälle im Nachbarrecht. In der Tat besteht statt eines Unterlassungsanspruchs bei bestimmten Beeinträchtigungen im Nachbarrecht nach § 906 II S. 2 BGB lediglich ein Entschädigungsanspruch. Hier würden Verhandlungen wohl strukturell scheitern. Ähnlich kann im Urheberrecht der Urheber Privatkopien gemäß § 53 UrhG nicht verhindern. Er hat lediglich Anspruch auf eine Vergütung (vgl. § 54 Abs. 1 UrhG). Auch hier würden

¹⁰⁶ Übersicht dazu bei F. Hofmann, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, § 8; kurze Zusammenfassung bei F. Hofmann, in: Peifer (Hrsg.), UWG Großkommentar, 3. Aufl. 2021, § 8 Rn. 13.

Verhandlungen wegen prohibitiv hoher Transaktionskosten scheitern. Derartige „vergütungspflichtige Schranken“ lassen sich auch als Problem der Rechtsdurchsetzung interpretieren.¹⁰⁷ Es besteht situationsspezifisch kein Unterlassungsanspruch, wohl aber wird das (Urheber-)Recht anderweitig verwirklicht, nämlich durch einen Vergütungsanspruch.

VIII. Zwei aktuelle Entwicklungen

Abschließend soll noch auf zwei aktuelle Entwicklungen in Deutschland eingegangen werden.

1. Verhältnismäßigkeit

In Deutschland gab es zuletzt eine Debatte, ob der im deutschen Recht bestehende Automatismus zwischen Rechtsverletzung und der Entstehung des Unterlassungsanspruchs noch zeitgemäß ist. Sollte der Unterlassungsanspruch flexibler werden? Das Problem ist vor allem im Patentrecht aufgetaucht.¹⁰⁸ Hier können in einzelnen Produkten, z. B. in einem Auto oder einem Smartphone, eine sehr große Zahl von Patenten verbaut sein. Verletzt der Produzent auch nur ein einziges, droht ein Vertriebsstopp.¹⁰⁹ Der Unterlassungsanspruch ist verschuldensunabhängig. Jedoch erscheint es nachvollziehbar, dass in derartigen Fällen komplexer Erzeugnisse ein Patent „übersehen“ wird. Der Gesetzgeber hat daher reagiert und § 139 Abs. 1 PatG, die Anspruchsgrundlage für den patentrechtlichen Unterlassungsanspruch, neu formuliert. Es findet sich nunmehr ein Verhältnismäßigkeitsvorbehalt in S. 3: „Der Anspruch ist ausgeschlossen, soweit die Inanspruchnahme aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls und der Gebote von Treu und Glauben für den Verletzer oder Dritte zu einer unverhältnismäßigen, durch das Ausschließlichkeitsrecht nicht gerechtfertigten Härte führen würde“. Ausweislich von § 139 Abs. 1 S. 4 ist dem Verletzer in diesem Fall ein angemessener Ausgleich in Geld zu gewähren.

Klar ist, dass die ursprüngliche Sichtweise, wonach der Unterlassungsanspruch „harmlos“ sei, weil ja „nur“ die Einstellung des verletzenden Verhaltens verlangt wird, nicht so richtig überzeugt. Unterlassungsansprüche können durchaus „scharfe“ Konsequenzen haben. Es wurde schon darauf hingewiesen, dass dem Verletzer die Chance genommen wird, seine Investitionen zu amortisieren. Auch die Umstellung der Produktion, wodurch die Verletzung abgestellt wird, kann

¹⁰⁷ F. Hofmann, Kontrolle oder nachlaufender Rechtsschutz – wohin bewegt sich das Urheberrecht?

Rechtsdurchsetzung in der EU zwischen Kompensation und Bestrafung, GRUR 2018, 21, 22 f.

¹⁰⁸ Lesenswert Stierle, Der quasi-automatische Unterlassungsanspruch im deutschen Patentrecht

Ein Beitrag im Lichte der Reformdiskussion des § 139 I PatG, GRUR 2019, 873.

¹⁰⁹ Vgl. zu einem Beispielsfall BGH 10.5.2016 – X ZR 114/13 – GRUR 2016, 1031 – Wärmetauscher.

teuer sein. Zu bedenken ist natürlich, dass der Grund hierfür eben in der Rechtsverletzung liegt. Allerdings kann es eben auch sein, dass die Verletzung verschuldensunabhängig geschehen ist, letztlich nicht zu vermeiden war. Deshalb scheint es richtig, Unterlassungsansprüche nicht automatisch zu gewähren. Auch auf der Rechtsdurchsetzungsebene („*remedy*-Ebene“) kann noch eine „Feinsteuerung“ dadurch erfolgen, dass in bestimmten Fällen der Unterlassungsanspruch nicht greift. Es bedarf einer differenzierten Betrachtung auch der Rechtsdurchsetzung. Über die Rechtsdurchsetzung kann der gebotene Interessenausgleich noch verfeinert werden. Die Rechtsordnung ist gut beraten, auch die Rechtsdurchsetzung als letzte „Stellschraube“ zur interessengerechten Ausgestaltung von Ausschließlichkeitsrechten, aber auch sonstigen Verhaltenspflichten zu nutzen.¹¹⁰

In diesem Sinne wollen manche § 275 II BGB auf Unterlassungsansprüche anwenden.¹¹¹ Nach dieser Vorschrift ist der Anspruch – vereinfacht gesagt – im Falle der Unverhältnismäßigkeit ausgeschlossen. Im Urheberrecht gibt es in diesem Sinne § 100 S. 1 UrhG: „Handelt der Verletzer weder vorsätzlich noch fahrlässig, kann er zur Abwendung der Ansprüche nach den §§ 97 und 98 den Verletzten in Geld entschädigen, wenn ihm durch die Erfüllung der Ansprüche ein unverhältnismäßig großer Schaden entstehen würde und dem Verletzten die Abfindung in Geld zuzumuten ist.“ Im Wettbewerbsrecht spielen vor allem Aufbrauchsfristen eine Rolle.¹¹² Der Unterlassungsanspruch wird temporär ausgesetzt, so dass der Schuldner die Vorräte der rechtsverletzenden Produkte vorbehaltlich einer Interessenabwägung noch verkaufen kann. Verletzt z. B. das Etikett eines Joghurts ein Kennzeichenrecht, kann es dem Verletzer gestattet sein, den bereits hergestellten Joghurt noch zu verkaufen. Dadurch sollen hohe Schäden (und eine Lebensmittelverschwendung) verhindert werden. Voraussetzung ist, wie angedeutet, dass dies dem Kennzeichenrechtsinhaber zumutbar ist und er für etwaige Schäden kompensiert wird. Der Wettbewerbsverstoß bleibt rechtswidrig. Eine solche *Rechtsfolgendifferenzierung* ist dem deutschen Privatrecht damit nicht völlig fremd. Womöglich kann man dies sogar als ein eigenständiges Prinzip begreifen.¹¹³ Die Neuregelung im Patentrecht fügt sich damit durchaus in das

¹¹⁰ F. Hofmann, Die Systematisierung des Interessenausgleichs im Urheberrecht am Beispiel des Rechts der öffentlichen Wiedergabe, ZUM 2018, 641, 647 ff.; F. Hofmann, Kontrolle oder nachlaufender Rechtsschutz – wohin bewegt sich das Urheberrecht? Rechtsdurchsetzung in der EU zwischen Kompensation und Bestrafung, GRUR 2018, 21.

¹¹¹ Ohly, „Patenttrolle“ oder: Der patentrechtliche Unterlassungsanspruch unter Verhältnismäßigkeitsvorbehalt? Aktuelle Entwicklungen im US-Patentrecht und ihre Bedeutung für das deutsche und europäische Patentsystem, GRUR Int. 2008, 787, 796.

¹¹² Übersicht bei J. B. Nordemann, Die Aufbrauchfrist im deutschen Wettbewerbs-, Marken- und Urheberrecht, ZGE 2019, 309.

¹¹³ F. Hofmann, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, 462 ff.

deutsche System ein, erst recht natürlich ist er an das europäische Recht anchlussfähig.¹¹⁴

Wichtig ist allerdings: Auf der Rechtsdurchsetzungsebene kann es lediglich um die Besonderheiten des Einzelfalls gehen, um eine Feinsteuerung („fine-tuning“). Die Grundentscheidungen des materiellen Rechts im engeren Sinne dürfen nicht einfach umgekehrt werden. Wird Rechtsschutz verweigert, kommt dies ja praktisch (nicht aber dogmatisch) einer Verkürzung der Rechtsposition gleich. Überlegungen, die Rechtsdurchsetzung auf Basis einer freien Interessenabwägung einzuschränken und dabei namentlich öffentlichen Interessen besonderes Gewicht zu geben, sollten daher skeptisch gesehen werden.

2. Rückruffpflichten

Eine zweite aktuelle Debatte findet sich vor allem im Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht. Die Rechtsprechung hat in einer Reihe jüngerer Leitentscheidungen die Pflichten des Unterlassungsschuldners ausgedehnt: Er schuldet demnach nicht nur die Einstellung der untersagten Praxis, sondern muss namentlich bereits ausgelieferte Produkte zurückrufen.¹¹⁵ Der Schuldner einer auf Unterlassung lautenden Entscheidung kann zu einem aktiven Handeln verpflichtet sein und daher, wenn er diese Handlungspflicht verletzt, gegen den Unterlassungstitel verstoßen. Abweichend von der Verwendung des Begriffs des „Unterlassens“ im allgemeinen Sprachgebrauch ist im Wege der Auslegung des Unterlassungstitels zu ermitteln, welche Verhaltensweisen dieser erfasst und ob er den Schuldner zu einem aktiven Handeln verpflichtet. Bei einer Handlung, die einen fortdauernden Störungszustand geschaffen hat, ist der die Handlung verbietende Unterlassungstitel mangels abweichender Anhaltspunkte regelmäßig dahin auszulegen, dass er außer zur Unterlassung derartiger Handlungen auch zur Vornahme möglicher und zumutbarer Handlungen zur Beseitigung des Störungszustands verpflichtet.¹¹⁶ Hat der Schuldner etwa rechtsverletzende Produkte in den Verkehr gebracht, verlangt die Rechtsprechung, dass er sich um einen Rückruf derselben bemüht: In einer Entscheidung zum Vertrieb von

¹¹⁴ Zu einem durchsetzungsbezogenen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Unionsrecht, *Leistner*, Unterlassungsverfügung im Einheitspatentsystem. Ermessensspielraum oder gebundene Entscheidung? GRUR 2022, 1633, 1635 ff.

¹¹⁵ Zur Problematik ausführlich *F. Hofmann*, in: Peifer (Hrsg.), UWG Großkommentar, 3. Aufl. 2021, § 8 Rn. 73 ff.

¹¹⁶ BGH 17.10.2019 – I ZB 19/19 – GRUR 2020, 548 – Diätische Tinnitusbehandlung; BGH 17.10.2019 – I ZB 18/19 – GRUR-RS 2019, 35646 – Diätische Migränebehandlung; BGH 12.7.2018 – I ZB 86/17 – GRUR 2018, 1183 – Wirbel um Bauschutt; BGH 11.10.2017 – I ZB 96/16 – GRUR 2018, 292 – Produkte zur Wundversorgung; BGH 4.5.2017 – I ZR 208/15 – GRUR 2017, 823 – Luftentfeuchter; BGH 29.9.2016 – I ZB 34/15 – GRUR 2017, 208 – Rückruf von RESCUE-Produkten; BGH 19.11.2015 – I ZR 109/14 – GRUR 2016, 720 – Hot Sox.

Wärmepantoffeln beispielsweise führte der BGH in diesem Sinne aus, dass der Schuldner nicht nur verpflichtet war, den weiteren Vertrieb der noch nicht verkauften Wärmepantoffeln einzustellen. Es oblag ihm auch, bereits an den Groß- und Einzelhandel verkaufte Wärmepantoffeln zurückzurufen.¹¹⁷ Anders formuliert: Der Unterlassungsschuldner hat nicht nur den eigenen Vertrieb zu unterlassen, sondern ist auch dafür verantwortlich, dass Dritte das rechtsverletzende Produkt nicht weiterverreiben, also die Rechtsverletzung unterlassen.

Dabei besteht eine Konkurrenz zum Beseitigungsanspruch. Der BGH erwidert darauf: „Bei den Ansprüchen auf Unterlassung einerseits und auf Beseitigung andererseits handelt es sich um selbstständige Ansprüche mit jeweils unterschiedlicher Zielrichtung. Hat eine Verletzungshandlung einen andauernden rechtswidrigen Verletzungszustand hervorgerufen, bestehen die beiden Ansprüche allerdings nebeneinander. Der Gläubiger hat es daher in der Hand, ob er den einen oder den anderen Anspruch oder beide Ansprüche geltend macht. Er kann dementsprechend bereits mit dem Unterlassungsanspruch die Beseitigung des Verletzungszustands verlangen.“¹¹⁸ Allerdings unterscheiden sich die einzelnen Ansprüche im Detail, z. B. werden die Ansprüche jeweils unterschiedlich vollstreckt. Auch kann über den Beseitigungsanspruch regelmäßig nur die gegenwärtige Verletzung beseitigt werden, wohingegen Schutz vor zukünftigen Beeinträchtigungen allein der Unterlassungsanspruch gewährt.

Interpretieren kann man die neue Rechtsprechungslinie dahingehend, dass der Schuldner durch das Inverkehrbringen rechtsverletzender Produkte eine Gefahr geschaffen hat. Wenn Dritte die Rechtsverletzung fortsetzen (z. B. Zwischenhändler vertreiben das rechtsverletzende Produkt), kann der Erstverletzer dafür ebenfalls verantwortlich gemacht werden („mittelbare Verantwortlichkeit“). Die Rechtsverletzung wird nur dann vollumfänglich unterlassen, wenn auch Dritte die Rechtsverletzung unterlassen, wofür eben der Erstverletzer verantwortlich gemacht wird. Ihn trifft mithin eine Verkehrspflicht, die sich auch in Rückrufverpflichtungen äußern kann.¹¹⁹ In jedem Fall ist diese Entwicklung sehr umstritten.

¹¹⁷ BGH 19.11.2015 – I ZR 109/14 – GRUR 2016, 720 – Hot Sox.

¹¹⁸ BGH 11.10.2017 – I ZB 96/16 – GRUR 2018, 292 Rn. 28 – Produkte zur Wundversorgung.

¹¹⁹ *Goldmann* GRUR 2016, 724, 725; *F. Hofmann* in: Möstl/Purnhagen (Hrsg.) Maßnahmen und Sanktionen im Lebensmittelrecht, 2021, 81, 92 ff.; *F. Hofmann*, in: Peifer (Hrsg.), UWG Großkommentar, 3. Aufl. 2021, § 8 Rn. 78.

IX. Fazit

Alles in allem bleibt die negatorische Haftung im Fluss. Es treten dabei nicht nur neue Detailfragen auf, sondern auch die theoretischen Grundlagen des Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch sind in Diskussion. Die deutsche Privatrechtswissenschaft hat sich auch in Zukunft mit dem Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch zu beschäftigen!

Normtexte

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)

§ 12 Namensrecht

Wird das Recht zum Gebrauch eines Namens dem Berechtigten von einem anderen bestritten oder wird das Interesse des Berechtigten dadurch verletzt, dass ein anderer unbefugt den gleichen Namen gebraucht, so kann der Berechtigte von dem anderen Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann er auf Unterlassung klagen.

§ 194 Gegenstand der Verjährung

(1) Das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (Anspruch), unterliegt der Verjährung.

§ 241 Pflichten aus dem Schuldverhältnis

(1) Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen. (...)

§ 275 Ausschluss der Leistungspflicht

(1) Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist.

(2) Der Schuldner kann die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Bei der Bestimmung der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengungen ist auch zu berücksichtigen, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat.

(3) Der Schuldner kann die Leistung ferner verweigern, wenn er die Leistung persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann. (...)

§ 823 Schadensersatzpflicht

(1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

(2) Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.

§ 862 Anspruch wegen Besitzstörung

(1) Wird der Besitzer durch verbotene Eigenmacht im Besitz gestört, so kann er von dem Störer die Beseitigung der Störung verlangen. Sind weitere Störungen zu besorgen, so kann der Besitzer auf Unterlassung klagen.

(2) Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Besitzer dem Störer oder dessen Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft besitzt und der Besitz in dem letzten Jahre vor der Störung erlangt worden ist.

§ 903 Befugnisse des Eigentümers

Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen. Der Eigentümer eines Tieres hat bei der Ausübung seiner Befugnisse die besonderen Vorschriften zum Schutz der Tiere zu beachten.

§ 906 Zuführung unwägbarer Stoffe

(1) Der Eigentümer eines Grundstücks kann die Zuführung von Gasen, Dämpfen, Gerüchen, Rauch, Ruß, Wärme, Geräusch, Erschütterungen und ähnliche von einem anderen Grundstück ausgehende Einwirkungen insoweit nicht verbieten, als die Einwirkung die Benutzung seines Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt. Eine unwesentliche Beeinträchtigung liegt in der Regel vor, wenn die in Gesetzen oder Rechtsverordnungen festgelegten Grenz- oder Richtwerte von den nach diesen Vorschriften ermittelten und bewerteten Einwirkungen nicht überschritten werden. Gleiches gilt für Werte in allgemeinen Verwaltungsvorschriften, die nach § 48 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes erlassen worden sind und den Stand der Technik wiedergeben.

(2) Das Gleiche gilt insoweit, als eine wesentliche Beeinträchtigung durch eine ortsübliche Benutzung des anderen Grundstücks herbeigeführt wird und nicht durch Maßnahmen verhindert werden kann, die Benutzern dieser Art wirtschaftlich zumutbar sind. Hat der Eigentümer hiernach eine Einwirkung zu dulden, so kann er von dem Benutzer des anderen Grundstücks einen angemessenen Ausgleich in Geld verlangen, wenn die Einwirkung eine ortsübliche Benutzung seines Grundstücks oder dessen Ertrag über das zumutbare Maß hinaus beeinträchtigt. (...)

§ 985 Herausgabeanspruch

Der Eigentümer kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen.

§ 1004 Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch

(1) Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen.

(2) Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist.

Patentgesetz (PatG)

§ 9 PatG

Das Patent hat die Wirkung, dass allein der Patentinhaber befugt ist, die patentierte Erfindung im Rahmen des geltenden Rechts zu benutzen. Jedem Dritten ist es verboten, ohne seine Zustimmung

1. ein Erzeugnis, das Gegenstand des Patents ist, herzustellen, anzubieten, in Verkehr zu bringen oder zu gebrauchen oder zu den genannten Zwecken entweder einzuführen oder zu besitzen; (...)

§ 139 PatG

(1) Wer entgegen den §§ 9 bis 13 eine patentierte Erfindung benutzt, kann von dem Verletzten bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Der Anspruch besteht auch dann, wenn eine Zuwiderhandlung erstmalig droht. Der Anspruch ist ausgeschlossen, soweit die Inanspruchnahme aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls und der Gebote von Treu und Glauben für den Verletzer oder Dritte zu einer unverhältnismäßigen, durch das Ausschließlichkeitsrecht nicht gerechtfertigten Härte führen würde. In diesem Fall ist dem Verletzten ein angemessener Ausgleich in Geld zu gewähren. Der Schadensersatzanspruch nach Absatz 2 bleibt hiervon unberührt.

(2) Wer die Handlung vorsätzlich oder fahrlässig vornimmt, ist dem Verletzten zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Bei der Bemessung des Schadensersatzes kann auch der Gewinn, den der Verletzer durch die Verletzung des Rechts erzielt hat, berücksichtigt werden. Der Schadensersatzanspruch kann auch auf der Grundlage des Betrages berechnet werden, den der Verletzer als angemessene Vergütung hätte entrichten müssen, wenn er die Erlaubnis zur Benutzung der Erfindung eingeholt hätte. (...)

Urheberrechtsgesetz (UrhG)

§ 97 Anspruch auf Unterlassung und Schadensersatz

(1) Wer das Urheberrecht oder ein anderes nach diesem Gesetz geschütztes Recht widerrechtlich verletzt, kann von dem Verletzten auf Beseitigung der Beeinträchtigung, bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch

genommen werden. Der Anspruch auf Unterlassung besteht auch dann, wenn eine Zuwiderhandlung erstmalig droht. (...)

§ 97a Abmahnung

(1) Der Verletzte soll den Verletzer vor Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens auf Unterlassung abmahnen und ihm Gelegenheit geben, den Streit durch Abgabe einer mit einer angemessenen Vertragsstrafe bewehrten Unterlassungsverpflichtung beizulegen. (...)

(3) Soweit die Abmahnung berechtigt ist und Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 bis 4 entspricht, kann der Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangt werden. (...)

(4) Soweit die Abmahnung unberechtigt oder unwirksam ist, kann der Abgemahnte Ersatz der für die Rechtsverteidigung erforderlichen Aufwendungen verlangen, es sei denn, es war für den Abmahnenden zum Zeitpunkt der Abmahnung nicht erkennbar, dass die Abmahnung unberechtigt war. Weiter gehende Ersatzansprüche bleiben unberührt.

§ 98 Anspruch auf Vernichtung, Rückruf und Überlassung

(1) Wer das Urheberrecht oder ein anderes nach diesem Gesetz geschütztes Recht widerrechtlich verletzt, kann von dem Verletzten auf Vernichtung der im Besitz oder Eigentum des Verletzers befindlichen rechtswidrig hergestellten, verbreiteten oder zur rechtswidrigen Verbreitung bestimmten Vervielfältigungsstücke in Anspruch genommen werden. Satz 1 ist entsprechend auf die im Eigentum des Verletzers stehenden Vorrichtungen anzuwenden, die vorwiegend zur Herstellung dieser Vervielfältigungsstücke gedient haben.

(2) Wer das Urheberrecht oder ein anderes nach diesem Gesetz geschütztes Recht widerrechtlich verletzt, kann von dem Verletzten auf Rückruf von rechtswidrig hergestellten, verbreiteten oder zur rechtswidrigen Verbreitung bestimmten Vervielfältigungsstücken oder auf deren endgültiges Entfernen aus den Vertriebswegen in Anspruch genommen werden. (...)

(4) Die Ansprüche nach den Absätzen 1 bis 3 sind ausgeschlossen, wenn die Maßnahme im Einzelfall unverhältnismäßig ist. Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit sind auch die berechtigten Interessen Dritter zu berücksichtigen. (...)

§ 100 Entschädigung

Handelt der Verletzer weder vorsätzlich noch fahrlässig, kann er zur Abwendung der Ansprüche nach den §§ 97 und 98 den Verletzten in Geld entschädigen, wenn ihm durch die Erfüllung der Ansprüche ein unverhältnismäßig großer Schaden entstehen würde und dem Verletzten die Abfindung in Geld zuzumuten ist. Als Entschädigung ist der Betrag zu zahlen, der im Fall einer vertraglichen Einräumung des Rechts als Vergütung angemessen wäre. Mit der Zahlung der Entschädigung gilt die Einwilligung des Verletzten zur Verwertung im üblichen Umfang als erteilt.

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)

§ 3 Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen

(1) Unlautere geschäftliche Handlungen sind unzulässig.

(2) Geschäftliche Handlungen, die sich an Verbraucher richten oder diese erreichen, sind unlauter, wenn sie nicht der unternehmerischen Sorgfalt entsprechen und dazu geeignet sind, das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers wesentlich zu beeinflussen.

(3) Die im Anhang dieses Gesetzes aufgeführten geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern sind stets unzulässig.

§ 8 Beseitigung und Unterlassung

(1) Wer eine nach § 3 oder § 7 unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt, kann auf Beseitigung und bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Der Anspruch auf Unterlassung besteht bereits dann, wenn eine derartige Zuwiderhandlung gegen § 3 oder § 7 droht. (...)

§ 13 Abmahnung; Unterlassungsverpflichtung; Haftung

(1) Die zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs Berechtigten sollen den Schuldner vor der Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens abmahnen und ihm Gelegenheit geben, den Streit durch Abgabe einer mit einer angemessenen Vertragsstrafe bewehrten Unterlassungsverpflichtung beizulegen.

(2) In der Abmahnung muss klar und verständlich angegeben werden:

1. Name oder Firma des Abmahnenden sowie im Fall einer Vertretung zusätzlich Name oder Firma des Vertreters,
2. die Voraussetzungen der Anspruchsberechtigung nach § 8 Absatz 3,
3. ob und in welcher Höhe ein Aufwendungsersatzanspruch geltend gemacht wird und wie sich dieser berechnet,
4. die Rechtsverletzung unter Angabe der tatsächlichen Umstände,
5. in den Fällen des Absatzes 4, dass der Anspruch auf Aufwendungsersatz ausgeschlossen ist.

(3) Soweit die Abmahnung berechtigt ist und den Anforderungen des Absatzes 2 entspricht, kann der Abmahnende vom Abgemahnten Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen

(4) Der Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Aufwendungen nach Absatz 3 ist für Anspruchsberechtigte nach § 8 Absatz 3 Nummer 1 ausgeschlossen bei

1. im elektronischen Geschäftsverkehr oder in Telemedien begangenen Verstößen gegen gesetzliche Informations- und Kennzeichnungspflichten oder
2. sonstigen Verstößen gegen die Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) (ABl. L 119 vom 4.5.2016, S. 1; L 314 vom 22.11.2016, S. 72; L 127 vom 23.5.2018, S. 2) und das Bundesdatenschutzgesetz durch Unternehmen sowie gewerblich tätige Vereine, sofern sie in der Regel weniger als 250 Mitarbeiter beschäftigen.

(5) Soweit die Abmahnung unberechtigt ist oder nicht den Anforderungen des Absatzes 2 entspricht oder soweit entgegen Absatz 4 ein Anspruch auf Aufwendungsersatz geltend gemacht wird, hat der Abgemahnte gegen den Abmahnenden einen Anspruch auf Ersatz der für seine Rechtsverteidigung erforderlichen Aufwendungen. Der Anspruch nach Satz 1 ist beschränkt auf die Höhe des Aufwendungsersatzanspruchs, die der Abmahnende geltend macht. Bei einer unberechtigten Abmahnung ist der Anspruch nach Satz 1 ausgeschlossen, wenn die fehlende Berechtigung der Abmahnung für den Abmahnenden zum Zeitpunkt der Abmahnung nicht erkennbar war. Weitergehende Ersatzansprüche bleiben unberührt.

Zivilprozessordnung (ZPO)

§ 890 Erzwingung von Unterlassungen und Duldungen

(1) Handelt der Schuldner der Verpflichtung zuwider, eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden, so ist er wegen einer jeden Zuwiderhandlung auf Antrag des Gläubigers von dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges zu einem Ordnungsgeld und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, zur Ordnungshaft oder zur Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu verurteilen. Das einzelne Ordnungsgeld darf den Betrag von 250 000 Euro, die Ordnungshaft insgesamt zwei Jahre nicht übersteigen.

§ 938 Inhalt der einstweiligen Verfügung

(1) Das Gericht bestimmt nach freiem Ermessen, welche Anordnungen zur Erreichung des Zweckes erforderlich sind.