

# Zur Bestimmtheit des Gegenstands des Unterlassungsbefehls im Vollstreckungstitel

unter besonderer Berücksichtigung der Wettbewerbssachen\*

Hidetoshi Nomura\*\*

## Inhaltsverzeichnis

- I . Die Problemstellung
- II . Die japanische Rechtsprechung
  - 1. Die Tenorierungsart in der japanischen Rechtsprechung
  - 2. Das Zustandekommen des Grundtypus
  - 3. Der Grundtypus in der vollstreckungsrechtlichen Praxis
- III . Die japanische Lehre
  - 1. Der Stand der Meinungen
  - 2. Die Lehre von Nakano
  - 3. Die Lehre von Uemura
- IV . Die deutsche Rechtsprechung
  - 1. Die Tenorierungsart in der deutschen Rechtsprechung
  - 2. Die erste These von der Kerntheorie
  - 3. Die zweite These von der Kerntheorie
- V . Die deutsche Lehre
  - 1. Der Stand der Meinungen
  - 2. Die Lehre von Kramer
- VI . Die Problemlösung
  - 1. Die drei für die Verbotsweite maßgeblichen Faktoren
  - 2. Die dreiartigen Handlungsmerkmale
  - 3. Würdigungsbegriffe
  - 4. Ein Beispiel
- VII . Schlußbemerkungen

---

\* Diesem Aufsatz liegt meine japanische Schrift zugrunde, die ich unter dem gleichen Titel in Hanreitaimesu Nr. 559, S. 11 ff., Nr. 560, S. 15 ff., Nr. 562, S. 20 ff., Nr. 565, S. 30 ff. (1985) veröffentlicht habe.

\*\* Professor Dr. jur., Universität Seijo.

## I. Die Problemstellung

Eine große Aufmerksamkeit wird neuerdings immer mehr auf Unterlassungsklage geschenkt. Bei den Unterlassungsklagen, insbesondere in Wettbewerbssachen, stellt sich ein wichtiges und schwieriges Problem, in welchem Maß der Gegenstand des Unterlassungsbefehls im Vollstreckungstitel, besonders im Tenor des Unterlassungsurteils konkretisiert und bestimmt sein soll. Wenn dem Schuldner nur die zu konkret bestimmte begangene oder zu befürchtende Handlung im Unterlassungstenor untersagt wäre, könnte er durch kleine Änderung der Handlungsform das Verbot umgehen. Aber wenn die im Unterlassungstenor verbotene Handlung zu abstrakt und generalisierend abgefaßt wäre, könnte der Schuldner die untersagten Handlungsvarianten nicht erkennen. Außerdem würde die objektive Grenze der Rechtskraft unklar, und in Zweifel würde die Vollstreckungskraft des Urteils gezogen. Auch würde fraglich sein, ob und in welchem Umfange Wiederholungs- bzw. Begehungsgefahr bestehe. Kurz gesagt, darf der Gegenstand des Unterlassungsbefehls weder zu konkret bestimmt noch zu abstrakt abgefaßt sein. Ziel dieser Arbeit ist es, richtungsweisende Grundsätze herauszuarbeiten, nach denen der erkennende Richter und der antragsstellende Gläubiger den richtigen Mittelweg finden können.

## II. Die japanische Rechtsprechung

### 1. Die Tenorierungsart in der japanischen Rechtsprechung

In Japan handelt es sich hauptsächlich um die Bestimmtheit der Gegenstände, deren Gebrauch zu verboten ist. Dabei werden die Unterlassungstenor in der japanischen Rechtsprechung danach dreierlei typisiert, ob und wie weit sie sich von der dem Unterlassungsbegehren zugrunde gelegten Verletzungshandlung lösen.

(1) In der Regel wird die angegriffene (= konkrete) Verletzungshandlung verboten (Grundtypus). Als Beispiel wird das Urteil<sup>1)</sup> angeführt, das der Beklagten die Fortführung der Firma „Matsumaeya“ in Zusammenhang mit dem bisherigen Geschäft untersagte.

(2) Im zweiten Typus wird dem Schuldner zwar die über die konkrete begangene hinausgehende Handlung, aber nicht in jeder Form verboten. Ein Beispiel dieses Typus ist das Urteil<sup>2)</sup>, das in Zusammenhang mit dem Fremdenverkehr den Gebrauch jedes Wortes verbot, das wie „Hatobasu“ ausgesprochen wird.

(3) Im dritten seltenen Typus wird dem Schuldner eine Handlung nicht nur in der begangenen Form, sondern in jeder Form untersagt. Dem Schuldner wird nicht zugestanden, durch Zusätze das Unwerturteil über die Handlung auszuräumen. Als Beispiel wird der Verfügungsbeschuß<sup>3)</sup> angeführt, der den Gebrauch des „Chikin-ramen“ enthaltenden Warenzeichens, wie „Nikkashokuhin-chikin-ramen“, den Verkauf, das in den Verkehr Bringen und den Export von Sokuseki-ramen (Fertignudel) mit solchem Warenzeichen verbot.

Aber im Grundtypus wird die solche Tenorierungsart nicht in jedem Punkt durchgeführt. Z.B. wurde in einem Fall<sup>4)</sup> der Gebrauch der Firma „Hachiban-ramen“ verboten. Hier fehlt es an der Handlung, in Zusammenhang mit der der Gebrauch der Firma verboten wurde. Zu einem kann das Verbot des Gebrauchs von der Firma durch kleine Änderung oder Zusatz umgegangen werden. Zu anderem ist die Schuldnerin in zu weiter

---

1) Urteil des Landgerichts Osaka vom 23. Mz. 1954, Kakyuminshu Bd. 5, S. 396.

2) Urteil des Landgerichts Nagoya vom 16. Juni 1964, Kakyuminshu Bd. 16, S. 1426.

3) Beschluß des Landgerichts Kobe vom 24. Juli 1961, Fuseikyogyohohanreishu (hrsg. von Koseki) S. 434.

4) Urteil des Zweigs Komatsu vom Landgericht Kanazawa vom 30. Okt. 1963, Mutaizaisanreishu Bd. 5, S. 416.

Handlungsfreiheit eingeschränkt. Sie soll z.B. unter der Firma die Hauptversammlung berufen dürfen.

Die Gegenstände, deren Gebrauch verboten ist, sind im zweiten Typus ein bißchen abstrahiert worden. Aber wird in Japan nie untersucht, inwieweit solche Abstrahierung erlaubt wäre. Auch wird nie untersucht, unter welchen Voraussetzungen die dritte Tenorierungsart zulässig wäre.

## 2. Das Zustandekommen des Grundtypus

Obwohl die Tenorierungsart nicht immer durchgeführt ist, ist der nur die konkrete Verletzungshandlung enthaltende Unterlassungstenor in Japan als Grundtypus anerkannt. Aber der Grundtypus ist nicht so früh allgemein geworden, sondern in den 60er Jahren.

Z.B. wurde im Verfügungsbeschluß des Landgerichts Fukushima vom 24. Juni 1953<sup>5)</sup> der Schuldnerin untersagt, die Firma „Kikuya-sohonten“ oder die dieser ähnliche Firma zu gebrauchen, und die Schilde u. s. w. mit solcher Firma zu halten.

Die in diesem Beschluß gefundene Tenorierungsart ist im anderen Urteil<sup>6)</sup> damit kritisiert, daß die Bestimmtheit des solchen Tenors ungenügend sei, weil die ähnliche Firma verschieden sein könnte.

Infolge dieser Kritik wird die solche Tenorierungsart neuerdings nicht gefunden. Obwohl die zweite und die dritte Tenorierungsart vereinzelt gefunden sind,—wie oben II 1 erwähnt, werden dabei die Probleme dieser Tenorierungsarten nie untersucht—wird die erste Tenorierungsart (=Grundtypus) von mehreren Entscheidungen aufgenommen.

## 3. Der Grundtypus in der vollstreckungsrechtlichen Praxis

Dann müssen die Vollstreckungsgerichte sich mit anderem Problem

---

5) Vgl. Kakyuminshu Bd. 4, S. 1476.

6) Urteil des Landgerichts Tokyo vom 2. Mz. 1961, Kakyuminshu Bd. 12, S. 410.

Zur Bestimmtheit des Gegenstands des Unterlassungsbefehls im Vollstreckungstitel

beschäftigen, welche Handlungsvarianten die nach dem Grundtypus tenorierten Unterlassungstitel umfassen können. Der Antrag auf Unterlassungsvollstreckung wird sehr selten in Japan gestellt. Aber der folgende Beschluß<sup>7)</sup> kann als typische Entscheidung zitiert werden.

Dem Schuldner wurde durch einem Urteil verboten, die Firma „Azumazushi“ in Zusammenhang mit Sushi-Geschäft in der Stadt Sapporo zu gebrauchen. Trotzdem betrieb er Sushi-Restaurant mit Ladenvorhang „Azumazushi“ in der Stadt, und halte zehn Schilde „Azumazushi“ in der Nähe von seinem Restaurant. Deshalb beantragte der Gläubiger die Zwangsvollstreckung, d. h. den Ladenvorhang und die Schilde zu beseitigen u. s. w. Nach der Antragsstellung fügte der Schuldner den Schilde Zusatz „Misono“ hinzu. Das Landgericht Sapporo verurteilte, nur den Ladenvorhang zu beseitigen. D. h. dürften die Schilde „Misono-Azumazushi“ gehalten bleiben. Die Beschwerde des Gläubigers blieb erfolglos. Nach dem Beschwerdegericht müsse der Gläubiger ein anderes Urteil bekommen, um den Gebrauch der Firma „Misono-Azumazushi“ zu untersagen.

In der Regel folgt die vollstreckungsrechtliche Praxis dieser unzutreffenden Problemlösung. Um dieses Ergebnis zu vermeiden, hat man zwei Wege. (a) Unterlassungstenor soll über die konkrete begangene Verletzungshandlung hinausgehen. Oder (b) Nach dem Grundtypus abgefaßter Unterlassungstenor soll andere Handlung untersagen als die konkrete begangene Verletzungshandlung. Der oben erwähnte Beschluß lehnte den zweiten Weg ab. Während fast keine Entscheidungen neuerdings den ersten Weg nehmen, gibt es einige den zweiten Weg gehende Entscheidungen.

Z.B. wurde im Verfügungsbeschluß angeordnet, die Herstellung, das Gebrauch, den Verkauf und das in den Verkehr Bringen der auf die bestimmte Weise konstruierten Maschinen zu unterlassen, und dem

---

7) Beschluß des Oberen Gerichts Sapporo vom 27. Mz. 1974, Hanreijiho Nr. 744, S. 66.

Schuldner den Besitz an den Maschinen abzunehmen und dem vom Gläubiger beauftragten Gerichtsvollzieher zu überlassen, weil die Maschinen das Gebrauchsmusterrecht des Gläubigers verletzten. Die Maschinen, an den der Gerichtsvollzieher den Besitz abnahm, waren etwas anders als die im Tenor enthaltenen. Während diese Maschinen mit den Abflußgräben, deren Abschnitt □ war, ausgestattet sein sollten, waren jene Maschinen mit den Abflußgräben, deren Abschnitt ▢ war, ausgestattet. Deshalb legte der Schuldner Erinnerung mit Erfolg ein. Keinen Erfolg hatte die gegen den der Erinnerung stattgebende Beschluß eingelegte Beschwerde<sup>8)</sup>. Nach dem Beschwerdegericht richtete sich es nach der sozialen Anschauungsweise, ob die Identität zwischen den Maschinen, an den der Gerichtsvollzieher den Besitz abnahm, und den im Tenor enthaltenen bestehe. In diesem Fall werde die Identität nicht anerkannt.

Der Senat des Beschwerdegerichts erklärte nicht, warum die Identität zwischen den beiden Arten der Maschinen nach der sozialen Anschauungsweise nicht bestehe. Andererseits erlaß derselbe Senat einen Urteil an demselben Tag wie der die Beschwerde abweisende Beschluß. D. h. mußte er über die Berufung entscheiden, die gegen das die oben erwähnte Verfügung auf Grund des Widerspruchs aufhebende Urteil eingelegt wurde. Im Urteil<sup>9)</sup> beurteilte er gemäß dem Gebrauchsmustergesetz an sich, ob die Maschinen, an den der Gerichtsvollzieher den Besitz abnahm, das Gebrauchsmusterrecht verletzten. Es scheint mir, daß der Senat in der Beschwerdeinstanz durch die Beurteilung in diesem Urteil stark beeinflußt wurde. D. h. bedeutet die soziale Anschauungsweise so gut wie *die Beurteilung gemäß dem Gesetz an sich* (die soziale Anschauungsweise im

---

8) Beschluß des Oberen Gerichts Tokyo vom 11. Febr. 1960, Kogyoshoyukenhanreishu (hrsg. von Sugibayashi) Bd. 3, S. 252.

9) Urteil des Oberen Gerichts Tokyo vom 11. Febr. 1960, Kogyoshoyukenhanreishu (hrsg. von Sugibayashi) Bd. 3, S. 241.

weiteren Sinne). Die Vollstreckungsorgane können und dürfen selbstverständlich nicht auf die solche Weise beurteilen.

Während der Gerichtsvollzieher als Vollstreckungsorgan in diesem Fall auftrat, erscheint das vom Beschwerdegericht Ausgeführte zu gelten, auch wenn das Vollstreckungsgericht auftritt. Aber wenn auch das Verbot nach der sozialen Anschauungsweise ausgedehnt wird, kann die Identität zwischen der im Titel gezeigten Sache und der angegriffenen Sache nach der nur den Grundtypus als richtig anerkennenden Lehre bejaht werden, nur insofern ein vernünftiger Mann die Identität unabhängig von den anderen Materialien, z.B. den Entscheidungsgründen, bejahen kann (die soziale Anschauungsweise im engeren Sinne). In diesem Fall könnte der Schuldner das Verbot leicht umgehen.

### III. Die japanische Lehre

#### 1. Der Stand der Meinungen

Wie oben ausgeführt, erkennt die japanische Rechtsprechung den nur die angegriffene (= konkrete) Verletzungshandlung enthaltenden Unterlassungstenor als Grundtypus an, und dehnt in der Regel das Verbot auf keine andere Handlungsvariante aus. Dieser Rechtsprechung folgt die japanische herrschende Meinung<sup>10)</sup>. Einige Autoren<sup>11)</sup> dehnen das Verbot nach der

10) Miyake, *Karishobunmeirei no Shubun* (Verfügungstenor), *Hozenshobun no Taikei* (System des einstweiligen Rechtsschutzes) Bd. 1, 1965, S. 358; ders., *Tokkyosho ni okeru Soten no Settei* (Feststellung des Streitpunkts im Patentstreit), *Saibanho no Shomondai* (Probleme der Rechtsprechung) Bd. 1, 1969, S. 522; Nakagawa-Kaneko (Hrsg.), *Tokkyo, Shohyo, Chosakuken* (Patent, Warenzeichen und Urheberrecht), 1972, S. 360.

11) Hara, *Kogyoshoyuken to Karishobun* (Gewerbliches Recht und einstweilige Verfügung), *Tokkyokanri* Bd. 7, H. 6 (1957), S. 6; Hanaoka, *Sashidometaisho no Tokutei ni tsuite* (Zur Bestimmtheit des Unterlassungsgegenstands), *Kogyoshoyukenho-kenkyu* Bd. 12, H. 4 (1965), S. 11; Koseki, *Tokkyosho ni okeru Taishobukken no Tokutei* (Zur Bestimmtheit des Unterlassungsgegenstands im Patentstreit), *Saibanho no Shomondai* (Probleme der Rechtsprechung) Bd. 2, 1969, S. 463 f.

sozialen Anschauungsweise (im engeren Sinne ?) aus. Wie auch oben ausgeführt, bringen diese beiden Meinungen nur unzutreffende Lösungen mit sich.

Ein Autor<sup>12)</sup> vertritt, daß die deutsche Rechtsprechung (= Kerntheorie) in die japanische Praxis eingeführt werden solle. Aber es wird unten dargestellt, daß auch diese Theorie unzufriedene Ergebnisse mit sich bringt.

Außer diesen Meinungen werden einige andere Meinungen vertreten. Davon werden die Lehren von Nakano und Uemura hier untersucht.

## 2. Die Lehre von Nakano

Nakano<sup>13)</sup> untersucht zunächst, warum die Umstellung der Vollstreckungsklausel zulässig ist, und meint, die Ausdehnung der objektiven Grenzen (nur) der Vollstreckungskraft (nicht der Rechtskraft) sei zulässig beim Vorliegen der durch die Untersuchung extrahierten Faktoren (er nennt die Vollstreckung in diesem Fall Umkehrvollstreckung). Im hier behandelten Fall müsse der Schuldner die Klageerhebungslast tragen, um die Gerichtsentscheidung über den Anspruch des Gläubigers darauf zu bekommen, die nach Zustandekommen des Titels veränderte Handlungsform des Schuldners zu untersagen. Nakano<sup>14)</sup> begründet diese Meinung

---

12) Kashiwagi, Soshobutsu no Tokutei (Zur Bestimmtheit des Streitgegenstands), Enshu-minjisoshoho (Fälle und Lösungen des Zivilprozeßrechts) Bd. 1, 1973, S. 192 f.

13) Nakano, Shikkoryoku no Kyakantekihani (Objektive Grenzen der Vollstreckungskraft), Jittaiho to Tetsuzukiho no Kosaku (Kreuzung des materielles Rechts und des Verfahrensrechts) Bd. 2, 1978, S. 299 ff.

14) Nakano, Hi-kinsenshikko no Shomondai (Probleme der Zwangsvollstreckung wegen anderer Ansprüche als Geldforderung), Shin-jitsumuminjisoshokoza (Neue Sammlung der Aufsätze über die Praxis des Zivilprozesses) Bd. 12, 1984, S. 472; siehe auch Nakano, Jittaiho to Tetsuzukiho no Kosaku Bd. 2, S. 319 ff.; ders., Minjishikkoho (Zivilvollstreckungsrecht) Bd. 1, 1983, S. 241.



folgendermaßen.

(a) Es sei unbillig, wenn die erworbene Stellung des Gläubigers, der den Unterlassungstitel erlangt habe, durch kleine Änderungen der Verletzungshandlungsform verletzt werde, und er nacheinander neue Klagen erheben müsse. (b) Wenn, kurz nachdem die untersagte Handlung unterlassen werde, eine Verletzungshandlung in anderer Form begangen werde, bekomme der Gläubiger noch nicht definitiv das Interesse, das der Titel ihm geben solle. Deshalb sei möglich und nötig, auf Grund des alten Titels wegen des infolge der neuen Verletzungshandlung entstandenen neuen Anspruchs zu vollstrecken. (c) Dem Vollstreckungsorgan dürfe die definitive Entscheidung über den neuen Anspruch nicht überlassen werden. Aber wenn die Entscheidung der vom Schuldner zu erhebenden Vollstreckungsgegenklage überlassen werde, dürfe die Entscheidung darüber dem Vollstreckungsorgan—hier dem Gericht erster Instanz oder dem Gericht, bei dem der Titel zustandegekommen sei—überlassen werden, ob der neue Anspruch schlüssig sei, vorausgesetzt daß der alte Anspruch im Titel bestehe. (d) Gegeben seien dem Schuldner notwendige Anhörung vor Ermächtigungsbeschluß oder Beschluß über mittelbaren Zwang<sup>15)</sup>, Vollstreckungsbeschwerde gegen diese Beschlüsse und Vollstreckungsgegenklage, durch die er das Nichtbestehen oder Erlöschen des neuen Anspruchs geltend machen könne.

Obwohl diese Meinung sehr interessant ist, muß ich Bedenken gegen sie

---

15) Nach §414 Abs. 3 jap. BGB und §§171, 172 jap. Zivilvollstreckungsordnung wird Unterlassungstitel folgendermaßen vollstreckt: Wenn nach Zustandekommen des Titels etwas infolge der Widerhandlung sich ergibt, werden zutreffende Maßnahmen zum Beseitigen der Ergebnisse angeordnet (z.B. wird der Gläubiger vom Vollstreckungsgericht ermächtigt, die Handlung auf Kosten des Schuldners vornehmern zu lassen). Außerdem kann das Vollstreckungsgericht als mittelbarer Zwang anordnen, daß der Schuldner dem Gläubiger angemessene Summe der Dauer der Widerhandlung entsprechend oder gleich im Fall der Nichterfüllung innerhalb der bestimmten Frist bezahlen soll.

erheben. Erstens ist es fraglich, welche Handlungsvarianten durch den alten Titel verboten werden, wenn man die Schlußigkeit des neuen Anspruchs prüft. Wenn die Schlußigkeitsprüfung die oben kritisierte soziale Anschauungsweise im weiteren Sinne bedeutete, müßte die Schlußigkeitsprüfung auf dieselbe Weise kritisiert werden. Wenn nicht, könnte der Schuldner das Verbot durch kleine Änderung der Handlungsform leicht umgehen.

Zweites Bedenken muß in Zusammenhang mit den Rechtsbehelfe des Schuldners erhoben werden. An anderer Stelle<sup>16)</sup> erkennt Nakano Erinnerung und Klage gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel als Rechtsbehelfe des Schuldners beim Vorliegen der Voraussetzungen der Umkehrvollstreckung an. Eine Voraussetzung sei Schlußigkeit des neuen Anspruchs. Der neue Anspruch könne nicht immer bestehen, wenn auch die Voraussetzung erfüllt sei. Deshalb müsse der Schuldner Vollstreckungsgegenlage erheben können.

Vollstreckungsgegenklage ist eine Klage, durch die Einwendungen gegen den im Titel festgestellten Anspruch geltend gemacht werden kann. D. h. setzt Vollstreckungsgegenklage den im Titel festgestellten Anspruch voraus. Aber wenn Schlußigkeit und keine Einwendungen vorliegen, kann der neue Anspruch nicht immer bestehen. Umgekehrt kann er bestehen, wenn auch keine Schlußigkeit vorliegt. Wenn z.B. durch einen Titel untersagt wird, die der Firma „A“ ähnliche Firma „A“ zu gebrauchen, fängt der Schuldner an, die Firma „A“ zu gebrauchen. Wenn auch „A“ „A“ ähnlich und „A“ „A“ ähnlich ist, ist „A“ „A“ nicht immer ähnlich. Und wenn auch „A“ „A“ ähnlich und „A“ „A“ nicht ähnlich ist, kann „A“ „A“ ähnlich sein. In diesen Fällen muß die Ähnlichkeit zwischen „A“ und „A“ unabhängig davon untersucht werden, ob „A“ „A“ ähnlich ist, oder ob „A“ „A“ ähnlich ist. D. h. muß in dieser Voll-

---

16) Nakano, Minjishikkoho Bd.1, S. 246, 251.

streckungsgegenklage unabhängig vom im Titel festgestellten Anspruch der Anspruch des Gläubigers darauf geprüft werden, den Gebrauch der Firma „A“ zu untersagen.

### 3. Die Lehre von Uemura

Um die Lehre von Uemura zu verstehen, muß man zunächst auf die Lehre von Takeshita<sup>17)</sup> blicken, die in Zusammenhang mit Immissionsunterlassungsklage geäußert ist. Takeshita sieht die Eigentümlichkeiten der Immission darin, daß ihr Ursprung ausschließlich im vom Verletzer beherrschten Gebiet liege, daß der Verletzte den Mechanismus der Verletzungshandlungsentstehung gar nicht kenne, daß der Verletzer die Vorbeugungsmittel gegen die Verletzungshandlung am besten kenne, und sogar daß es mehrere Vorbeugungsmittel gebe. Diesen Eigentümlichkeiten entsprechend schlägt Takeshita vor, im Erkenntnisverfahren nur Immissionsunterlassung vorzuschreiben. Erst wenn der Verletzer unter der Druck des mittelbaren Zwangs kein Mittel anwende, könne der Verletzte konkrete Vorbeugungsmittel verlangen und auf die Weg der Vollstreckung zur Erwirkung von vertretbarer Handlung verwirklichen lassen.

Uemura<sup>18)</sup> modifiziert die Lehre von Takeshita und wendet seine Lehre

---

17) Takeshita, *Seikatsubogai no Sashidome to Kyoseishikko* (Sairon) (Noch einmal; Immissionsunterlassung und Zwangsvollstreckung), *Hanreitamuzu* Nr. 428 (1981), S. 28 f., 32.; siehe auch Takeshita, *Fusakuigimu no Kyoseishikko* (Unterlassungsvollstreckung), *Enshu-minjisoshoho* (Fälle und Lösungen des Zivilprozeßrechts) Bd. 2, 1973, S. 405 ff.; ders., *Seikatsubogai no Sashidome to Kyoseishikko* (Immissionsunterlassung und Zwangsvollstreckung), *Rikkyo-hogaku* Nr. 13 (1974), S. 1 ff.

18) Uemura, *Sashidomeseikyusoshō no Soshobutsu ni kansuru Ichishiron* (Eine Bemerkung über den Streitgegenstand in den Unterlassungsklagen), *Okayamadaigaku-hogakkaishi* Bd. 28, H.3=4 (1979), S. 107 ff., 114 ff.; ders., *Sashidomeseikyusoshō no Kinou* (Zur Funktion der Unterlassungsklagen), *Koza-minjisoshō* (Sammlung der Aufsätze des Zivilprozesses) Bd. 2, 1984, S. 293 ff.

auch in den hier behandelten Fällen an, während Takeshita seine Lehre nur in den Immissionsunterlassungsklagen anwendet. Diese Uemuras Methode ist ganz unzutreffend. Die von Takeshita erwähnten Eigentümlichkeiten der Immission liegen in den hier behandelten Fällen nicht vor. Der Gläubiger kennt, was der Schuldner macht. Wenn der Schuldner die Firma des Gläubigers durch den Gebrauch der ähnlichen Firma verletzt, muß der Schuldner deren Gebrauch unterlassen, um die Firma des Gläubigers nicht zu verletzen. Dabei hat er keine andere Möglichkeiten dazu. Wenn auch der Schuldner die alte Firma gebrauchen würde, der ein kleiner Zusatz beigefügt würde, würde die originale Firma nicht gebraucht bleiben. Uemura vermischt zwei Probleme, die zu verschiedenen Dimensionen gehören.

#### IV. Die deutsche Rechtsprechung

Aus den bisherigen Erörterungen ergibt sich, daß die japanische Rechtsprechung und Lehre keine zutreffende Lösung mit sich bringen. Deshalb müssen die deutsche Rechtsprechung und Lehre untersucht werden<sup>19)</sup>.

##### 1. Die Tenorierungsart in der deutschen Rechtsprechung

Wir können vier Typus des Unterlassungstenors in Deutschland finden. Der erste Typus ist mit dem japanischen Grundtypus identisch. Er gilt auch in Deutschland als Grundtypus. Der vierte Typus ist mit dem japanischen dritten identisch.

Im deutschen zweiten Typus—dem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt—ist der Benennung der verbotenen Handlung ein Zusatz beigefügt, der ausdrückt, daß die Verhaltensweise zulässig wird, wenn der Schuldner durch (aufklärende) Maßnahme das Rechtswidrigkeitsurteil ausräumt. Als

---

19) Kramer untersucht das hier behandelte Problem eingehend. Vgl. Kramer, Der richterliche Unterlassungstitel im Wettbewerbsrecht, 1982.

Zur Bestimmtheit des Gegenstands des Unterlassungsbefehls im Vollstreckungstitel

Beispiel wird das Urteil<sup>20)</sup> angeführt, das der Beklagten verbot, die von ihr hergestellten und vertriebenen Sicherheitsvorderbacken für Skibindungen unter der Bezeichnung „Ess-Nevada“ in Prospekten, Katalogen und Zeitungsinseraten feilzuhalten und mit dieser Bezeichnung versehen in den Verkehr zu bringen, ohne darauf hinzuweisen, daß der französische Original-Nevada-Backen doppelgelenkig ist, während der deutsche Ess-Nevada-Backen eingelenkig ist.

Im deutschen dritten Typus löst der Tenor sich geringfügig von der konkreten Verletzungshandlung, sofern dadurch das Charakteristische (= der Kern) der Verletzung zum Ausdruck gebracht wird. Ein Beispiel dieses Typus ist das Urteil<sup>21)</sup>, das der Beklagten untersagte, im geschäftlichen Verkehr unmittelbar oder mittelbar durch Ihre Reisenden oder Vertreter,

(a) Preislisten der Klägerin oder deren Abschriften oder Ablichtungen bei Kunden vorzuzeigen oder darauf Bezug zu nehmen,... (b) im geschäftlichen Verkehr Vergleiche zwischen ihren Preisen und denen der Klägerin anzustellen oder solche Vergleiche anzuregen,...

Gemeinsam ist drei Typen außer dem Grundtypus, daß das Verbot über die konkrete Verletzungshandlung hinausgeht. Aber es wird nicht genug untersucht, unter welchen Voraussetzungen der dritte und der vierte Typus zulässigerweise benutzt werden. Der Grundtypus wird Kerntheorie genannt, und in die zwei Thesen geteilt. D. h. besagt die erste, daß der Gegenstand des Unterlassungsbefehls grundsätzlich nur *die konkrete Verletzungshandlung* sei. Die zweite besagt, daß der Unterlassungsbefehl dem Schuldner nicht nur die Handlungen untersage, die mit der tenorierten identisch oder ihr gleichwertig seien, sondern auch alle sonstigen, die *den Kern der Verletzungshandlung unberührt lassen*. Deshalb hat der zweite Typus nur Feststellungsfunktion.

---

20) BGH GRUR 1965, 676 — „Nevada-Skibindung“.

21) BGH GRUR 1961, 286 — „Zahnbürsten“.

## 2. Die erste These von der Kerntheorie

Der BGH<sup>22)</sup> begründet die erste These von der Kerntheorie mit dem Bestimmtheitsgebot des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, und das Gebot damit, daß ein dem Klageantrag entsprechendes Urteil die Grenzen der Rechtskraft erkennen lassen und Klarheit für die Zwangsvollstreckung schaffen müsse, und daß der dem Gebot nicht entsprechende Klageantrag die Prüfung der Rechtmäßigkeit der konkreten Verletzungsform in das Vollstreckungsverfahren verlege.

In einem Fall<sup>23)</sup> beantragte die Klägerin, die Bekagte zu verurteilen, zu unterlassen, Weine aus Anbaugebieten außerhalb des Landes Baden-Württemberg, insbesondere Tirolerweine, mit dem Zusatz „Trollinger“ anzubieten oder zu verkaufen. Obwohl der BGH die Klage insoweit als unzulässig abgewiesen hat, als der Klageantrag über die gerügte konkrete Verletzungsform hinausgeht, zeigt dieser Fall, daß der Unterlassungstenor (bzw. Unterlassungstitel) das Spiegelbild einer bereits begangenen oder bevorstehenden Verletzungshandlung nicht zu sein braucht, um vollstreckt werden zu können<sup>24)</sup>.

Ob der zweite von der Rechtsprechung angeführte Gesichtspunkt richtig ist, hängt von der Frage ab, welche Kompetenz dem erkennenden und welche dem vollstreckenden Gericht im Rahmen des Unterlassungsprozesses zugewiesen ist. Dieses Problem wird in Materialien zur CPO<sup>25)</sup> folgendermaßen erläutert:

„Nach der Natur der für die Zwangsvollstreckung auf Vornahme, Unterlassung oder Duldung einer Handlung zugelassene Maßregeln ist es ohne weiteres klar, daß bei denselben... die Mitwirkung des Gerichts

---

22) BGH GRUR 1976, 197 — „Herstellung und Vertrieb“.

23) BGH GRUR 1973, 201 — „Trollinger“.

24) Kramer, a. a. O., S. 37 f.

25) Hahn-Stegemann, Die gesamten Materialien zur CPO, Abt. 1, 2. Aufl. 1881, S. 467 f.

Zur Bestimmtheit des Gegenstands des Unterlassungsbefehls im Vollstreckungstitel eintreten muß. Ueberall bedarf es nicht nur einer Prüfung, welche Maßregeln die zulässigen sind, sondern auch der Substituierung eines Anderen an Stelle der Handlung, welche den Gegenstand der Verurteilung gebildet hat, so daß das Urtheil für sich allein nicht darüber Auskunft giebt, was zu thun ist. Den Gerichtsvollziehern... ist nach den angenommenen Grundsätzen über deren Stellung eine so weitgehende Kognition nicht übertragen. Die zu treffende Entscheidung des Gerichts beruht wesentlich auf einer fortgesetzten Beurtheilung des Haupt=Rechtsstreits und ist deshalb am zweckmäßigsten Prozeßgerichte zu überweisen. Sie ist jedoch in dem zu vollstreckenden Urtheile ihre unabänderliche Grundlage und bedarf deshalb nicht der vorgängigen mündlichen Verhandlung.“

Nach dieser Erläuterung wird Unterlassungsurteil sozusagen als Zwischenurteil aufgefaßt. Bemerkenswert wird gesagt, daß es sich um andere Handlungen handeln kann als die, welche den Gegenstand der Verurteilung gebildet hat, und daß der Prozeßgericht deshalb als Vollstreckungsorgan treten muß. Andererseits bedarf es weitgehender Kognition, d. h. Ermittlung des Kerns, auch nach der Kerntheorie. Deshalb geht das Problem dahin, ob die weitgehende Kognition in der Form der Ermittlung des Kerns vorzunehmen ist.

Kurz gesagt, wird die erste These von der Kerntheorie aus irgendeinem Gesichtspunkt nicht zwangsweise entgenommen.

### 3. Die zweite These von der Kerntheorie

Da es in der Regel nicht ausreichend ist, dem Schuldner nur die Wiederholung der begangenen Verletzungshandlung zu verbieten, weitert die herrschende Meinung den Verbotsbereich dadurch, daß man in Folgeprozessen nicht nur tenorierte, sondern auch sonstige den Kern unberührt lassende Handlungen als durch den Titel verboten ansieht. Bei

der Anwendung dieser zweiten These von der Kerntheorie, d. h. der Ermittlung des Kerns, muß man den Unterlassungstenor auslegen. Für diese Auslegung handele es sich um Urteilstatbestände, Entscheidungsgründe, Anträge, Parteivorbringen im vorigen Prozeß<sup>26)</sup>. Aber da nur die konkrete Verletzungshandlung den Gegenstand der Beurteilung im Prozeß zum Zustandekommen des Titels sein konnte, führt die zweite These von der Kerntheorie dazu, daß die den Gegenstand der Beurteilung nicht bildende Handlung zum Gegenstand der Unterlassung gemacht wird<sup>27)</sup>. Deshalb kann man nicht einfach darauf antworten, welche Varianten der gerügten Handlung dem Verbot (mit) unterfallen<sup>28)</sup>.

In Zusammenhang mit diesem Problem äußerte das RG in einem Urteil<sup>29)</sup>, das als die erstmals den Gedanke der Kerntheorie heranziehende Entscheidung immer zitiert wird, folgendermaßen: Es seien dem ergangenen Urteil alle Veränderungen der Verletzungsform zu unterstellen, hinsichtlich derer kein Zweifel bestehen könne, daß das Gericht die veränderte Verletzungsform ebenso beurteilt hätte wie die ihm vorgelegte.

Nach dem RG müßte man die Beurteilungsvorgänge des Gerichts im vorigen Prozeß auf die Handlungsvariante anwenden, und keine Identität zwischen der gerügten Verletzungshandlung und ihrer Variante aus der Unmöglichkeit dieser Anwendung folgern. Aber das Gericht hätte die Rechtswidrigkeit der Handlungsvariante nach *materiellem Recht an sich* beurteilen müssen, wenn die Variante schon ihm im vorigen Prozeß vorgelegt worden wäre. Deshalb entsteht die Tendenz, daß man die

---

26) BGHZ 5, 189— „Fischermännchen“; LG Bochum WRP 1972, 451; OLG Hamm BB 1961, 846; OLG Stuttgart WRP 1972, 595; OLG Celle WRP 1972, 204; OLG Frankfurt GRUR 1979, 75.

27) Kramer, a. a. O., S. 72; Nakano, Shin-jitsumuminjisoshokoza Bd. 12, S. 471.

28) Kramer, a. a. O., S. 72; Schubert, Klageantrag und Streitgegenstand bei Unterlassungsklagen, ZZP Bd. 85 (1972), S. 35.

29) RG 147, 27.



Variante nach *materiellem Recht an sich* beurteilt, und dem Verbot unterfallen läßt, wenn die Variante sich als rechtswidrig infolge der Beurteilung erweist<sup>30)</sup>. D. h. besteht die Gefahr, daß die Kerntheorie zu demselben Fehler führt wie die japanische soziale Anschauungsweise-theorie im weiteren Sinne<sup>31)</sup>. Es ist von Kramer<sup>32)</sup> eingehend gezeigt, daß die Kerntheorie, insbesondere in der vollstreckungsrechtlichen Praxis, in Wirklichkeit vielfach solche Fehler gemacht hat. Aus der Kerntheorie ergeben sich auch mehrere andere schwierige Probleme, z.B. welche Handlungsmerkmale wesentlich für den Kern ist<sup>33)</sup>, u. s. w.<sup>34)</sup>

## V. Die deutsche Lehre

### 1. Der Stand der Meinungen.

Die deutsche herrschende Meinung<sup>35)</sup> folgt der Rechtsprechung. Vielmehr

---

30) Kramer, a. a. O., S. 71 ff., insbes. S. 75; Schubert, a. a. O., S. 51.

31) Siehe oben II 3.

32) Kramer, a. a. O., S. 71 ff., 76 ff.

33) Kramer, a. a. O., S. 62; siehe auch ders., a. a. O., S. 93 ff.

34) Kramer untersucht andere Probleme, die sich aus der Anwendung der Kerntheorie ergeben. Vgl. Kramer, a. a. O., S. 59 ff., 100 ff., 105 ff., 126 ff., 130 ff.

35) Pastor, Der Wettbewerbsprozeß, 3. Aufl. 1980, S. 826 ff.; ders., Die Unterlassungsvollstreckung nach § 890 ZPO, 3. Aufl. 1981, S. 164 ff.; Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 12. Aufl. 1978, Einl UWG Rdnr. 299 ff.; v. Gamm, Warenzeichengesetz, 1965, § 24 Rdnr. 30 f.; ders., Konkrete Fassung des Unterlassungstitels, NJW 1969, 87; Godin, Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 1974, UWG § 1 Ziff. 246; Formular-Kommentar, Bd. 3: Handels- und Wirtschaftsrecht III, 21. Aufl. 1979, S. 291 ff. (bearbeitet von Jacobs); Ahrens, Wettbewerbsverfahrensrecht, 1983, S. 156 ff.; Mohrbutter, Handbuch des gesamten Vollstreckungs- und Insolvenzrechts, 2. Aufl. 1974, S. 351; A. Blomeyer, Zivilprozeßrecht, Vollstreckungsverfahren, 1975, S. 454; Stein-Jonas-Münzberg, ZPO, 19. Aufl. 15. Lfg. 1975, § 890 II 3d); dies., ZPO, 20. Aufl. 4. Lfg. 1978, vor § 704 Rdnr. 31; Wiczorek, ZPO, 2. Aufl. 1977, § 890 BI; Thomas-Putzo, ZPO, 11. Aufl. 1981, § 890 Anm. 2b (c); Baur-Stürner, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 11. Aufl. 1983, S. 274; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, ZPO, 43. Aufl. 1985, § 890 Anm. 1) Ba).

ist die Rechtsprechung insbesondere von Pastor und Hefermehl stark beeinflusst. Deshalb kann die herrschende Meinung auf dieselbe Weise kritisiert werden wie die Rechtsprechung. Den von einigen Autoren<sup>36)</sup> geäußerten Gegenmeinungen ist gemeinsam, daß sie anerkennen, daß der Gläubiger vom Schuldner nicht nur die Untersagung der konkreten Verletzungshandlung verlangen kann. Hier wird die Lehre von Kramer untersucht, weil sie am ausführlichsten ist.

## 2. Die Lehre von Kramer

Nachdem Kramer die Kerntheorie abgelehnt hat, entwickelt er seine eigene Meinung. Die Praxis müsse sich bei der Ausgestaltung des Verbots von der regelmäßig in der Vergangenheit liegenden konkreten Verletzungshandlung lösen, um das zukünftig drohende Verhalten des Schuldners durch die Verbotsformulierung zu fassen<sup>37)</sup>. Dabei habe das vom angerufenen Gericht zu erlassende Verbot drei Anforderungen zu genügen: Die verbotenen Handlungen müssen zu Lasten des Antragstellers rechtswidrig sein, es müsse die Gefahr ihrer Begehung durch den Antragsgegner bestehen und ihre Untersagung müsse vom Antragsteller begehrt werden<sup>38)</sup>.

Dann zeigt er, wie zu ermitteln ist, in welchem Maß die Verbotsformulierung sich von der gerügten Verletzungshandlung lösen können und dürfen<sup>39)</sup>. Die gerügte Verletzungshandlung sei zunächst von den rechtsuner-

---

36) Kramer, a. a. O., S. 1 ff.; Schubert, a. a. O., S. 33 ff.; Blasendorff, Rahmenverbote in Wettbewerbsurteilen, NJW 1949, 457; Jelinek, Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Unterlassen, 1974, S. 26 f., 63 ff.; Pagenberg, Die Aushöhlung des vorbeugenden Rechtsschutzes im Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht, GRUR 1976, 78 ff.; Bork, Bestimmtheitsgebot und Kern der Verletzung, WRP 1979, 184 f.; Nirk-Kurtze, Verletzungshandlung und Verletzungsform bei Wettbewerbsverstößen, GRUR 1980, 646 ff.

37) Kramer, a. a. O., S. 151.

38) Kramer, a. a. O., S. 153 ff.

39) Kramer, a. a. O., S. 158 ff.

heblichen Merkmalen zu befreien. Sodann seien die verbleibenden rechtserheblichen Merkmale daraufhin zu untersuchen, welche von ihnen unter dem Gesichtspunkt der Umgehungsgefahr erweiterungsbedürftig seien und welche nicht. Schließlich sei zu ermitteln, in welchem Maß diese neuralgischen Stellen der gerügten Verletzungshandlung zur Erzielung eines effektiven Verbots erweitert gefaßt werden könnten und dürften. Bei dieser Erweiterung erkennt er an, daß es erforderlich sei, in der Verbotsformel (auch) Begriffe zu verwenden, die für die Feststellung, ob eine Handlung dem Verbot unterfällt, eine Würdigung voraussetzen<sup>40)</sup>.

Diese Lehre von Kramer wird von Ahrens<sup>41)</sup> folgendermaßen kritisiert: Das aus der unvermeidbaren Unschäfe von Unterlassungstiteln herrührende Risiko müsse zwischen Gläubiger und Schuldner ausgewogen verteilt werden. Nicht zu vergessen sei daß dieses Risiko letztlich vom Schuldner ausgehe, der bereits einen Wettbewerbsverstoß begangen habe oder konkret zu begehen drohe, und der davon abgehalten werden müsse, ein in die Zukunft gerichtetes richterliches Verbot durch ebenso rechtswidrige Verhaltensmodifikationen zu umgehen.

Dieser Hinweis ist zwar für sich zutreffend, aber sind die Schwächen der Kerntheorie zu schwer, um durch diesen Hinweis gerechtfertigt werden zu können.

Andererseits kritisiert Kramer die Kerntheorie darin, daß es sich bei der Ermittlung des Kerns um Urteilstatbestände, Entscheidungsgründe, Anträge, Parteivorbringen im vorigen Prozeß handele<sup>42)</sup>. Aber Kramer selbst erkennt an, daß wenn ein Unterlassungstenor Würdigungsbegriffe enthalte, zur Auslegung dieser Begriffe auch die Entscheidungsgründe und gegebenenfalls der Sachvortrag der Parteien heranzuziehen seien<sup>43)</sup>. Damit

---

40) Kramer, a. a. O., S. 191 ff.

41) Ahrens, a. a. O., S. 162 f. Fn. 36.

42) Kramer, a. a. O., S. 59 ff.

ergeben sich in den Auswirkungen wesentliche Unterschiede zu der von ihm kritisierte Kerntheorie nicht<sup>44)</sup>.

Vielmehr muß es folgendermaßen verstanden werden: Wie oben IV 2 erwähnt, kann es sich hier um die Handlungsvariante der gerügten konkreten Handlung handeln, und tritt das Vollstreckungsgericht (nicht der Gerichtsvollzieher) als Vollstreckungsorgan auf. Wegen dieser Umstände brauchen die Anforderungen an der Bestimmtheit des Gegenstands des Unterlassungsbefehls nicht so hoch zu sein wie die an der Bestimmtheit des Gegenstands, der durch die Zwangsvollstreckung herauszugeben ist. Die Anforderungen können auch nicht so hoch sein. Deshalb muß das Vollstreckungsgericht die anderen Materialien berücksichtigen als den Unterlassungstenor, um den nicht so streng bestimmten Unterlassungsgegenstand festzustellen.

## VI. Die Problemlösung

Aus den bisherigen Erörterungen ergibt sich, daß weder die japanische Rechtsprechung, herrschende Meinung und Gegenmeinung noch die deutsche Rechtsprechung und herrschende Meinung die richtige Lösung anbieten können. Die richtige Lösung kann nur in der deutschen Gegenmeinung gefunden werden. D. h. kann der Gegenstand des Unterlassungsbefehls über die konkrete begangene Verletzungshandlung hinausgehend abgefaßt werden. Hier wird hauptsächlich Kramer folgend gezeigt, wie der Gegenstand des Unterlassungsbefehls formuliert werden soll, weil nur er die Problemlösung in der ausführlichen und allgemeinen Form vorlegt.

### 1. Die drei für die Verbotsweite maßgeblichen Faktoren

---

43) Kramer, a. a. O., S. 200.

44) Mellulis, Buchbesprechung, GRUR 1982, 442.

Wie oben V3 erwähnt, muß das Verbot drei Anforderungen erfüllen; die Begehungsgefahr, der Antrag und die materielle Rechtswidrigkeit.

Die Begehungsgefahr muß weiter aufgefaßt werden als bisher, damit man der Umgehung des Verbots durch kleine Änderung der Verletzungsform effektiv vorbeugen kann. Man muß darauf abzielen, daß nicht nur die Wiederholung bzw. Erstbegehung der gerügten konkreten Handlung(en), sondern auch Modifizierung der solchen Handlung(en) drohen und folglich der Berechtigte einen Anspruch auf Untersagung auch aller rechtswidrigen Handlungen hat, die im Umfeld der gerügten Verletzung liegen. Es muß gefragt werden, welche rechtswidrigen Varianten für den Schuldner so interessant sind, daß die Gefahr besteht, er werde auf diese umschwenken<sup>45)</sup>. Diese Begehungsgefahr wird Umgehungsgefahr genannt.

Während sowohl nach dem japanischen Grundtypus von der Tenorierungsart als auch nach dem deutschen der Gläubiger beantragen kann, dem Schuldner nur die konkrete Verletzungshandlung zu untersagen, muß der Antrag nunmehr auch Art und Ausmaß der begehrten Unterlassung erkennbar machen. Nur im Rahmen des Antrags kann das Gericht das Verbot erlassen, soweit die auf die solche Weise (mit)umfaßten Handlungsvarianten rechtswidrig sind, und die Umgehungsgefahr besteht<sup>46)</sup>.

Diese Meinung, die sozusagen zu einer qualitativen Teilklage führt, kritisiert Uemura damit, daß sie Prozeßökonomie nicht gerecht werde, und dem Grundsatz nicht entspreche, der anfordere, die Streitigkeit so einmalig, gründlich und effektiv wie möglich zu bereinigen<sup>47)</sup>. Diese Kritik entspricht der, die man an der die quantitative Teilklage anerkennenden Theorie zu üben pflegt. Dieser Kritik liegt die Erkenntnis zugrunde, daß man die ganze Forderung im Fall der quantitativen Teilklage prüfen muß, um einen Teil

---

45) Kramer, a. a. O., S. 154 f.

46) Schubert, a. a. O., S. 40 ff.; Kramer, a. a. O., S. 156 f.

47) Uemura, Okayamadaigaku-hogakkaishi Bd. 28, H. 3=4, S. 356.

der Forderung als unbegründet abzuweisen. Dagegen können in diesem Fall die Begehungsgefahr und die Rechtswidrigkeit eines Teils des Unterlassungsbegehrens unabhängig von anderem Teil geprüft werden. Deshalb ist diese Kritik unzutreffend.

Auch ist darauf zu achten, daß die vom Verbot erfaßten Handlungsvarianten sämtlich rechtswidrig sind.

## 2. Die dreiartigen Handlungsmerkmale

Der Ausgangspunkt zum Auffinden der geeigneten Verbotsformulierung ist die gerügte Verletzungshandlung. Bei der Formulierung der konkreten Verletzungshandlung sind schon die eindeutig rechtsunerheblichen Handlungsmerkmale beseitigt. Nunmehr muß bewußt geprüft werden, ob man die verbleibenden Handlungsmerkmale ausfallen lassen kann, und wenn ja, welche von ihnen. Maßgeblich sind für diese Prüfung die objektive Rechtswidrigkeit, die Erheblichkeit für das (subjektive) Unterlassungsbegehren gerade des Gläubigers und die Umgehungsgefahr<sup>48)</sup>.

Aus den noch verbleibenden Merkmalen müssen die herausgezogen werden, die zur Erzielung des effektiven Verbots einer Erweiterung unter dem Gesichtspunkt der Umgehungsgefahr bedürfen. Welche Merkmale einer Erweiterung bedürfen, kann nur nach Würdigung der konkreten Situation, in der sich der Schuldner befinden, beantwortet werden. Der Schuldner kann schon aus tatsächlichem Grund an der Veränderung der gerügten Verletzungshandlung gehindert sein. Erweiterung ist auch dann ausgeschlossen, wenn der Effekt, der durch die Verletzungshandlung erzielt wird, durch die veränderte Handlung nicht erreicht werden kann. Sodann bedarf es keiner Erweiterung, wenn die Handlung durch eine Änderung nicht rechtswidrig wird<sup>49)</sup>.

---

48) Kramer, a. a. O., S. 160 ff.

49) Kramer, a. a. O., S. 164 ff.

Schließlich muß geprüft werden, in welchem Maß die Merkmale, die sich als erweiterungsbedürftig erwiesen haben, erweitert werden können und dürfen. D. h. muß das, was in der gängigen Terminologie „Kern der Verletzungshandlung“ bezeichnet wird, schon *im Unterlassungstenor* festgestellt sein. Den Kern festzustellen, bedeutet die Maßstäbe herauszufinden, nach denen zu beurteilen ist, ob die Identität zwischen dem Kern der gerügten konkreten Verletzungshandlung und dem der Handlungsvariante besteht. Als diese Maßstäbe kommen in Betracht dieselbe Wirkung, die vom Schuldner zur Erzielung dieser Wirkung eingesetzten Mittel und Methoden. Bei der Beurteilung, wie konkret die Wirkung, die Mittel und Methoden formuliert werden müssen, kommt es auf die Eindeutigkeit des Verstoßes und die Vorwerfbarkeit des Verhaltens an. Natürlich sprechen sie für weitere Verbotsfassung<sup>50)</sup>.

### 3. Würdigungsbegriffe

Wenn der Unterlassungstenor unter Berücksichtigung der oben erwähnten Faktoren abgefaßt wird, ist es die schwierigste Aufgabe, die Verbotsweite in Worte zu fassen. Wenn mit dem Tenor, der (weitgehend) deskriptive und konkrete Wendungen enthält und so die einzelnen verbotenen Handlungen spezifiziert wiedergibt, der Umgehungsgefahr vorgebeugt wird, entsteht keine Schwierigkeit. Das Ziel, um die gerügte Verletzungshandlung einen Kreis zu schlagen, der die Umgehungsmöglichkeiten rundherum verbietet, kann regelmäßig nur durch eine Formulierung erreicht werden, die die allen untersagten Varianten gemeinsamen, für die Unterlassungsverpflichtung erforderlichen, aber auch ausreichenden Kriterien in den Griff bekommt. Dazu ist es häufig erforderlich, in der Verbotsformel (auch) Begriffe zu verwenden, die für die Feststellung, ob eine Handlung dem Verbot unterfällt, eine Würdigung voraussetzt<sup>51)</sup>. Zur Auslegung der Würdigungs-

---

50) Kramer, a. a. O., S. 168 ff.

begriffe kann es notwendig sein, auch die Entscheidungsgründe und Parteivorbringen heranzuziehen. Deshalb ist die Auslegung des mit den Würdigungsbegriffen tenorierten Unterlassungstitels schwieriger als die des mit deskriptiven und konkreten Wendungen tenorierten Unterlassungstitels.

Die solchen Würdigungsbegriffe zu verwenden, ist damit gerechtfertigt, daß das Vollstreckungsgericht als Vollstreckungsorgan zum Ermächtigungsbeschluß (im Fall der Beseitigung der Widerhandlungsergebnisse) oder zum Androhungsbeschluß der Bestrafungsgelder (um mit der Begehung der Widerhandlung in Zukunft aufhören zu lassen) auftreten<sup>51)</sup> und den Gegenstand des Verbots im Beschlußverfahren konkretisieren soll.

Dann kann der Schuldner nicht einfach beurteilen, ob die Variante der konkreten Verletzungshandlung dem Verbot unterfällt. Aber er kann in der notwendigen Anhörung des Schuldners oder der fakultativen mündlichen Verhandlung vor Ermächtigungs- oder Androhungsbeschluß (§171 Abs. 3, §172 Abs. 3 jap. Zivilvollstreckungsordnung) und in der Vollstreckungsbeschwerde (§171 Abs. 5, §172 Abs. 5 jap. Zivilvollstreckungsordnung) geltend machen, daß die Variante dem Verbot nicht unterfällt. Er kann auch in der Vollstreckungsgegenklage gegen diese Beschlüsse (nicht den dieser Beschlüsse zugrundeliegenden Unterlassungstitel) den solchen Umstand geltend machen, weil die Beschlüsse Titel darstellen (§22 Nr. 3 jap. Zivilvollstreckungsordnung) und keine Rechtskraft haben. Außerdem kann er gerichtlich feststellen lassen, daß die Variante dem Verbot nicht unterfällt, bevor er sie begeht. Das hier Gesagte bedeutet Klageerhebungsumkehr für die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Variante, wenn und insoweit es nicht eindeutig ist, ob die Variante dem Verbot unterfällt. Diese Umkehr wird damit gerechtfertigt, daß der Grund dafür, das Titelverbot über die gerügte Verletzungshandlung hinaus zu erweitern, in

---

51) Kramer, a. a. O., S. 191 ff.

52) Vgl. oben Fn. 15).



Zur Bestimmtheit des Gegenstands des Unterlassungsbefehls im Vollstreckungstitel der Gefahr der Umgehung durch den Schuldner liegt<sup>53)</sup>.

#### 4. Ein Beispiel

Abschließend soll an einem Beispiel aus Rechtsprechung aufgezeigt werden, wie ein Unterlassungstenor formuliert werden soll und kann. Die Beispiele werden nach den Rechtswidrigkeitsgründen in vier Fallgruppen (Verwechslungsgefahr, Irreführung, Geschäftsverleumdung, Imitation) gegliedert, weil die Gründe gewisse Auswirkungen auf die Struktur des Unterlassungstenors haben. Hier wird ein Beispiel der Verwechslungsgefahr untersucht.

In einem schon angeführten Fall<sup>54)</sup> war die Gläubigerin „Yugenkaisha-kikuya“ (Kikuya-GmbH) in dem solchen Namen, zur Herstellung und Vertrieb der Wa- und Yokashi (japanischer und europäischer Kuchen), in der Stadt Fukushima gegründet und ins Register eingetragen und vertrieb Yokan namens Kikuya-yokan, Monaka namens Kikuya-monaka. Die Schuldnerin „Yugenkaisha-kikuya-sohonten“ (Kikuya-sohonten-GmbH) begann, Yokan auch namens Kikuya-yokan, Monaka auch namens Kikuya-monaka unter der Firma herzustellen und zu vertreiben, und öffnete eine Geschäftsstelle in der Stadt. Dann handelte es sich um den Unterlassungstenor, „der Schuldnerin werde untersagt, die Firma ‚Kikuya-sohonten‘ oder die dieser ähnliche Firma zu gebrauchen, und die Schilde u. s. w. mit solcher Firma zu halten.“

(1) Zuerst wird das Problem der Firma untersucht.

Zunächst mußte das Verbot auf die Handlung in der Stadt Fukushima begrenzt werden, weil die Schuldnerin mit der Gläubigerin nur dort

---

53) Kramer, a. a. O., S. 202, 204 f.; Ahrens, a. a. O., S. 163 Fn. 36; Takeshita, Hanreitaimesu Nr. 428, S. 36; Nakano, Jittaiho to Tetsuzukiho no Kosaku Bd. 2, S. 323 ff.; ders., Minjishikkoho Bd. 1, S. 242; ders., Shin-jitsumuminjisoshokoza Bd. 12, S. 472.

54) Vgl. oben II 2.

konkurrierte.

Die schwierigste Aufgabe ist die Firma zu bestimmen, deren Gebrauch zu verbieten ist. Wie oben II 2 erwähnt, ist das Verbot des Gebrauchs der Firma Kikuya und der dieser ähnlichen Firma unzutreffend. Kikuya und die Firma, die wie Kikuya ausgesprochen wird, zu gebrauchen, könnte untersagt werden. Aber das wäre nicht ausreichend, weil es auch untersagt werden müßte, die Firma mit einem Zusatz (z.B. Sohonten) zu gebrauchen. Die Firma, die Kikuya oder die Firma, die wie Kikuya ausgesprochen wird, enthält, zu gebrauchen, könnte untersagt werden. Aber das ginge zu weit, weil die Verwechslungsgefahr wegfallen könnte, wenn Kikuya oder der Firma, die wie Kikuya ausgesprochen wird, etwas beigefügt würde.

In der Regel werden Teile der Firma folgendermaßen typisiert, die nebensächlich sind und die Geschäftssubjekte nicht differenzieren lassen können<sup>55)</sup>: die Geschäftsart hinweisenden Teile; die Geschäftsart oder Geschäftsart hinweisenden Teile; die gängigen Adjektive, wie „groß“, „klein“ und „neu“, „alt“ u. s. w.; die Identität oder Orthdoxie als Geschäft hinweisenden Teile, wie Honten, Sohonten u. s. w.; die Art der Gesellschaft hinweisenden Teile. Deshalb kann der Unterlassungstenor diese Typen benutzend formuliert werden. D. h. die Firma „Kikuya“, die Firma, die wie Kikuya ausgesprochen wird, und die Firma, die aus der solchen Firma und solchen Zusätze besteht wie die Geschäftsart hinweisenden Namen, die Geschäftsart oder Geschäftsart hinweisenden Wörter, die die Größe oder das Neue hinweisenden Wörter, die Identität oder Orthdoxie als Geschäft hinweisenden Wörter und die Art der Gesellschaft hinweisenden

---

55) Homusho-minjikyoku-daiyonka-shokuin (Justizministerium, Zivilabteilung, 4. Unterabteilung) (Hrsg.), Kaisha no Shogo to Jigyomokuteki (Firma der Gesellschaft und Gegenstand des Unternehmens), 1984, S. 63 ff.; Manda, Ruiji-shogo (ähnliche Firmen), Shoho (Sosoku, Shokoi) Hanreihakusen (100 Entscheidungen über Handelsrecht (allgemeiner Teil und Handelsgeschäfte)), 2. Aufl. 1985, S. 39.

Wörter. Aber während es andere Firmen als diese geben kann, deren Gebrauch zu verbieten ist, können diese Firmen die Geschäftssubjekte differenzieren lassen, wenn noch andere Zusätze beigefügt werden. Deshalb müssen die solchen Firmen in den Unterlassungstenor eingeschlossen oder daraus ausgeschlossen werden. Dabei bedarf es Verwendung der Würdigungsbegriffe.

(2) Sodann wird das Verbot untersucht, die Schilde u. s. w. mit solcher Firma zu halten.

Das oben Gesagte gilt auch für die Firma, die auf den Schilde eingetragen werden.

Da Schild Erkennungszeichen bedeutet, das hinweis, daß der Schuldner das Geschäft dort treibt, ist „u. s. w.“ unnötig.

Auch in Zusammenhang mit dem Ort und Geschäft bedarf es Begrenzungen. Die Schilde zu halten, muß nur in der Geschäftsstelle der Schuldnerin und in der Nähe davon in der Stadt Fukushima untersagt werden. „In der Nähe davon“ bedeutet innerhalb des Gebiets, das die Verbindung zwischen dem durch die Firmen gezeichneten Geschäft und der Geschäftsstelle des Schuldners erkennen läßt. Und es muß nur in Zusammenhang mit der Herstellung und dem Vertrieb von Wa- und Yokashi untersagt werden.

Zusammenfassend lautet der Unterlassungstenor folgendermaßen:

„Der Schuldnerin wird untersagt,

(1) in der Stadt Fukushima in Zusammenhang mit der Herstellung und dem Vertrieb von Wa- und Yokashi die Firma „Kikuya“, die Firma, die wie Kikuya ausgesprochen wird, die Firma, die aus der solchen Firma und solchen Zusätze, die zwischen der betreffenden Firma und der Firma „Yugenkaisha-kikuya“ nicht differenzieren lassen können, wie die Geschäftsort hinweisenden Namen, die Geschäftszweig oder Geschäftslage hinweisenden Wörter, die die Größe oder das Neue hinweisenden Wörter,

die Identität oder Orthdoxie als Geschäft hinweisenden Wörter und die Art der Gesellschaft hinweisenden Wörter, besteht und die andere Firma, der nur Zusätze beigefügt werden, die zwischen der betreffenden Firma und der Firma „Yugenkaisha-kikuya“ nicht differenzieren lassen können, zu gebrauchen, insoweit die Firmen mit Wörter nicht ausgedrückt werden, die zwischen den betreffenden Firmen und der Firma „Yugenkaisha-kikuya“ differenzieren lassen können, oder den Firmen keine solchen Zusätze beigefügt werden.

(2) in seiner Geschäftsstelle in der Stadt Fukushima und innerhalb des Gebiets, das die Verbindung zwischen dem durch die Firmen gezeichneten Geschäft und seiner Geschäftsstelle erkennen läßt, die Schilde mit den (1) angeführten Firmen zu halten.“

## VII. Schlußbemerkungen

Wie oben untersucht, soll der Gegenstand des Unterlassungsbefehls über die gerügte konkrete Verletzungshandlung hinausgehen. Bei der Abfassung des Befehls sind Würdigungsbegriffe zu verwenden. Da Richter und Rechtsanwälte die Lehre von Takeshita über die Immissionsunterlassungsklage und die Vollstreckung der Urteile<sup>56)</sup> kritisiert haben, wird auch der vorliegende Vorschlag voraussichtlich kritisiert. Aber wie Takeshita<sup>57)</sup> bemerkt, muß der Gedanke über die absolute Trennung zwischen dem erkennenden Richter und dem Vollstreckungsorgan modifiziert werden, wenn man das Risiko zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner am billigsten verteilen will.

---

56) Vgl. oben III 3.

57) Takeshita, Hanreitamuzu Nr. 428, S. 39.

(のむら・ひでとし=本学教授)