

# Münchener Anwaltshandbuch Gewerblicher Rechtsschutz

6., überarbeitete Auflage 2022  
ISBN 978-3-406-77665-6  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

## Widerspruch

gegen die einstweilige Verfügung der Kammer vom ... und bitten um Anberaumung eines möglichst frühzeitigen Verhandlungstermins. Wir beantragen,

1. unter Aufhebung der einstweiligen Verfügung vom ... den Antrag der Antragstellerin vom ... zurückzuweisen und
2. der Antragstellerin die Kosten des einstweiligen Verfügungsverfahrens aufzuerlegen.

## Begründung

(Es folgen Ausführungen zum Verfügungsgrund und/oder Verfügungsanspruch nebst Vorlage und/oder Anknüpfung geeigneter Glaubhaftmachungsmittel.)

Im Übrigen hat sich in der Praxis ein sog **Kostenwiderspruch** entwickelt,<sup>214</sup> dh ein Widerspruch, der sich entgegen der sonst geltenden Regel, dass der Kostentenor nur zusammen mit der Sachentscheidung angegriffen werden kann, ausschließlich gegen die Kostenentscheidung einer Beschlussverfügung richtet. Der Antragsgegner beantragt damit (lediglich) eine Entscheidung nach § 93 ZPO. Ein Kostenwiderspruch stellt deswegen zugleich ein Anerkenntnis der einstweiligen Verfügung dar.<sup>215</sup> Ein daraufhin ergehendes Kostenurteil ist mit der **sofortigen Beschwerde** (§ 99 Abs. 2 ZPO analog) anfechtbar.<sup>216</sup>

## Formulierungsvorschlag:

In Sachen ...

zeigen wir an, dass wir die Antragsgegnerin vertreten. Namens und mit Vollmacht der Antragsgegnerin erheben wir hiermit

## Kostenwiderspruch

gegen die Beschlussverfügung des Gerichts vom ...

Wir beantragen,

der Antragstellerin die Kosten des einstweiligen Verfügungsverfahrens aufzuerlegen.

## Begründung

1. Der Antragsgegnerin wurde die og einstweilige Verfügung ... zugestellt. Zuvor wurde sie von der Antragstellerin nicht gem. § 13 Abs. 1 UWG abgemahnt.<sup>217</sup>
2. Eine Einschaltung des Gerichts wäre in dieser Angelegenheit nicht erforderlich gewesen. Die Antragsgegnerin hätte sich in Reaktion auf eine antragsgemäße vorprozessuale Abmahnung entsprechend unterworfen, dh eine ausreichend strafbewehrte Unterlassungserklärung gem. der Beschlussverfügung abgegeben ... (ggf. nähere Begründung).
3. Es lagen auch keine Umstände vor, die eine Abmahnung ausnahmsweise entbehrlich machten (...).<sup>218</sup>
4. (Es folgen Ausführungen zum materiellen Anspruch, aus denen sich ergibt, ob dieser anerkannt wird oder – da im summarischen Verfahren nicht nachweisbar – eine Verteidigung im Hauptsacheverfahren erfolgen soll.)<sup>219</sup>

<sup>214</sup> HM vgl. ua BGH 13.12.1984 – I ZR 107/82, NJW 1986, 1815 (1815); Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler UWG § 12 Rn. 2.42; Melullis Rn. 246 mwN.

<sup>215</sup> KG 17.5.2011 – 5 W 75/11, MD 2011, 607 (607).

<sup>216</sup> OLG Hamburg 13.11.1975 – 3 U 187/75, WRP 1976, 180 (180 f.); OLG Köln 21.6.1982 – 6 U 66/82, WRP 1983, 43 (43); OLG München 17.1.1990 – 29 W 3006/89, GRUR 1990, 482; KG 17.5.2011 – 5 W 75/11, MD 2011, 607 (608); Ohly/Sosnitza/Sosnitza UWG § 12 Rn. 150; Melullis Rn. 255; Gloy/Loschelder/Danckwerts UWG-HdB/Spätgens § 105 Rn. 13a; Teplitzky/Feddersen Kap. 55 Rn. 13 mwN.

<sup>217</sup> In § 12 UWG ist gesetzlich geregelt, dass der Schuldner vor der Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens abgemahnt und ihm Gelegenheit gegeben werden soll, den Streit durch die Abgabe einer vertragsstrafbewehrten Unterlassungsverpflichtung beizulegen. Zwar begründet die Regelung des § 12 UWG keine gesetzliche Verpflichtung zur Abmahnung, allerdings kann eine unterlassene Abmahnung eine entspr. Kostentragungspflicht nach Maßgabe des § 93 ZPO begründen.

<sup>218</sup> → § 4.

<sup>219</sup> Nach hM kann dem Kostenwiderspruch zwar häufig, aber nicht immer die Bedeutung einer Anerkennung der Sachentsch. zubilligt werden, so dass es sich empfiehlt, sich ausdrücklich dazu zu äußern, welche Tragweite ihm zukommen soll; vgl. eingehend Teplitzky/Feddersen Kap. 55 Rn. 11 f.; Ahrens/Scharen Kap. 56 Rn. 23 ff.; Harte/Henning/Retzer UWG § 12 Rn. 270 f.; Lambsdorff Rn. 350, jew. mwN.

- 89 Mit dem Widerspruch kann ein Antrag auf **Einstellung der Zwangsvollstreckung** verbunden werden, und zwar sowohl zur Sache als auch beschränkt auf die Kosten. Dies kommt allerdings nur in Ausnahmefällen (eindeutige Fehlerhaftigkeit der Entscheidung auf Grund von Tatsachen, die dem Gericht bekannt waren) in Betracht, da es im Wesen der einstweiligen Verfügung liegt, dass sie vorläufig vollstreckbar ist. Darüber hinaus kommt eine Einstellung der Zwangsvollstreckung bei einem Verstoß gegen das Recht auf prozessuale Waffengleichheit des Antragsgegners in Betracht.<sup>220</sup> In der Sache kann auch eine **Aufbrauchs- oder Umstellungsfrist** beantragt werden.
- 90 Für die Wettbewerbspraxis von entscheidender Bedeutung ist die **Wirkung eines Urteils, durch das eine einstweilige Verfügung aufgehoben wird**, mit Blick auf zwischenzeitliche Zuwiderhandlungen und Ordnungsmittelverfahren und eine eventuell abweichende Entscheidung des Berufungsgerichts. Der Antragsgegner steht nämlich regelmäßig vor der Frage, ob er auf Grund eines einstweiligen Verfügung aufhebenden Urteils bereits von der einstweiligen Verfügung befreit ist, also für den Fall einer Zuwiderhandlung insbes. nicht die Sanktionen des § 890 ZPO befürchten muss oder ob er zunächst die Berufungsfrist des Antragstellers, also die Rechtskraft des Urteils abwarten muss. Damit einher geht die Frage, ob das Berufungsgericht die einstweilige Verfügung erforderlichenfalls erneut erlassen oder lediglich das die Verfügung aufhebende Urteil aufheben muss. Die hM lässt die Verfügung **mit Erlass** des sie aufhebenden Urteils entfallen, dh es besteht auch keine Grundlage für ein Bestrafungsverfahren.<sup>221</sup> Das Berufungsgericht muss dementspr. die einstweilige Verfügung ggf. neu erlassen und der Antragsteller muss sie neu vollziehen. „Zuwiderhandlungen“ nach Aufhebung und vor Neuerlass einer einstweiligen Verfügung können daher nicht vollstreckungsrechtlich sanktioniert werden.
- 91 **c) Berufungsverfahren.** Ein auf Grund angeordneter mündlicher Verhandlung oder nach Widerspruch ergangenes Urteil der ersten Instanz kann – von beiden Parteien – mit der **Berufung** angefochten werden. Da die allgemeinen Vorschriften der §§ 511 ff. ZPO gelten, ist insbes. die Monatsfrist für die Berufung und die Berufungsbegründung (§§ 517, 520 ZPO) zu beachten.
- 92 Wenn der Antragsteller gegen ein ihn belastendes Urteil Berufung einlegt, ist bei der Ausschöpfung der Fristen und erst recht mit einer etwaigen Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist (§ 520 Abs. 2 S. 2, 3 ZPO) besondere Vorsicht geboten. Eine insoweit zögerliche Handlung kann – wie in jedem Stadium des Verfahrens – die Eilbedürftigkeit und damit den Verfügungsgrund im Einzelfall entfallen lassen.<sup>222</sup>
- 93 **d) Andere Rechtsmittel (§§ 926, 927, 936 ZPO).** In Wettbewerbsverfahren kommt auch **anderen Rechtsmitteln** besondere Bedeutung zu, namentlich der Aufhebung wegen veränderter Umstände (§§ 927, 936 ZPO) und der Möglichkeit, eine Frist zur Klageerhebung setzen zu lassen (§§ 926, 936 ZPO). Grds. hat der Antragsgegner die Wahl zwischen den verschiedenen Rechtsbehelfen.<sup>223</sup> Der Antragsgegner sollte bei der Auswahl des Rechtsbehelfs berücksichtigen, dass Widerspruch und Berufung weiter reichen als das Aufhebungsverfahren, da mit den erstgenannten Rechtsbehelfen zugleich geltend gemacht werden kann, dass die Verfügung von Anfang an nicht gerechtfertigt gewesen sei.<sup>224</sup> Dennoch steht die Möglichkeit, einen – vom Prüfungsumfang weitergehenden – Widerspruch bzw. Berufung einzulegen, dem Rechtsschutzbedürfnis für ein Aufhebungsverfahren nicht entgegen. Wenn ein Widerspruchs- oder Berufungsverfahren jedoch anhängig gemacht worden ist, fehlt das Rechtsschutzbedürfnis für ein Aufhebungsverfahren, ein bereits eingeleitetes Aufhebungsverfahren wird unzulässig.<sup>225</sup> Ferner sollte der Antragsgegner bei der Wahl des Rechtsmittels berücksichtigen, dass die Wirkung der Aufhebung in Abhängigkeit von dem eingelegten Rechtsmittel unter vollstreckungsrechtlichen Gesichtspunkten erheblich sein kann: Die Aufhebung erfolgt bei erfolgreichem Widerspruch, einer Berufung oder im Falle des § 926 ZPO ex tunc, nach erfolgreichem Aufhebungsverfahren dagegen ex nunc.<sup>226</sup>

<sup>220</sup> → Rn. 103.

<sup>221</sup> OLG Hamburg 24.10.1996 – 3 U 106/96, WRP 1997, 53 (54); OLG Düsseldorf 11.7.1995 – 20 U 100/95, WRP 1995, 732 (735); OLG Celle 11.5.1989 – 13 U 12/89, GRUR 1989, 541 (541); Köhler/Bornkamm/Feddersen/Bornkamm § 12 UWG Rn. 2.42; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Retzer UWG § 12 Rn. 292; Melullis Rn. 252; Teplitzky/Feddersen Kap. 55 Rn. 14 f. mwN; Ahrens/Ahrens Kap. 56 Rn. 4; Berneke/Schüttpelz Rn. 409.

<sup>222</sup> S. Rn. 42.

<sup>223</sup> Zöller/Vollkommer ZPO § 926 Rn. 3, § 924 Rn. 2; Berneke/Schüttpelz Rn. 539; Anders/Gehle/Becker ZPO § 924 Rn. 6.

<sup>224</sup> Berneke/Schüttpelz Rn. 539.

<sup>225</sup> Berneke/Schüttpelz Rn. 539; Anders/Gehle/Becker ZPO § 924 Rn. 6.

<sup>226</sup> Zu den vollstreckungsrechtlichen Konsequenzen einer ex nunc bzw. ex tunc Aufhebung, insbes. im Hinblick auf Zuwiderhandlungen des Antragsgegners vor Aufhebung des Titels → Rn. 152 ff.

*aa) Fristsetzung zur Klageerhebung.* Um die Prüfung des materiellen Anspruchs im Hauptsacheverfahren zu erzwingen, kann der Antragsgegner beantragen, durch Beschluss – und damit ohne mündliche Verhandlung – dem Antragsteller eine **Frist zur Erhebung der Klage in der Hauptsache** zu setzen (§§ 926 Abs. 1, 936 ZPO). Leistet der Antragsteller einer entspr. Anordnung keine Folge, so kann der Antragsgegner allein deshalb die Aufhebung der einstweiligen Verfügung beantragen (§ 926 Abs. 2 ZPO). 94

**Praxistipp:**

Dieses Rechtsmittel ist für den Antragsgegner insbes. interessant, wenn keine Glaubhaftmachungsmittel zur Verfügung stehen oder es sich um einen äußerst komplexen Sachverhalt handelt.

**Formulierungsvorschlag:**

In Sachen ... 95

zeigen wir an, dass wir die Antragsgegnerin vertreten und beantragen,

der Antragstellerin gem. § 926 Abs. 1 ZPO eine Frist zur Erhebung der Klage zu setzen.

Die Frist sollte einen Zeitraum von ... (meist ein Monat)<sup>227</sup> nicht überschreiten.

Ein entspr. Antrag kann schon vor Erlass der einstweiligen Verfügung gestellt werden.<sup>228</sup> Str. ist allerdings, ob dies schon in der Schutzschrift möglich sein soll.<sup>229</sup> Der Anordnungsantrag ist mangels Rechtsschutzbedürfnis jedenfalls unzulässig, wenn ein Verfügungsanspruch nicht (mehr) besteht.<sup>230</sup> Sinn und Zweck der Vorschrift des § 926 ZPO verbieten es, den Gläubiger in ein überflüssiges Hauptsacheverfahren zu zwingen.<sup>231</sup> Ein Rechtsschutzbedürfnis besteht nach wohl hM insbes. dann nicht, wenn der Schuldner eine entspr. strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben hat.<sup>232</sup> Gleiches soll gelten, wenn der Antragsteller auf die Rechte aus der Verfügung verzichtet und den Titel an den Antragsgegner herausgegeben hat,<sup>233</sup> bei einer befristeten einstweiligen Verfügung nach Fristablauf<sup>234</sup> sowie bei einer übereinstimmenden Erledigungserklärung.<sup>235</sup> 96

Bei der nach § 926 Abs. 1 ZPO angeordneten **Klageerhebung** ist insbes. folgendes zu beachten: 97

- Der Streitgegenstand der Hauptsacheklage muss den durch das einstweilige Verfügungsverfahren geltend gemachten Anspruch erfassen, kann jedoch auch über diesen hinausgehen.<sup>236</sup>
- Zuständig ist das Gericht der Hauptsache nach § 937 ZPO.
- Die Klage muss innerhalb der in der Anordnung genannten Frist erhoben werden.

*bb) Aufhebung wegen veränderter Umstände.* Wenn sich die Umstände, die zum Erlass – oder zur Bestätigung – einer einstweiligen Verfügung geführt haben, verändern, kann der Antrags- 98

<sup>227</sup> Für eine Mindestfrist von zwei Wochen s. Berneke/Schüttelpelz Rn. 507 mwN; für längere Fristen von drei bis vier Wochen vgl. Pastor S. 483; Teplitzky/Feddersen Kap. 56 Rn. 17; Ohly/Sosnitzer/Sosnitzer UWG § 12 Rn. 152.

<sup>228</sup> S. ua Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler UWG § 12 Rn. 2.45.

<sup>229</sup> So Lambsdorff Rn. 359; Melullis Rn. 262; aA Teplitzky/Feddersen Kap. 56 Rn. 4.

<sup>230</sup> BGH 27.11.1973 – VI ZR 171/72, NJW 1974, 503 (503); OLG Stuttgart 6.2.1981 – 2 U 177/80, WRP 1981, 231 (231); OLG München 14.1.1982 – 6 U 4279/81, GRUR 1982, 321 (321); anders für einen Verfügungsanspruch aus § 809 BGB: OLG Nürnberg MD 2006, 346 (346).

<sup>231</sup> Teplitzky/Feddersen Kap. 56 Rn. 11; Lambsdorff Rn. 361 ff. mit Nachweisen zu verschiedenen Fallgruppen.

<sup>232</sup> Anders/Gehle/Becker ZPO § 926 Rn. 5.

<sup>233</sup> OLG Karlsruhe 28.6.1978 – 6 U 6/78, WRP 1979, 223 (224); OLG Düsseldorf 8.10.1987 – 2 U 175/87, NJW-RR 1988, 696 (696 f.); Zöller/Vollkommer ZPO § 926 Rn. 12.

<sup>234</sup> OLG Karlsruhe 22.7.1987 – 6 U 76/87, NJW-RR 1988, 251 (252); OLG Celle OLGR 1995, 1329.

<sup>235</sup> OLG Hamburg 16.7.1970 – 6 U 38/70, MDR 1970, 935 (935 f.); BGH 27.11.1973 – VI ZR 171/72, NJW 1974, 503 (503); OLG München 14.1.1982 – 6 U 4279/81, GRUR 1982, 321 (321); Stein/Jonas/Grunsky ZPO § 926 Rn. 7.

<sup>236</sup> OLG Koblenz 28.10.1982 – 6 U 1033/82, WRP 1983, 108 (109); OLG Düsseldorf 13.4.1988 – 17 U 284/87, MDR 1988, 976 (976); OLG Naumburg OLGR Naumburg 2002, 260; Lambsdorff Rn. 370; s. zu einem Klageantrag, der in dem weiter gefassten Verfügungsantrag als Minus enthalten war, OLG Köln 18.9.2009 – 6 U 79/09, MD 2010, 410 (413).

gegner gem. § 927 ZPO **Aufhebung wegen veränderter Umstände** beim Verfügungsgericht erster Instanz (auch bei Erlass der Verfügung erst in der Berufungsinstanz) beantragen bzw. beim Gericht der Hauptsache, falls diese anhängig ist.

- 99 Als „veränderte Umstände“ kommen im Wettbewerbsprozess insbes. folgende in Betracht:
- Versäumung der Vollziehungsfrist (§ 929 Abs. 2 ZPO)
  - Versäumung der Klageerhebungsfrist (§ 926 Abs. 1 ZPO)
  - Wegfall der Wiederholungsgefahr insbes. durch Abgabe einer strafbewehrten Unterwerfungsverpflichtungserklärung
  - Verjährung
  - Nichthinterlegung einer Sicherheitsleistung<sup>237</sup>
  - Rechtskräftiges Leistungsurteil in der Hauptsache<sup>238</sup>
  - Änderung der gesetzlichen Grundlage oder der höchstrichterlichen Rspr.<sup>239</sup>
- 100 Dagegen begründet ein im Hauptsacheverfahren noch nicht rechtskräftig ergangenes Urteil, das dem durch eine einstweilige Verfügung gesicherten Unterlassungsanspruch stattgibt, keinen Aufhebungsgrund.<sup>240</sup> Da die Vollstreckungsmöglichkeiten aus einem Urteil und einer Verfügung für den Gläubiger insbes. im Hinblick auf die Erbringung einer Sicherheitsleistung nicht gleichwertig sind, muss die Möglichkeit der Vollstreckung aus der Verfügung für den Antragssteller bestehen bleiben.<sup>241</sup>

#### Formulierungsvorschlag:

- 101 In Sachen ...  
zeigen wir an, dass wir die Antragsgegnerin vertreten.  
Namens und mit Vollmacht der Antragsgegnerin beantragen wir,
1. die einstweilige Verfügung des Landgerichts ... vom ... (Az.) aufzuheben,
  2. der Antragstellerin die Kosten des Aufhebungsverfahrens einschl. der Kosten des vorausgegangenen Verfügungsverfahrens aufzuerlegen und
  3. die Zwangsvollstreckung aus der in Ziff. 1 bezeichneten einstweiligen Verfügung bis zur Rechtskraft des Aufhebungsurteils einstweilen einzustellen.
- Begründung
- (Darstellung zur Vorgeschichte unter Befügung des Urteils in Kopie und Ausführungen nebst Glaubhaftmachungsmitteln zu den veränderten Umständen.)

#### Praxistipp:

Darüber hinaus kann nach § 707 Abs. 2 ZPO beantragt werden, über den Antrag auf Einstellung der Zwangsvollstreckung vorab zu entscheiden.

- 102 *cc) Negative Feststellungsklage.* Nicht übersehen sollte der Antragsgegner auch die Möglichkeit der Erhebung einer (negativen) Feststellungsklage. Sie kann nicht nur als Reaktion auf eine

<sup>237</sup> OLG Frankfurt a. M. 28.2.1980 – 6 U 122/79, WRP 1980, 423 (424); Berneke/Schüttpelz Rn. 534.

<sup>238</sup> Berneke/Schüttpelz Rn. 535; Zöller/Vollkommer ZPO § 927 Rn. 6, jew. ablehnend im Hinblick auf Feststellungsurteile; OLG Hamburg 28.9.1978 – 3 U 81/78, WRP 1979, 135 (135); anders, wenn noch Ordnungsmittelverfahren anhängig sind, so OLG Düsseldorf 3.5.1990 – 2 U 10/90, GRUR 1990, 547 (547); aA Stein/Jonas/Grunsky ZPO § 927 Rn. 8; Schuschke/Walker ZPO § 927 Rn. 16, unter Berufung darauf, dass dem Schuldner für den Aufhebungsantrag das Rechtsschutzbedürfnis fehle, da er ohnehin mit einer Vollstreckung rechnen müsse.

<sup>239</sup> BGH 21.4.1988 – I ZR 129/86, GRUR 1988, 787 (788); KG 24.1.1989 – 5 U 3165/87, WRP 1990, 330 (331 f.); KG MD 1993, 831 (832); Ohly/Sosnitza/Sosnitza § 12 Rn. 160; Teplitzky/Feddersen Kap. 56 Rn. 34.

<sup>240</sup> Teplitzky/Feddersen Kap. 56 Rn. 33; KG 16.3.1979 – 5 U 4481/78, WRP 1979, 547 (547 f.); OLG Frankfurt a. M. 23.9.1980 – 5 U 110/80, ZIP 1980, 922; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler UWG § 12 Rn. 2.56; Zöller/Vollkommer ZPO § 927 Rn. 7, Berneke/Schüttpelz Rn. 535; anders unter Hinweis auf das freie Ermessen des Aufhebungsgerichts: OLG Hamburg OLGR Hamburg 2004, 316.

<sup>241</sup> Zwar kann auch die Vollstreckung einer Verfügung von der Erbringung einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht werden, allerdings machen die Gerichte davon nur sehr selten Gebrauch, s. Rn. 37; Berneke/Schüttpelz Rn. 120 und 535.

Abmahnung, sondern auch auf eine einstweilige Unterlassungsverfügung als Alternative in Betracht kommen, wenn dem Antragsgegner an einer möglichst raschen Klärung in einem nicht nur summarischen Verfahren gelegen ist.<sup>242</sup>

e) **Rechtsbehelfe bei Verletzung des Rechts auf prozessuale Waffengleichheit.** Verletzt das Gericht beim Erlass einer Beschlussverfügung das Recht des Antragsgegners auf prozessuale Waffengleichheit,<sup>243</sup> was in der Praxis noch immer erschreckend häufig geschieht, stellt sich für den Antragsgegner die Frage, mit welchem Rechtsbehelf er diese Rechtsverletzung angreifen kann. Hierbei ist zunächst zu berücksichtigen, dass ein nach mündlicher Verhandlung über den Widerspruch ergangenes Urteil, das die Beschlussverfügung bestätigt, in der Berufungsinstanz nicht mit Erfolg unter Hinweis auf den Gehörverstoß angefochten werden kann, da die angegriffene Entscheidung nicht mehr auf dem ursprünglichen Verstoß beruht.<sup>244</sup> Insoweit stellt auch das BVerfG fest, dass es nicht möglich ist, die Verletzung des Rechts auf prozessuale Waffengleichheit vor den Fachgerichten wirksam anzugreifen.<sup>245</sup> Sachgerecht kann es jedoch sein, dass das erstinstanzliche Gericht bis zur Entscheidung über einen Widerspruch die Zwangsvollstreckung aus der rechtswidrig zustande gekommenen Beschlussverfügung auf Antrag des Antragsgegners einstellt, um den Rechtsverstoß bis zur mündlichen Verhandlung nicht weiter zu vertiefen. Ansonsten kommen nur Rechtsbehelfe zum BVerfG in Betracht.

aa) *Einstweilige Anordnung nach § 32 BVerfGG.* Nach § 32 Abs. 1 BVerfGG kann das BVerfG im Streitfall einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist. Nachdem die Anforderungen, die sich aus der prozessualen Waffengleichheit in einstweiligen Verfügungsverfahren ergeben, nunmehr eingehend verfassungsgerichtlich geklärt sind, führt die vom BVerfG im Rahmen der Entscheidung nach § 32 Abs. 1 BVerfGG vorzunehmende Folgenabwägung bei Vorliegen eines Verstoßes gegen das Recht auf prozessuale Waffengleichheit grundsätzlich zu dem Ergebnis, dass die für den Erlass einer einstweiligen Anordnung sprechenden Gründe überwiegen.<sup>246</sup>

Allerdings hat das BVerfG zwischenzeitlich klargestellt, dass von der Darlegung eines besonderen Eilbedürfnisses in Gestalt eines **grundrechtlich erheblichen schweren Nachteils** im Sinne des § 32 Abs. 1 BVerfGG auch bei offenkundigen Erfolgsaussichten der Verfassungsbeschwerde nicht abgesehen werden könne.<sup>247</sup> Der Beschwerdeführer müsse konkrete schwere Nachteile – etwa in Gestalt von drohenden Vollstreckungsmaßnahmen – vortragen.<sup>248</sup> Der Erlass einer einstweiligen Anordnung ist folglich selbst bei offensichtlichen Erfolgsaussichten der Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des Rechts auf prozessuale Waffengleichheit kein Automatismus. Es muss stets dargelegt werden, worin die zu erwartenden schweren Nachteile im Einzelfall bestehen.

In den Fällen, in denen das Bundesverfassungsgericht dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung stattgegeben hat, wurde der **stattgebende Beschluss** des jeweiligen Landgerichts im einstweiligen Verfügungsverfahren bis zu einer Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde in der Hauptsache oder bis zu einer erneuten Entscheidung des Landgerichts, längstens jedoch für die Dauer von sechs Monaten, **ausgesetzt**.<sup>249</sup>

bb) *Verfassungsbeschwerde nach §§ 13 Nr. 8 Buchst. a), 90 ff. BVerfGG.* Nach § 90 Abs. 1 BVerfGG kann jedermann mit der Behauptung, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner grundrechtsgleichen Rechte verletzt zu sein, die Verfas-

<sup>242</sup> BGH 13.12.1984 – I ZR 107/82, GRUR 1985, 571 (572) – Feststellungsinteresse; OLG Frankfurt a.M. 28.6.1982 – 6 W 72/82, WRP 1982, 590 (591); OLG Frankfurt a.M. 15.7.2003 – 6 U 204/02, GRUR-RR 2004, 64 (64); OLG Hamm 20.9.1979 – 4 V 119/79, WRP 1980, 87 (88); OLG Köln 6.1.1986 – 6 W 70/85, WRP 1986, 428 (428); OLG Nürnberg 26.2.1980 – 3 U 37/80, WRP 1980, 443 (443); Borck WRP 1980, 1 ff.

<sup>243</sup> → Rn. 47 ff.

<sup>244</sup> OLG Düsseldorf 27.2.2019 – 15 U 45/18, BeckRS 2019, 5570 Rn. 12; OLG Köln 14.8.2020 – 6 U 4/20, GRUR 2021, 505 Rn. 51 ff. – Dairygold.

<sup>245</sup> BVerfG 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 Rn. 10; BVerfG 30.9.2018 – 1 BvR 2421/17, NJW 2018, 3634 Rn. 23.

<sup>246</sup> BVerfG 3.6.2020 – 1 BvR 1246/20, NJW 2020, 2021 Rn. 10 f.; vgl. auch BVerfG 17.6.2020 – 1 BvR 1380/20, ZUM-RD 2020, 421 Rn. 9 ff.

<sup>247</sup> BVerfG 17.6.2020 – 1 BvR 1380/20, ZUM-RD 2020, 421 Rn. 4; BVerfG 16.7.2020 – 1 BvR 1617/20, BeckRS 2020, 17682 Rn. 5.

<sup>248</sup> BVerfG 17.6.2020 – 1 BvR 1380/20, ZUM-RD 2020, 421 Rn. 4.

<sup>249</sup> BVerfG 3.6.2020 – 1 BvR 1246/20, NJW 2020, 2021; BVerfG 17.6.2020 – 1 BvR 1380/20, ZUM-RD 2020, 421.

sungsbeschwerde zum BVerfG erheben. Da es sich bei dem Recht auf prozessuale Waffengleichheit um ein grundrechtsgleiches Recht handelt, ist die Verfassungsbeschwerde bei einer Verletzung dieses Rechts grundsätzlich **statthaft**. Nach § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG kann, wenn gegen die Verletzung der Rechtsweg zulässig ist, die Verfassungsbeschwerde erst nach **Erschöpfung des Rechtswegs** erhoben werden. Dies führt nach dem BVerfG allerdings nicht dazu, dass die Verfassungsbeschwerde wegen eines noch fortdauernden Ausgangsverfahrens nicht erhoben werden kann. Denn es sei nicht möglich, die Verletzung des Rechts auf prozessuale Waffengleichheit vor den Fachgerichten wirksam anzugreifen.<sup>250</sup> Die Verfassungsbeschwerde kann damit ausnahmsweise **unmittelbar gegen die einstweilige Verfügung** selbst erhoben werden.

- 108 Die Verletzung des Rechts auf prozessuale Waffengleichheit kann der Verfassungsbeschwerde jedoch nicht in allen Fällen zum Erfolg gereichen; erforderlich ist das Vorliegen eines **hinreichend gewichtigen Feststellungsinteresses**.<sup>251</sup> Für die Prüfung des Feststellungsinteresses bedarf es näherer Darlegungen. Ein auf eine Wiederholungsgefahr gestütztes Feststellungsinteresse setzt nach dem BVerfG voraus, dass die Zivilgerichte die aus dem Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit folgenden Anforderungen grundsätzlich verkennen und sie ihre Praxis hieran unter Missachtung der verfassungsrechtlichen Maßstäbe nicht ausrichten.<sup>252</sup> Wird die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde hingegen inzident im Rahmen der Erfolgsaussichten eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung geprüft, so hält das BVerfG die Geltendmachung eines besonders gewichtigen Feststellungsinteresses nicht für erforderlich; das Fortdauern der Rechtsbeeinträchtigung in Gestalt eines weiterhin vollstreckbaren Unterlassungstitels reiche insoweit aus.<sup>253</sup>
- 109 Im Zusammenhang mit den Zulässigkeitsvoraussetzungen der Verfassungsbeschwerde sei noch auf die **Frist** des § 93 Abs. 1 BVerfGG verwiesen. Nach § 93 Abs. 1 S. 1 BVerfGG ist die Verfassungsbeschwerde **innen eines Monats** zu erheben und zu begründen. Der Beginn der Frist richtet sich nach § 93 Abs. 1 S. 3 und S. 4 BVerfGG, da die Zustellung der im Beschlusswege erlassenen einstweiligen Verfügung nach §§ 936, 922 Abs. 2 ZPO nicht von Amts wegen erfolgt.
- 110 In den Fällen, in denen das BVerfG eine Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung angenommen und ihr stattgegeben hat, würde die Verletzung des Rechts auf prozessuale Waffengleichheit durch den stattgebenden Beschluss des jeweiligen Landgerichts im einstweiligen Verfügungsverfahren lediglich festgestellt.<sup>254</sup> Es handelt sich folglich um eine „**Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde**“.<sup>255</sup>

### 9. Schadenersatzanspruch nach § 945 ZPO

- 111 a) **Allgemeines.** Als Korrektiv für die dem Antragsteller im Verfügungsverfahren zukommenden Erleichterungen gewährt § 945 ZPO dem Antragsgegner einen **verschuldensunabhängigen Schadenersatzanspruch** in folgenden Fällen:
- eine erlassene und vom Gläubiger vollzogene einstweilige Verfügung erweist sich als von Anfang an ganz oder teilw. ungerechtfertigt;
  - eine einstweilige Verfügung wird nach § 926 Abs. 2 ZPO aufgehoben, weil der Antragsteller der Aufforderung zur Erhebung der Hauptsacheklage nicht oder nicht fristgemäß Folge geleistet hat;
  - wenn die von einem AG nach § 942 Abs. 1 ZPO erlassene einstweilige Verfügung aufgehoben wird, weil der Antragsteller nicht bzw. nicht rechtzeitig die Ladung des Antragsgegners zur mündlichen Verhandlung beim Gericht der Hauptsache beantragt hat (§ 942 Abs. 3 ZPO).

<sup>250</sup> BVerfG 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 Rn. 10; BVerfG 30.9.2018 – 1 BvR 2421/17, NJW 2018, 3634Rn. 23.

<sup>251</sup> BVerfG 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 Rn. 11; BVerfG 30.9.2018 – 1 BvR 2421/17, NJW 2018, 3634 Rn. 24; BVerfG 8.10.2019 – 1 BvR 1078/19 und 1 BvR 1260/19, BeckRS 2019, 30365 Rn. 3; BVerfG 27.7.2020 – 1 BvR 1379/20, NJW 2020, 3023 Rn. 9f.; BVerfG 30.7.2020 – 1 BvR 1422/20, GRUR 2020, 1236 Rn. 14f.

<sup>252</sup> BVerfG 8.10.2019 – 1 BvR 1078/19 und 1 BvR 1260/19, BeckRS 2019, 30365 Rn. 3; BVerfG 27.7.2020 – 1 BvR 1379/20, NJW 2020, 3023 Rn. 10; BVerfG 30.7.2020 – 1 BvR 1422/20, GRUR 2020, 1236 Rn. 15.

<sup>253</sup> BVerfG 3.6.2020 – 1 BvR 1246/20, NJW 2018, 3634Rn. 13; BVerfG 17.6.2020 – 1 BvR 1380/20, ZUM-RD 2020, 421Rn. 12.

<sup>254</sup> BVerfG 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631; BVerfG 30.9.2018 – 1 BvR 2421/17, NJW 2018, 3634.

<sup>255</sup> So Bornkamm GRUR 2020, 715 (717f.).



Damit wird auch gleichzeitig einem allzu mutigen oder unbedachten Erwirken und Vollstrecken von einstweiligen Verfügungen Einhalt geboten.<sup>256</sup>

Die in § 945 ZPO geregelten Schadenersatzansprüche sind **verschuldensunabhängig** und werden daher als Gefährdungshaftung aus unerlaubter Handlung<sup>257</sup> bzw. besondere Risikohaftung<sup>258</sup> qualifiziert.

#### Praxistipp:

Gerade in Fällen, in denen sich der Antragsteller nachhaltig Sorgen über den Bestand einer einstweiligen Verfügung macht bzw. machen muss, gleichzeitig der Antragsgegner aber nur durch den Druck einer gerichtlichen Entscheidung überhaupt zu einer Änderung seines Wettbewerbsverhaltens veranlasst werden kann, sind mit dem Mandanten nach Erwirken einer einstweiligen Verfügung unter Berücksichtigung der Schadenersatzrisiken des § 945 ZPO folgende Handlungsoptionen abzuwägen:

- vorläufiger Verzicht auf die Vollziehung (aber Vollziehungsfrist notieren!) und Aufnahme einer außergerichtlichen Korrespondenz mit dem Antragsgegner bzw. seinem Verfahrensbevollmächtigten unter (lediglich) Androhung der Zustellung der einstweiligen Verfügung;
- sofortige Vollziehung bei gleichzeitiger Aufnahme außergerichtlicher Korrespondenz mit dem Antragsgegner bzw. seinem Verfahrensbevollmächtigten mit der Ankündigung, vorläufig auf die Vollstreckung zu verzichten;
- Aufnahme außergerichtlicher Korrespondenz ohne Hinweis auf die einstweilige Verfügung (Vollziehungsfrist notieren!);<sup>259</sup>
- sofortige Vollstreckung.

b) § 945 1. Alt. ZPO. Der in der Praxis wichtigste Fall ist der der Schadenersatzleistung wegen einer von Anfang an ungerechtfertigten einstweiligen Verfügung. Entscheidend ist also, ob im Zeitpunkt des Erlasses der einstweiligen Verfügung Verfügungsanspruch oder Verfügungsgrund fehlten. Diese Fragen hat das mit der Entscheidung über den Schadenersatz befasste Gericht selbstständig, auch unter Berücksichtigung neuen Sachvortrags und neuer Beweismittel, zu prüfen.<sup>260</sup> Dies gilt jedenfalls solange keine das Gericht bindende Feststellung des Gegenteils besteht. **Bindend** ist insbes. eine **Sachentscheidung im Hauptsacheverfahren** im Umfang ihrer Rechtskraft, dh bezogen auf den Verfügungsanspruch,<sup>261</sup> wobei die Parteien sich auf Änderungen der Rechtslage dann berufen können, wenn die Änderung zwischen Erlass der Verfügung und Rechtskraft der Hauptsacheentscheidung eingetreten ist.<sup>262</sup> Gleiches sollte bei einer Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung gelten.<sup>263</sup>

Bei der Prüfung der Bindungswirkung von Entscheidungen im Verfügungsverfahren ist zu differenzieren:

- Keine Bindungswirkung entfaltet eine Beschlussverfügung.<sup>264</sup>

<sup>256</sup> Sofern dem Verfügungsantrag von vornherein nicht stattgegeben wird, steht dem Antragsgegner ein Verfahrenskostenersatzanspruch gem. § 91 ZPO zu. Zu den nach § 91 ZPO erstattungsfähigen Kosten zählen auch die Kosten einer Schutzschrift, die vom Antragsgegner vorsorglich zur Verteidigung gegen eine erwartete Verfügung eingereicht worden ist, wenn und soweit bei diesem Gericht ein Antrag auf Erlass einer Verfügung eingegangen ist. Dies gilt selbst dann, wenn der Verfügungsantrag später wieder zurückgenommen wird. Auch in diesem Fall besteht gem. § 2 Abs. 2 RVG iVm Nr. 3100 VV ein Anspruch auf eine 1,3 Gebühr, da die Schutzschrift bereits Sachvortrag iSv Nr. 3101 VV enthält; BGH 13.3.2008 – I ZB 20/07, GRUR 2008, 640 (640) – Kosten einer Schutzschrift III; erstattungsfähig sind auch die Kosten einer beim Zentralen Schutzschriftenregister eingereichten Schutzschrift bei allen ordentlichen Gerichten im Verfügungsverfahren, OLG Hamburg 4.7.2016 – 8 W 68/16, MMR 2016, 815.

<sup>257</sup> Vgl. BGH 14.1.1988 – IX ZR 265/86, NJW 1988, 1268 (1269); Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler UWG § 12 Rn. 2.78; Lambsdorff Rn. 427; Gloy/Loschelder/Danckwerts UWG-HdB/Spätgens § 113 Rn. 1.

<sup>258</sup> Teplitzky/Schwippert Kap. 36 Rn. 4 mwN.

<sup>259</sup> Zu den Risiken eines solchen Vorgehens s. → Rn. 6.

<sup>260</sup> BGH 28.11.1991 – I ZR 297/89, GRUR 1992, 203 (205) – Roter mit Genever.

<sup>261</sup> BGH 28.11.1991 – I ZR 297/89, GRUR 1992, 203 (205) – Roter mit Genever; BGH 21.4.1988 – I ZR 129/86, GRUR 1988, 787 (788) – Nichtigkeitsfolgen der Preisangabenverordnung; Teplitzky/Schwippert Kap. 36 Rn. 15.

<sup>262</sup> Teplitzky/Schwippert Kap. 36 Rn. 14; Bernecke Rn. 412.

<sup>263</sup> Teplitzky/Schwippert Kap. 36 Rn. 14 mit Verweis auf BGH 2.7.2009 – I ZR 146/07, GRUR 2009, 1096 (1097f.) – Mescher weis; aA Anders/Gehle/Becker ZPO § 945 Rn. 11.

<sup>264</sup> BGH 28.11.1991 – I ZR 297/89, GRUR 1992, 203 (205) – Roter mit Genever.

- Gleiches gilt für die rechtskräftige Bestätigung einer einstweiligen Verfügung, soweit der Verfügungsanspruch betroffen ist.<sup>265</sup>
  - Problematisch ist die Bindungswirkung einer rechtskräftigen Entscheidung im Verfügungsverfahren bezüglich der Annahme des Verfügungsgrundes (und anderer Prozessvoraussetzungen) sowie die Bindungswirkung einer rechtskräftigen Aufhebung einer einstweiligen Verfügung. Insoweit ist zwar vieles umstritten,<sup>266</sup> allerdings hat dieser Meinungsstreit seine praktische Bedeutung in vielen Fällen dadurch verloren, dass dahingehend Übereinstimmung besteht, dass bei der Feststellung des Umfangs der Schadenersatzpflicht die Entscheidung im Verletzungsverfahren keine Bindungswirkung entfaltet.<sup>267</sup>
- 116 c) § 945 2. Alt. ZPO. In zwei Fällen der Fristversäumnis sieht § 945 2. Alt. ZPO Schadenersatzansprüche vor, nämlich im Falle **nicht fristgemäßer Erhebung der Klage zur Hauptsache** nach § 926 ZPO und **nicht rechtzeitiger Beantragung des sog Rechtfertigungsverfahrens** nach § 942 ZPO.
- 117 In beiden Fällen ist die Aufhebung der einstweiligen Verfügung Voraussetzung des Schadenersatzanspruchs (vgl. §§ 926 Abs. 2, 942 Abs. 3 ZPO). An die Aufhebungsentscheidung ist das für die Entscheidung über den Schadenersatz zuständige Gericht nach hM gebunden.<sup>268</sup> Zu beachten ist allerdings, dass ein ersatzfähiger Schaden nur dann anzunehmen ist, wenn kein materiell-rechtlicher Anspruch bestand, was der Schadenersatzrichter selbst prüfen muss.<sup>269</sup>
- 118 Eine analoge Anwendung von § 945 2. Alt. ZPO ist weder im Falle des Verzichts des Antragstellers auf die Rechte aus der einstweiligen Verfügung noch im Falle der Versäumung der Vollziehungsfrist nach § 929 Abs. 2 ZPO möglich.<sup>270</sup>
- 119 d) **Schadensumfang.** Von besonderer praktischer Relevanz ist – schon bei der Abwägung der Chancen und Risiken der Durchführung eines Eilverfahrens und der Zustellung einer einstweiligen Verfügung – die Frage des **Umfangs des Schadenersatzes.** Maßgeblich ist nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen jeder durch die Vollziehung der einstweiligen Verfügung adäquat verursachte Schaden. Dazu gehören auch alle Aufwendungen, die erforderlich waren, um Schäden abzuwenden oder zu mindern, wie zB eine Sicherheitsleistung.<sup>271</sup> Der Vollziehung der einstweiligen Verfügung steht – unter bestimmten Voraussetzungen – die freiwillige Befolgung einer einstweiligen Verfügung gleich.<sup>272</sup> Wird eine einstweilige Verfügung jedoch befolgt, obwohl der Antragsgegner davon lediglich informell Kenntnis erlangt hat oder aber der Gläubiger zu erkennen gegeben hat, dass er nicht zu vollstrecken beabsichtigt, ist § 945 ZPO nicht anwendbar.<sup>273</sup>
- 120 Eine mit einer Ordnungsmittelandrohung versehene Urteilsverfügung muss der Schuldner ab Verkündung und nicht erst ab der Zustellung beachten.<sup>274</sup> Ab diesem Zeitpunkt ist er auch durch den Schadenersatzanspruch nach § 945 ZPO davor geschützt, dass sich die Verfügung im Nachhinein als unberechtigt erweist. Die Ordnungsmittelandrohung stellt bereits den ersten Schritt zur Vollziehung iSd § 945 ZPO dar. Will sich der Verfügungskläger also nicht dem Risiko einer Schadenersatzpflicht aussetzen, sollte er entweder keine Ordnungsmittelandrohung mit dem Urteil beantragen oder dem Verfügungsbeklagten rechtzeitig mitteilen, dass er für einen bestimmten Zeitraum, zB bis zur Zustellung, auf Vollstreckungsmaßnahmen aus dem Titel verzichten wird.<sup>275</sup>

<sup>265</sup> Stein/Jonas/Grunsky § 945 Rn. 31; Teplitzky/Schwippert Kap. 36 Rn. 16; Lambsdorff Rn. 434; Ohly/Sosnitza/Sosnitza UWG § 12 Rn. 200.

<sup>266</sup> Vgl. ausführlich Teplitzky/Schwippert Kap. 36 Rn. 17 ff.; Ahrens/Ahrens Kap. 64 Rn. 23; Berneke/Schüttelpelz Rn. 730 ff.

<sup>267</sup> Vgl. BGH 13.4.1989 – IX ZR 148/88, NJW 1990, 122 (123); BGH 7.7.1994 – I ZR 63/92, GRUR 1994, 849 (851) – Fortsetzungsverbot.

<sup>268</sup> OLG Karlsruhe 9.11.1983 – 6 U 252/82, WRP 1984, 102 (104); Ohly/Sosnitza/Sosnitza § 12 Rn. 201; Teplitzky/Schwippert Kap. 36 Rn. 22 mwN; aA Zöller/Vollkommer ZPO § 945 Rn. 9.

<sup>269</sup> BGH 28.11.1991 – I ZR 297/89, GRUR 1992, 203 (206) – Roter mit Genever; Ohly/Sosnitza/Sosnitza UWG § 12 Rn. 206; Teplitzky/Schwippert Kap. 36 Rn. 22; aA Stein/Jonas/Grunsky ZPO § 945 Rn. 33.

<sup>270</sup> BGH 28.11.1991 – I ZR 297/89, GRUR 1992, 203 (205) – Roter mit Genever; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler § 12 UWG Rn. 2.81.

<sup>271</sup> BGH 1.4.1993 – I ZR 70/91, NJW 1993, 2685 (2687) – Verfügungskosten.

<sup>272</sup> BGH 4.12.1973 – VI ZR 213/71, GRUR 1975, 390 (392) – Schaden durch Gegendarstellung; Ulrich WRP 1999, 82 ff.; aA Ahrens/Ahrens Kap. 64 Rn. 28.

<sup>273</sup> Teplitzky/Schwippert Kap. 36 Rn. 28 mwN.

<sup>274</sup> BGH 22.1.2009 – I ZB 115/07, GRUR 2009, 890 ff. – Ordnungsmittelandrohung.

<sup>275</sup> BGH 22.1.2009 – I ZB 115/07, GRUR 2009, 890 (891) – Ordnungsmittelandrohung; Teplitzky/Schwippert Kap. 36 Rn. 32.