

## Die einstweilige Verfügung in Wettbewerbssachen

Bearbeitet von

Begründet von Prof. Wilhelm Berneke, Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht a.D., Bearbeitet von  
Erfried Schüttpelz, Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht

4. Auflage 2018. Buch. XXI, 286 S. Kartoniert

ISBN 978 3 406 71687 4

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Wettbewerbsrecht, Kartellrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of varying sizes, arranged in a slight arc. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

**Sofort anerkannt** wird ein Verfügungsantrag, dem bereits in einer Beschlussverfügung stattgegeben worden ist, wenn sich der Antragsgegner von Anfang an auf die Erhebung des Kostenwiderspruchs beschränkt. Da das Anerkenntnis schon in der Beschränkung des Widerspruchs liegt, wird es nicht erst in der mündlichen Verhandlung abgegeben. Wann der Kostenwiderspruch eingelegt wird, ist für die Sofortigkeit des Anerkenntnisses ohne Belang; er muss nicht sogleich nach der Zustellung der Beschlussverfügung erhoben werden.<sup>285</sup> Nur darf zuvor nicht mit dem Vollwiderspruch die Sachentscheidung der Beschlussverfügung angefochten worden sein. Bei einer nachträglichen Einschränkung des Widerspruchs auf die Kosten ist das Anerkenntnis nicht sofort abgegeben.<sup>286</sup> Gegen diese Auffassung kann nicht angeführt werden, bei der Berufung und Revision sei eine nachträgliche Festlegung des Umfangs des Rechtsmittels ohne Rechtsnachteil möglich; denn bei der Beschränkung von Berufung und Revision geht es nicht um die Frage, ob ein Anspruch sofort anerkannt worden ist (→ Rn. 469).

Ein Anerkenntnis der Beschlussverfügung ist vom Antragsgegner nur dann zu erwarten, wenn er zuvor Gelegenheit zu ihrer Überprüfung hatte. Dies ist aber kein Hindernis, von ihm die sofortige Beschränkung seines Widerspruchs auf den Kostenpunkt zu verlangen. Falls der Antragsgegner den Sachverhalt und die Beanstandung des Antragstellers nicht ohnehin aus der vorprozessualen Korrespondenz kennt und ihm die Antragschrift nicht mit der einstweiligen Verfügung zugestellt worden ist, kann er sich vor jeder Widerspruchseinlegung durch Einsicht in die Gerichtsakten unterrichten.<sup>287</sup>

Findet § 93 ZPO Anwendung, so hat der Antragsteller die **gesamten Verfahrenskosten** zu tragen. Fiktive Kosten einer unterbliebenen Abmahnung sind nicht zu Lasten des Antragsgegners zu berücksichtigen (→ Rn. 470).

## b) Die Anfechtung des Kostenurteils

Gegen das Urteil, mit dem auf Grund des Kostenwiderspruchs über die Kosten des Verfügungsverfahrens entschieden wird, findet in entsprechender Anwendung des § 99 Abs. 2 S. 1 ZPO die **sofortige Beschwerde** statt.<sup>288</sup> Die analoge Anwendung der Vorschrift folgt aus der Auffassung, dass die Hinnahme der Sachentscheidung einer Beschlussverfügung einem Anerkenntnis gleichstehe. Vom Antragsgegner könnte iÜ die Beschränkung seines Widerspruchs auf die Kosten nicht erwartet werden, wenn ihm nicht

HdB Rn. 249; Gloy/Loschelder/Erdmann UWG-HdB/*Spätgens* § 86 Rn. 12 f.; OLG Schleswig GRUR 1986, 840.

<sup>285</sup> OLG Düsseldorf NJW 1972, 1955; OLG Hamburg WRP 1977, 112; OLG Köln WRP 1981, 339; 1986, 426; aA Jacobs/Lindacher/Teplitzky/*Schultz-Süchtling* UWG § 25 Rn. 197, Frist sechs Monate.

<sup>286</sup> KG WRP 1977, 584; 1982, 152; OLG Braunschweig 11.3.1988 – 2 W 35/88; Traub WettbRVerfahrenspraxis S. 55; OLG Bremen WRP 1989, 523; OLG Celle WRP 1983, 157; OLG Düsseldorf NJW-RR 1986, 37 = WRP 1986, 273; OLG Frankfurt a. M. WRP 1976, 618; OLG Hamm 6.4.1981 – 4 W 37/81; 7.5.1982 – 4 W 38/82; Traub WettbRVerfahrenspraxis S. 201; GRUR 1993, 855 (Ls.); OLG Schleswig WRP 1979, 399; SchlHA 1995, 134; OLG Stuttgart WRP 1976, 723; 1977, 821; Schuschke/Walker/*Walker* ZPO § 924 Rn. 11.

<sup>287</sup> KG WRP 1977, 585; OLG Bremen WRP 1989, 523.

<sup>288</sup> Heute allgA der Rspr.; s. die Nachw. zu den Fn. dieses Abschnitts. Auch OLG Brandenburg NJW-RR 1994, 1022 = MDR 1994, 404; OLG Düsseldorf WRP 2010, 294; OLG München GRUR 1990, 482 gegen NJW 1972, 954; GRUR 1985, 327 = WRP 1985, 364; OLG Oldenburg WRP 1991, 193 gegen MDR 1976, 674; WRP 1980, 649. Zöller/*Vollkommer* ZPO § 925 Rn. 11; Thomas/Putzo/*Reichhold* ZPO § 925 Rn. 4; GKUWG/*Schwippert* § 12 C Rn. 164; Jacobs/Lindacher/Teplitzky/*Schultz-Süchtling* UWG § 25 Rn. 201; MüKoZPO/*Drescher* § 925 Rn. 12; Köhler/Bornkamm/*Feddersen/Köhler* UWG § 12 Rn. 3.43; Melullis WettbProz-HdB Rn. 255; Pastor Wettbewerbsprozess S. 395; Teplitzky Ansprüche Kap. 55 Rn. 13; OLG Oldenburg, Beschl.v.16.10.2013 – 6 W 71/13; OLG Frankfurt WRP 2015,235 aA BLAH ZPO § 925 Rn. 15 (keine Anfechtbarkeit).

die Anfechtung der daraufhin ergehenden Entscheidung ermöglicht würde. Stattdessen müssten die Einlegung eines Widerspruchs in vollem Umfang und das Anerkenntnis des Verfügungsantrags in der mündlichen Verhandlung zur Anwendung des § 93 ZPO führen (→ Rn. 469); die Kostenentscheidung des dann zu erlassenden Anerkenntnisurteils wäre jedenfalls nach § 99 Abs. 2 S. 1 ZPO anfechtbar. Eine Abhilfebefugnis des erstinstanzlichen Gerichts entfällt nach § 572 Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 318 ZPO.<sup>289</sup>

- 428 Ist durch Beschluss statt durch Urteil entschieden worden, findet ebenfalls die sofortige Beschwerde statt.<sup>290</sup> Sie und nicht die Berufung ist auch dann gegeben, wenn im angefochtenen Urteil zu Unrecht ein auf den Kostenpunkt beschränkter Widerspruch angenommen worden ist, an sich also keine dem Anerkenntnis entsprechenden Lage bestanden hat.<sup>291</sup>
- 429 Hat der Antragsgegner gegen eine Beschlussverfügung Widerspruch erhoben, hinsichtlich eines Teiles des Verfügungsbegehrens aber beschränkt auf die Kosten, so ist das daraufhin ergehende Urteil insgesamt mit der Berufung anfechtbar.<sup>292</sup> Der auf den Kostenwiderspruch hin getroffene Teil der Kostenentscheidung ist als solcher aber mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar;<sup>293</sup> darauf ist der Antragsgegner verwiesen, wenn er in dem mit dem Vollwiderspruch angegriffenen Teil obsiegt, jedoch nicht mit dem mit dem Kostenwiderspruch angegriffenen Teil.<sup>294</sup> Legt der Antragsteller, soweit er unterlegen ist, Berufung, der Antragsgegner wegen der Kostengrundentscheidung sofortige Beschwerde ein, sind beide Verfahren vom Berufungs-/Beschwerdegericht miteinander zu verbinden.<sup>295</sup>
- 430 Eine **Berufung** gegen ein reines Kostenurteil ist unstatthaft. Sie kann aber in eine sofortige Beschwerde **umgedeutet** werden, wenn die Beschwerdefrist gewahrt ist.<sup>296</sup>

## VII. Das Verfahren vor dem Amtsgericht als Gericht der belegenen Sache

### DIE FACHBUCHHANDLUNG

- 431 Nach § 942 Abs. 1 ZPO kann wegen des Erlasses einer einstweiligen Verfügung in dringenden Fällen – neben dem Gericht der Hauptsache – das Amtsgericht angerufen werden, in dessen Bezirke sich der „Streitgegenstand“ befindet. Die Vorschrift regelt die funktionelle Zuständigkeit. Wenn es um eine körperliche Sache geht, ist das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirk sich die Sache befindet. Bei einer Handlung oder Unterlassung kommt es darauf an, in welchem Bezirk sie vorzunehmen sind.
- 432 Ein dringender Fall im Sinne der Vorschrift liegt vor, wenn die Anrufung des Gerichts der Hauptsache mit einer nicht zu vertretenden **Verzögerung** der Sache verbunden wäre.

<sup>289</sup> MüKoZPO/Lipp § 572 Rn. 4.

<sup>290</sup> OLG Köln WRP 1975, 173; 1975, 175; 1981, 481; Ahrens Wettbewerbsprozess/Singer Kap. 54 Rn. 29.

<sup>291</sup> OLG Düsseldorf WRP 1979, 865.

<sup>292</sup> KG GRUR 1988, 933 (Ls.); OLG Hamm NJW-RR 1987, 426 = GRUR 1988, 933 (Ls.); Ahrens Wettbewerbsprozess/Bähr Kap. 53 Rn. 14.

<sup>293</sup> MüKoZPO/Schulz § 99 Rn. 24; GKUWG/Schwippert § 12 C Rn. 164; Pastor/Ahrens Wettbewerbsprozess/Bähr Kap. 57 Rn. 1.

<sup>294</sup> GKUWG/Schwippert § 12 C Rn. 164.

<sup>295</sup> Ahrens/Bähr Kap. 53 Rn. 3; Stein/Jonas/Bork § 99 Rn. 14; GKUWG/Schwippert § 12 C Rn. 164.

<sup>296</sup> OLG Düsseldorf WRP 1976, 127; OLG Koblenz WRP 1978, 664; WRP 2017, 1522; OLG Köln WRP 1983, 43; OLG Stuttgart WRP 1977, 512; vgl. auch BGH NJW-RR 1999, 1741; GKUWG/Schwippert § 12 C Rn. 164; HHUWG/Reitzer § 12 Rn. 486; MüKoUWG/Schlingloff § 12 Rn. 482; zweifelnd Teplitzky/ Kap. 55 Rn. 13.

Die Behandlung der Angelegenheit durch das Gericht der Hauptsache müsste selbst bei einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung nach § 937 Abs. 2 ZPO (→ Rn. 299 ff.) und durch den Vorsitzenden allein nach § 944 ZPO (→ Rn. 307) länger dauern.<sup>297</sup> Angesichts der heutigen Kommunikationsmittel wird eine solche Verzögerung nur sehr selten zu befürchten sein, zudem haben die Amtsgerichte keine Erfahrung mit den fraglichen Rechtsproblemen; in der Praxis kommt dies in Wettbewerbssachen daher kaum vor<sup>298</sup>. Der Antragsteller muss die besondere Dringlichkeit darlegen und glaubhaft machen; sie wird nicht nach § 12 Abs. 2 UWG vermutet (→ Rn. 124 f.).<sup>299</sup> Fehlt die besondere Dringlichkeit des § 942 Abs. 1 ZPO, ist die Sache auf Antrag an das Gericht der Hauptsache zu verweisen.<sup>300</sup> Die vom Gericht der belegen Sache ohne besondere Dringlichkeit erlassene einstweilige Verfügung ist dennoch wirksam.<sup>301</sup>

An sich kann über den Verfügungsantrag auch vor dem Gericht der belegen Sache mündlich verhandelt werden. Liegt aber schon kein dringender Fall iSd § 937 Abs. 2 ZPO vor, der den Verzicht auf die mündliche Verhandlung ermöglicht, ist erst recht die Zuständigkeit des Gerichts der belegen Sache zu verneinen.<sup>302</sup> Als Gericht der belegen Sache entscheidet das Amtsgericht immer durch **Beschluss**, auch auf Grund einer mündlichen Verhandlung (§ 942 Abs. 4 ZPO). Gegen einen zurückweisenden Beschluss steht dem Antragsteller die sofortige Beschwerde zu (§ 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO).<sup>303</sup> Erlässt das Amtsgericht die einstweilige Verfügung, so hat es zugleich eine **Frist zu bestimmen**, innerhalb der beim Gericht der Hauptsache die Ladung des Antragsgegners zur mündlichen Verhandlung über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung zu beantragen ist<sup>304</sup>. Die einstweilige Verfügung ist dem Antragsteller zuzustellen (§ 329 Abs. 2 S. 2 ZPO); sie setzt nicht nur den Lauf der Frist nach § 942 Abs. 1 ZPO in Gang, sondern auch den der Vollziehungsfrist (§ 929 Abs. 2, § 936 ZPO).

Das Rechtfertigungsverfahren vor dem Gericht der Hauptsache, in dem auf Betreiben des Antragstellers die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung überprüft wird, folgt den Grundsätzen des Widerspruchsverfahrens (→ Rn. 390 ff.); das Verfahren vor dem Gericht der belegen Sache und das Rechtfertigungsverfahren bilden zusammen das Verfahren erster Instanz.<sup>305</sup> Unter mehreren in Betracht kommenden Gerichten der Hauptsache hat der Antragsteller die Wahl (§ 35 ZPO → Rn. 262).

Der Antragsgegner braucht nicht abzuwarten, ob der Antragsteller das Rechtfertigungsverfahren einleitet. Er kann vielmehr seinerseits die Überprüfung der Eilmaßnahme betreiben, indem er **Widerspruch** zum Gericht der Hauptsache erhebt. Als Widerspruch ist es zu verstehen, wenn er die mündliche Verhandlung über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung beantragt. Wird Widerspruch bei dem hierfür unzuständigen Gericht der belegen Sache erhoben, ist das Verfahren auf Antrag an das Gericht der Hauptsache zu verweisen.<sup>306</sup> Mit der Widerspruchseinlegung kann der Antragsgegner

<sup>297</sup> MüKoZPO/Drescher § 942 Rn. 1 f., 4; Zöller/Vollkommer ZPO § 942 Rn. 1; BLAH ZPO § 942 Rn. 4.

<sup>298</sup> GK/Schwippert § 12 C Rn. 17; Cepl/Voß § 942 Rn. 2.

<sup>299</sup> MüKoZPO/Drescher § 942 Rn. 5; Jacobs NJW 1988, 1365; Kunath WRP 1991, 65.

<sup>300</sup> OLG Koblenz NJW 1983, 1460.

<sup>301</sup> Stein/Jonas/Grunsky ZPO § 942 Rn. 2; MüKoZPO/Heinze § 942 Rn. 6.

<sup>302</sup> Wieczorek/Schütze/Thümmel, 3. Aufl. 1994, ZPO § 942 Rn. 9; MüKoZPO/Drescher § 942 Rn. 9; Zöller/Vollkommer ZPO § 942 Rn. 2; Brox/Walker ZVR Rn. 1634; aA Lempp NJW 1975, 1920.

<sup>303</sup> OLG Koblenz NJW 1980, 2588 = GRUR 1980, 931 = WRP 1981, 40.

<sup>304</sup> Ein Fehlen führt nicht zur Unwirksamkeit des Beschlusses, OLG München GRUR 1960, 387.

<sup>305</sup> OLG München OLGR 1993, 44.

<sup>306</sup> RGZ 67, 159; 147, 129; OLG Hamm OLGZ 1989, 338; OLG München GRUR 1960, 387; OLG Schleswig SchlHA 1961, 270; LG Frankfurt a. M. NJW 1975, 1932; Stein/Jonas/Grunsky ZPO § 942 Rn. 10 ff.; Wieczorek/Schütze/Thümmel, 3. Aufl. 1994, ZPO § 942 Rn. 13; Zöller/Vollkommer

dem Antragsteller bei der Auswahl unter mehreren in Betracht kommenden Gerichten der Hauptsache zuvorkommen. Ist Widerspruch eingelegt, so braucht der Antragsteller nicht seinerseits noch die Ladung des Antragsgegners zur mündlichen Verhandlung über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung zu beantragen. Ein vom Gericht der belegen Sache unzulässigerweise durchgeführtes Rechtfertigungs- oder Widerspruchsverfahren und die dort getroffene Entscheidung unterliegen der Aufhebung.<sup>307</sup> Für die Einstellung der Zwangsvollstreckung aus der einstweiligen Verfügung ist allein das Gericht der Hauptsache zuständig.<sup>308</sup>

- 436 Verstreicht die Frist zur Einleitung des Rechtfertigungsverfahrens fruchtlos, kann der Antragsgegner nach § 942 Abs. 3 ZPO beim Amtsgericht die **Aufhebung** der einstweiligen Verfügung verlangen; die Zuständigkeit des Amtsgerichts besteht fort, auch wenn bereits anderenorts ein Rechtfertigungs- oder Widerspruchsverfahren stattfindet. Das Amtsgericht ist berechtigt, über den Aufhebungsantrag, zu dem der Antragsteller jedenfalls vor einer Stattgabe zu hören ist,<sup>309</sup> mündlich zu verhandeln. § 231 Abs. 2 ZPO ermöglicht es, die Beantragung des Rechtfertigungsverfahrens bis zur mündlichen Verhandlung über das Aufhebungsverlangen oder – wenn nicht mündlich verhandelt wird – bis zur Entscheidung selbst nachzuholen.<sup>310</sup> Über die Aufhebung der einstweiligen Verfügung wird wiederum nur durch **Beschluss** entschieden, auch nach einer mündlichen Verhandlung (§ 942 Abs. 4 ZPO). Gegen die Zurückweisung des Aufhebungsantrags steht dem Antragsgegner nach § 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO, gegen die stattgebende Entscheidung dem Antragsteller in entsprechender Anwendung von § 934 Abs. 4 ZPO die sofortige Beschwerde zu.<sup>311</sup>
- 437 Die Aufhebung der einstweiligen Verfügung nach § 942 Abs. 3 ZPO führt ohne weiteres zur **Schadensersatzverpflichtung** des Antragstellers nach § 945 ZPO (→ Rn. 733).

beck-shop.de  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

## VIII. Die Berufung

### 1. Die Zulässigkeit

- 438 Gegen die in Verfügungssachen erlassenen erstinstanzlichen Endurteile findet die Berufung statt (§ 511 Abs. 1 ZPO). Das Gericht erster Instanz erlässt ein Endurteil, wenn es über den Verfügungsantrag auf Grund mündlicher Verhandlung entscheidet (→ Rn. 347, 361) oder wenn bei ihm gegen eine Beschlussverfügung Widerspruch erhoben wird (→ Rn. 404). Gegen das Urteil, welches das Berufungsgericht als Gericht der Hauptsache (→ Rn. 258) erlassen hat, ist die Berufung nicht gegeben; es ist nicht als Entscheidung des ersten Rechtszugs anzusehen.<sup>312</sup> Unanfechtbar ist auch das Urteil, mit dem das Rechts-

ZPO § 942 Rn. 7; Thomas/Putzo/Reichold ZPO § 942 Rn. 5; Baur/Stürner ZVR Rn. 937; Bruns/Peters ZwangsVollstrR S. 348 f.; Mädlich Rechtsbehelfe S. 31 f.; Jacobs NJW 1988, 1365; iE aA Lempp NJW 1975, 1920.

<sup>307</sup> LG Frankfurt a. M. NJW 1975, 1932; aA LG Karlsruhe NJW 1980, 1759 (Ls.).

<sup>308</sup> OLG Düsseldorf OLGZ 1970, 43 = NJW 1970, 254; Stein/Jonas/Grunsky ZPO § 942 Rn. 14; aA Lempp NJW 1975, 1920.

<sup>309</sup> OLG Düsseldorf OLGZ 1970, 43 = NJW 1970, 254.

<sup>310</sup> OLG Düsseldorf OLGZ 1970, 43 = NJW 1970, 254; OLG Hamm MDR 1965, 305; Mädlich Rechtsbehelfe S. 34, 74.

<sup>311</sup> Stein/Jonas/Grunsky ZPO § 942 Rn. 18; Wieczorek/Schütze/Thümmel, 3. Aufl. 1994, ZPO § 942 Rn. 16; MüKoZPO/Heinze § 942 Rn. 20; Mädlich Rechtsbehelfe S. 76.

<sup>312</sup> Stein/Jonas/Grunsky ZPO § 922 Rn. 30; Zöller/Vollkommer ZPO § 922 Rn. 17, § 937 Rn. 1; Mädlich Rechtsbehelfe S. 35.

mittelgericht auf Grund mündlicher Verhandlung über die sofortige Beschwerde gegen die Zurückweisung eines Verfügungsantrags entschieden hat (→ Rn. 384).<sup>313</sup>

Der Antragsgegner kann die Berufung darauf stützen, dass der Verfügungsantrag von **Anfang nicht** oder **jetzt nicht mehr berechtigt** sei. Es ist zulässig, mit der Berufung allein geltend zu machen, die einstweilige Verfügung unterliege der Aufhebung wegen veränderter Umstände nach §§ 927, 936 ZPO (→ Rn. 539) – auch der Versäumung der Vollziehungsfrist nach § 929 Abs. 2, § 936 ZPO (→ Rn. 604) oder der Versäumung der Klageerhebung zur Hauptsache nach § 926 Abs. 1, § 936 ZPO (→ Rn. 517). Der Antragsgegner hat die Wahl, ob er das Aufhebungsziel mit der Berufung oder in den besonderen Verfahren nach §§ 926, 927, 936 ZPO verfolgt. Die letztere Möglichkeit und auch die tatsächliche Einleitung der Verfahren nehmen ihm nicht das Rechtsschutzbedürfnis für eine auf die veränderten Umstände gestützte Berufung; denn die Berufung erlaubt die weitergehende Prüfung, ob die Urteilsverfügung schon anfangs unberechtigt war (→ Rn. 539, zum Widerspruch → Rn. 398).

Der Antragsteller, dessen Verfügungsantrag zurückgewiesen worden ist, kann mit dem Ziel Berufung einlegen, das Verfügungsbegehren in der Hauptsache für **erledigt** zu erklären.<sup>314</sup> Der mit einem Verbot belegte Antragsgegner soll nach Abgabe einer Unterlassungserklärung mit der Berufung die Aufhebung des Verbots erstreben können, auch wenn der Antragsteller auf die Rechte aus dem Urteil verzichtet.<sup>315</sup>

Die innerhalb der Monatsfrist des § 517 ZPO zu erhebende Berufung muss nach § 520 ZPO begründet werden. Auch im Verfügungsverfahren ist es also nicht zulässig, die **Berufungsgründe** erst in der mündlichen Verhandlung geltend zu machen. Zum Teil wird gefordert, dass veränderte Umstände als Berufungsgründe nach § 520 Abs. 3 ZPO in das Verfahren eingeführt werden.<sup>316</sup> Die unter Einschluss der Berufungsfrist zweimonatige Berufungsbegründungsfrist kann nach § 520 Abs. 2 S. 2 u. 3 ZPO verlängert werden. Zur Widerlegung der Dringlichkeitsvermutung des § 12 Abs. 2 UWG durch Ausnutzung der Fristen seitens des Antragstellers → Rn. 206 ff.

Zur Zuständigkeitsrüge, die nach dem Wortlaut des neuen § 513 Abs. 2 ZPO im Berufungsverfahren durchweg nicht mehr zulässig sein soll, → Rn. 267.

## 2. Die Antragsänderung

Zur Antragsänderung → Rn. 329. 443

Ein Teil der Rspr. hält eine Erweiterung des Verfügungsantrags um ein **neues Begehren** im Berufungsverfahren für unzulässig, weil das Berufungsgericht, bei dem die Hauptsache nicht anhängig ist, funktionell nur für die Entscheidung über Begehren zuständig sei, die schon in erster Instanz geltend gemacht worden sind.<sup>317</sup> In zweiter Instanz dürfe auch kein

<sup>313</sup> OLG Hamm MDR 1987, 942; MüKoZPO/Heinze § 922 Rn. 9; Zöller/Vollkommer ZPO § 922 Rn. 14, 17; aA hinsichtlich landgerichtlicher Urteile, mit denen eine einstweilige Verfügung erlassen wird: Stein/Jonas/Grunsky ZPO § 922 Rn. 9; AK-ZPO/Damm § 922 Rn. 15.

<sup>314</sup> OLG Braunschweig OLGR 2000, 157; OLG Hamburg WRP 1983, 425; OLG Hamm GRUR 1984, 68 = WRP 1984, 36; OLG Karlsruhe WRP 1985, 102; OLG Köln WRP 1973, 106; KG GRUR 1990, 642 (Ls.); OLG Saarbrücken WRP 1987, 571; aber auch OLG Koblenz 11.6.1982 – 6 U 226/81; 3.5.1984 – 6 U 1712/83; 7.5.1987 – 6 U 208/87; Traub WettbRVerfahrenspraxis S. 241; krit. Jacobs/Lindacher/Teplitzky/Schultz-Süchtling UWG § 25 Rn. 142.

<sup>315</sup> OLG Schleswig OLGR 2002, 430.

<sup>316</sup> Zum alten Recht OLG Koblenz WRP 1981, 115; vgl. aber OLG Frankfurt a. M. OLGZ 1980, 258 = WRP 1980, 423.

<sup>317</sup> OLG Hamm WRP 1968, 449; GRUR 1989, 457 (Ls.); 1989, 924; 1989, 933 (Ls.) = WRP 1990, 122; NJW-RR 1991, 236 = GRUR 1991, 480 (Ls.) = WRP 1991, 125; Urt. v. 13.4.2010 – 4 U 7/10; OLG Köln WRP 1979, 817; 1982, 599; GRUR 1991, 65; OLG Naumburg Urt. v. 23.4.2010 – 10 U 54/09; Pastor/Ahrens Wettbewerbsprozess/Bähr Kap. 57 Rn. 6; Speckmann WettbR Rn. 1799.



„völlig anderer Gesichtspunkt“ geltend gemacht werden, der weder vom gestellten Antrag noch von der ursprünglichen Antragsbegründung gedeckt werde.<sup>318</sup> Eine „Auffächerung“ des Antrags in zweiter Instanz sei aber möglich.<sup>319</sup> Das angeführte Zuständigkeitsbedenken greift nicht durch. Nicht anders als im ordentlichen Klageverfahren ist bei einer Einwilligung des Gegners oder bei Sachdienlichkeit die Antragsweiterung um ein neues Begehren auch noch im Berufungsverfahren zulässig. Die Antragsweiterung in der zweiten Instanz führt immer dazu, dass sich das Rechtsmittelgericht mit einem in erster Instanz noch nicht geprüften Begehren befassen muss.<sup>320</sup> Wird im Berufungsverfahren ein neues Verfügungsbegehren eingeführt, muss aber geprüft werden, ob die Angelegenheit angesichts des Zuwartens des Antragstellers noch als dringlich anzusehen ist (→ Rn. 189 ff.).

- 445 Ist auf die Berufung hin eine bereits erlassene einstweilige Verfügung wegen Versäumung der Vollziehungsfrist nach § 929 Abs. 2, § 936 ZPO aufzuheben, liegen die Voraussetzungen für ihren Erlass aber weiterhin vor (→ Rn. 560), so darf die einstweilige Verfügung nach überwiegender und zutreffender Auffassung im anhängigen Berufungsverfahren dennoch nicht erneut ergehen.<sup>321</sup> Für den Antrag auf **Neuerlass** ist vielmehr das Gericht erster Instanz funktionell zuständig. Es liegt keine Antragsweiterung vor. Denn das neue Begehren tritt nicht neben, sondern an die Stelle des bereits rechtshängigen, sobald dessen Rechtshängigkeit beendet ist. Die Vertreter der Gegenmeinung fordern zum Teil, dass der Antragsteller den Antrag auf Neuerlass der einstweiligen Verfügung im Wege der Anschlussberufung verfolge.<sup>322</sup> Zum Wegfall der Dringlichkeit, wenn der Antragsteller die Vollziehungsfrist bereits einmal hat verstreichen lassen, → Rn. 200; 560.

### 3. Die Entscheidung

- 446 Verfügungssachen sind im Berufungsverfahren **weiterhin beschleunigt zu behandeln**, und zwar auch dann, wenn es um die Überprüfung einer bereits erlassenen einstweiligen Verfügung geht. Falls sie nämlich nicht gerechtfertigt ist, muss sie im Interesse des Antragsgegners alsbald aufgehoben werden (→ Rn. 402). Die mündliche Verhandlung ist kurzfristig zu terminieren (→ Rn. 316).<sup>323</sup> Das Verfahren auf Erlass eines **Zurückwei-**

<sup>318</sup> OLG Hamm WRP 1984, 566.

<sup>319</sup> OLG Köln NJW 1987, 1205 = GRUR 1988, 132.

<sup>320</sup> OLG Frankfurt a. M. WRP 1983, 212; OLG Düsseldorf GRUR 1984, 385; Teplitzky/ Kap. 55 Rn. 36; GKUWG/Schwippert § 12 Rn. 206; s. auch MüKoUWG/Schlingloff § 12 Rn. 489.

<sup>321</sup> KG 6.1.1981 – 5 U 3757/80; Traub WettbRVerfahrenspraxis S. 28; OLG Brandenburg MDR 1999, 1219; OLG Frankfurt a. M. WRP 1983, 212; MDR 1986, 768; OLGZ 1986, 477 = NJW-RR 1987, 764; OLG Hamm MDR 1972, 615; OLG Koblenz GRUR 1980, 943 = WRP 1980, 643; GRUR 1980, 1022 (1981, 91) = WRP 1980, 646; OLG Köln WRP 1979, 817; OLG Oldenburg 18.10.1984 – 1 U 98/84; Traub WettbRVerfahrenspraxis S. 344; OLG Schleswig SchlHA 1989, 74; OLG Zweibrücken OLGZ 1980, 28; Wiczorek/Schütze/ Thümmel, 3. Aufl. 1994, ZPO § 929 Rn. 18; MüKoZPO/Drescher § 925 Rn. 13, § 929 Rn. 14; BLAH ZPO § 929 Rn. 9; Thomas/Putzo/Reichold ZPO § 929 Rn. 5; Schuschke/Walker/Schuschke ZPO § 929 Rn. 40; Ebmeier/Schöne EinstwRS Rn. 315; Baumbach/Hefermehl UWG § 25 Rn. 64; Pastor/Ahrens Wettbewerbsprozess/Bäbr Kap. 57/8; Pastor/Ahrens Wettbewerbsprozess/Wedemeyer Kap. 61 Rn. 62; Ahrens/Spätgens EinstwRS Rn. 137; Lambsdorff WettbVerfR-HdB Rn. 292; Ganslmayer EinstwVerf S. 92; Schaffer NJW 1972, 1177.

<sup>322</sup> KG NJW 1950, 707; OLG Celle NJW 1986, 2441; OLG Düsseldorf GRUR 1984, 385; OLG Frankfurt a. M. NJW 1968, 2112; OLG Hamm MDR 1970, 936; OLG Karlsruhe NJW 1965, 47; LG Wuppertal NJW-RR 1992, 319; vgl. auch OLG Zweibrücken BeckRS 22015, 20470; Stein/Jonas/Grunsky ZPO § 929 Rn. 18; Zöller/Vollkommer ZPO § 929 Rn. 23, aber ZPO § 925 Rn. 12; Jacobs/Lindacher/Teplitzky/Schultz-Süchting UWG § 25 Rn. 255; Pastor Wettbewerbsprozess S. 365; Speckmann WettbR Rn. 1802; Rosenberg/Gaul/Schilken ZwangsVollstrR S. 1035; Hegmanns WRP 1984, 120; Schneider MDR 1985, 114; Ahrens WRP 1999, 1.

<sup>323</sup> OLG Frankfurt a. M. WRP 1982, 36, Verhandlung neun Tage nach Zugang der Berufungsbegründung.

**sungsbeschlusses** nach § 522 Abs. 2 ZPO darf nicht zu einer Verzögerung der abschließenden Entscheidung führen, was wegen der Notwendigkeit einer vorgezogenen Beratung und einer besonderen Anhörung nach S. 2 der Vorschrift leicht der Fall sein kann.

Zur mündlichen Verhandlung → Rn. 321 ff. In der Verhandlung ist im Rahmen der Berufungsangriffe **neues Vorbringen** zulässig. Die Tatsachenfeststellung baut im Berufungsverfahren auf der der ersten Instanz auf. Wenn nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an den erstinstanzlichen Feststellungen erwecken, bleibt es von vornherein bei diesen Feststellungen. Wegen der Eiligkeit des Verfahrens und seiner Vorläufigkeit wie auch wegen der Tatsachenfeststellung auf Grund bloßer Glaubhaftmachung sind aber eine Bindung des Berufungsgerichts an die erstinstanzlichen Feststellungen nach § 529 Abs. 1 ZPO und eine Beschränkung neuer Tatsachen nach § 531 Abs. 2 ZPO abzulehnen<sup>324</sup>. Grund dafür ist weniger die Tatsache der besonderen Schnelligkeit des Verfahrens, der mit einer großzügigen Auslegung der Entschuldigungsvorschriften Rechnung getragen werden könnte. Die Vorschriften passen vielmehr nicht zur Vorläufigkeit des Rechtsschutzes; die betreffende Verfahrenspartei kann nämlich das möglicherweise präkludierte Vorbringen in dem – im Allgemeinen später stattfindenden – Hauptsacheverfahren ohne weiteres einführen. Mit einer Präklusion im Eilverfahren nähme man sehenden Auges eine abweichende Entscheidung im späteren Hauptsacheverfahren hin. Die Verspätungsvorschrift des § 530 ZPO findet ohnehin keine Anwendung (→ Rn. 324 f. zur ersten Instanz). Für eine Fortgeltung des Tatsachenausschlusses nach § 531 Abs. 1 ZPO ist dann ebenso wenig Raum.<sup>325</sup> In erster Instanz präsente Zeugen, deren Vernehmung das Gericht versäumt hat, müssen im Berufungsverfahren erneut gestellt werden.<sup>326</sup> Die Eilbedürftigkeit des Verfahrens steht einer Zurückverweisung der Sache nach § 538 Abs. 2 ZPO regelmäßig entgegen.<sup>327</sup>

Erweist sich die Berufung des Antragstellers gegen ein Urteil, durch das sein Verfügungsantrag zurückgewiesen worden ist, als gerechtfertigt, erlässt das Berufungsgericht erstmals die begehrte einstweilige Verfügung. Greift der Antragsteller mit der Berufung ein Urteil an, durch das eine von ihm zunächst erwirkte Beschlussverfügung aufgehoben worden ist, und stellt sich das Verfügungsbegehren als doch gerechtfertigt heraus, lautet die Formel des Berufungsurteils, dass unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Beschlussverfügung „**bestätigt**“ werde. Denn das Berufungsgericht hat so zu entscheiden, wie das Gericht erster Instanz richtigerweise hätte entscheiden müssen.<sup>328</sup> In der Sache handelt es sich allerdings um einen **Neuerlass** der einstweiligen Verfügung, da die Beschlussverfügung

<sup>324</sup> MüKoZPO/Drescher § 925 Rn. 12; MüLpUÜPRimmelpacher § 529 Rn. 2; Cepl/Voß/Casardt § 530 Rn. 17; Zöller/Vollkommer § 925 Rn. 12: in der Regel; aA GKUWG/Schwippert § 12 C Rn. 204; Teplitzky/Feddersen Kap. 55 Rn. 36a; Ahrens/Bähr Kap. 53 Rn. 5; OLG Köln UrT.v.14.7.2017 – 6 U 197/16 Rn. 94 – juris.

<sup>325</sup> Musielak/Voit/Huber ZPO § 925 Rn. 10; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler § 12 Rn. 3.43; GK/Schwippert § 12 Rn. 204 (anders aber bei wegen Rechtsmissbrauchs ausgeschlossenen Tatsachen); Teplitzky/Feddersen Kap. 55 Rn. 36a; Ahrens/Bähr Kap. 53 Rn. 5; aA OLG Düsseldorf – 15. ZS – MarkenR 2015, 105; wie hier jedoch UrT. v. 9.10.2014 – I-15 U 99/14; s. auch HH/Retzer § 12 Rn. 495a.

<sup>326</sup> OLG Köln OLGR 1999, 378.

<sup>327</sup> OLG Jena OLGR 2000, 76; OLG Karlsruhe GRUR 1978, 116; NJWE-WettbR 1997, 82 – WRP 1996, 1195; OLG Stuttgart WRP 1988, 331; BLAH § 922 Rn. 23; Schuschke/Walker/Walker ZPO Vor § 916 Rn. 48; Teplitzky JuS 1981, 438; vgl. aber OLG Frankfurt a. M. WRP 1974, 346.

<sup>328</sup> KG WRP 1982, 95; 1990, 330; OLG Düsseldorf MDR 1963, 853; WRP, 1981, 278; OLG Karlsruhe WRP 1978, 830; GRUR 1979, 700; OLG Hamm GRUR 1988, 477; OLG München NJWE-WettbR 2000, 147; BLAH ZPO § 925 Rn. 8; Nordemann WettbR, 8. Aufl. 1996, Rn. 614a; Pastor/Ahrens Wettbewerbsprozess/Bähr Kap. 57 Rn. 12; Winkler MDR 1962, 90; aA OLG Stuttgart WRP 1992, 55; KG GRUR-RR 2010, 22, 25; OLG Frankfurt WRP, 11, 112; OLG Karlsruhe GRU-RR 2014, 362; MüKoZPO/Drescher § 925 Rn. 13; Zöller/Vollkommer ZPO § 925 Rn. 12; Jacobs/Lindacher/Teplitzky/Schultz-Süchting UWG § 25 Rn. 140; Teplitzky WRP 1987, 150; Teplitzky/Feddersen Kap. 55 Rn. 15a; GKUWG/Schwippert § 12 C Rn. 207; HHUWG/Retzer § 12 Rn. 501 sämtlich unter Verweis darauf, dass nur so die Tatsache des Neuerlasses hinreichend klar werde.



durch das angefochtene Urteil sogleich ihre Wirkung verloren hat (→ Rn. 409). Das entsprechende Berufungsurteil bedarf wiederum der Vollziehung (→ Rn. 569).

- 449 Wird die einstweilige Verfügung im Berufungsurteil aufgehoben oder ihre Aufhebung bestätigt, so hat der Antragsteller nach § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO die gesamten **Verfahrenskosten** zu tragen, und zwar auch dann, wenn die einstweilige Verfügung nur deshalb keinen Bestand hat, weil sich die Umstände verändert haben. Es kommt allein auf sein letztl. Unterliegen an. Bedeutet die Veränderung der Umstände eine Erledigung des Verfügungsantrags (→ Rn. 478 ff.), kann der Antragsteller die Kostenbelastung mit einer Erledigungserklärung vermeiden (→ Rn. 405).<sup>329</sup>
- 450 Das Berufungsurteil wird – ungeachtet des § 708 Nr. 6 ZPO – auch im Falle der Ablehnung oder Aufhebung der einstweiligen Verfügung wegen der sofortigen Rechtskraft nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt.<sup>330</sup>
- 451 Das Urteil des Berufungsgerichts ist **unanfechtbar**. In Verfügungssachen ist gegen ein Berufungsurteil die Revision nicht zulässig (§ 542 Abs. 2 S. 1 ZPO). Die Revision war nach altem Recht selbst dann nicht gegeben, wenn die Berufung verworfen worden war; § 547 ZPO alter Fassung war nicht anwendbar.<sup>331</sup> Die Eröffnung der Revision gegen Verwerfungsurteile schlechthin besteht im neuen Recht nicht fort, so dass sich die Frage heute von vornherein nicht mehr stellt. Nach altem Prozessrecht gelangten bei greifbarer Gesetzeswidrigkeit des Berufungsurteils eines OLG kaum außerordentliche Beschwerden zum BGH. Zuletzt hat der BGH die Beschwerden in Bezug auf das Urteilsverfahren als schlechthin unzulässig bezeichnet.<sup>332</sup>
- 452 So wie nach altem Recht **Verwerfungsbeschlüsse** im vorläufigen Rechtsschutz nach § 519b Abs. 2 ZPO iVm § 545 Abs. 2 ZPO alter Fassung unanfechtbar waren, ist nach neuem Recht die Rechtsbeschwerde gegen Verwerfungsbeschlüsse nach § 522 Abs. 1 ZPO in Eilsachen entgegen dem Wortlaut von S. 4 der Vorschrift nicht statthaft, § 574 Abs. 1 S. 2 iVm § 542 Abs. 2 S. 1 ZPO.<sup>333</sup>
- 453 Gegen letztinstanzliche Entscheidungen in Verfügungssachen kommt – neben der **Gehörsrüge** nach § 321a ZPO<sup>334</sup> – die **Verfassungsbeschwerde** nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG in Betracht. Die Anrufung des BVerfG setzt unter dem Gesichtspunkt der Erschöpfung des Rechtswegs nach § 90 Abs. 2 BVerfGG nicht in jedem Fall die vorherige Durchführung eines Hauptsacheverfahrens voraus. Für die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde genügt es vielmehr, wenn es keiner weiteren Klärung des Sachverhalts bedarf, wenn die im vorläufigen und im Hauptsacheverfahren zu entscheidenden Rechtsfragen identisch sind und wenn deshalb nicht damit gerechnet werden kann, dass ein Hauptsacheverfahren die Anrufung des BVerfG entbehrlich machen könnte.<sup>335</sup> Zunächst muss jedoch erst eine Gehörsrüge nach § 321a ZPO erhoben werden. Eine Gegenvorstellung ist unstatthaft.<sup>336</sup>

<sup>329</sup> KG WRP 1976, 378; OLG Düsseldorf GRUR 1984, 385; NJW-RR 1987, 763 = WRP 1987, 633; OLG Frankfurt a. M. OLGZ 1985, 442; OLG Hamburg NJW 1964, 600; OLG Hamm MDR 1972, 615; WRP 1980, 42; OLG Karlsruhe WRP 1981, 285; GRUR 1983, 607 = WRP 1983, 696; OLG Koblenz GRUR 1980, 1022 (1981, 91) = WRP 1980, 646; OLG Köln WRP 1979, 817; OLG Stuttgart WRP 1983, 647 (Ls.); OLG Frankfurt a. M. OLGZ 1980, 258 = WRP 1980, 423; aA OLG Hamm MDR 1970, 936; auch OLG Karlsruhe NJW-RR 1988, 1469.

<sup>330</sup> Stein/Jonas/Münzberg ZPO § 708 Rn. 11.

<sup>331</sup> BGH NJW 1968, 699; 1984, 2368.

<sup>332</sup> BGH NJW 1994, 2363 = WRP 1994, 763, Greifbare Gesetzeswidrigkeit II; NJW-RR 2002, 501.

<sup>333</sup> So schon BGH NJW 2003, 69.

<sup>334</sup> Sie kann sich auch allein gegen die Kostenentscheidung richten, vgl. OLG Bamberg BeckRS 2015, 06433.

<sup>335</sup> BVerfGE 75, 318 = NJW 1987, 2500; BVerfGE 86, 15 = NJW 1992, 1676; NJW 1993, 1060; 2000, 3195 = WRP 2000, 720; BVerfGE 104, 65 = NJW 2002, 741; vgl. aber auch BVerfG NJW 2000, 2416; 2001, 1482.

<sup>336</sup> OLG Düsseldorf BeckRS 2018, 8830.