

Teplitzky

# Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren

Unterlassung – Beseitigung  
Auskunft – Schadensersatz

Bearbeitet von

Dr. Klaus Bacher (Herausgeber)  
Richter am Bundesgerichtshof

Dirk Büch  
Richter am Oberlandesgericht Köln

Jörn Feddersen, LL.M. (A.U., Washington D.C.)  
Richter am Bundesgerichtshof

Dr. Martin Kessen, LL.M (UT, Texas)  
Richter am Oberlandesgericht Köln

Prof. Dr. Renate Schaub, LL.M.  
Universitätsprofessorin, Ruhr-Universität Bochum

Dr. Emil Schwippert  
Vors. Richter am Oberlandesgericht Köln i.R.

12. Auflage

Leseprobe

Carl Heymanns Verlag 2019

## Vorwort

Die 12. Auflage des »Teplitzky« ist die zweite, die nicht mehr vom Namensgeber und langjährigen Alleinautor *Otto Teplitzky* herausgegeben wird. Im Vergleich zur Voraufgabe, die überaus freundliche Aufnahme gefunden hat, ist der Autorenkreis weitgehend unverändert geblieben. Die Zahl der Autoren hat sich durch das Ausscheiden von *Christian Löffler* von sieben auf sechs verringert. Die bisher von ihm bearbeiteten Teile haben *Dirk Büch* und *Martin Kessen* übernommen und weitergeführt.

Inhaltlich ist die neue Auflage vor allem durch die Ergänzung um aktuelle Entwicklungen in Rechtsprechung und Literatur geprägt. Hervorzuheben sind insbesondere die überarbeiteten und ergänzten Ausführungen zu Verhaltenspflichten aufgrund eines Unterlassungstitels, zum Streitgegenstand bei Irreführungstatbeständen, zu Auswirkungen eines Unterlassungsvertrags auf die Wiederholungsgefahr und zur Schadensberechnung.

Das Manuskript wurde im Frühjahr 2018 abgeschlossen, einzelne Entscheidungen und Aufsätze konnten noch bis August 2018 berücksichtigt werden.

Verlag, Herausgeber und Autoren möchten an dieser Stelle erneut ihren herzlichen Dank an *Otto Teplitzky* aussprechen. Dieser hat das Erscheinen der 11. Auflage mit großer Aufmerksamkeit verfolgt und allen Beteiligten stets großen Rückhalt gegeben. Unser Bestreben war und ist es, dass auch die 12. Auflage als neue Bearbeitung seines Werks wahrgenommen wird.

Karlsruhe, im August 2018

Klaus Bacher

## **Bearbeiter der 12. Auflage**

Dr. Klaus Bacher	Kap. 16, 17, 18, 19, 41, 42, 43
Dirk Büch	Kap. 13, 14, 15, 38, 39
Jörn Feddersen	Kap. 49, 53, 54, 55, 56, 57
Dr. Martin Kessen	Kap. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 58
Prof. Dr. Renate Schaub	Kap. 1, 2, 20, 21, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 37, 40, 45, 48 (Teil III)
Dr. Emil Schwippert	Kap. 36, 44, 46, 47, 48 (Teile I und II), 50, 51, 52

## **Bearbeiter 5. bis 11. Auflage**

Dr. iur. Otto Teplitzky (5. – 10. Auflage): Gesamtwerk.

Dr. Christian Löffler (11. Auflage): Kap. 18, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 38, 39, 58.

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	V
Vorwort zur 11. Auflage . . . . .	VII
Bearbeiter der 12. Auflage . . . . .	IX
Bearbeiter 5. bis 11. Auflage . . . . .	IX
Inhaltsübersicht . . . . .	XI
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XXI
Literaturverzeichnis . . . . .	XXVII

<b>Teil 1 Die wettbewerbsrechtlichen Ansprüche und Einwendungen . . . . .</b>	<b>1</b>
---	----------

<b>Abschnitt 1 Das wettbewerbliche Unterlassungsrecht . . . . .</b>	<b>3</b>
---	----------

<b>Kapitel 1 Der materiell-rechtliche Anspruch auf Unterlassung. . . . .</b>	<b>3</b>
I. Zum Begriff der Unterlassung . . . . .	3
II. Die Unterlassung als Anspruchsgegenstand . . . . .	4
III. Der Inhalt des Unterlassungsanspruchs . . . . .	6
IV. Entstehungshindernisse und Erlöschen . . . . .	9
V. Die Anwendbarkeit bestimmter allgemeiner Vorschriften des BGB . . . . .	10

<b>Kapitel 2 Die wettbewerblchen Unterlassungsansprüche . . . . .</b>	<b>13</b>
I. Historischer Überblick . . . . .	13
II. Die Einteilung der wettbewerblchen Unterlassungsansprüche . . . . .	15
III. Die Bedeutung der wettbewerblchen Unterlassungsansprüche . . . . .	17

<b>Kapitel 3 Allgemeines . . . . .</b>	<b>18</b>
--	-----------

<b>Kapitel 4 Die Anspruchsgrundlagen der Verletzungsunterlassung. . . . .</b>	<b>20</b>
I. Die direkten Unterlassungsansprüche . . . . .	20
II. Die indirekten Unterlassungsansprüche . . . . .	21
III. Unterlassungsanspruch und Strafrechtsnormen . . . . .	22
IV. Anspruchskonkurrenzen . . . . .	22
V. Der Ausschluss von Unterlassungsansprüchen . . . . .	27

<b>Kapitel 5 Die Voraussetzungen des Verletzungsunterlassungsanspruchs, insbesondere die konkrete Verletzungshandlung. . . . .</b>	<b>28</b>
I. Allgemeines . . . . .	28
II. Die konkrete Verletzungshandlung . . . . .	29
III. Die Rechtswidrigkeit . . . . .	32
IV. Was braucht nicht vorzuliegen? . . . . .	34

<b>Kapitel 6 Die Wiederholungsgefahr . . . . .</b>	<b>35</b>
I. Begriffsbestimmung . . . . .	35
II. Die Rechtsnatur der Wiederholungsgefahr . . . . .	38
III. Die wettbewerbsrechtliche Wiederholungsvermutung . . . . .	39
IV. Besonderheiten der Wiederholungsgefahr bei § 8 Abs. 2 UWG, § 14 Abs. 7, § 15 Abs. 6 und § 128 Abs. 3 MarkenG sowie bei mehreren Tatbeteiligten . . . . .	42
V. Das anfängliche Fehlen der Wiederholungsgefahr . . . . .	43

<b>Kapitel 7 Der Fortfall der Wiederholungsgefahr . . . . .</b>	<b>44</b>
I. Allgemeines . . . . .	44
II. Fortfall der Wiederholungsgefahr durch Änderung der Umstände? . . . . .	44
III. Beseitigung der Wiederholungsgefahr durch Unterwerfung . . . . .	46
IV. Beseitigung der Wiederholungsgefahr durch Titel und Abschlusserklärung . . . . .	48

Kapitel 8 Die Beseitigung der Wiederholungsgefahr durch Unterwerfung . . . . .	53
I. Die Bedeutung der Unterwerfung . . . . .	55
II. Begriff und Inhalt der Unterwerfung . . . . .	56
III. Zeitpunkt der Unterwerfung . . . . .	85
IV. Die Auswirkungen der Unterwerfungserklärung auf die Wiederholungsgefahr . . . . .	85
Kapitel 9 Wesen und Rechtsgrundlage des vorbeugenden Unterlassungsanspruchs . . . . .	97
I. Wesen und Abgrenzung . . . . .	97
II. Die Grundlagen des vorbeugenden Unterlassungsanspruchs . . . . .	99
Kapitel 10 Die Erstbegehungsgefahr . . . . .	100
I. Begriffsbestimmung . . . . .	100
II. Wann liegt Erstbegehungsgefahr vor? . . . . .	103
III. Der Fortfall der Erstbegehungsgefahr . . . . .	110
Kapitel 11 Rechtsgrundlagen, Formen und Bedeutung des vertraglichen Unterlassungsanspruchs . . . . .	114
I. Rechtsgrundlagen des vertraglichen Unterlassungsanspruchs . . . . .	114
II. Formen und Bedeutung des vertraglichen Unterlassungsanspruchs . . . . .	115
Kapitel 12 Voraussetzungen, Inhalt, Abgrenzung und Erlöschen des vertraglichen Unterlassungsanspruchs . . . . .	117
I. Die Voraussetzungen des vertraglichen Unterlassungsanspruchs . . . . .	117
II. Der Inhalt des vertraglichen Unterlassungsanspruchs . . . . .	118
III. Die Verletzung der vertraglichen Unterlassungspflicht . . . . .	119
IV. Das Verhältnis des vertraglichen zum gesetzlichen Unterlassungsanspruch . . . . .	120
V. Das Erlöschen des vertraglichen Unterlassungsanspruchs . . . . .	122
Kapitel 13 Die Gläubiger des Unterlassungsanspruchs . . . . .	124
III. Vorbemerkung . . . . .	125
I. Der (unmittelbar verletzte) Mitbewerber . . . . .	126
II. Verbände . . . . .	135
III. Der Missbrauchstatbestand des § 8 Abs. 4 UWG. . . . .	157
Kapitel 14 Der Schuldner des Unterlassungsanspruchs . . . . .	175
I. Begriff . . . . .	177
II. Die Haftung für eigenes Verhalten . . . . .	177
III. Die Haftung für das Verhalten Dritter . . . . .	193
IV. Die Haftung mehrerer Schuldner . . . . .	201
Kapitel 15 Die Rechtsnachfolge beim Unterlassungsanspruch . . . . .	203
I. Die Rechtsnachfolge auf der Gläubigerseite . . . . .	203
II. Die Rechtsnachfolge auf der Schuldnerseite . . . . .	207
Kapitel 16 Die Verjährung des Unterlassungsanspruchs . . . . .	212
I. Allgemeines . . . . .	213
II. Beginn der Verjährung . . . . .	215
III. Dauer der Verjährung . . . . .	221
IV. Wirkung der Verjährung . . . . .	225
V. Neubeginn der Verjährung . . . . .	228
VI. Hemmung der Verjährung . . . . .	229
Kapitel 17 Die Verwirkung des Unterlassungsanspruchs . . . . .	236
I. Rechtsgrundlagen . . . . .	236
II. Verwirkung nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen . . . . .	237
III. Die Verwirkungstatbestände des § 21 und des § 51 Abs. 2 MarkenG . . . . .	252

Kapitel 18	Der Abwehreinwand gegen den Unterlassungsanspruch . . . . .	257
I.	Der Begriff der »Abwehr« . . . . .	257
II.	Die Rechtsgrundlage des Abwehreinwands . . . . .	257
III.	Die Voraussetzungen der Abwehr . . . . .	258
Kapitel 19	Andere Einwände gegen den Unterlassungsanspruch (Üblichkeit, Rechtsmissbrauch, Rechtsverteidigung, Aufbrauchfrist) . . . . .	263
I.	Üblichkeit . . . . .	263
II.	Rechtsmissbrauch . . . . .	265
III.	Rechtsverteidigung . . . . .	271
IV.	Einwilligung . . . . .	273
V.	Aufbrauch- oder Umstellungsfrist (Verweis auf Kap. 8) . . . . .	273
Kapitel 20	Die Vertragsstrafe als Sanktionsmittel . . . . .	274
I.	Allgemeines . . . . .	275
II.	Begriffsbestimmung . . . . .	276
III.	Zustandekommen und Inhalt des Vertragsstrafeversprechens . . . . .	277
IV.	Der Verfall der Vertragsstrafe . . . . .	284
V.	Die Konkurrenz des Vertragsstrafeanspruchs mit gesetzlichen Ansprüchen und/oder mit der Ordnungsmittelfestsetzung nach § 890 ZPO . . . . .	295
VI.	Das Erlöschen der Vertragsstrafeverpflichtung . . . . .	296
Kapitel 21	Europarechtliche Vorgaben . . . . .	301
I.	Allgemeines . . . . .	303
II.	Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken . . . . .	306
III.	Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung . . . . .	314
IV.	Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation . . . . .	317
V.	Richtlinie über Geschäftsgeheimnisse . . . . .	318
<b>Abschnitt 2</b>	<b>Das wettbewerbliche Beseitigungsrecht . . . . .</b>	<b>321</b>
Kapitel 22	Wesen und Voraussetzungen des Beseitigungsanspruchs . . . . .	321
I.	Wesen und Rechtsgrundlage des Beseitigungsanspruchs; Abgrenzung vom Unterlassungs- anspruch . . . . .	321
II.	Die Voraussetzungen des Beseitigungsanspruchs . . . . .	327
Kapitel 23	Gläubiger und Schuldner des Beseitigungsanspruchs . . . . .	330
I.	Der Gläubiger des Beseitigungsanspruchs . . . . .	330
II.	Der Schuldner des Beseitigungsanspruchs . . . . .	330
Kapitel 24	Inhalt und Systematik des Beseitigungsanspruchs . . . . .	333
I.	Der Inhalt des Beseitigungsanspruchs . . . . .	333
II.	Die Systematik der Beseitigungsansprüche . . . . .	337
Kapitel 25	Die Ansprüche auf Beseitigung körperlicher Störungen . . . . .	338
I.	Die Beseitigung unmittelbar störender körperlicher Zustände . . . . .	338
II.	Die Beseitigung latent störungsträchtiger körperlicher Zustände . . . . .	341
III.	Die Beseitigung von als Ergebnis einer Verletzungshandlung entstandenen Objekten . . . . .	344
Kapitel 26	Die Ansprüche auf Beseitigung unkörperlicher Störungen . . . . .	346
I.	Allgemeines . . . . .	346
II.	Der Anspruch auf Widerruf . . . . .	347
III.	Der eingeschränkte Widerruf . . . . .	353
IV.	Die Gegendarstellung . . . . .	355
V.	Die Urteilsveröffentlichung . . . . .	356

# Inhaltsverzeichnis

---

VI. Der Anspruch auf Duldung anderer Beseitigungsmaßnahmen des Verletzten . . . . .	365
VII. Der Kontrahierungszwang als Beseitigungsmaßnahme. . . . .	368
<b>Kapitel 27 Einwendungen und Einreden gegen den Beseitigungsanspruch . . . . .</b>	<b>370</b>
I. Allgemeines. . . . .	370
II. Die Bedeutung des Verwirkungseinwands und anderer Einwände aus Treu und Glauben beim Beseitigungsanspruch . . . . .	370
III. Die Bedeutung der Verjährungseinrede beim Beseitigungsanspruch . . . . .	371
IV. Die Selbständigkeit der Einwendungen und Einreden gegen den Beseitigungsanspruch . . . . .	371
<b>Abschnitt 3 Das wettbewerbliche Schadensersatzrecht. . . . .</b>	<b>373</b>
<b>Kapitel 28 Die Bedeutung des wettbewerbsrechtlichen Schadensersatzanspruchs . . . . .</b>	<b>373</b>
<b>Kapitel 29 Die Grundlagen des wettbewerbsrechtlichen Schadensersatzanspruchs . . . . .</b>	<b>374</b>
I. Die gesetzlichen Normen . . . . .	374
II. Ansprüche aus Vertrag. . . . .	375
III. Die Konkurrenz der Ansprüche . . . . .	375
<b>Kapitel 30 Die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs . . . . .</b>	<b>376</b>
I. Die Verletzungshandlung . . . . .	377
II. Schaden und Kausalität . . . . .	378
III. Verschulden . . . . .	380
IV. Mitwirkendes Verschulden des Verletzten. . . . .	388
<b>Kapitel 31 Gläubiger und Schuldner des Schadensersatzanspruchs. . . . .</b>	<b>392</b>
I. Der Gläubiger bei Verletzungen absoluter Rechte . . . . .	392
II. Der Gläubiger bei sonstigen Verstößen . . . . .	393
III. Verbände als Gläubiger von Schadensersatzansprüchen . . . . .	394
IV. Der Schuldner des Schadensersatzanspruchs . . . . .	394
<b>Kapitel 32 Einwendungen und Einreden gegen den wettbewerbsrechtlichen Schadensersatzanspruch . . . . .</b>	<b>398</b>
I. Die Verwirkung und andere Einwendungen beim Schadensersatzanspruch . . . . .	398
II. Die Verjährung des wettbewerbsrechtlichen Schadensersatzanspruchs . . . . .	399
<b>Kapitel 33 Der wettbewerbsrechtlich bedeutsame Schaden und sein Ersatz . . . . .</b>	<b>404</b>
I. Die Problematik des Schadens. . . . .	404
II. Die Schadensformen . . . . .	405
III. Die Ersatzleistung. . . . .	406
<b>Kapitel 34 Die Schadensberechnung . . . . .</b>	<b>411</b>
I. Die konkrete Schadensberechnung . . . . .	413
II. Die »objektive Schadensberechnung« . . . . .	422
<b>Kapitel 35 Die Vertragsstrafe als Schadensersatz . . . . .</b>	<b>445</b>
I. Die Schadensausgleichsfunktionen der Vertragsstrafe und ihre Folgen. . . . .	445
II. Verweisung auf Kapitel 20 . . . . .	446
<b>Kapitel 36 Der Schadensersatz gem. § 945 ZPO. . . . .</b>	<b>447</b>
I. Die Kehrseite wettbewerbsrechtlicher einstweiliger Verfügungen . . . . .	448
II. Die Schadensersatzansprüche aus § 945 ZPO . . . . .	449
III. Schadensersatz wegen ungerechtfertigter einstweiliger Verfügung. . . . .	449
IV. Schadensersatz wegen Fristversäumnis . . . . .	455
V. Das Verhältnis des § 945 ZPO zu § 717 ZPO . . . . .	456

VI. Das Verhältnis des § 945 ZPO zum Schadensersatz und zur Herausgabe ungerechtfertigter Bereicherung nach BGB-Vorschriften . . . . .	456
VII. Der nach § 945 ZPO zu ersetzende Schaden . . . . .	457
VIII. Einzelfragen . . . . .	462
<b>Kapitel 37 Die Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG . . . . .</b>	<b>466</b>
I. Vorbemerkung . . . . .	467
II. Entstehungsgeschichte, Rechtsnatur und Funktionen des Anspruchs . . . . .	467
III. Voraussetzungen des Anspruchs . . . . .	470
IV. Anrechenbare Leistungen des Verletzers . . . . .	475
V. Anspruchsgläubiger . . . . .	476
VI. Die Durchsetzung des Gewinnabschöpfungsanspruchs . . . . .	480
<b>Kapitel 38 Der Auskunftsanspruch . . . . .</b>	<b>483</b>
I. Wesen und Rechtsgrundlagen des Anspruchs . . . . .	484
II. Der akzessorische Auskunftsanspruch . . . . .	485
III. Der selbstständige Auskunftsanspruch . . . . .	500
IV. Einzelfragen . . . . .	505
<b>Kapitel 39 Der Anspruch auf Rechnungslegung . . . . .</b>	<b>508</b>
I. Wesen und Rechtsgrundlagen des Anspruchs . . . . .	508
II. Voraussetzungen und Anwendungsbereich des Anspruchs . . . . .	509
III. Der Inhalt des Anspruchs . . . . .	510
IV. Die Durchsetzung des Anspruchs (Verweisung) . . . . .	510
<b>Kapitel 40 Der Bereicherungsanspruch . . . . .</b>	<b>511</b>
I. Die Möglichkeiten bereicherungsrechtlicher Haftung im gewerblichen Rechtsschutz . . . . .	511
II. Der Umfang des Bereicherungsanspruchs . . . . .	514
III. Die Herausgabe der Bereicherung bei unerlaubter Handlung . . . . .	516
IV. Mitverschulden, Gesamtschuld, Verjährung . . . . .	517
<b>Teil 2 Die Durchsetzung der wettbewerblichen Ansprüche (Wettbewerbsverfahrensrecht) . . . . .</b>	<b>519</b>
<b>Abschnitt 1 Die Durchsetzung ohne Prozess . . . . .</b>	<b>521</b>
<b>Kapitel 41 Die Abmahnung . . . . .</b>	<b>521</b>
I. Wesen, Bedeutung und Rechtsnatur . . . . .	524
II. Zweck . . . . .	530
III. Form und Inhalt . . . . .	531
IV. Notwendigkeit . . . . .	538
V. Reaktion des Abgemahnten . . . . .	548
VI. Die Rechtsfolgen unbegründeter Abmahnungen . . . . .	556
VII. Erstattung der Abmahnkosten . . . . .	565
<b>Kapitel 42 Das Verfahren vor den Einigungsstellen . . . . .</b>	<b>579</b>
I. Rechtsgrundlagen . . . . .	579
II. Zielsetzung . . . . .	581
III. Zuständigkeit . . . . .	582
IV. Verfahren . . . . .	584
V. Gerichtliche Entscheidungen im Einigungsverfahren . . . . .	590
VI. Wirkungen . . . . .	591
VII. Einrichtung und Besetzung der Einigungsstellen . . . . .	595
VIII. Amtshaftung . . . . .	596

Kapitel 43	Das Abschlussverfahren	597
I.	Ausgangslage und Funktion	598
II.	Die Abschlusserklärung	599
III.	Das Abschlussschreiben	605
IV.	Abschlusserklärung und Unterwerfung	612
<b>Abschnitt 2</b>	<b>Das Erkenntnisverfahren</b>	<b>615</b>
Kapitel 44	Einführung	615
I.	Die Verfahrensarten	615
II.	Wettbewerbsprozess und allgemeiner Zivilprozess	616
III.	Gegenstand der Untersuchung	617
Kapitel 45	Rechtsweg und Zuständigkeit	618
I.	Der Rechtsweg	620
II.	Die Zuständigkeit	623
Kapitel 46	Die Klage	643
I.	Klageantrag und Streitgegenstand	644
II.	Klagehäufung	653
III.	Klageänderung	654
IV.	Klagerücknahme	661
V.	Erledigung der Hauptsache	661
Kapitel 47	Tatsachenfeststellung ohne Beweis, Beweisführung und Beweislast	671
I.	Die Bedeutung der Tatsachenfeststellung	672
II.	Tatsachenfeststellung ohne Beweisverfahren	672
III.	Beweiserhebung über die Verkehrsauffassung	677
IV.	Der relevante Teil des Verkehrs	683
V.	Testpersonen als Zeugen	684
VI.	Besonderheiten der Darlegungs- und Beweislast	685
Kapitel 48	Verfahrensunterbrechungen	689
I.	Die Unterbrechung durch Insolvenz	689
II.	Die Aussetzung des Verfahrens	694
III.	Das Verfahren zur Vorlage an den EuGH	698
<b>Abschnitt 2</b>	<b>Das Erkenntnisverfahren</b>	<b>707</b>
Kapitel 49	Der Streitwert der Wettbewerbsverfahren	707
I.	Allgemeines	708
II.	Die Arten des Streitwerts	709
III.	Streitwertschätzung (§ 3 ZPO)	710
IV.	Der Streitwert nach Erledigung der Hauptsache	727
V.	Die Streitwertfestsetzung	730
VI.	Streitwertermäßigung	730
Kapitel 50	Beratungshilfe, Prozesskostenhilfe und Streitwertbegünstigung	732
I.	Beratungs- und Prozesskostenhilfe	732
II.	Die Streitwertbegünstigung	733
Kapitel 51	Die Unterlassungsklage	740
I.	Der Unterlassungsklageantrag	741
II.	Rechtshängigkeit und Rechtskraft	767
III.	Das Rechtsschutzbedürfnis	769
IV.	Die (notwendige) richtige Kostenverteilung	773

Kapitel 52 Die sonstigen Klageformen im Wettbewerbsprozess . . . . .	775
I. Die Beseitigungsklage . . . . .	776
II. Die Klage auf Auskunft oder Rechnungslegung . . . . .	777
III. Die Feststellungsklage . . . . .	779
IV. Die Zahlungsklage . . . . .	789
<b>Abschnitt 3 Die einstweilige Verfügung im Wettbewerbsrecht . . . . .</b>	<b>795</b>
Kapitel 53 Einführung . . . . .	795
I. Die Bedeutung der einstweiligen Verfügung . . . . .	795
II. Die Risiken der einstweiligen Verfügung . . . . .	796
III. Die gesetzlichen Grundlagen der einstweiligen Verfügung . . . . .	796
IV. Die Besonderheiten der Rechtsprechung zur wettbewerbsrechtlichen einstweiligen Verfügung . . . . .	797
Kapitel 54 Die besonderen Voraussetzungen der (wettbewerbsrechtlichen) einstweiligen Verfügung . . . . .	799
I. Abgrenzung . . . . .	801
II. Zuständigkeit . . . . .	801
III. Verfügungsanspruch . . . . .	804
IV. Postulationsfähigkeit . . . . .	807
V. Verfügungsgrund . . . . .	808
VI. Verfügungsantrag . . . . .	830
VII. Darlegung und Glaubhaftmachung . . . . .	832
Kapitel 55 Das summarische Verfahren und seine Entscheidung . . . . .	836
I. Rechtshängigkeit . . . . .	838
II. Antragsrücknahme . . . . .	839
III. Entscheidung durch Beschluss . . . . .	841
IV. Widerspruch . . . . .	847
V. Entscheidung nach mündlicher Verhandlung . . . . .	852
VI. Vollziehung der einstweiligen Verfügung . . . . .	862
VII. Schutzschrift . . . . .	873
Kapitel 56 Die Behelfe und Verfahren gemäß §§ 926, 927 ZPO . . . . .	879
I. Einleitung . . . . .	879
II. Die Anordnung der Klageerhebung nach § 926 ZPO . . . . .	880
III. Die Aufhebung der einstweiligen Verfügung gem. § 927 ZPO . . . . .	887
IV. Das Verhältnis der Behelfe der §§ 926, 927 ZPO zueinander sowie zu anderen Rechtsbehelfen des Schuldners . . . . .	897
<b>Abschnitt 4 Besonderheiten der Zwangsvollstreckung . . . . .</b>	<b>899</b>
Kapitel 57 Der Unterlassungstitel und seine Vollstreckung . . . . .	899
I. Die Grundlagen und Voraussetzungen der Unterlassungsvollstreckung . . . . .	901
II. Der Unterlassungstitel . . . . .	902
III. Die Vollstreckung des Unterlassungstitels . . . . .	913
IV. Die Änderung oder Beseitigung von Vollstreckungstiteln . . . . .	931
V. Die Verjährung der Ordnungsmittelvollstreckung . . . . .	934
Kapitel 58 Die Vollstreckung des Beseitigungstitels und des Titels auf Auskunftserteilung . . . . .	936
I. Allgemeines . . . . .	936
II. Der Beseitigungstitel . . . . .	937
III. Die Vollstreckung des Beseitigungstitels (einschließlich des Titels auf Auskunftserteilung) . . . . .	938
IV. Der Angriff gegen einen rechtskräftigen Beseitigungstitel . . . . .	942

## Inhaltsverzeichnis

---

Verzeichnis der EuGH-Entscheidungen nach Aktenzeichen. . . . .	943
Verzeichnis der BGH-Entscheidungen mit Entscheidungsname . . . . .	947
Stichwortverzeichnis. . . . .	1011

# Abschnitt 2 Das wettbewerbliche Beseitigungsrecht

## Kapitel 22 Wesen und Voraussetzungen des Beseitigungsanspruchs

### Literatur:

*Abrens*, Beseitigung kraft Unterlassungstitels: berechtigter Aufstand gegen den BGH?, GRUR 2018, 374; *Baur*, Der Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB, AcP 160 (1961), 465; *Böhm*, Pflichtwidriges Unterlassen als Zuwiderhandlung gegen ein gerichtliches Verbot, WRP 1973, 72; *Brehm*, Die Vollstreckung der Beseitigungspflicht nach § 890 ZPO. Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung des Unterlassungsanspruchs vom Beseitigungsanspruch, ZZP 89 (1976), 178; *v. Caemmerer*, Wandlungen des Deliktsrechts, in 100 Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum 100jährigen Bestehen des deutschen Juristentages, Bd. 2, 1960, S. 53; *Dissmann*, Unterlassung und Rückruf – die europäische Perspektive, GRUR 2017, 986; *Ernst-Moll*, Beseitigungsanspruch und Rückruf im gewerblichen Rechtsschutz, Festschrift für R. Klaka, 1987, S. 16; *Feddersen*, Unterlassen durch Beseitigen: Beseitigungshandlungen als Bestandteil des Unterlassungsanspruchs, Festschrift für Büscher, 2018, S. 471; *Fritzsche*, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage, 2000; *Gommlich*, Die Beseitigungsansprüche im UWG, 2001; *Henckel*, vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht, AcP 174 (1974), 97; *Hermanns*, Der Unterlassungsanspruch als verkappter Rückrufanspruch?, GRUR 2017, 977; *Hofmann*, Unterlassungsanspruch und Verhältnismäßigkeit – Beseitigung, Löschung und Rückruf, NJW 2018, 1290; *Igelmann*, Der Vernichtungsanspruch im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, 2002; *Jauernig*, Einstweilige Verfügung gegen ein Bezugsverbot, NJW 1973, 1671; *Köhler*, Die wettbewerbsrechtlichen Abwehransprüche (Unterlassung, Beseitigung, Widerruf), NJW 1992, 137; *Köhler*, Die Begrenzung wettbewerbsrechtlicher Ansprüche durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, GRUR 1996, 82; *Lindacher*, Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch, GRUR 1985, 423; *Lubberger*, Zu Risiken und Nebenwirkungen kontaktieren Sie Ihren Anwalt oder Richter – Besprechung von BGH »Produkte zur Wundversorgung«, GRUR 2018, 378, 379; *Mertens*, Zum Inhalt des Beseitigungsanspruchs aus § 1004 BGB, NJW 1974, 1783; *Peifer*, Beseitigungsansprüche im digitalen Äußerungsrecht, NJW 2016, 23; *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972; *Retzer*, Einige Überlegungen zum Vernichtungsanspruch bei der Nachahmung von Waren oder Leistungen, Festschrift für H. Piper, 1996, S. 421; *Sakowski*, Unterlassen durch Rückruf – »Hot Sox« und »RESCUE-Produkte« und die Folgen, GRUR 2017, 355, 360; *Schacht*, Die Prüfung konkreter Unterlassungspflichten im Erkenntnisverfahren, WRP 2017, 1055; *Teplitzky*, Das Verhältnis des objektiven Beseitigungsanspruchs zum Unterlassungsanspruch im Wettbewerbsrecht, WRP 1984, 365; *Thun*, Der immaterialgüterrechtliche Vernichtungsanspruch, 1998; *Walchner*, Der Beseitigungsanspruch im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, 1998.

Übersicht	Rdn.		Rdn.
<b>I. Wesen und Rechtsgrundlage des Beseitigungsanspruchs; Abgrenzung vom Unterlassungsanspruch . . .</b>		<b>II. Die Voraussetzungen des Beseitigungsanspruchs . . . . .</b>	14
1. Schadensersatzfunktion . . . . .	1	1. Begangene Verletzungshandlung . . . . .	14
2. Abwehrfunktion . . . . .	2	2. Verschulden nicht erforderlich . . . . .	15
3. Abgrenzung vom Unterlassungsanspruch . . . . .	3	3. Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit . . . . .	16
4. Die Folgen der Verschiedenheit vom Unterlassungsanspruch . . . . .	7	4. Fehlen einer Duldungspflicht . . . . .	17
		5. Fortdauer des Störungszustands. . . . .	18

### I. Wesen und Rechtsgrundlage des Beseitigungsanspruchs; Abgrenzung vom Unterlassungsanspruch

#### 1. Schadensersatzfunktion

Der Beseitigungsanspruch kann der Wiedergutmachung bzw. Behebung eines eingetretenen Schadens dienen. In dieser Funktion, die schuldhaftes Verhalten des Schädigers und

einen eingetretenen Schaden voraussetzt, ist er eine Form des Schadensersatzes und bei diesem<sup>1</sup> näher zu behandeln.

## 2. Abwehrfunktion

- 2 Seine maßgebliche Bedeutung hat er – zumal im Wettbewerbs- und Markenrecht – nicht in dieser Form erlangt, sondern als zweiter objektiver, d. h. verschuldensunabhängiger,<sup>2</sup> Abwehrensanspruch neben dem Unterlassungsanspruch. Er dient der Abwehr, weil – und soweit – er über die Beseitigung eines als Folge einer Verletzungshandlung »fortwirkenden«<sup>3</sup> Zustandes die von diesem (künftig) ausgehenden Störungen verhindern soll. Der Beseitigungsanspruch ist ursprünglich von Rechtsprechung und Lehre aus § 1004 BGB und später unmittelbar aus wettbewerbs- und markenrechtlichen Normen entwickelt worden<sup>4</sup> und inzwischen auch im gewerblichen Rechtsschutz an verschiedenen Stellen<sup>5</sup> im Gesetz ausdrücklich erwähnt.

## 3. Abgrenzung vom Unterlassungsanspruch

- 3 Im Ausgangspunkt sind ein Unterlassungsanspruch und ein Beseitigungsanspruch auf konträre Verhaltensweisen gerichtet, nämlich Unterlassen einerseits und positives Tun andererseits. Das könnte man nur dann anders sehen, wenn man einen nicht handlungs-, sondern erfolgsbezogenen Anspruchsbegriff zugrunde legte mit der Folge, dass jeweils die Störungsabwehr und damit Beendigung des Verletzungserfolgs geschuldet wäre.<sup>6</sup> Dem steht jedoch vor allem entgegen, dass die Vollstreckung nach §§ 887, 888 ZPO auf der einen und § 890 ZPO auf der anderen Seite handlungsorientiert erfolgt und daher der Urteilsanspruch auf diese Zielsetzung hin entsprechend unterschiedlich formuliert werden muss.
- 4 Diese Gegensätzlichkeit ist aber nur scheinbar. Trotz der unterschiedlichen Fassung des Tenors kann es erhebliche Überschneidungen dieser Ansprüche geben, nämlich immer dann, wenn die Beseitigung eines Störungszustandes auch (mittelbar) über den Unterlassungsanspruch erreicht werden kann, weil dessen Erfüllung nicht ohne Beseitigungshand-

1 Vgl. dazu Kap. 33, Rdn. 12.

2 BGH, 06.07.1954, I ZR 38/53, BGHZ 14, 163, 173 – *Constanze II*; st. Rspr. (vgl. nur beispielhaft wieder BGH, 05.06.1956, I ZR 4/55, GRUR 1995, 427, 428 – *Schwarze Liste*) und einhellige Meinung; vgl. *Bacher* in *Ahrens*, Kap. 73, Rn. 8; *Bornkamm* in *Köhler/Bornkamm/Fedderson*, § 8 UWG, Rn. 1.99; *Büscher* in *Fezer/Büscher/Obergfell*, § 8 UWG, Rn. 12; *Goldmann* in *Harte/Henning*, § 8 UWG, Rn. 153.

3 BGH, 14.12.2017, I ZR 184/15, GRUR 2018, 423, Tz. 19 – *Klauselersatzung*; BGH, 28.07.2015, VI ZR 340/14, GRUR 2016, 104, Tz. 13 – *recht\$billig*; BGH, 23.02.1995, I ZR 15/93, GRUR 1995, 424, 426 – *Abnehmerverwarnung*; *Bornkamm* in *Köhler/Bornkamm/Fedderson*, § 8 UWG, Rn. 1.101; *Goldmann* in *Harte/Henning*, § 8 UWG, Rn. 151, 159 f. und Rn. 167.

4 Vgl. zu dieser Entwicklung *Köhler* in *Großkommentar*, Vor § 13 UWG a.F., B, Rn. 125; vgl. auch BGH, 22.09.2011, I ZR 69/04, GRUR 2012, 394, Tz. 22 – *Bayerisches Bier II*, dort zum Anspruch auf Einwilligung in die Schutzentziehung von geographischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen.

5 Vgl. § 8 Abs. 1 und 2 UWG und zuvor schon § 97 Abs. UrhG und § 42 Abs. 1 DesignG; zum markenrechtlichen Beseitigungsanspruch *Ingerl/Rohnke*, Vor §§ 14 bis 19 MarkenG, Rn. 211–215.

6 Vgl. *Teplitzky* in der 9. Aufl., Kap. 22, Rn. 4, Fn. 8.

lung möglich ist.<sup>7</sup> In diesen Fällen kann eine Beseitigung auch – wenn auch nur mittelbar – durch die Vollstreckung des Unterlassungsanspruchs nach § 890 ZPO erreicht werden. Diese Überschneidung ist durch einige neuere Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zum Umfang des Unterlassungsanspruchs besonders deutlich geworden. Danach kann der Unterlassungsanspruch die Verpflichtung des Schuldners zur Einwirkung auf (selbständige) Dritte<sup>8</sup> bis hin zum Rückruf umfassen,<sup>9</sup> auch wenn dem Schuldner keine entsprechenden rechtlich durchsetzbaren Ansprüche gegen seine Abnehmer zustehen.<sup>10</sup> Dem Bundesgerichtshof wird vorgeworfen, mit dieser Rechtsprechung den Umfang des Unterlassungsanspruchs ausgeweitet und auf einen Bereich ausgedehnt zu haben, der an sich dem Beseitigungsanspruch vorbehalten sei.<sup>11</sup> Ob diese Kritik im Hinblick auf den Unterlassungsanspruch zutrifft, für den der Bundesgerichtshof eine derartige Einschränkung – soweit ersichtlich – nie ausgesprochen hat, kann hier offenbleiben. Für den Beseitigungsanspruch jedoch war es bisher anerkannt, dass dieser dort seine Grenze finde, wo die Verfügungsbefugnis des Schuldners endet.<sup>12</sup> Dieses Erfordernis hielt auch der Gesetzgeber für so offensichtlich, dass er eine (ausdrückliche) Beschränkung der spezialgesetzlichen Rückruf- und Entfernungsansprüche für nicht erforderlich hielt.<sup>13</sup> Es kann aber davon ausgegangen werden, dass (nunmehr auch) der Beseitigungsanspruch des Schuldner über dessen rechtlich durchsetzbare Möglichkeiten hinaus (im Rahmen des Zumutbaren) verpflichtet, auf eine Rückgabe bereits ausgelieferter Gegenstände hinzuwirken.<sup>14</sup> Das gilt für

7 Beispiel BGH, 28.01.1977, I ZR 109/75, GRUR 1977, 614, 616 – *Gebäudefassade*: Die Unterlassung der von der Fassade ausgehenden Störung erfordert die Beseitigung der Fassade; vgl. auch den – abgrenzenden – Hinweis in dem selbst anders gelagerten Fall BGH, 25.01.1990, I ZR 19/87, BGHZ 110, 156, 173 – *HBV-Familien- und Wohnungsrechtsschutz*; ferner BGH, 04.02.1993, I ZR 42/91, BGHZ 121, 242, 248 – *TRIANGLE*; *Bornkamm in Köhler/Bornkamm/Feddersen*, § 8 UWG, Rn. 1.102; weitere Beispiele bei *Fritzsche*, S. 202 ff.

8 BGH, 13.11.2013, I ZR 77/12, GRUR 2014, 595, Tz. 26 – *Vertragsstrafenklausel*; BGH, 18.09.2014, I ZR 76/13, GRUR 2015, 258, Tz. 66 und 70 – *CT-Paradies*.

9 BGH, 30.07.2015, I ZR 250/12, GRUR 2016, 406, Tz. 28 – *Piadina-Rückruf*; BGH, 19.11.2015, I ZR 109/14, GRUR 2016, 720, Tz. 35 – *Hot Sox*.

10 BGH, 29.09.2016, I ZB 34/15, GRUR 2017, 208, Tz. 30, 33 – *Rückruf von RESCUE-Produkten*; BGH, 04.05.2017, I ZR 208/15, GRUR 2017, 823, Tz. 29, 33 – *Luftentfeuchter*; BGH, 11.10.2017, I ZB 96/16, GRUR 2018, 292, Tz. 20, 25 – *Produkte zur Wundversorgung*.

11 So u.a. *Lubberger*, GRUR 2018, 378, 379; *Sakowski*, GRUR 2017, 355 ff.; »Zwischenruf« des Ausschusses für Wettbewerbs- und Markenrecht der GRUR zum Verhältnis von Unterlassung und Beseitigung im gewerblichen Rechtsschutz und insbesondere im Wettbewerbsrecht, GRUR 2017, 885; *Hofmann*, NJW 2018, 1290, 1292; *Goldmann*, GRUR 2016, 724, 725; *Hermanns*, GRUR 2017, 977; zurückhaltend: *Abrens*, GRUR 2018, 374 ff.; dagegen: *Feddersen* in FS Büscher, S. 471 ff. sowie *Bücher*, GRUR 2018, 113, 125 f., unter Hinweis auf BGH, 03.07.2003, I ZR 297/00, GRUR 2003, 899, 900 – *Olympiasiegerin*; früher auch schon OLG Köln, GRUR-RR 2008, 365; etwas eingeschränkt auch OLG München, MD VSW 2014, 698. Eingehend zur europäischen Rechtsvergleichung sowie EU-rechtlichen Implikationen *Dissmann*, GRUR 2017, 986 ff.

12 Vgl. BGH, 03.05.1974, I ZR 52/73, GRUR 1974, 666, 669 – *Reparaturversicherung*; vgl. auch *Löffler* in der Voraufgabe, Kap. 23, Rn. 5 mit Nachweisen in Fn. 13, Kap. 25, Rn. 3; *Paal* in Großkommentar, § 8 UWG, Rn. 77; *Bacher* in *Abrens*, Kap. 73, Rn. 14; *Bornkamm* in *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, § 8 UWG, Rn. 1.121 a.E.

13 Vgl. BT-Drucks. 16/5048, S. 54 f., 62.

14 Ausdrücklich bereits der VI. Zivilsenat: BGH, 28.07.2015, VI ZR 340/14, GRUR 2016, 104, Tz. 39 f. – *rechtsbillig*; dazu *Peifer*, NJW 2016, 23 ff., der auf die datenschutzrechtliche Anknüpfung dieser Rechtsprechung hinweist.

die neueren spezialgesetzlichen Ansprüche,<sup>15</sup> wird sich aber ohne weiteres auch auf den allgemeinen Beseitigungsanspruch übertragen lassen, weil der Beseitigungsanspruch ohnehin auf die Vornahme einer Handlung gerichtet ist und daher erst recht eine Handlung umfassen kann, die die (neuere) Rechtsprechung bereits aus der Unterlassungsverpflichtung herleitet. Dabei kann hier wie dort ein Erfolg nicht geschuldet sein,<sup>16</sup> sondern lediglich das Bemühen, den Abnehmer zur Rückgabe zu bewegen.<sup>17</sup>

- 5 Dies zeigt zweierlei: Zum einen, dass zwar die Bedenken gegen eine Rückrufverpflichtung ohne eine korrespondierende rechtliche Handhabe des Schuldners von einigem Gewicht sind, da sie (bisher) zu einer entsprechenden Beschränkung des Beseitigungsanspruchs geführt haben, dass zum anderen aber diese Bedenken nicht – jedenfalls nicht in erster Linie – die Abgrenzung der beiden Ansprüche betreffen. Denn diese überschneiden sich bereits dann, wenn man überhaupt vom Unterlassungsanspruch eine Verpflichtung zum positiven Tun als umfasst ansieht, was allerdings – zu Recht – allgemeiner Auffassung entspricht. Die (neuere) Rechtsprechung wirft daher nicht die Frage der Abgrenzung beider Ansprüche auf. Vielmehr liegt die Problematik dieser Rechtsprechung in der Frage der Zumutbarkeit eines solchen Rückrufs im konkreten Fall und hier wiederum darin, ob die Prüfung dieser Voraussetzung, die sowohl für den Beseitigungs- als auch für den Unterlassungsanspruch<sup>18</sup> gilt, dem Vollstreckungsverfahren überantwortet werden kann. Insofern allerdings ergeben sich besondere Bedenken im Hinblick auf den Unterlassungsanspruch, weil dieser grundsätzlich (jedenfalls bisher) ohne Spezifizierung von Handlungspflichten<sup>19</sup> und (bisher<sup>20</sup>) auch ohne Prüfung der Zumutbarkeit dieser Handlungspflichten tenoriert

15 Vgl. BGH, 16.05.2017, X ZR 120/15, GRUR 2017, 785, Tz. 29 ff. – *Abdichtsystem* (zu § 140a Abs. 3 Satz 1 PatG); *Thiering* in *Ströbele/Hacker/Thiering*, § 18 MarkenG, Rn. 65; Abweichend *Husemann*, WRP 2017, 270, 275.

16 BGH, 11.10.2017, I ZB 96/16, GRUR 2018, 292, Tz. 33 – *Produkte zur Wundversorgung*; BGH, 28.07.2015, VI ZR 340/14, GRUR 2016, 104, Tz. 39 – *recht\$billig*.

17 Dem liegt zugrunde, dass der Dritte sich auch dann zu einer Mitwirkung an der Beseitigung des Störungszustandes bereitfinden kann, wenn er hierzu nicht rechtlich verpflichtet ist; näher hierzu *Feddersen* in: FS *Büscher*, S. 471, 475 f. Für eine Aushebelung des Unmöglichkeitrechts hält dies allerdings *Hermanns*, GRUR 2017, 977, 981, der die Möglichkeit des Bestehens bloßer Handlungspflichten ebenso wenig erörtert wie die Frage, ob die schuldrechtlichen Grundsätze des Unmöglichkeitrechts auf negatorische Ansprüche anwendbar sind (vgl. hierzu *Gursky* in *Staudinger*, § 1004 BGB, Rn. 148), und wie sich dies verneinendenfalls auf aus Schutzrechten folgende Unterlassungsansprüche einerseits und den wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch andererseits auswirkt.

18 Vgl. hierzu insbesondere BGH, 11.10.2017, I ZB 96/16, GRUR 2018, 292, Tz. 26 – *Produkte zur Wundversorgung* (»Die Pflicht des Schuldners wird dabei durch das ihm Mögliche und Zumutbare nicht nur begründet, sondern auch begrenzt.«); vgl. auch *Büscher*, GRUR 2018, 113, 126. Abweichend *Hermanns*, GRUR 2017, 977, 979.

19 Vgl. hierzu auch *Sakowski*, GRUR 2017, 355, 360, 361; *Schacht*, WRP 2017, 1055, 1056.

20 Vgl. BGH, 11.10.2017, I ZB 96/16, GRUR 2018, 292, Tz. 38 – *Produkte zur Wundversorgung*: danach soll grundsätzlich im Erkenntnisverfahren geklärt werden, ob dem Schuldner ein Einwirken auf seine Abnehmer zumutbar ist – nur ausnahmsweise könne die Auslegung des Unterlassungstitels im Vollstreckungsverfahren erfolgen, wenn sich der Schuldner im Erkenntnisverfahren nicht mit diesem Einwand verteidigt hat (ähnlich bereits BGH, 29.09.2016, I ZB 34/15, GRUR 2017, 208 – *Rückruf von RESCUE-Produkten*). Diese Alternative wirft allerdings Fragen im Hinblick auf § 767 Abs. 2 ZPO auf, wie auch die Auslegung des Titels in Abhängigkeit davon, ob es sich um eine einstweilige Beschluss- oder Urteilsverfügung oder aber eine Entscheidung in der Hauptsache handelt (vgl. auch *Sakowski*, GRUR 2017, 355, 360 f., der zutreffend auf die besonderen Voraussetzungen einer Leistungsverfügung hingewiesen hat), noch nicht hinsichtlich aller sich daraus erge-

wird. Dieses Problem stellt sich beim Beseitigungsanspruch nicht in gleicher Weise, weil hier die Handlung möglichst konkret (d.h. unter Beachtung der Wahlmöglichkeiten des Schuldners) auszuurteilen ist,<sup>21</sup> so dass dem Schuldner der Umfang seiner Pflichten vor Augen geführt und (auch deshalb) die Zumutbarkeit grundsätzlich im Erkenntnisverfahren geklärt werden kann und muss. Darüber hinaus kann der Beseitigungsanspruch nur in engen Grenzen<sup>22</sup> im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes geltend gemacht werden, so dass sich hier auch das Problem der Vorwegnahme der Hauptsache<sup>23</sup> nur selten stellt.

Die Darstellung der Überschneidungen und der gemeinsamen Probleme beider Ansprüche darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass es sich nach – jedenfalls im hier interessierenden Bereich des Wettbewerbs- und Markenrechts – einhelliger Auffassung bei den Ansprüchen auf Unterlassung und Beseitigung um zwei als »Abwehransprüche« zwar verwandte und teilweise parallele,<sup>24</sup> aber letztendlich verschiedene und voneinander unabhängige Ansprüche handelt.<sup>25</sup> Das zeigt sich nicht nur darin, dass die Durchsetzung des Unterlassungstitels mit den Mitteln des § 890 ZPO erfolgt,<sup>26</sup> während der Beseitigungsanspruch nach § 887 oder § 888 ZPO vollstreckt wird. Deutlich wird dies auch dadurch, dass durch die Beseitigung keineswegs immer zugleich auch der Unterlassungserfolg herbeigeführt wird,<sup>27</sup> wie auch umgekehrt die Unterlassung – auch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs – nicht in jedem Fall so weit wie ein Beseitigungsanspruch geht, etwa beim Widerruf von Behauptungen, der Richtigstellung eines durch eine beendete Verletzungshandlung erweckten Eindrucks<sup>28</sup> oder insoweit, wie ein vorbeugender Beseitigungsanspruch<sup>29</sup> anerkannt wird. Besonders augenfällig zeigt sich die Unterschiedlichkeit der Ansprüche bei der Erfüllung. Der Beseitigungsanspruch wird durch die Beseitigung des streitgegenständlich gewesenen Störungszustandes erfüllt und erlischt damit gemäß § 362 BGB, was ggf. mit einer Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO und einer Klage auf Herausgabe des Titels geltend gemacht werden kann. Der Unterlassungsanspruch umfasst dagegen auch und insbesondere solche Störungen, die erst nach Schaffung des Titels entstanden sind. Als Dauerverpflichtung kann er durch (die nur jeweils zeitweise mögliche Erfüllung) nicht erlöschen.

benden Konsequenzen geklärt ist (so stellt sich etwa die Frage, welche Wirkung in einem solchen Fall eine Abschlusserklärung hat, vgl. hierzu Meinhardt, WRP 2018, 527, 534).

21 Vgl. Kap. 24 Rdn. 8.

22 Vgl. hierzu Kap. 54, Rdn. 11; Goldmann in *Harte/Henning*, § 8 UWG, Rn. 239 ff.

23 Vgl. BGH, 11.10.2017, I ZB 96/16, GRUR 2018, 292, Tz. 39 – *Produkte zur Wundversorgung*; vgl. auch *Sakowski*, GRUR 2017, 355, 360; *Schacht*, WRP 2017, 1055, 1058 f.

24 BGH, 04.02.1993, I ZR 42/91, BGHZ 121, 242, 248 – *TRIANGLE*; *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG a.F., Rn. 307; *Bornkamm* in *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, § 8 UWG, Rn. 1.102.

25 BGH, 14.12.2017, I ZR 184/15, GRUR 2018, 423, Tz. 19 – *Klauselersetzung*; BGH, 12.07.1994, VI ZB 43/93, NJW-RR 1994, 1404, 1405; OLG Hamburg, MD VSW 1998, 192, 193; *Bornkamm* in *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, § 8 UWG, Rn. 1.101 ff.; *Goldmann* in *Harte/Henning* § 8 UWG, Rn. 151; *Brüning* in *Harte/Henning*, Vor § 12 UWG, Rn. 135; *Obly* in *Obly/Sosnitzka*, § 8 UWG, Rn. 69; *Bacher* in *Abrens*, Kap. 73, Rn. 3; vorher schon *Teplitzky*, WRP 1984, 365 ff.; abweichend *Lindacher*, GRUR 1985, 423 ff.

26 A.A. (ein Wahlrecht annehmend) *Henckel*, AcP 174 (1974), 97, 102 in Fn. 7; *Brehm*, ZZP 89 (1976), 178, 189 ff.; *Lindacher*, GRUR 1985, 423, 426.

27 *Jauernig*, NJW 1973, 1671, 1672 f.; *Fritzsche*, S. 211 f.

28 Vgl. BGH, 14.12.2017, I ZR 184/15, GRUR 2018, 423, Tz. 25 – *Klauselersetzung*.

29 Vgl. dazu Kap. 22, Rdn. 14; Kap. 25, Rdn. 7 f.

## 4. Die Folgen der Verschiedenheit vom Unterlassungsanspruch

- 7 Die Verschiedenheit hat Folgen: Die Streitgegenstände sind nicht identisch,<sup>30</sup> so dass die Rechtshängigkeit eines Anspruchs oder die rechtskräftige Entscheidung über ihn der Geltendmachung des anderen nicht als prozessualer Einwand entgegengesetzt werden kann. Gleiches gilt grds. auch hinsichtlich des Einwands fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses,<sup>31</sup> der aber ausnahmsweise durchgreifen kann, wenn schon ein Unterlassungstitel vorliegt, mittels dessen Vollstreckung das (gleiche) Ziel des Beseitigungsanspruchs einfacher erreichbar ist. Dann beruht die Ablehnung des Rechtsschutzbedürfnisses aber nicht auf der Identität der Anspruchsinhalte, sondern auf dem allgemeinen Grundsatz, dass das Interesse an einer Klage dann zu verneinen ist, wenn ihr Erfolg auf einem anderen, einfacheren Wege erreichbar ist.<sup>32</sup>
- 8 Die Unterschiedlichkeit der Ansprüche führt schließlich zu abweichenden Antrags- und Urteilsformulierungen,<sup>33</sup> zur Anwendung der Regeln über die Klageänderung beim Übergang von einem Anspruch zum anderen,<sup>34</sup> zu verschiedenen Erfüllungsformen und -wirkungen,<sup>35</sup> dementsprechend zu unterschiedlichen Wegen bei der Zwangsvollstreckung (§ 890 ZPO für den Unterlassungsanspruch, § 887 und § 888 ZPO für den Beseitigungsanspruch)<sup>36</sup> sowie zu verschiedenen Verjährungshemmungen.<sup>37</sup> Bei der Wahl, welcher

30 BGH, 28.09.1973, I ZR 136/71, GRUR 1974, 99, 100 – *Brünova*; BGH, NJW-RR 1994, 1404; OLG Hamburg, MD VSW 1998, 192, 193; *Goldmann* in *Hartel/Henning* § 8 UWG, Rn. 23 und 229; *Brüning* in *Hartel/Henning*, Vor § 12 UWG, Rn. 135; *Bacher* in *Abrens*, Kap. 73, Rn. 3; *Fritzsche*, S. 208 mit Fn. 24 und S. 212 mit Fn. 43; a.A. für bestimmte Arten von Beseitigungsansprüchen *Lindacher*, GRUR 1985, 423, 427.

31 OLG Hamburg, MD VSW 1998, 192, 193; *Bornkamm* in *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, § 8 UWG, Rn. 1.103; *Pastor*, S. 531; die gegenteiligen Entscheidungen BGH, 06.07.1954, I ZR 38/53, BGHZ 14, 163, 173 – *Constanze II*, und BGH, 15.01.1957, I ZR 190/55, GRUR 1957, 278, 279 – *Evidur*, beruhen auf einem damals verbreiteten, aber seit BGH, 22.09.1972, I ZR 19/72, GRUR 1973, 208 – *Neues aus der Medizin*, aufgegebenen Verständnis des Rechtsschutzbedürfnisses.

32 Vgl. dazu BGH, 04.02.1993, I ZR 42/91, BGHZ 121, 242, 244 – *TRIANGLE*; *Teplitzky*, WRP 1094, 365, 368; zur Einschränkung dieses Grundsatzes (keine Verweisung der betroffenen Partei auf einen verfahrensmäßig *unsicheren* Weg) vgl. BGH, 24.04.1990, VI ZR 110/89, BGHZ 111, 168, 171 f.; BGH, NJW 1994, 1351; BGH, NJW-RR 2010, 19, Tz. 20.

33 Vgl. *Goldmann* in *Hartel/Henning*, § 8 UWG, Rn. 21 f. und Rn. 233.

34 Vgl. dazu BGH, NJW-RR 1994, 1404, 1405; *Bornkamm* in *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, § 8 UWG, Rn. 1.103.

35 *Jauernig*, NJW 1973, 1671, 1672 f.; *Köhler* in *Großkommentar*, Vor § 13 UWG a.F., B, Rn. 127.

36 *Bornkamm* in *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, § 8 UWG, Rn. 1.103; *Goldmann* in *Hartel/Henning*, § 8 UWG, Rn. 233; *Büscher* in *Fezer/Büscher/Obergfell*, § 8 UWG, Rn. 44; *Bacher* in *Abrens*, Kap. 73, Rn. 3; *Fritzsche*, S. 640–642; sowie sehr ausführlich *Gommlisch*, S. 62–68; abweichend, aber unvereinbar mit der ausdrücklichen gesetzlichen Vollstreckungsregelung *Henckel*, AcP 174 (1974), 97, 102 in Fn. 7, *Brehm*, ZJP 89 (1976), 178, 189 ff. und *Lindacher*, GRUR 1985, 423, 426, deren Auffassung allerdings der Rechtslage in Österreich entspricht, vgl. zu dieser *Abrens*, S. 5 und *Gommlisch*, S. 57 f. Zu einem Fall zulässiger Vollstreckung eines eine Handlungspflicht begründenden Duldungstitels nach § 890 ZPO auch dann, wenn im selben Urteil auch die Pflicht zur Vornahme dieser Handlung tituliert ist, die nach §§ 887, 888 ZPO hätte vollstreckt werden können, vgl. BGH, 05.06.1956, I ZR 4/55, WRP 2007, 1104, Tz. 17–19 – *Verputzarbeiten* (ob letztere Vollstreckung auch *neben* der aus § 890 ZPO betrieben werden könnte, wird offengelassen).

37 BGH, 28.09.1973, I ZR 136/71, GRUR 1974, 99 – *Brünova*; BGH, 23.02.1995, I ZR 75/93, GRUR 1995, 427, 428 – *Schwarze Liste*, jeweils noch für die früher statt der erst durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz eingeführten Hemmungswirkungen (vor allem § 204 BGB)

Anspruch geltend gemacht wird, sind insbesondere die Unterschiede in der Zwangsvollstreckung in den Blick zu nehmen.<sup>38</sup> So erfordert die Vollstreckung nach §§ 887, 888 ZPO im Unterschied zu derjenigen nach § 890 ZPO keine Androhung und kein Verschulden und ermöglicht i.R.d. § 887 ZPO eine Ersatzvornahme; dem steht gegenüber, dass im Rahmen der Zwangsvollstreckung Erfüllung eingewendet werden kann und diese einen bereits erlassenen Zwangsgeldbeschluss wieder in Fortfall bringen kann.<sup>39</sup>

(Z.Zt. ohne Text.)

9–13

## II. Die Voraussetzungen des Beseitigungsanspruchs

### 1. Begangene Verletzungshandlung

Anders als der Unterlassungsanspruch, der bei bestehender Begehungsfahr auch »vorbeugend«, d. h. ohne vorangegangene Verletzungshandlung, gegeben sein kann, setzt der Beseitigungsanspruch regelmäßig eine begangene Verletzungshandlung – die auch eine Unterlassung entgegen einer Rechtspflicht zum Tun sein kann – voraus, als deren Folge sich der zu beseitigende Störungszustand ergibt. Ausnahmsweise kann jedoch – wie von Köhler<sup>40</sup> vorgeschlagen – bei bestehendem dringenden Bedürfnis auch ein vorbeugender Beseitigungsanspruch anerkannt werden, und zwar jedenfalls dann, wenn dieser sich auf die Vornahme einer bestimmten Maßnahme richtet, die auch zur Erfüllung eines bestehenden vorbeugenden Unterlassungsanspruchs notwendig (und deshalb auch aufgrund eines Unterlassungstitels nach § 890 ZPO erzwingbar) ist.<sup>41</sup> Die Verletzungshandlung selbst muss nicht notwendigerweise rechtswidrig gewesen sein; entscheidend ist, dass die Störungen, die von dem durch sie – rechtswidrig oder rechtmäßig – geschaffenen Zustand ausgehen, ihrerseits rechtswidrig sind.<sup>42</sup> Die Verletzungshandlung braucht nicht vom in Anspruch genommenen Beseitigungsschuldner begangen worden zu sein; es genügt eine Handlung Dritter, für deren Folgen er nach den bereits beim Unterlassungsanspruch dargelegten Grundsätzen der Störerhaftung<sup>43</sup> oder gem. § 8 Abs. 2 UWG<sup>44</sup> oder § 14 Abs. 7, § 15 Abs. 6 MarkenG einzustehen hat.

14

---

geltende Wirkung der Verjährungsunterbrechung; zur aktuellen Rechtslage Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 11 UWG, Rn. 1.46; Schulz in Hartel/Henning, § 11 UWG, Rn. 11.

38 Vgl. dazu auch Ahrens, GRUR 2018, 374, 375.

39 Vgl. im Einzelnen Kap. 58 Rdn. 1 ff.

40 Köhler in Großkommentar, Vor § 13 UWG a.F., B, Rn. 130.

41 BGH, 04.02.1993, I ZR 42/91, BGHZ 121, 242, 247 f. – TRIANGLE; BGH, 25.01.2001, I ZR 120/98, GRUR 2001, 420, 422 – SPA; Mehullis, Rn. 1003; Feddersen in FS Büscher, S. 471 f.; ablehnend Goldmann in Hartel/Henning, § 8 UWG, Rn. 166; Bornkamm in Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 8 UWG, Rn. 1.110 und recht weitgehend auch Büscher in Fezer/Büscher/Obergfell, § 8 UWG, Rn. 11.

42 BGH, 12.01.1960, I ZR 30/58, GRUR 1960, 500, 502 – Plagiatsvorwurf I: Beseitigung einer ursprünglich rechtmäßig – weil in Wahrnehmung berechtigter Interessen – begründeten Quelle von Ehrkränkungen nach Wegfall des berechtigten Interesses; vgl. ferner auch BGH, 25.04.1958, I ZR 97/57, GRUR 1958, 448, 449 – Blanco-Verordnungen; BGH, 19.12.1975, V ZR 38/74, BGHZ 66, 37, 39; BGH, 28.01.1977, I ZR 109/75, GRUR 1977, 614, 615 – Gebäudefassade; Bornkamm in Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 8 UWG, Rn. 1.111; Goldmann in Hartel/Henning, § 8 UWG, Rn. 171; Büscher in Fezer/Büscher/Obergfell, § 8 UWG, Rn. 12.

43 Vgl. Kap. 14, Rdn. 18 ff., und nachfolgend Kap. 23, Rdn. 4 f.

44 BGH, 23.02.1995, I ZR 75/93, GRUR 1995, 427, 428 – Schwarze Liste, allerdings noch zur Vorgängervorschrift des § 13 Abs. 4 UWG a.F., die sachlich aber nicht geändert worden ist.

## 2. Verschulden nicht erforderlich

- 15 Verschulden wird weder bei der Verletzungshandlung noch hinsichtlich der Fortwirkungen des Störungszustandes gefordert.<sup>45</sup>

## 3. Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit

- 16 Dem Abwehrcharakter entsprechend setzt der Beseitigungsanspruch außer der Abwehreignung der Beseitigung auch deren Notwendigkeit zur Abwehr voraus. Dies ist beim Unterlassungsanspruch zwar grds. nicht anders. Während sich dort aber die Notwendigkeit regelmäßig aus der Begehungsfahr ergibt und deswegen als selbständiges Erfordernis (bisher<sup>46</sup>) praktisch keine Rolle spielt, ist die Erforderlichkeit der Beseitigung von den jeweiligen Umständen abhängig und daher – abgesehen von einigen Fällen abweichender gesetzlicher Anordnung<sup>47</sup> – aufgrund einer sorgfältigen Prüfung und Interessenabwägung zu beurteilen, bei der auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit<sup>48</sup> bzw. des Übermaßverbots zu beachten ist.<sup>49</sup> Dies schließt es ein, dass die in Rede stehende Beseitigungshandlung möglich und auch zumutbar ist.<sup>50</sup> Die Anforderungen differieren nach der Art des Anspruchs und sollen daher erst bei den einzelnen Beseitigungsansprüchen<sup>51</sup> näher erörtert werden.

## 4. Fehlen einer Duldungspflicht

- 17 Der Gläubiger darf nicht zur Duldung des Zustands verpflichtet sein. Dies ist er regelmäßig ggü. rechtmäßigen Zuständen, insb. ggü. solchen, hinsichtlich derer sich eine Duldungspflicht aus besonderen Rechtsvorschriften oder aus einer Einwilligung des Gläubigers

45 Einhellige Meinung; vgl. oben Kap. 22, Rdn. 2.

46 Anderes gilt (nunmehr) insoweit, wie aus dem Unterlassungsanspruch eine Verpflichtung auch zu solchen Maßnahmen abgeleitet wird, deren Erfolg ungewiss ist (vgl. dazu oben Kap. 22 Rdn. 3 ff.).

47 Z. B. § 18 Abs. 3 MarkenG.

48 Vgl. beispielhaft für *gesetzliche* Auswirkungen dieses Grundsatzes § 18 Abs. 3 MarkenG; allgemein zu ihm Köhler, GRUR 1996, 82 ff.

49 BGH, 11.05.1954, I ZR 178/52, BGHZ 13, 244, 259 – *Cupresa*; BGH, 15.01.1957, I ZR 190/55, GRUR 1957, 278 – *Evidur*; BGH, 03.05.1974, I ZR 52/73, GRUR 1974, 666, 669 – *Reparaturversicherung*; BGH, 10.12.1969, I ZR 20/68, GRUR 1970, 254, 256 – *Remington*; BGH, 06.04.1976, VI ZR 246/74, BGHZ 66, 182, 193 – *Der Fall Bittenbinder*; BGH, 06.04.1979, I ZR 94/77, GRUR 1979, 804, 805 – *Falschmeldung*; BGH, 12.03.1992, I ZR 58/90, GRUR 1992, 527, 528 – *Plagiatsvorwurf II*; BGH, 23.02.1995, I ZR 15/93, GRUR 1995, 424, 426 f. – *Abnehmerverwarnung, Bornkamm* in Köhler/Bornkamm/Fedderson, § 8 UWG, Rn. 1.122; Goldmann in Hartel/Henning § 8 UWG, Rn. 173; Bacher in Ahrens, Kap. 73, Rn. 10 und 13.

50 Vgl. BGH, 14.12.2017, I ZR 184/15, GRUR 2018, 423, Tz. 25 – *Klauselersetzung*; BGH, 28.07.2015, VI ZR 340/14, GRUR 2016, 104, Tz. 16 – *rechtsbillig*.

51 Nachfolgend Kap. 25 und 26.

ergibt.<sup>52</sup> Letztere kann jedoch noch nicht aus einer längeren Duldung geschlossen werden.<sup>53</sup> Allerdings kann eine solche Duldung unter dem – rechtlich ganz anderen – Gesichtspunkt der Verwirkung Bedeutung erlangen.<sup>54</sup>

### 5. Fortdauer des Störungszustands

Der Beseitigungsanspruch erlischt, wenn der Störungszustand wegfällt.<sup>55</sup>

18

---

52 *Bornkamm* in *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, § 8 UWG, Rn. 1.111; *Goldmann* in *Hartel/Henning*, § 8 UWG, Rn. 171.

53 BGH, VersR 1964, 1070; *Köhler* in *Großkommentar*, Vor § 13 UWG a.F., B, Rn. 132.

54 So auch *Paal* in *Großkommentar*, § 8 UWG, Rn. 71.

55 BGH, 14.12.2017, I ZR 184/15, GRUR 2018, 423, Tz. 71 – *Klauselersetzung*; BGH, WRP 1993, 396, 398 – *Maschinenbeseitigung*; BGH, 22.09.2011, I ZR 69/04, GRUR 2012, 394, Tz. 41 – *Bayerisches Bier II*; BGH, 30.01.2014, I ZR 19/13, GRUR 2014, 794 – *Gebundener Versicherungsvermittler*; *Bornkamm* in *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, § 8 UWG, Rn. 1.112; *Büscher* in *Fezer/Büscher/Obergfell*, § 8 UWG, Rn. 13; *Paal* in *Großkommentar*, § 8 UWG, Rn. 70; *Bacher* in *Abrens*, Kap. 73, Rn. 8.