

PROF. DR. KARL EGBERT WENZEL (†)

DR. WALDEMAR GAMER

## Unterlassungsverfügungen in Medienangelegenheiten

Auseinandersetzungen wegen redaktioneller Darstellungen sind ihrer Natur nach eilbedürftig. Ebenso wie in Wettbewerbssachen ist die einstweilige Verfügung deswegen der normale Weg zur Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen. In Gegendarstellungssachen ist mit Ausnahme von Bayern ausschließlich der Verfügungsweg zugelassen.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist deswegen tägliches Brot für Anwälte und Gerichte. Gleichwohl hat der Gesetzgeber dieser Verfahrensart keineswegs eine ihrer Bedeutung entsprechende Regelung zuteil werden lassen. Die ZPO ist zwar seit 1945 vielfach geändert bzw. novelliert worden. Das Bemühen um ein den sich ändernden Verhältnissen angepaßtes Prozeßrecht hat indessen das Institut der einstweiligen Verfügung nicht erfaßt. Die ZPO erwähnt sie gleichsam nur beiläufig im Rahmen des Zwangsvollstreckungsrechts und dort auch nur im Zusammenhang mit dem Arrestverfahren. Zu Recht hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, daß Arrest und einstweilige Verfügung nicht ins Achte Buch der ZPO gehören.<sup>1</sup>

Eine Änderung dieser stiefmütterlich gebliebenen Regelung ist nur einmal erfolgt, nämlich durch die Festschreibung der Möglichkeit, einen Verfügungsantrag auch ohne vorherige mündliche Verhandlung im Beschlußwege zurückzuweisen (§ 937 Abs. 2 ZPO). Zuvor war das insofern streitig, als einige Gerichte gemeint haben, anders als die Stattgabe sei die Abweisung eines Verfügungsantrages nicht so eilbedürftig, daß es einer Beschlußverfügung ohne vorherige mündliche Verhandlung bedürfe. Sieht man von der seit 1.4.1991 geltenden Neufassung des § 937 Abs. 2 ZPO durch des Rechtspflegevereinfachungsgesetz ab, so ist im wesentlichen alles beim alten geblieben. Das brauchte nicht unbedingt ein Nachteil zu sein. Die Besonderheit besteht aber darin, daß Verfügungsurteile nicht revisibel sind (§ 545 Abs. 2 ZPO), so daß der Verfü-

---

<sup>1</sup> BVerfGE 46, 182.

gungsweg mit der Berufung erschöpft ist. Eine rechtsvereinheitlichende Revisionsinstanz fehlt. Da für die Entscheidung eines OLG nicht unbedingt maßgebend ist, was ein anderes sagt, hat sich innerhalb der einzelnen OLG-Bezirke ein hinsichtlich mancherlei Regelungen recht unterschiedliches Prozeßrecht herausgebildet, was ein wenig an die Kleinstaaterei aus der Zeit vor 1871 erinnert. Einigen Fragen dieser Art soll hier nachgegangen werden.

## **I. Örtliche Zuständigkeit nach § 32 ZPO**

Insbesondere beim vorbeugenden Rechtsschutz kann schon die Gewährung des Gerichtsstandes der unerlaubten Handlung unterschiedlich beurteilt werden, nämlich wenn die unerlaubte Handlung an dem betreffenden Ort noch nicht begangen, die Begehung aber zu erwarten ist. Sofern die Begehung an dem betreffenden Ort „drohend bevorsteht“, wird man nicht nur den vorbeugenden Rechtsschutz als solchen, sondern auch den Gerichtsstand des § 32 ZPO gewähren müssen.<sup>2</sup>

Bei einem bundesweit mit einheitlichem Inhalt verbreiteten Periodikum ist also grundsätzlich jedes bundesdeutsche Gericht örtlich zuständig.<sup>3</sup> Problematisch kann das allerdings bei nur im Abonnementwege vertriebenen kleinauflägigen Zeitschriften sein, wenn etwa offen ist, ob tatsächlich in jedem Gerichtsbezirk Abonnenten vorhanden sind. Richtiger Auffassung nach kann hierfür eine Glaubhaftmachung erforderlich werden. Hat das Blatt Regionalausgaben, kommt es auf das Verbreitungsgebiet der betreffenden Ausgabe an. Agent provocateur-Bestellungen mit dem Argument für erheblich zu erklären, die Belieferung erweise, daß die Bereitschaft bestehe, im Falle einer Bestellung auch an den betreffenden Ort zu liefern, erscheint nicht gerechtfertigt.

## **II. Eilbedürftigkeit (Zuwarten mit der Rechtsverfolgung)**

Voraussetzung für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung ist das Vorliegen eines Verfügungsgrundes. Verfügungsgrund ist die Dringlichkeit (Eilbedürftigkeit) des Vorganges.

---

<sup>2</sup> Zum Gerichtsstand bei vorbeugender Unterlassungsklage vgl. BGH MDR 1995, 282.

<sup>3</sup> So die h. M.; vgl. die Übersicht bei Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 54. Aufl. 1996, § 32 Rn. 3.

Ob eine im Verfügungswege erstrebte einstweilige Regelung eilbedürftig ist, ist nach den objektiven Kriterien des jeweiligen Einzelfalles zu beurteilen.

Der Antragsteller sollte nicht durch zu strenge Anforderungen veranlaßt werden, überstürzt den Verfügungsweg zu begehen. Andererseits ist insbesondere bei Drohen von schwerwiegenden Nachteilen eine rasche Verfolgung angezeigt.<sup>4</sup>

Nach richtiger Auffassung beurteilt sich die Frage nach der Eilbedürftigkeit prognostisch nach der Entwicklung, die aufgrund des angegriffenen Verhaltens für die Zukunft zu erwarten ist. Daneben kommt unter anderem den Verhältnissen beim Antragsteller, der Art und dem Ausmaß der Betroffenheit und nicht zuletzt dem Zeitpunkt der Kenntnis des Anspruchstellers vom Verletzungsverhalten Bedeutung zu.

Ein längeres Zuwarten kann dabei durchaus ein Indiz dafür sein, daß der Antragsteller die erstrebte Regelung auch selbst nicht für eilbedürftig hält. Wenn das OLG München<sup>5</sup> meint, bereits nach Ablauf von vier Wochen seit Kenntnisnahme der Verletzung entfalle die Eilbedürftigkeit, kann dem nicht zugestimmt werden. In der Praxis führt das dazu, daß sich der Anspruchsteller an der Ausschöpfung außergerichtlicher Verhandlungs- und Vergleichsmöglichkeiten aus Sorge davor gehindert sehen kann, im Falle des Scheiterns solcher Verhandlungen werde das Gericht einen Verfügungsantrag als verspätet, d.h. als nicht mehr eilbedürftig bezeichnen. So kann es dazu kommen, daß der Anspruchsteller einer Bitte um Fristverlängerung aufgrund solcher Besorgnisse zurückweist, obschon er ihr sonst ohne weiteres entsprochen hätte, um eine unnötige Inanspruchnahme der Gerichte zu vermeiden. Hinzu kommt, daß die Vorbereitung eines Verfügungsantrages, wenn sie gründlich erfolgt, insbesondere wegen der Beschaffung von Glaubhaftmachungsmitteln nicht selten erhebliche Zeit in Anspruch nimmt. Besteht die Sorge, daß ein erst nach Ablauf einer Vier-Wochen-Frist eingereichter Verfügungsantrag ohne Sachprüfung lapidar als „verspätet“ bezeichnet wird, kann das zu überstürzten Verfügungsanträgen führen, die vermieden worden wären, wenn dem Anspruchsteller Gelegenheit zu gründlicher Recherche und zum Austausch von Argumenten gelassen worden wäre.

---

<sup>4</sup> Vgl. Berncke, Die einstweilige Verfügung in Wettbewerbssachen, 1995, Rn. 73 m. w. Nachw.

<sup>5</sup> NJW-RR 1991, S. 624; WRP 1983, S. 644; 1991, S. 51; 1993, S. 49; GRUR 1992, S. 328; MDR 1994, S. 152; vom BayVerfGH - NJW-RR 1993, S. 365 - als verfassungsrechtlich unbedenklich erklärt.

Wenig geeignet erscheint auch der Vorschlag, der Anspruchsteller möge innerhalb der Vier-Wochen-Frist einen Verfügungsantrag mit dem Hinweis einreichen, das Gericht möge die Bearbeitung wegen noch schwebender Vergleichsverhandlungen bis auf weiteres zurückstellen. Dadurch werden Aufwand, Kosten und Gebühren produziert. Sachlich dient eine solche Verfahrensweise niemandem. Ob eine im Verfügungswege erstrebe einstweilige Verfügung eilbedürftig ist, hängt richtiger Auffassung nach weniger von der Vergangenheit, als vielmehr von der Entwicklung ab, die aufgrund des angegriffenen Verhaltens für die Zukunft zu erwarten ist. Im Ergebnis führt die andere Ansicht zum starren Blick auf die Vier-Wochen-Frist, statt zum Bemühen um eine vernünftige außergerichtliche Lösung.

Wenn das OLG Nürnberg<sup>6</sup> gleichfalls von einer Vier-Wochen-Frist ausgeht, sie aber erst mit dem Zeitpunkt der ersten Abmahnung beginnen läßt, so erscheint auch das als problematisch. Jedenfalls wenn diese Ansicht dahin zu verstehen sein sollte, eine Säumigkeit bei der ursprünglichen Abmahnung sei unerheblich, entscheidend sei nur, ob danach binnen vier Wochen gerichtlich vorgegangen werde, könnte dem schwerlich gefolgt werden, da hierdurch die vom Gesetzgeber geforderte Dringlichkeit umgangen würde.

Richtigerweise sollte der Ausgangspunkt nicht aus dem Blick verloren werden, daß es bei der Beurteilung der Eilbedürftigkeit auf die für die Zukunft zu erwartenden Entwicklungen ankommen sollte. So kann es sein, daß ein Betroffener von der Geltendmachung von Ansprüchen in der Annahme zunächst absieht, die Angelegenheit werde sich von selbst erledigen, daß sie aber späterhin durch Folgemeldungen aktualisiert wird und sich dadurch eine neue Lage ergibt. Dem Anspruchsteller die anfängliche Passivität nachteilig entgegenzuhalten, wäre in solchen Fällen verfehlt. Es müßte dies zur Folge haben, daß der Anspruchsteller gegen jeden ihn belastenden Punkt sogleich vorgeht, obschon er zu einem Verzicht an sich bereit wäre. Zumindest müßte der beratende Anwalt ihn darauf hinweisen, daß der Verzicht auf ein sofortiges Vorgehen für ihn nachteilige prozessuale Folgen haben könnte.

So führt eine engherzige Beurteilung des Merkmals der Eilbedürftigkeit im Ergebnis nur zu einer ganz unnötigen Vermehrung der Prozeßflut, wohingegen eine großzügige Beurteilung die Möglichkeit des Bemühens um eine vernünftige außergerichtliche Regelung fördert.

---

<sup>6</sup> Beschluß vom 2.3.1987 - 3 W 110/87 -.

### **III. Entscheidung im Beschlußverfahren oder aufgrund mündlicher Verhandlung**

Grundsätzlich sieht die ZPO vor, daß im Erkenntnisverfahren in der Sache selbst aufgrund mündlicher Verhandlung entschieden wird (§ 128 ZPO). Im Verfügungsverfahren kann abweichend hiervon ohne mündliche Verhandlung dem Verfügungsantrag entsprochen werden wie auch Zurückweisung erfolgen (§ 937 Abs. 2 ZPO).

Da jede einstweilige Verfügung eine Dringlichkeit voraussetzt, erfordert § 937 Abs. 2 ZPO eine gesteigerte Dringlichkeit. Sie ist zu bejahen, wenn die Eilbedürftigkeit der Maßnahme über die dem einstweiligen Verfügungsverfahren ohnehin innewohnende Dringlichkeit (Verfügungsgrund) hinausgeht und selbst eine innerhalb kürzester Zeit terminierte mündliche Verhandlung nicht abgewartet werden kann oder wenn der Zweck der einstweiligen Verfügung gerade den Überraschungseffekt des Beschlußverfahrens erfordert.<sup>7</sup>

Die Praxis der Gerichte unterscheidet sich auch bei von Anfang an vorliegender besonderer Dringlichkeit insoweit erheblich. Einige Gerichte entscheiden mehr oder weniger grundsätzlich ohne vorherige mündliche Verhandlung durch Beschluß, andere grundsätzlich erst nach mündlicher Verhandlung durch Urteil. Daß Antragsteller *zusprechende* Beschlußverfügungen erstreben, liegt auf der Hand. Gerichte, bei denen mit einem solchen Beschluß gerechnet werden darf, haben deswegen bei freier Wahl des Gerichtsstandes eine magnetische Anziehungskraft. Gerichte, die grundsätzlich nur nach mündlicher Verhandlung entscheiden, werden eher gemieden. Das kann so weit gehen, daß es in Fachkreisen als Kunstfehler gilt, einen Verfügungsantrag bei einem solchen Gericht einzureichen. Dementsprechend unterschiedlich ist die Belastung der Gerichte mit der weiteren Folge, daß stark frequentierte Gerichte eine mündliche Verhandlung möglichst vermeiden, wohingegen sich andere immer seltener zu einer aufwandsparenden Beschlußverfügung durchringen können. Daß es nicht unbedingt ZPO-konform wäre, den Grad der eigenen Belastung zum Maßstab für die Entscheidungsfindung zu nehmen, bedarf keiner besonderen Erläuterung.

Ohne mündliche Verhandlung sollte entschieden werden, wenn es um einen Anspruch geht, dessen Zuerkennung effektiv keinen Aufschub duldet. Zu bejahen ist das z.B. im Falle einer vorsätzlich wahrheitswidrigen Anschwärzung

---

<sup>7</sup> Vgl. Vollkommer, in: Zöllner, ZPO, 19. Aufl. 1995, § 937 Rn. 2; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, 6. Aufl. 1992, Kap. 55 Rn. 2.

des Anspruchstellers. Dies besonders, wenn es in einer ihn besonders beeinträchtigenden Weise geschieht, z.B. durch vorsätzliche Verbreitung einer offensichtlichen Unwahrheit vor einer Wahl. Dann darf der Anspruch- bzw. Antragsteller eine sofortige Entscheidung erwarten, um die Weiterverbreitung so gleich stoppen zu können. Auch ohne eine solche Extremsituation wird eine Entscheidung ohne vorherige mündliche Verhandlung i.d.R. empfehlenswert sein, wenn es um einen offenkundigen Rechtsverstoß geht, bei dem praktisch ausgeschlossen werden kann, daß der Antragsgegner rechtfertigende Argumente vorzubringen vermag, so daß eine mündliche Verhandlung nach menschlichem Ermessen zu keinen neuen Erkenntnissen führen würde.

In solchen Fällen kommt es richtiger Auffassung nach grundsätzlich darauf an, ob der Anspruchsteller den Gegner abgemahnt und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat. Aus der Stellungnahme ergibt sich im Zweifel, ob der Anspruchsgegner den Sachverhalt zugesteht und ob er sich auf rechtliche Gesichtspunkte zu berufen vermag, die zu seinen Gunsten sprechen. Allerdings wird die grundsätzlich auch wegen des Prozeßkostenrisikos (§ 93 ZPO) gebotene Abmahnung dann entbehrlich, wenn davon auszugehen ist, daß die Abmahnung dem Gläubiger ausnahmsweise nicht zumutbar wäre.<sup>8</sup>

Wird einem Verfügungsantrag trotz fehlender Abmahnung ohne mündliche Verhandlung entsprochen, kann das zu dem Vorgehen verleiten, das in Anwaltskreisen als Pearl Harbor - Gambling bezeichnet wird: Bei einem Gericht, von dem bekannt ist, daß es trotz fehlender Abmahnung Beschlußverfügungen erläßt, wird zunächst der Verfügungsantrag eingereicht. Eine daraufhin erlassene Beschlußverfügung wandert sodann in die Schublade. Die Abmahnung erfolgt erst danach, allerdings ohne Erwähnung der bereits vorhandenen einstweiligen Verfügung. Dies in der Erwartung, der Anspruchsgegner werde der Forderung entgegenreten. Die Zustellung erfolgt erst, nachdem das geschehen bzw. die i.d.R. extrem kurz gesetzte für nicht verlängerbar erklärte Frist fruchtlos verstrichen ist. Der Zweck dieses Vorgehens besteht darin, dem Antragsgegner die Möglichkeit des sofortigen Anerkenntnisses mit der Kostenfolge des § 93 ZPO zu nehmen, das aufgrund eines besser begründeten Verfügungsantrages bzw. vorgelegter Glaubhaftmachungsmittel evtl. erfolgen würde. Auch die Möglichkeit eines Kostenwiderspruches ist dem Antragsgegner genommen, weil sich der Antragsteller auf den Standpunkt stellen kann, der Antragsgegner hätte den Anspruch auch zurückgewiesen, wenn die Abmahnung vor dem Verfügungsantrag erfolgt wäre, was erweise, daß er zur Inanspruch-

---

<sup>8</sup> Vgl. hierzu auch Teplitzky, a.a.O. (s. oben Fn. 7), Kap. 41 Rn. 21.

nahme gerichtlicher Hilfe Anlaß gegeben habe, so daß die Möglichkeit einer Kostenentscheidung nach § 93 ZPO entfalle.

Gekrönt wird das Pearl Harbor - Gambling nicht selten dadurch, daß der Antragsteller allein die zumeist nicht mit Gründen versehene Beschlußverfügung und nicht auch den zugrunde liegenden Antrag zustellen läßt. Die an die Gegenseite gerichtete Bitte um Übermittlung des Antrages wird nicht ungern mit dem Hinweis beschieden, der Antrag samt Glaubhaftmachungsmitteln liege beim Gericht für den Antragsgegner bereit. Ihn von dort zu beschaffen, kann vor allem dann zeitaufwendig sein, wenn es vom Sitz des Antragsgegners weit entfernt ist. Die Bereitschaft, dem Antragsgegner den Verfügungsantrag aufgrund bloßer telefonischer Bitte oder einer Fax-Bestellung sogleich zuzufaxen, ist nicht überall vorhanden. So kann eine erhebliche Zahl von Tagen vergehen, bis der Antragsgegner endlich erfährt, welcher Vortrag das Gericht zum sofortigen Erlaß einer Beschlußverfügung bewogen hat. Deshalb sollte das Gericht die Antragsschrift erkennbar zum Gegenstand seines Beschlusses machen, etwa bei Beschreibung des Verbotes. Dies hat nach richtiger Auffassung zur Folge, daß die Zustellung der einstweiligen Verfügung ohne die Antragsschrift in der Regel nur als unwirksamer Zustellungsversuch gewertet werden kann.<sup>9</sup>

Unerträglich ist diese als „Pearl Harbor - Gambling“ bezeichnete Vorgehensweise insbesondere dann, wenn es nicht lediglich um eine z.B. in einem Inserat enthaltene Werbebehauptung geht, sondern um einen für den Vertrieb unverzichtbaren Katalog oder um die Ware selbst. Ein Inserat läßt sich in aller Regel rasch verändern, so daß das Verbot darin enthaltener Behauptungen bzw. Formulierungen keine allzu nachhaltigen Folgen hat. Wird die Verbreitung von Katalogbehauptungen untersagt, kann das die Unterbrechung des Vertriebes insgesamt nach sich ziehen, wenn, wie es bei Versandhäusern der Fall sein kann, der Katalog das einzige Vertriebsinstrument ist. Betrifft das Verbot die Gestaltung der Ware, z.B. den Titel einer Zeitschrift oder den Inhalt eines Buches, so ist der Vertrieb, wenn der Antragsgegner sich an das Verbot hält, zunächst einmal vollständig lahmgelegt. Stellt sich im nachhinein heraus, daß das Verbot zu Unrecht verhängt worden ist, steht dem Antragsgegner zwar der Schadensersatzanspruch nach § 945 ZPO zu. Über die Schadenshöhe läßt sich aber u.U. über Monate oder sogar Jahre streiten.

---

<sup>9</sup> OLG Frankfurt am Main, WRP 1974, S. 346, 348; OLG Koblenz, WRP 1983, S. 40, 41; OLG Nürnberg, WRP 1991, S. 827, 828; Berneke, a.a.O. (s. oben Fn. 4), Rn. 316 m. w. Nachw. in Fn. 55.

In Fällen echter Beeinträchtigung wird sich der Antragsgegner im Zweifel um eine außergerichtliche Lösung oder zumindest Zwischenlösung bemühen. Dabei befindet er sich allerdings in einer wenig günstigen Position. Dies auch, wenn der Bestand der Beschlußverfügung zweifelhaft ist, sofern das betreffende Gericht die Ansicht vertritt, eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung komme nicht in Betracht, weil sie dem Wesen des Verfügungsverfahrens widerspreche. Dann kann der Antragsteller darauf vertrauen, daß es geraume Zeit in Anspruch nehmen wird, bis es dem Antragsgegner evtl. gelingt, eine andere Entscheidung zu erstreiten. Dementsprechend viel kann er vom Antragsgegner für ein Nachgeben fordern. Geht der Antragsgegner darauf nicht ein, muß er befürchten, auf längere Zeit behindert zu sein, ohne eine realistische Chance auf einen Schadensausgleich zu haben. Der Schadensersatzanspruch nach § 945 ZPO ist in der Praxis ein ziemlich stumpfes Schwert.

Alles dies erweist, daß der Erlaß einer Beschlußverfügung einigermaßen problematisch sein kann, wenn der Anspruchsteller dem Anspruchsgegner nicht vor der Verfahrenseinleitung durch eine mit Gründen versehene Abmahnung Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat. Eine Verpflichtung hierzu ist zwar in der ZPO nicht vorgesehen. Auch wenn eine entsprechende gesetzliche Ergänzung bislang nicht in Sicht ist, sollten die Gerichte bei fehlender Abmahnung grundsätzlich davon absehen, einstweilige Verfügungen ohne vorherige mündliche Verhandlung zu erlassen. Muß der Antragsteller davon ausgehen, eine Beschlußverfügung nur bei vorheriger Abmahnung mit einer den Umständen des Falles entsprechenden angemessenen Fristsetzung zu erhalten, ergibt sich automatisch ein Abmahnungszwang. Angesichts der heutigen Kommunikationsmittel läßt sich dagegen auch nicht etwa einwenden, eine Abmahnung koste zu viel Zeit. Die Formulierung eines Abmahnschreibens braucht keineswegs nennenswerte zusätzliche Zeit in Anspruch zu nehmen, weil es als Basis für den Verfügungsantrag benutzt werden kann. Die Übermittlung per Fax kostet praktisch überhaupt keine Zeit. In Fällen echter Dringlichkeit kann die Frist auf ein Minimum reduziert werden. Man mag zwar geltend machen können, durch eine Abmahnung werde der Anspruchsgegner gewarnt, was ihm die Möglichkeit eröffne, die betroffenen Gegenstände, z.B. Bücher, raschestmöglich außer Haus zu schaffen, um sie einem sofortigen Zugriff zu entziehen. Dieses gewisse Risiko sollte aber nicht zum Maßstab genommen werden. Bedeutsamer ist das durch Art 103 GG grundrechtlich gesicherte Recht auf Gehör. Diese Gewährleistung sollte unabhängig von allem anderen ein hinreichender Grund dafür sein, kein gerichtliches Verbot zu verhängen, sofern der dadurch

Betroffene noch nicht einmal vorprozessual die Möglichkeit zur Stellungnahme gehabt hat.

#### **IV. Vollziehung**

Im Sprachgebrauch der ZPO ist „Vollziehung“ die gesetzestechnische Bezeichnung für die Zwangsvollstreckung von Arresten und einstweiligen Verfügungen. Der Begriff ist namentlich von Bedeutung für die Wahrung der Vollziehungsfrist gemäß § 929 Abs. 2 ZPO und den Schadensersatzanspruch aus § 945 ZPO.<sup>10</sup>

Infolge der analogen Anwendbarkeit der Arrestvorschriften auf das Verfügungsverfahren müssen auch einstweilige Verfügungen binnen eines Monats vollzogen werden (§§ 929 Abs. 2, 936 ZPO). Die Vollziehungsfrist beginnt bei Urteilsverfügungen mit der Verkündung des Urteils und bei Beschlußverfügungen mit dem Zeitpunkt ihres Zuganges beim Antragsteller.

Die Vollziehung eines Arrests erfolgt i.d.R. durch Zustellung des Arrestbefehls und den rechtzeitigen Antrag des Gläubigers beim zuständigen Vollstreckungsorgan, gerichtet auf Vornahme von Vollstreckungshandlungen.<sup>11</sup>

Bei einer Unterlassungsverfügung wäre an eine Vollziehung nach § 890 ZPO zu denken. Solange der Antragsgegner sein Verhalten jedoch der Anordnung anpaßt, kommt eine Vollstreckung im eigentlichen Sinne nicht in Betracht. Die ZPO bestimmt nicht, wie eine Unterlassungsverfügung bei fehlendem Verstoß zu vollziehen ist. Die nahezu einmütige Auffassung geht dahin, daß sie im Parteibetrieb zugestellt werden muß. Die abweichende Meinung des OLG Stuttgart,<sup>12</sup> der Zustellung eines Verfügungsurteils durch den Antragsteller bedürfe es nicht, weil Urteile seit der ZPO-Novelle vom 1.7.1977 nach § 317 ZPO von Amts wegen zugestellt werden, hat sich nicht durchgesetzt.<sup>13</sup> Bei Beschlußverfügungen hat sich allerdings die Frage ergeben, an wen die Zustellung zu erfolgen hat. Nach § 176 ZPO hat die Zustellung an den Prozeßbevollmächtigten zu erfolgen. Bei Beschlußverfügungen gibt es auf der Antragsgegnerseite regelmäßig keinen Prozeßbevollmächtigten. Deswegen hat die Zustel-

---

<sup>10</sup> Vgl. Zöller-Vollkommer, a.a.O. (s. oben Fn. 7), § 928 Rn. 3; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a.a.O. (s. oben Fn. 7), § 928 Rn. 4.

<sup>11</sup> Vgl. Zöller-Vollkommer, a.a.O. (s. oben Fn. 7), § 929 Rn. 10.

<sup>12</sup> WRP 1981, S. 291; 1983, S. 647.

<sup>13</sup> Vgl. Teplitzky, a.a.O. (s. oben Fn. 7), Kap. 55 Rn. 38.

lung in diesen Fällen nach § 166 ZPO an die Partei zu erfolgen. Es mag am Näherrücken der Aufhebung des Lokalisationszwanges liegen, daß die Auffassung an Boden gewinnt, im Falle der Einschaltung eines Korrespondenzanwaltes sei dieser Zustellungsadressat. Dabei ist die eine Alternative denkbar, daß das nur gelten soll, wenn er eine Schutzschrift eingereicht hat, und die andere, daß ein außergerichtliches Tätigwerden genügt, wobei zu fragen wäre, zu was er bevollmächtigt ist und was er dazu mitgeteilt hat.<sup>14</sup> Die Zustellung an den Korrespondenzanwalt, die von Anwalt zu Anwalt erfolgen kann, ist auf jeden Fall einfacher. Richtiger Auffassung nach sollte von einer Meistbegünstigung ausgegangen werden, d.h. davon, daß es dem Antragsteller überlassen bleibt, ob er die Beschlußverfügung dem Antragsgegner oder dessen Korrespondenzanwalt zustellt. Solange sich noch keine der möglichen Auffassungen endgültig durchgesetzt hat, empfiehlt es sich, an beide zuzustellen.

## **V. Inhalt der Unterlassungsverfügung und Veröffentlichungsanspruch**

Land- und Oberlandesgericht Köln sind der Ansicht, auch ein Veröffentlichungsanspruch sei im Wege einer Unterlassungsverfügung durchsetzbar. Das sei mit Hilfe des Antrages möglich, den Antragsgegner zu verurteilen, es bei Meidung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu unterlassen, Ausgaben der Zeitschrift zu verbreiten, sofern nicht jedes Exemplar die begehrte Mitteilung enthält.<sup>15</sup>

Aufgrund dieser Verurteilung mußte ein Verleger über Monate hinweg in jeder Ausgabe seiner 14tägig erscheinenden Fachzeitschrift die (falsche) Behauptung abdrucken, die Abonnenten seien weder zur Abnahme noch zur Bezahlung der Zeitschrift verpflichtet. Nach Ansicht des Land- und Oberlandesgerichtes Köln soll sich diese Rechtsfolge daraus ergeben, daß eine Vereinbarung zwischen dem Verleger und dem zuständigen Berufsverband getroffen worden war, nach der der Verleger seine Fachzeitschrift gegen entsprechende Zahlungen als „Offizielles Organ“ des Berufsverbandes bezeichnen durfte. Wegen des Wegfalls dieser Bezeichnung sei es dem Verleger unmöglich geworden, weiterhin die Zeitschrift zu liefern, die abonniert worden sei. Es liege also ein Fall des

---

<sup>14</sup> Vgl. hierzu die Nachw. bei Teplitzky, a.a.O. (s. oben Fn. 7), Kap. 55 Rn. 43, Fn. 92 - 95.

<sup>15</sup> LG Köln, Urteil vom 25.2.1997 - 31 O 20/97 - mit zustimmendem Kostenbeschluß des OLG Köln vom 10.9.1997 - 6 U 79/97 -.

Unvermögens vor, so daß die Abnahme- und Zahlungspflicht der Abonnenten automatisch entfallen sei.

Land- und Oberlandesgericht Köln gelangen dadurch zur Durchsetzbarkeit des von ihnen angenommenen Anspruchs im Wege einer Unterlassungsverfügung, daß sie den Abdruck der Mitteilung zur Bedingung für die Verbreitung der Zeitschrift erheben. Ohne die Mitteilung sei die Verbreitung unzulässig, so daß die in § 890 ZPO vorgesehenen Ordnungsmittel verhängt werden könnten. Diese Ansicht ist offenkundig verfehlt. Es ist kein materiell-rechtlicher Gesichtspunkt erkennbar, der an der Zulässigkeit der Verbreitung einer Zeitschrift etwas ändert, wenn sich jemand berüchtigt hat, einen Anspruch darauf zu haben, darin sei eine bestimmte Erklärung oder Mitteilung abzudrucken. ZB kann auch ein Gegendarstellungsberechtigter nicht etwa fordern, die Verbreitung einer Zeitung oder Zeitschrift so lange zu unterlassen, bis die begehrte Gegendarstellung darin abgedruckt ist.

Sofern es nicht um den einer prozessualen Sonderregelung unterliegenden Fall eines Gegendarstellungsanspruches geht, mag man darüber streiten, ob ein Anspruch auf Veröffentlichung einer Berichtigung oder einer Mitteilung im Verfügungswege durchsetzbar ist. Jedenfalls ist aber ein Veröffentlichungsanspruch in Fällen der vorliegenden Art, vergleichbar dem Anspruch auf Abdruck einer Gegendarstellung, ein Anspruch auf Vornahme einer unvertretbaren Handlung, nämlich einer Handlung, die allein der Verfügungsberechtigte über den Inhalt des Blattes vorzunehmen in der Lage ist. Eine einen solchen Anspruch zuerkennende einstweilige Verfügung kann nur nach § 888 ZPO vollstreckt werden. Daß sich die allein für Unterlassungsverfügungen vorgesehene Vollstreckbarkeit nach § 890 ZPO auch nicht etwa durch eine Umformulierung des Anspruches erreichen läßt, folgt aus dem materiellen Recht. Die Möglichkeit, die Vornahme einer unvertretbaren Handlung, wie z.B. der Veröffentlichung einer Erklärung, zur Bedingung dafür zu erheben, daß eine andere Handlung, z.B. das Erscheinenlassen einer Zeitung oder Zeitschrift, zulässig ist, sieht das materielle Recht nicht vor. Das verkennen Land- und Oberlandesgericht Köln. Daß der Wegfall einer „Organschaft“ in Wirklichkeit keineswegs ohne weiteres zum Unvermögen des Verlegers führt, die aufgrund der Abonnementverträge geschuldete Leistung zu erbringen, weswegen die fortan unabhängige Zeitschrift nicht abgenommen und bezahlt zu werden brauche, bedarf hier keiner Untersuchung.

## **VI. Verjährung und Abschlußschreiben**

Seit dem Urteil des BGH vom 29.9.1978<sup>16</sup> ist praktisch Einmütigkeit vorhanden, daß ein Verfügungsverfahren die Verjährung nicht unterbricht und insbesondere eine analoge Anwendung des § 209 Abs. 1 BGB abzulehnen ist. Soweit es um Unterlassungsforderungen geht, hat sich die praktische Bedeutung dieser Auffassung durch die jüngere Rechtsprechung des BGH vermindert.<sup>17</sup> Dort bekräftigt der BGH die sog. Berühmungstheorie. Sie besagt, daß eine Begehungsgefahr und damit eine neue Verjährungsfrist in Lauf gesetzt wird, wenn der Antragsgegner in einem, einen Unterlassungsanspruch betreffenden Verfügungsverfahren nicht nur seinen Rechtsstandpunkt verteidigt, sondern wenn er sich berührt, an der Wiederholung der fraglichen Handlung nicht gehindert werden zu können. Im Falle einer solchen Berühmung und einer dadurch in Lauf gesetzten neuen Verjährungsfrist scheidet der Verfügungsbeklagte also im Zweifel mit der Verjährungseinrede, obschon das Verfügungsverfahren die ursprüngliche Verjährungsfrist nicht unterbricht.<sup>18</sup>

Eine klare Unterscheidung, ob der Verfügungsbeklagte lediglich seinen Rechtsstandpunkt verteidigt oder ob er sich berührt, die streitige Handlung wiederholen zu dürfen, ist schon theoretisch und insbesondere in der Praxis nur schwer möglich. Verfügungsbeklagte werden zu Beginn des Verfahrens zu der Argumentation neigen, der Kläger wolle die Wiederholung der völlig rechtmäßigen Handlung zu Unrecht verhindern, womit er sich der prozessualen Ersatzpflicht nach § 945 ZPO aussetze, um so die wirkliche oder vermeintliche Stärke der eigenen Position zu unterstreichen. Hat der Verfügungskläger die ursprüngliche Verjährungsfrist verstreichen lassen, was insbesondere im Falle eines Berufungsverfahrens der Fall sein kann, liegt für den Verfügungsbeklagten die gegenteilige Argumentation nahe, nämlich, eine Wiederholung habe er selbst für den Fall der Abweisung des Verfügungsantrages nie beabsichtigt, er habe sich immer nur verteidigen wollen. Was die Wahrheit ist, wird im Zweifel unaufklärbar bleiben. Es läßt sich allenfalls fragen, ob unter normalen Umständen mit einer Wiederholung zu rechnen wäre oder ob das z.B. wegen entfallener Aktualität nicht zutrifft. In jedem Falle hat das Gericht einen erheblichen Beurteilungsspielraum, so daß keine Seite die Entscheidung mit Sicherheit vor-

---

<sup>16</sup> WRP 1978, S. 883.

<sup>17</sup> WRP 1987, S. 169/170.

<sup>18</sup> Zur Verjährung des vorbeugenden Unterlassungsanspruchs vgl. Köhler/Piper, UWG, 1995, § 21 Rn. 2.

hersehen kann. Deswegen empfiehlt es sich für einen Verfügungskläger nicht ohne weiteres, sich auf die Berühmungstheorie zu verlassen. Wesentlich sicherer ist es, den Antragsgegner zum Verzicht auf die Verjährungseinrede zu veranlassen bzw. Klage zur Hauptsache zu erheben.

Ist das Verfahren mit einer dem Antrag ganz oder teilweise stattgebenden Entscheidung abgeschlossen, empfiehlt es sich für den Verfügungskläger gleichfalls, die Verjährungsfrage zu regeln. In der Praxis geschieht das durch ein sog. Abschlußschreiben, durch das der Antragsgegner aufgefordert wird, die einstweilige Verfügung als endgültig hinzunehmen, d.h. auf Rechtsmittel und Rechtsbehelfe zu verzichten. Wird diese Erklärung verweigert, kann Klage zur Hauptsache erhoben werden. Der Sache nach dient ein Abschlußschreiben der Vermeidung eines solchen zusätzlichen Verfahrens. Es betrifft also die Hauptsache und ist deswegen kostenpflichtig. Ist dem Anwalt noch kein Klageauftrag erteilt, sind die Gebühren nach § 118 BRAGO zu berechnen, sonst nach § 32 BRAGO.

Allerdings muß der Antragstellervertreter dem Antragsgegner zunächst eine Überlegungsfrist gewähren, innerhalb derer er sich darüber schlüssig werden kann, ob er es bei der ergangenen Verfügung belassen oder ob er dagegen vorgehen will. Länger als einen Monat braucht diese Frist nicht zu sein. Die Frage ist nur, ob sie auch kürzer sein kann, wenn das Abschlußschreiben eine Kostenfolge auslösen soll.<sup>19</sup> Das ist zu bejahen, sofern der Anspruch andernfalls verjährt. Besteht dieses Risiko, kann der Antragsgegner ggf. auch im unmittelbaren Anschluß an die Entscheidung aufgefordert werden, sie als endgültig hinzunehmen, weil der Antragsteller im Verweigerungsfalle die Möglichkeit der noch rechtzeitigen Erhebung einer Hauptklage haben muß. Ohne eine solche Zwangssituation wird der Antragstellervertreter zumindest 2 Wochen zuwarten müssen, wenn er vermeiden will, daß die Kostenpflichtigkeit des Abschlußschreibens in Zweifel gezogen wird.<sup>20</sup> Ein erfahrener Antragsgegner wird raschestmöglich von sich aus eine Abschlußerklärung abgeben, wenn er die Verfügung unangegriffen lassen will. Dann entstehen ihm keine Zusatzkosten.

---

<sup>19</sup> Vgl. zum Streitstand Teplitzky, a.a.O. (s. oben Fn. 7), Kap. 43 Rn. 22.

<sup>20</sup> Vgl. zum Streitstand Teplitzky, a.a.O. (s. oben Fn. 7), Kap. 43 Rn. 31.