



Internationale Göttinger Reihe

Herausgeber: J.-P. Cuvillier

RECHTSWISSENSCHAFTEN

Patrick Noack

**Der Einfluss von Rechtsänderungen auf
wettbewerbsrechtliche Unterlassungstitel
und Unterwerfungsvereinbarungen –**

**Neubewertung auf Grund
der Rechtsprechung des *EuGH*?**

Band 18



Cuvillier Verlag Göttingen
Internationaler wissenschaftlicher Fachverlag

**Der Einfluss von Rechtsänderungen auf wettbewerbsrechtliche
Unterlassungstitel und Unterwerfungsvereinbarungen
- Neubewertung auf Grund der Rechtsprechung des *EuGH*?**

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
des Fachbereichs Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück

vorgelegt
von
Patrick Noack
aus
Göttingen

Osnabrück, 2009

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

1. Aufl. - Göttingen : Cuvillier, 2010

Zugl.: Osnabrück, Univ. Diss., 2009

978-3-86955-288-0

Berichterstatter:

Prof. Dr. Hans-Jürgen Ahrens

Mitberichterstatter:

Prof. Dr. Albrecht Weber

Tag der mündlichen Prüfung: 27. Januar 2010

© CUVILLIER VERLAG, Göttingen 2010

Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen

Telefon: 0551-54724-0

Telefax: 0551-54724-21

www.cuvillier.de

Alle Rechte vorbehalten. Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, das Buch oder Teile daraus auf fotomechanischem Weg (Fotokopie, Mikrokopie) zu vervielfältigen.

1. Auflage, 2010

Gedruckt auf säurefreiem Papier

978-3-86955-288-0

Widmung

Diese Dissertation widme ich meinem lieben Vater Dr. Albert Harald Noack.

Inhaltsverzeichnis

INHALTSVERZEICHNIS	IV
LITERATURVERZEICHNIS.....	VII
ERSTES KAPITEL	1
A. EINLEITUNG	1
B. DAS PRINZIP DER RECHTSKRAFT UND DER BESTANDSKRAFT	4
I. <i>Zivilprozessuale Rechtslage</i>	4
II. <i>Verwaltungsverfahrenrechtliche Lage</i>	11
III. <i>Zusammenfassung</i>	13
ZWEITES KAPITEL	14
A. RECHTSKRAFT UND RECHTSKRAFTDURCHBRECHUNG BEI WETTBEWERBSRECHTLICHEN UNTERLASSUNGSTITELN NACH NATIONALEM RECHT	14
I. <i>Gang der Darstellung</i>	14
II. <i>Gesetzeslage bei ordentlichen Unterlassungstiteln</i>	14
1) Begriff und Bedeutung der Unterlassungstitel	14
2) Die möglichen Rechtsgrundlagen	16
a) Die Abänderungsklage nach § 323 ZPO	16
b) Die Vollstreckungsabwehrklage § 767 ZPO	17
c) Die Beachtlichkeit von Rechtsprechungs- und Gesetzesänderungen	
bei der Abänderungsklage und der Vollstreckungsabwehrklage	17
aa) Die Beachtlichkeit von Rechtsprechungs- und Gesetzesänderungen.....	
bei der Abänderungsklage	17
(1) Zur Abänderbarkeit von Vergleichen bei verfassungswidriger Rechtsprechung	18
(2) Zur Abänderbarkeit von Vergleichen bei Änderungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung.....	18
(3) Abänderung rechtskräftiger Urteile auch in Fällen der Rechtsprechungsänderung.....	20
bb) Meinungsstand bei der Vollstreckungsabwehrklage	23
(1) Beachtlichkeit von Gesetzesänderungen	23
(2) Beachtlichkeit von Rechtsprechungsänderungen.....	24
(3) Gesetzliche Ausnahme des § 10 UKlaG	25
(4) Gesetzliche Ausnahme nach §§ 79 Abs. 2 S. 3, 95 Abs. 3 S. 3 BVerfGG.....	30
d) Wiederaufnahme des Verfahrens.....	31
e) § 826 BGB.....	33
3) Zuständiges Verfahren zur Berücksichtigung von Veränderungen	36
a) Praktische Streitfragen	36
b) Zur Begründung der Anwendbarkeit der Abänderungsklage auf Unterlassungsurteile.....	37
c) Zur Begründung der Anwendbarkeit der Vollstreckungsgegenklage auf Unterlassungsurteile.....	38
4) Ergebnis	43

III. <i>Rechtslage bei Unterlassungsverträgen</i>	44
1) Begriff und Bedeutung des wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsvertrags	44
2) Die Rechtsnatur des Unterlassungsvertrags	45
3) Auswirkungen von Rechtsprechungs- und Gesetzesänderungen auf den Unterlassungsvertrag	45
4) Erlöschen des vertraglichen Unterlassungsanspruchs.....	47
a) Vertragliche Aufhebung	47
b) Bedingte Unterwerfung.....	47
c) Anfechtung nach §§ 119 ff. BGB und §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB, 241 Abs. 2 BGB	48
d) Störung der Geschäftsgrundlage und Kündigung aus wichtigem Grund	49
aa) Störung der Geschäftsgrundlage	49
bb) Kündigung aus wichtigem Grund	52
cc) Abgrenzung zwischen der Störung der Geschäftsgrundlage und der Kündigung aus wichtigem Grund	54
e) Abänderungsklage nach § 323 ZPO oder Vollstreckungsgegenklage	55
nach § 767 ZPO	55
f) Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung	55
IV. <i>Rechtslage bei Unterlassungsverfügungen mit Abschlusserklärung</i>	57
1) Die einstweilige Verfügung.....	57
a) Bedeutung der einstweiligen Verfügung.....	57
b) Materielle und prozessuale Voraussetzungen.....	58
c) Bestand der einstweiligen Verfügung.....	58
aa) Vorläufiger Charakter der einstweiligen Verfügung und Bestandsgefährdung	58
bb) Der Widerspruch nach der Beschlussverfügung	59
cc) Der Antrag auf Anordnung der Klageerhebung nach	60
§§ 926, 936 ZPO.....	60
dd) Der Antrag auf Aufhebung wegen veränderter Umstände nach	60
§§ 927, 936 ZPO.....	60
ee) Negative Feststellungsklage	62
ff) Indirekter Angriff durch Schadensersatzbegehren nach § 945 ZPO ...	62
gg) Zusammenfassung.....	63
d) Bestandssicherung durch Abschlusserklärung.....	63
aa) Zielsetzung der Abschlusserklärung	63
bb) Verbot der Rechtskraftsimulation	64
cc) Inhalt der Abschlusserklärung	65
dd) Verzichtbarkeit bei § 927 ZPO	65
2) Beachtlichkeit von Rechtsprechungs- und Gesetzesänderungen bei bestandskräftig gemachten Verfügungstiteln	68
a) § 927 ZPO	68
b) Störung der Geschäftsgrundlage	69
c) Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO.....	69
B. ZUSAMMENFASSUNG	70
DRITTES KAPITEL	71
A. RÜCKWIRKUNG UND BESTANDSKRAFT IN DER ENTWICKLUNG DER EUROPÄISCHEN RECHTSPRECHUNG	71
I. <i>Rechtskraft und Bestandskraft in der Rechtsprechung des EuGH</i>	71
1) Rechtssache Eco Swiss	72

2) Rechtssache Köbler	74
3) Rechtssache Kühne und Heitz	77
4) Rechtssache Arcor	79
5) Rechtssache Kapferer	83
6) Rechtssache Lucchini	85
7) Rechtssache Willy Kempter KG	88
II. <i>Durchbrechung der Bestandskraft und Rechtskraft nationaler Entscheidungen aus gemeinschaftsrechtlicher Perspektive</i>	90
1) Keine gemeinschaftsrechtliche Aufhebung zivilgerichtlicher Urteile	90
2) Begrenzung der Rechtskraft nationaler Entscheidungen	91
B. ZWISCHENERGEBNIS	97
VIERTES KAPITEL	99
A. KONFLIKT ZWISCHEN GEMEINSCHAFTSRECHT UND DER RECHTSKRAFT NATIONALER ENTSCHEIDUNGEN	99
I. <i>Konfliktlage durch die mitgliedersstaatliche Verfahrensautonomie</i>	99
II. <i>Gemeinschaftsrechtliche Beschränkung der Beständigkeit deutscher zivilgerichtlicher und behördlicher Entscheidungen</i>	101
1) Beschränkung der Rechtskraft deutscher zivilgerichtlicher Entscheidungen	101
2) Beschränkung der Bestandskraft deutscher verwaltungsbehördlicher Entscheidungen	104
a) Wiederaufgreifen des Verfahrens nach § 51 VwVfG	105
b) Gemeinschaftsrechtliche Modifizierung des § 51 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 VwVfG	108
c) Rücknahme und Widerruf nach §§ 48, 49 VwVfG	110
(aa) Rücknahme nach § 48 VwVfG	111
(bb) Widerruf nach § 49 VwVfG	112
B. ZUSAMMENFASSUNG	113
FÜNFTES KAPITEL	114
A. ALLGEMEINER RECHTSGEDANKE DER RECHTSPRECHUNG DES EUGH ZUR DURCHBRECHUNG DER RECHTSKRAFT	114
I. <i>Hintergrund der Entscheidungen des EuGH</i>	114
1) Loyalitätsprinzip aus Art. 10 EG	115
2) Vorlagepflicht nach Art. 234 Abs. 3 EG	116
3) Einfluss dieser Prinzipien auf die Rechtsprechung des <i>EuGH</i>	117
II. <i>Lösung des Konflikts</i>	122
B. ÜBERTRAGBARKEIT DER RECHTSPRECHUNG DES EUGH AUF NATIONALE RECHTSKRÄFTIGE UNTERLASSUNGSTITEL	124
C. KEIN ANDERES ERGEBNIS BEI ÜBERTRAGUNG DER KÜHNE & HEITZ- RECHTSPRECHUNG	125
D. ENDERGEBNIS	127

- Benda, Ernst / Klein, Eckart Verfassungsprozessrecht, 2. Auflage, Heidelberg 2001.
- Bergmann, Jan / Kenntner, Markus
(Hrsg.) Deutsches Verwaltungsrecht unter
europäischem Einfluss, Stuttgart u.a 2002.
- Borchardt, Klaus- Dieter Vertrauensschutz im Europäischen
Gemeinschaftsrecht, EuGRZ 1988, 309 – 315:
- Borck, Hans- Günther Über unrichtig gewordene Unterlassungstitel und
deren Behandlung, WRP 2000, 9 – 22.
- Borth, Helmut Durchsetzung höherer Unterhaltsansprüche nach
Methodenwechsel des *BGH* von der Anrechnungs
– zur Differenzmethode, FamRB 2002, 16 – 19.
- Braun, Johann Grundfragen der Abänderungsklage, Tübingen
1994.
- Britz, Gabriele/ Richter, Tobias Die Aufhebung eines gemeinschaftswidrigen
nicht begünstigten Verwaltungsakts, JuS 2005,
198 – 202.
- Brück, Michael Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem
Europäischen Gerichtshof als Bestandteil des
deutschen Zivilprozesses, Frankfurt/M., Berlin,
Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2001.
- Buchholz, Karl (Begr.) Sammel- und Nachschlagewerk der
Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts,
Köln, Berlin, München, Stand 2006.
- Büscher, Wolfgang Interdependenzen zwischen der Rechtsprechung
der Gerichte der Europäischen Gemeinschaft und
der nationalen Gerichte, GPR 2008, 210 – 220.

- Callies, Christian/ Ruffert, Matthias EUV/ EGV, Kommentar, 3. Auflage, München 2007.
- De Weerth, Jan Grenzüberschreitende Körperschaftsteueranrechnung nach „Manninen“!, DStR 2004, 1992 – 1995.
- Dornis, Tim/ Förster, Achim Die Unterwerfung: Rechtsnatur und Rechtsnachfolge, GRUR 2006, 195 – 201.
- Ehricke, Ulrich Die Bindungswirkung von Urteilen des *EuGH* im Vorabentscheidungsverfahren nach deutschem Zivilprozessrecht und nach Gemeinschaftsrecht, in: Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut der Universität des Saarlandes Nr. 364, 1997.
- Erichsen, Hans-Uwe/ Ehlers, Dirk (Hrsg.) Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Auflage, Berlin, New York 2002.
- Erichsen, Hans-Uwe/ Knoke, Ulrich Bestandskraft von Verwaltungsakten, NvWZ 1983, 185 – 192.
- Fezer, Karl-Heinz (Hrsg.) Lauterkeitsrecht: UWG, Kommentar, 2 Bände, 2. Auflage, München 2009.
- Gaul, Dieter Die Durchsetzung des Schutzes eines betriebsgeheimen Know-how, WRP 1988, 215 – 225.
- Gaul, Hans Friedhelm Die Grundlagen des Wiederaufnahmerechts und die Ausdehnung der Wiederaufnahmegründe, Bielefeld 1956.

- Hellwig, Konrad System des Deutschen Zivilprozeßrechts, Erster Teil: Ordentliches Verfahren, ausschließlich besondere Prozeßarten und Zwangsvollstreckung, Leipzig 1912.
- Jacobs, Rainer/ Lindacher Walter/ Otto, Teplitzky UWG, Großkommentar, 1.-14. Lieferung, Berlin u.a.1991 – 2007.
- Kadelbach, Stefan Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, Tübingen 1999.
- Knack, Joachim Verwaltungsverfahrensgesetz, 8. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 2004.
- Koblitz, Axel Alte Versprechen, neue Probleme: Vom hoffentlich vorletzten Wort des *BGH* zur „Altunterwerfung“, WRP 1997, 382 – 388.
- Koch, Robert Einwirkungen des Gemeinschaftsrechts auf das nationale Verfahrensrecht, Frankfurt/M. 1994.
- Kocher, Eva Funktionen der Rechtsprechung : Konfliktlösung im deutschen und englischen Verbraucherprozessrecht, Tübingen 2007.
- Köhler, Helmut Der wettbewerbsrechtliche Unterlassungsvertrag: Rechtsnatur und Grenzen der Wirksamkeit; in: Erdmann, Willi / Hefermehl, Wolfgang / Mees, Hans K. / Piper, Henning / Teplitzky, Otto / Ulmer, Peter (Hrsg.), Festschrift für Otto-Friedrich Frhr. v. Gamm, Köln, Berlin, Bonn, München 1990, S. 57 – 82.
- Kokott, Juliane/ Henze, Thomas/ Sobotta, Christoph Die Pflicht zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof und die Folgen Ihrer Verletzung, JZ 2006, 633 – 640

- Kopp, Ferdinand O./ Ramsauer, Ulrich
Verwaltungsverfahrensgesetz, 10. Auflage, München 2008.
- Krebs, Peter
Die Begründungslast, AcP 195 (1995), 171 – 211.
- Kremer, Carsten
Effektuiierung des europäischen Beihilferechts durch die Begrenzung der Rechtskraft, EuZW 2007, 726 – 729.
- Kremer, Carsten
Gemeinschaftliche Grenzen der Rechtskraft, EuR 2007 S. 470 – 493.
- Kremer, Carsten
Staatshaftung für Verstöße gegen Gemeinschaftsrecht durch letztinstanzliche Gerichte, NJW 2004, 480 – 482.
- Lambsdorff, Hans Georg, Graf
Handbuch des Wettbewerbsverfahrensrechts, Neuwied, Krieffel 2000.
- Lames, Peter
Rechtsfortbildung als Prozesszweck: Zur Dogmatik des Zivilverfahrensrechts, Tübingen 1993.
- Larenz, Karl
Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6.Auflage, Berlin u.a. 1991.
- Lehmeler, Lutz
UWG, Kommentar, Neuwied 2007.
- Loebell, Klaus
Die vertragliche Unterlassungsverpflichtung bei nicht rechtsbeständigen gewerblichen Schutzrechten, GRUR 1973, 302 – 303.
- Ludwigs, Markus
Der Schutz der Rechtskraft im Gemeinschaftsrecht, ZfRV 2005, 191 – 194.

- Mädrich, Joachim Das Verhältnis der Rechtsbehelfe des Antragsgegners im einstweiligen Verfügungsverfahren, Köln 1980.
- Maurer, Hartmut Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Auflage, München 2006.
- Meckel, Astrid Die Beständigkeit einer wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsverpflichtung bei Abänderung der rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnisse, Frankfurt a.M. 1998.
- Meier, Gert Zur Einwirkung des Gemeinschaftsrechts auf nationales Verfahrensrecht im Falle höchstrichterlicher Vertragsverletzungen, EuZW 1991, 11 – 15.
- Melullis, Klaus- Jürgen Handbuch des Wettbewerbsprozesses, 3. Auflage, Köln 2000.
- Melullis, Klaus- Jürgen Zu den Auswirkungen der UWG- Novelle vom 25.7.1994 auf bestehende Unterlassungsverpflichtungen, in: Willi Erdmann, Willi/ Gloy/ Herber, Rolf (Hrsg.), Festschrift für Henning Piper, München 1996, S. 375 – 397.
- Merten, Detlef Bestandskraft von Verwaltungsakten, NJW 1983, 1993 – 1998.
- Meyer, Hans/ Borgs- Maciejewski, Hermann Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Auflage, Frankfurt, 1982.
- Müller, Hermann Die Aufhebung von Verwaltungsakten unter dem Einfluss des Europarechts, Berlin 2000.

- Musielak, Hans- Joachim Kommentar zur Zivilprozessordnung, 7. Auflage, München 2009.
- Obermayer, Klaus Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Auflage, Neuwied 1999.
- Palandt, Otto (Begr.) Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 68. Auflage, München 2009.
- Petersen, Kay Probleme des wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsvertrags, GRUR 1978, 156 – 159.
- Petzold, Thomas Martin Die Rechtskraft der Rentenurteile des § 258 ZPO und ihre Abänderung nach § 323 ZPO, Köln 1992.
- Piper, Hennig/ Ohly, Ansgar UWG - Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Preisangabenverordnung, Kommentar, 4. Auflage, München 2006.
- Poelzig, Dörte Die Aufhebung rechtskräftiger zivilgerichtlicher Urteile unter dem Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts, JZ 2007, 858 – 868.
- Potacs, Michael Bestandskraft staatlicher Verwaltungsakte oder Effektivität des Gemeinschaftsrechts?, Anmerkung zum Urteil vom 13. Januar, Kühne & Heitz NV/Productschap voor Pluimvee en Eieren, Rs. C-453/00, EuR 2004, 595 – 602.
- Rademacher, Ludger Gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung für höchstrichterliche Entscheidungen, NVwZ 2004, 1415 – 1421.
- Rauscher, Thomas (Hrsg.) Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar, 2. Auflage, München 2006.

- Rauscher, Thomas/ Wax, Peter/
Wenzel, Joachim Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung,
Band 1, 3. Auflage, München 2008; Band 2,
3. Auflage, München 2007.
- Rebmann, Kurt/ Säcker, Franz
Jürgen/ Rixecker, Roland (Hrsg.) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch, Band 5, 5. Auflage, München 2009.
- Rengeling, Hans-Werner / Middeke,
Andreas / Gellermann, Martin
(Hrsg.) Handbuch des Rechtsschutzes in der
Europäischen Union, 2. Auflage, München 2003.
- Rennert, Klaus Bestandskraft rechtswidriger Verwaltungsakte und
Gemeinschaftsrecht; in: Deutsches
Verwaltungsblatt, 2008, S. 400 – 408.
- Rieble, Volker Wegfall wettbewerblicher Vertragsstrafen durch
das UWG-Änderungsgesetz?, GRUR 1995, 252 –
259.
- Rodríguez Iglesias, Gil Carlos Der EuGH und die Gerichte der Mitgliedstaaten –
Komponenten der richterlichen Gewalt in der
Europäischen Union, NJW 2000, 1889 – 1896.
- Rodríguez Iglesias, Gil Carlos Zu den Grenzen der verfahrensrechtlichen
Autonomie der Mitgliedstaaten bei der Anwendung
des Gemeinschaftsrechts, in: EuGRZ 1997, 289 –
295.
- Rosenberg, Leo/ Gaul, Hans
Friedhelm/ Schilken, Eberhard Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Auflage,
München 1997
- Rosenberg, Leo/ Schwab, Karl
Heinz/ Gottwald, Peter Zivilprozessrecht, 16. Auflage, München 2004.

Rößler, Gerhardt	Nochmals: Der bestandskräftige Steuerbescheid im Steuerverfahren und im Steuerstrafverfahren, NJW 1986, 972 – 973.
Roßmann- Gläser, Susanne	Abänderungsklage gegen Unterhaltsurteil wegen geänderter Rechtsprechung, JuS 2003, 1121.
Rott, Peter	Effektiver Rechtsschutz vor missbräuchlichen AGB – Zum Cofidis- Urteil des <i>EuGH</i> , EuZW 2003, 5 – 9.
Ruffert, Matthias	Anmerkung zu <i>EuGH</i> , Urteil v. 16.3.2006 – Rs. C-234/ 04 – Rosemarie Kapferer ./ Schlink und Schick, JZ 2006, 905 – 906.
Schellhammer, Kurt	Zivilprozess, 12. Auflage, Heidelberg 2007.
Schenke, Wolf- Rüdiger	Der rechtswidrig gewordene Verwaltungsakt – BVerwGE 84, 111, JuS 1991, 547 – 553.
Schenke, Wolf- Rüdiger	Die verwaltungsbehördliche Aufhebung nachträglich rechtswidrig gewordener Verwaltungsakte, DVBl. 1989, 433 – 441.
Schenke, Wolf- Rüdiger	Probleme der Bestandskraft von Verwaltungsakten, DÖV 1983, 320 – 332.
Scherf, Dieter	Wettbewerbliche Unterlassungsverfügung als „Hauptsache“, WRP 1969, 393 – 398.
Schlüter, Wilfried	Die Erfüllung der Forderung als Erledigungsgrund im Arrestverfahren, ZZP 1967, 447 – 465.
Schulze, Reiner/ Dörner, Heinrich/ Ebert, Ina	Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 5. Auflage, Baden – Baden 2007.
Schulze, Reiner/ Zuleeg, Manfred	Europarecht, Baden – Baden 2006.

- Schuschke, Winfried/ Walker, Wolf-Dietrich Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, Band I: Zwangsvollstreckung, 4. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 2008
- Schwab, Dieter Handbuch des Scheidungsrechts, 5. Auflage, München 2004.
- Schwab, Karl Heinz Der Streitgegenstand im Zivilprozeß, München und Berlin 1954.
- Schwab, Karl Heinz/ Gottwald, Peter Verfassung und Zivilprozeß, Bielefeld 1984 .
- Skouris, Wassilos Rechtsfolgen der Verletzung des Europäischen Gemeinschaftsrechts durch oberste Gerichte der Mitgliedstaaten, in: „Für Sicherheit, für Europa“, Hender, Rainhard/ Ibler, Martin/ Martínez Soria, José (Hrsg.), Festschrift für Volkmar Götz zum 70. Geburtstag, Göttingen 2005.
- Soyka, Jürgen Die Abänderungsklage im Unterhaltsrecht : Änderung der Verhältnisse - Präklusion – Bindungswirkung - Störung der Geschäftsgrundlage, 2. Auflage, Berlin 2005.
- Spehl, Stephan Abschlußschreiben und Abschlusserklärung im Wettbewerbsverfahrensrecht, 1988.
- Staudinger, Julius v. (Begr.) Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, §§ 305 - 310; UKlaG, Berlin 2006.
- Stein, Friedrich/ Jonas, Martin Kommentar zur Zivilprozessordnung, Tübingen, 22. Auflage, Band. 4, 2008; Band 7, 2002; Band 9, 2002.

- Steiner, Udo
Zum Entscheidungsausspruch und seinen Folgen bei der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle, in: Isensee, Josef/ Lecheler, Helmut (Hrsg.) Festschrift für Walter Leisner zum 70. Geburtstag, Berlin 1999, S. 569 – 581.
- Stelkens, Paul/ Bonk, Heinz/ Sachs; Michael
Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 7.Auflage, München 2008.
- Stelkens, Paul
Die Änderung höchstrichterlicher Rechtsprechung als nachträgliche Änderung der Rechtslage i. S. des § 51 I Nr. 1 VwVfG, NvWZ 1982, 489 – 494.
- Streinz, Rudolph
Europarecht, 8. Auflage, Heidelberg 2008.
- Teplitzky, Otto
Die wettbewerbsrechtliche Unterwerfung heute - Neuere Entwicklungen eines alten Streitbereinigungsmittels, GRUR 1996, 696 – 700.
- Teplitzky, Otto
Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Auflage, Köln, Berlin, Bonn 2007.
- Tietjen, Daniel
Die Bedeutung der deutschen Richterprivilegien im System des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsrechts – Das *EuGH*- Urteil „Traghetti del Mediterraneo“, EWS 2007, 15 – 19.
- Ule, Carl Hermann / Laubinger, Hans- Werner
Verwaltungsverfahrenrecht, Köln u.a. 1996.
- Ulrich, Gustav- Adolf
Abänderungsklage (§ 323 ZPO) oder/ und Vollstreckungsabwehrklage (§ 767 ZPO) bei „unrichtig gewordenen“ Unterlassungstiteln, WRP 2000, 1054 – 1057.

- Ulrich, Gustav- Adolf Die Vollstreckungsabwehrklage in
Wettbewerbssachen, in: Loewenheim, Ulrich/
Raiser, Thomas (Hrsg.), Festschrift für Fritz Traub,
Frankfurt a.M. 1994.
- Vinck, Kai Sachgerechtes Verhalten des Antragsgegners im
wettbewerbsrechtlichen Verfügungsverfahren,
WRP 1975, 80 – 82.
- Völpl, Fromut Änderung der Rechts- oder Sachlage bei
Unterlassungstiteln, GRUR 1984, 486 – 493.
- Wandtke, Arthur – Axel/ Bullinger,
Winfried Praxiskommentar zum Urhebergesetz, 3.
Auflage, München 2009.
- Weiß, Wolfgang Bestandskraft nationaler belastender
Verwaltungsakte und EG- Recht, in: DöV 2008,
477 – 487.
- Wenander, Hendrik Withdrawal of national administrative decisions
under European Administrative Law, ELR 2007,
54 – 58
- Wendl, Philipp/ Staudigl, Siegfried Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen
(Begr.) Praxis : Die neuere Rechtsprechung des
Bundesgerichtshofs und die Leitlinien der
Oberlandesgerichte zum Unterhaltsrecht und zum
Verfahren in Unterhaltsprozessen, 7. Auflage,
München 2008.
- Wieczorek, Bernhard Zivilprozessordnung und Nebengesetze,
Kommentar, 3. Auflage, Band 2 Teilband 3/1,
Berlin 2007.

Wolff, Hans- Jürgen (Begr.)

Verwaltungsrecht, Teil 1, 12. Auflage, München
2007.

Zöller, Richard (Begr.)

Zivilprozessordnung, Kommentar, 27. Auflage,
Köln 2009.

Erstes Kapitel

A. Einleitung

Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht können eine Vielzahl von Ansprüchen auslösen. Der im Wettbewerbsrecht wichtigste Anspruch ist der auf Unterbindung künftiger Verletzungshandlungen gerichtete Unterlassungsanspruch¹. Er zielt darauf ab, ein bestimmtes zukünftiges Handeln oder Verhalten des Anspruchsgegners zu verbieten². Unterlassungsansprüche können sich aus Vertrag, überwiegend aber aus einer gesetzlichen Norm ergeben.

Will der Gläubiger seinen Unterlassungsanspruch durchsetzen, stehen ihm mehrere Möglichkeiten zur Verfügung: Gewöhnlich wird er den Schuldner vor einer gerichtlichen Verfolgung abmahnen³, um das Kostenrisiko nach § 93 ZPO zu vermeiden⁴. Gibt der Verletzer als Schuldner hierauf eine strafbewehrte Unterlassungserklärung ab, entfällt grundsätzlich mit Abschluss des Unterwerfungsvertrages die Wiederholungsfahr. Verstößt der Verletzer gegen die vertragliche Unterlassungsverpflichtung, verwirkt er die versprochene Vertragsstrafe.

Gibt der Verletzer auf eine ordnungsgemäße Abmahnung hin keine hinreichende Unterlassungserklärung ab, so gibt er dadurch Veranlassung zur gerichtlichen Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs. Dann kann der Gläubiger im Falle der Eilbedürftigkeit den Erlass einer einstweiligen Verfügung beantragen, die zu einem endgültigen Titel führt, wenn der Schuldner die Verfügung als endgültige Regelung anerkennt. Oder aber der Gläubiger klagt im ordentlichen Verfahren auf Unterlassung, wodurch er einen Titel in der Hauptsache erhält. Ein Titelverstoß löst die Sanktionsmöglichkeiten der Unterlassungsvollstreckung nach § 890 ZPO aus.

¹ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG § 8 Rn. 1.3; Harte/Henning/Beckedorf, UWG, Vor § 8 Rn. 1.

² Ahrens/ Deutsch, Wettbewerbsprozeß, Kap. I Rn. 27.

³ Vgl. § 12 Abs. 1 UWG

⁴ Ahrens/ Deutsch, Wettbewerbsprozeß, Kap. I Rn. 27, 28.

Ein so tituliertes oder vertraglich vereinbartes Verbot hat für den Schuldner zur Folge, dass er durch die konkrete Fixierung von Verhaltenspflichten in seinen Handlungsmöglichkeiten für einen langen Zeitraum beschnitten ist.

Ein wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsvertrag stellt ein unbefristetes Dauerschuldverhältnis dar⁵; ein titulierter Unterlassungsanspruch verjährt gem. § 197 Abs. 1 Nr. 3 BGB – wenn überhaupt – erst nach 30 Jahren. So unterliegt nach der Rechtsprechung des I. Zivilsenats des *BGH* der durch ein rechtskräftiges Urteil begründete Verbotsanspruch noch nicht einmal der dreißigjährigen Verjährungsfrist des § 197 Abs.1 BGB⁶.

Ändern sich nach Abschluss des Unterwerfungsvertrages oder nach Erwirkung eines Unterlassungstitels durch den Unterlassungsgläubiger die Umstände durch eine abweichende höchstrichterliche Rechtsprechung oder die Gesetzeslage, die zur Unterwerfung oder zur obsiegenden gerichtlichen Entscheidung geführt hatten, kann diese langfristige Bindung des Schuldners als korrekturbedürftig erscheinen⁷.

Dieses Problem stellt sich gerade im Wettbewerbsrecht als dem bevorzugten Anwendungsbereich des Unterlassungstitels. Die Weite der Generalklausel des § 3 UWG delegiert die Verhaltensnormbildung an die höchstrichterliche und obergerichtliche Rechtsprechung; sie konkretisiert, was im Wettbewerb lauter ist und was nicht⁸. Da die Rechtsprechung Änderungen unterworfen ist, kann es zur Herstellung gleicher unternehmerischer Wettbewerbschancen geboten sein, dem Schuldner des Titels oder des Unterwerfungsvertrages die Handlungsfreiheit zurückzugewähren, die er infolge der Verurteilung oder Unterwerfung verloren hat⁹. Auf der anderen Seite ist aber auch das Gläubigerinteresse an der Fortdauer des Verbots und der damit verbundenen Rechtssicherheit zu berücksichtigen, das unter Umständen jahrelang bestehen bleiben kann. Ein solcher Konflikt zwischen

⁵ *Fritzsche*, Unterlassungsanspruch, S. 322.

⁶ *BGH NJW* 1973, 1460 f.- *Verjährung eines durch Urteil ausgesprochenen 30 Jahre lang befolgten unbefristeten Verbots*. Zur Anerkennung dieser Rechtsprechung durch die Schuldrechtsreform von 2001 siehe *Ahrens/ Bornkamm*, Wettbewerbsprozeß Kap. 34 Rn. 14.

⁷ *Ahrens/ Ahrens*, Wettbewerbsprozeß Kap. 36 Rn. 176; vgl. *BGH GRUR* 1973, 429, 430 – *Idee-Kaffee*.

⁸ *Fezer/ Fezer*, UWG, § 3 Rn. 87; *Harte/ Henning/ Schünemann*, UWG, § 3 Rn. 8.

⁹ *BGH GRUR* 1973, 429, 430; *Ahrens/ Ahrens*, Wettbewerbsprozeß, Kap. 36, Rn. 176.

Rechtssicherheit und Gerechtigkeit besteht schon so lange, wie Streitigkeiten vor Gerichten entschieden werden, deren Urteile bindend und endgültig sein sollen.

Dies wirft die Frage auf, ob und bejahendenfalls unter welchen Voraussetzungen eine gerichtliche Überprüfung einer rechtskräftigen Entscheidung auf Grund veränderter Umstände geboten ist. So ist nach dem Wegfall der Verbandsklagebefugnis auf Grund der Änderung des § 13 Abs. 2 Nr. 1 UWG im Rahmen der UWG-Novelle 1994 die Frage gestellt worden, welche Konsequenzen sich aus der Änderung des Gesetzes für vor einer Gesetzesänderung geschlossenen Unterwerfungsvereinbarungen ergeben. In gleicher Weise sind die Auswirkungen auf rechtskräftige Unterlassungstitel diskutiert worden¹⁰.

Neuen Anlass für diese Frage gibt eine Reihe von Entscheidungen des *EuGH*, mit denen die Bestandskraft und die Rechtskraft nationaler Entscheidungen in Frage gestellt wurden¹¹. Die Analyse dieser Entscheidungen könnte dazu zwingen, die Beständigkeit rechtskräftiger Entscheidungen auf Grund der Besonderheit des Lauterkeitsrechts zu überdenken und abweichend zu behandeln.

Durch die Irreführungsrichtlinie von 1984 (Richtlinie 84/450/EWG des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten über irreführende Werbung vom 10.09.1984) und durch die UWG- Reform 2004 ist in § 1 UWG die in Rechtsprechung und Schrifttum entwickelte Schutzzwecktrias übernommen worden¹². Deshalb ist in § 1 S. 1 und 2 UWG bestimmt, dass das Gesetz gleichermaßen dem Schutze der Mitbewerber, der Verbraucher und der sonstigen Marktteilnehmer sowie der Allgemeinheit vor unlauterem Wettbewerb dient. Nach der amtlichen Begründung¹³ liegt daher der eigentliche Zweck des UWG darin, das Marktverhalten der Unternehmer im Interesse der Marktteilnehmer, insbesondere der Mitbewerber und der Verbraucher und zugleich im Interesse der Allgemeinheit, an einem unverfälschten Wettbewerb zu regeln.

¹⁰ Ulrich, WRP 2000, 1054.

¹¹ *EuGH* NJW 2003, 3539 – Köbler; *EuGH* Rs. C- 453/00 – Kühne & Heitz; *EuGH* Rs. C-119/05 – Lucchini; *EuGH* Rs. C-2/06- Willy Kempter KG.

¹² Vgl. Begr RegE UWG zu § 1, BT- Drucks 15/ 1487 S. 15 f.

¹³ BT- Drucks. 15/ 1487, S. 15 f.

Als Verfälschung des Wettbewerbs könnte man es ansehen, Wettbewerber an rechtlich überholten Beschränkungen der unternehmerischen Handlungsfreiheit zu binden, denen ihre Mitbewerber nicht unterliegen. Da die Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen originäre Zielsetzung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs ist und der Gesetzgeber es als Aufgabe der Rechtsprechung ansieht¹⁴, im Einzelnen zu konkretisieren, welche Handlungen als unlauter anzusehen sind, könnte eine prozessual bedingte, evidente Ungleichbehandlung der Wettbewerber eine Abkehr von vorbenannten Prinzipien zur Korrektur rechtskräftiger Entscheidungen rechtfertigen.

Zur Beantwortung dieser Frage wird zunächst das Prinzip der Rechts- und Bestandskraft im nationalen Recht und sodann die Rückwirkung und Bestandskraft in der Entwicklung der europäischen Rechtsprechung dargestellt. Anschließend wird die Auswirkung von Rechtsprechungs- und Gesetzesänderungen auf rechtskräftige Unterlassungstitel, Unterlassungsverträge und einstweilige Verfügungen mit Abschlusserklärung nach der derzeitigen Rechtsauffassung untersucht. Schließlich werden Überlegungen eines allgemeinen Rechtsgedankens der aufgezeigten Rechtsprechung des *EuGH* zur Durchbrechung der Rechtskraft und Bestandskraft angestellt und überprüft, ob ein solcher Rechtsgedanke eine Abkehr von der derzeitigen Rechtsauffassung nach nationalem Recht rechtfertigen kann.

B. Das Prinzip der Rechtskraft und der Bestandskraft

I. Zivilprozessuale Rechtslage

Hinsichtlich der Rechtskraft zivilgerichtlicher Entscheidungen wird unterschieden zwischen formeller und materieller Rechtskraft, wobei erstere eine Voraussetzung für den Eintritt letzterer ist¹⁵. Die *formelle Rechtskraft* betrifft den Abschluss des gerichtlichen Verfahrens selbst, die materielle Rechtskraft die inhaltliche Bindungswirkung der Entscheidung.

¹⁴ BT- Drucks. 15/ 1487, S. 16.

¹⁵ Zöller/ *Vollkommer*, ZPO, vor § 322 Rn. 1 ff.; *Musielak*, ZPO, Rn. 560 ff.

Das zeitliche Ende eines gerichtlichen Verfahrens wird durch Rechtsmittelfristen gewährleistet. Diese Fristen sind ausnahmslos als Notfristen ausgestaltet, was bedeutet, dass diese Fristen der Einflussmöglichkeit durch die Parteien oder des Gerichts entzogen sind, §§ 516, 552, 57 Abs. 2 i.V.m. § 224 Abs. 1, Abs. 2 ZPO. Mit deren Ablauf bzw. mit Verkündung des Urteils in den Fällen, in denen ein Rechtsmittel nicht gegeben ist, tritt die formelle Rechtskraft ein. Dies ist bei Endurteilen des LG und bei Berufungs- bzw. Revisionsurteilen des OLG oder des BGH der Fall.

Diese formelle Rechtskraft bedeutet, dass die Entscheidung nicht mehr angreifbar und damit in ihrem förmlichen Bestand gesichert ist¹⁶. Die Entscheidungen werden durch § 705 ZPO gegen die Einleitung oder Erneuerung eines Rechtsmittelverfahrens abgesichert¹⁷.

Diese Rechtswirkung würde konterkariert, wenn den Parteien die Möglichkeit eröffnet würde, jederzeit und zeitlich unbefristet ein neues Verfahren hinsichtlich des bereits entschiedenen Gegenstandes einzuleiten.

Die *materielle Rechtskraft* ist in § 322 ZPO geregelt. Sie setzt stets die formelle Rechtskraft voraus. Sie bindet die Parteien – unter bestimmten Bedingungen auch ihre Rechtsnachfolger, §§ 325 ff. ZPO - an die vom Gericht getroffenen Feststellungen. Ein neuer Prozess über denselben Streitgegenstand wird hierdurch unzulässig¹⁸. Die materielle Rechtskraft sichert den inhaltlichen Bestand einer formell endgültigen Entscheidung in weiteren Verfahren, damit aber auch die Maßgeblichkeit der Entscheidung für die Parteien ohne erneute Inanspruchnahme eines Gerichts¹⁹.

¹⁶ Heute h.M.; *Thomas/ Putzo* § 705 Rdn. 1; *Zöller/ Ströber*, § 705 Rn. 1; *Baumbach/ Lauterbach/ Hartmann*; Einf. §§ 322 bis 327 Rn. 1; *Rosenberg/ Schwab/ Gottwald*, § 149 I.

¹⁷ *BGH NJW-RR* 1988, 1465; *BGH NJW* 1992, 2296; *Zöller/ Stöber*, ZPO, § 705 Rn. 1.

¹⁸ *Zöller/ Vollkommer*, ZPO, Vor. § 322 Rn. 14.

¹⁹ *MünchkommZPO/ Gottwald*, § 322 Rn. 2; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* §§ 148 Rn. 2, § 150 Rn. 1 f.

Die materielle Rechtskraft ist nicht nur ein Gebot bloßer Zweckmäßigkeit, sondern wird als notwendige Folge des Rechtsstaatsprinzips verstanden²⁰. Die endgültige Gewissheit über die materielle Rechtsanwendung des erkennenden Gerichts ist ein unbedingtes Moment materieller Rechtskraft; eine Durchbrechung der Rechtskraft zur Korrektur der Rechtsanwendung soll unter keinen Umständen in Betracht kommen²¹. Deshalb hat der Gesetzgeber nur in wenigen genau beschriebenen Ausnahmefällen eine von dem rechtskräftigen Urteil abweichende Entscheidung zugelassen²². Hierzu gehören die Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Frist für Rechtsmittel, Einspruch oder Gehörsrüge, §§ 233 ff. ZPO, Bestimmung des zuständigen Gerichts in den Fällen des § 36 Nr. 5, 6, Abänderungs- und Nachforderungsklage, §§ 323, 324 ZPO, § 10 a HärteregelungsG für den öffentlich- rechtlichen Versorgungsausgleich, die Wiederaufnahmeklage, §§ 578 ff, 641 i ZPO sowie besondere Ausnahmefälle gem. § 826 BGB²³. Schließlich entfällt die Rechtskraft von Gesetzes wegen, wenn eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung auf erfolgreiche Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG; § 90 BVerfGG) hin gem. § 95 Abs. 2 BVerfGG aufgehoben wird²⁴.

Den allgemeinen Grundsatz, wonach die materielle Rechtskraft zu Rechtsfrieden und Rechtssicherheit beitragen soll und es mit diesem Zweck unvereinbar ist, die Richtigkeit oder Unrichtigkeit eines Urteils in einem weiteren Verfahren nochmals zu überprüfen, hat das Bundesverfassungsgericht bereits in seinem Urteil vom 1. Juli 1953²⁵ in einer für alle Rechtsfindungsverfahren geltenden Weise formuliert. Dabei hat das Bundesverfassungsgericht dem bloßen Wandel der Rechtsauffassung und der Änderung der Rechtsprechung für ein bereits abgeschlossenes Verfahren jedwede Beachtlichkeit abgesprochen und dieses Prinzip zum grundlegenden Element materieller Rechtskraft erklärt:

²⁰ Schwab/ Gottwald, Verfassung und Zivilprozeß, 1984, S. 28 f.

²¹ Gaul, Grundlagen des Wiederaufnahmerechts, S. 210.

²² Musielak/ Musielak, ZPO, § 322 Rn. 88, Reichold, in: Thomas/ Putzo, § 322 Rn. 49.

²³ Vgl. hierzu die Übersicht bei Reichold, in: Thomas/ Putzo, § 322 Rn. 49 und MünchKommZPO/ Gottwald, § 322 Rn. 209 ff.

²⁴ Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald § 17 Rn. 27.

²⁵ BVerfGE 2, 380, 396.

„Wie es legitime Funktion der Verwaltung ist, sich wechselnden Lagen anzupassen – woraus die grundsätzliche Widerruflichkeit ihrer Akte folgt –, so ist es legitime Funktion der Rechtsfindung, die Rechtsfolgen abgeschlossener Tatbestände endgültig zu klären. Solche Klarstellung aber besteht zu einem wesentlichen Teil gerade in der Interpretation unbestimmter Rechtsbegriffe und in der Subsumtion von Grenz- und Zweifelsfällen unter diese Begriffe. Die Rechtsfindung würde daher ihres eigentlichen Sinnes beraubt werden, wenn man die Wiederaufnahme eines abgeschlossenen Verfahrens wegen eines Wandels der Auslegung von Rechtsbegriffen zuließe. Sie könnte die ihr eigentümliche Aufgabe, Rechtssicherheit zu gewährleisten, nicht mehr erfüllen; vielmehr würde eine unerträgliche Rechtsunsicherheit eintreten und das Vertrauen in staatliches Handeln aufs schwerste erschüttert werden. Es ist aus diesen Gründen allgemein anerkannt, dass die Rechtsbeständigkeit von Prozessentscheidungen durch einen Wechsel der Anschauung über Interpretation und Subsumtion nicht berührt werde“.

Daraus folgt zunächst, dass nach Eintritt formeller Rechtskraft kein neues Verfahren mit demselben Streitgegenstand mehr durchgeführt werden darf.

Was unter dem Begriff „Streitgegenstand“ zu verstehen ist, hat der Gesetzgeber dabei nicht definiert. Der Gesetzgeber ging zunächst davon aus, dass der prozessuale Anspruch mit dem materiell-rechtlichen Anspruch, wie ihn § 194 BGB definiert, identisch sei. Wollte man dieser materiellrechtlichen Auffassung folgen, so wäre mit jeder Klage, die einen einheitlichen Anspruch auf mehrere Anspruchsgrundlagen stützt, prozessual eine Klagehäufung gegeben. Damit würde ein einheitlicher Lebenssachverhalt in mehrere prozessuale Streitgegenstände aufgespalten.

Eine weitere Konsequenz wäre es, dass der Kläger, der auf Grund einer dieser materiellen Anspruchsgrundlagen vollständig obsiegt, mit seiner Klage teilweise abgewiesen werden müsste und deshalb z. T. auch die Kosten zu tragen hätte, wenn die weiteren geltend gemachten Anspruchsgrundlagen nicht zur Überzeugung des Gerichts dargetan wären. Es ist heute unbestritten, dass ein solches Ergebnis und die ihm zugrundeliegende Auffassung vom Streitgegenstand unhaltbar sind²⁶.

Nach der heute herrschenden Auffassung²⁷ setzt sich der Streitgegenstand aus dem zu einem Antrag formulierten Klagebegehren und dem diesem Antrag zugrunde liegenden Lebenssachverhalt zusammen; man kann insoweit auch von Klageantrag und Klagegrund sprechen. Dieser *zweigliedrige Streitgegenstandsbegriff* fasst alle materiellrechtlichen Anspruchsgrundlagen, die aus einem einheitlichen Lebenssachverhalt erwachsen sind, zu einem einheitlichen prozessualen Anspruch entsprechend dem Klageantrag zusammen und vermeidet damit die geschilderten Probleme der älteren materiellrechtlichen Theorie.

Eine andere Möglichkeit, den angedeuteten Schwierigkeiten zu entgehen, bildet der sog. *eingliedrige Streitgegenstandsbegriff*²⁸. Diese Auffassung legt das Schwergewicht für die Bestimmung des Streitgegenstandes ganz auf den Klageantrag. Der Lebenssachverhalt wird nach dieser Auffassung allein zur Individualisierung des Antrags herangezogen. Zu einer Mehrheit von Streitgegenständen kann es nach dieser Auffassung nur kommen, wenn vor Gericht mehrere unterschiedliche Klageanträge gestellt werden. Ob dies der Fall ist, ist freilich ein Problem der Auslegung des jeweiligen Antrags, wofür notwendigerweise auf die dem Antrag zugrunde liegenden und vor Gericht vorgebrachten Tatsachen zurückgegriffen werden muss. Dieser weite Begriff des

²⁶ Statt aller MünchKommZPO/ *Becker-Eberhard*, Vorbemerkung zu §§ 253 ff Rn. 32.

²⁷ *BGH NJW* 1981, 2065; *BGH NJW* 1981, 2306 *BGH NJW* 1983, 388, 389; *BGH NJW* 1983, 2032 f.; *BGH NJW* 1984, 371; 1984, 615; *BGH NJW-RR* 1987, 683, 684; 1987, 525, 526; *BGH NJW* 1988, 1964, 1965; *BGH NJW* 1989, 393 f.; *BGH NJW* 1992, 1172, 1173; *BGH NJW* 1993, 2684, 2685; *BGH NJW* 1994, 460; *BGH NJW-RR* 1997, 1216, 1217; *BGH NJW* 1994, 460; *BGH NJW* 2000, 1958; *BGH NJW* 2001, 3713; *BGH NJW* 2004, 1252, 1253; *BGHZ* 168, 179, 184; *BGH WM* 2007, 1241, 1242; MünchKommZPO/ *Becker-Eberhard*, Vorbemerkung zu §§ 253 ff Rn. 32.

²⁸ So insbesondere *Schwab*, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, 1954.

Streitgegenstandes, wie ihn die eingliedrige Theorie vertritt, wird allerdings nur für die Fragen der Rechtshängigkeit, der Klagehäufung und der Klageänderung konsequent durchgeführt, nicht dagegen für die Bestimmung des Umfangs der Rechtskraft²⁹. Dieser Begriff ist daher vorliegend unbeachtlich.

In keinem gerichtlichen Verfahren mit demselben Streitgegenstand darf von der Rechtserkenntnis des rechtskräftigen Urteils abgewichen werden³⁰. Dies gilt nicht nur, wenn der nämliche Streitgegenstand zwischen den nämlichen Parteien rechtshängig gemacht wird. Vielmehr sind die Streitgegenstände auch identisch, wenn im Zweitprozess der Ausspruch des kontradiktorischen Gegenteils einer im Erstprozess festgestellten Rechtsfolge begehrt wird³¹. Diese Maßgeblichkeit des Inhalts der Entscheidung für die Parteien und eines neu angerufenen Gerichts ist Ergebnis der materiellen Rechtskraft³². Die materielle Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung schließt jede neue Verhandlung und Entscheidung über den Anspruch, über den rechtskräftig entschieden worden ist, aus.

Nach § 322 Abs. 1 ZPO reicht die materielle Rechtskraft eines Urteils so weit, wie über den erhobenen Anspruch entschieden worden ist. Die Entscheidung entfaltet eine inhaltliche Bindungswirkung für die Parteien des Rechtsstreits und ein später neu angerufenes Gericht³³. Betroffen hiervon sind sowohl die seltenen späteren Verfahren, in denen es um den gleichen prozessualen Anspruch geht, als auch die häufigeren Fälle, in denen die frühere Entscheidung präjudiziell wirkt³⁴.

Die Begründung der Bindung ist Gegenstand des Streits unterschiedlicher Rechtskrafttheorien³⁵. Praktische Fragen lassen sich mit Hilfe der verschiedenen Theorien nicht lösen³⁶. Gegenüber materiellrechtlichen Lehrmeinungen, die eine Änderung des materiellen Rechts durch den Urteilsspruch mit unterschiedlichen

²⁹ Vgl. *Baumgärtel* JuS 1974, 72; *Leipold*, in: *Stein/Jonas/Schumann ZPO*, § 322 Rn. 292.

³⁰ Sog. Präjudizialität, *Zöller/ Vollkommer*, ZPO, vor § 322 Rn. 14 ff.; *MünchKommZPO/ Gottwald*, § 322 Rn. 46.

³¹ *BGH NJW* 1993, 2685; *BGH NJW* 1995, 968 u. 1757; *BGH NJW* 1996, 396; *BGH NJW* 2003, 3058; *Zöller/ Vollkommer*, ZPO, vor § 322 Rn. 21.

³² *MünchKommZPO/ Gottwald*, § 322 Rn. 1; *Schwab*, der Streitgegenstand im Zivilprozeß, S. 144; aus der Rechtsprechung vgl. *BGHZ* 34, 337, 339.

³³ *MünchKommZPO/ Gottwald*, § 322 Rn. 1; *Rosenberg/ Schwab/ Gottwald*, § 148 Rn. 2 und § 148 Rn. 1; *Zöller/ Vollkommer*, vor § 322 Rn. 19.

³⁴ *BGH NJW* 1983, 2032; *BGH NJW* 1985, 2535 f.; *BGH NJW* 1995, 1757 und 2993; *BGH NJW* 2003, 3058, 3059; *MünchKommZPO/ Gottwald*, § 322 Rn. 11; *Zöller/ Vollkommer*, ZPO, vor § 322 Rn. 19.

³⁵ Zur Übersicht vgl. *Zöller/ Vollkommer*, ZPO, vor § 322 Rn. 15 ff.

³⁶ *MünchKommZPO/ Gottwald*, § 322 Rn. 12; *Zöller/ Vollkommer*, ZPO, vor § 322 Rn. 14.

Ansätzen behauptet haben, überwiegen derzeit die prozessualen Rechtskrafttheorien. Diese verstehen die Rechtskraft als Grundsatz des Prozessrechts statt als materiellen Rechtssatz und sehen das Wesen der materiellen Rechtskraft darin, dass die Gerichte in einem späteren Verfahren die rechtskräftige Entscheidung zu beachten haben³⁷.

Heute vorherrschend ist in Rechtsprechung³⁸ und Literatur³⁹ die prozessuale Theorie. Danach wirkt das rechtskräftige Urteil, von Gestaltungsurteilen abgesehen, nicht auf die materiell-rechtliche Rechtslage ein, sondern führt zu einer Bindung der Gerichte in einem späteren Verfahren an die Entscheidung des Erstprozesses. In der älteren Literatur wird von Vertretern der prozessualen Bindungslehre angenommen, die Wirkung der materiellen Rechtskraft erschöpfe sich in dieser Bindung⁴⁰. Herrschend ist die weitergehende Theorie vom Wiederholungsverbot (*ne bis in idem*). Sie wird vom I. Zivilsenat des BGH ebenso befolgt wie von dessen anderen Senaten⁴¹.

Die *ne bis in idem*-Lehre enthält ein Verbot erneuter Verhandlungen, Beweisaufnahme und Entscheidung⁴². Besteht in Ausnahmefällen ein schutzwürdiges Interesse nach dem nochmaligen Erlass des Titels, wird das Wiederholungsverbot ausnahmsweise durchbrochen⁴³. Der Katalog der anzuerkennenden Ausnahmefälle ist nicht abgeschlossen. Als Wiederholungsverbot wirkt sich die *ne bis in idem*-Lehre nur in den seltenen Fällen aus, in denen der Streitgegenstand des zweiten Rechtsstreits identisch mit dem des ersten Rechtsstreits ist⁴⁴.

³⁷ Eingehende Darstellung der dogmengeschichtlichen Entwicklung bei *Gaul*, FS Flume, Bd. I, S. 443 – 525.

³⁸ BGH NJW 1951, 886; BGH NJW 1992, 1172; BAG NJW 1955, 476, 479; hierzu bereits RGZ 129, 246, 248.

³⁹ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 150 Rn. 7 ff; *Gaul*, FS Flume, Bd. I, 443, 512, 524; *Wieczorek/Büscher*, § 322 Rn. 37; *MünchKommZPO/Gottwald*, § 322 Rn. 9 ff.

⁴⁰ Vgl. etwa *Hellwig*, System I, 777.

⁴¹ BGH (I. ZS) GRUR 1993, 157, 158 – *dauernd billig*; BGHZ (V. ZS) 93, 287, 288 f. m.w.N.; BGHZ (I. ZS) 123, 30, 34; ferner BGHZ (III. ZS) 34, 337, 339; BGHZ (IV. ZS) 36, 365, 367; BGHZ (V. ZS) NJW 1979, 1408; BGHZ (VIII. ZS) NJW 2004, 1252, 1253.

⁴² *MünchKommZPO/Gottwald*, § 322 Rn. 9 f.; *Zöller/Vollkommer*, ZPO, Vor § 322 Rn. 19, 21.

⁴³ BGHZ 93, 287, 291.

⁴⁴ *Zöller/Vollkommer*, ZPO, vor § 322 Rn. 18; *MünchKommZPO/Gottwald*, § 322 Rn. 10.

Bei Verschiedenheit der Streitgegenstände kommt zum Tragen, dass das später entscheidende Gericht an einer abweichenden Entscheidung gehindert ist, wenn die im Vorprozess rechtskräftig entschiedene Rechtsfolge Vorfrage im Folgenstreit ist⁴⁵. Beide Funktionen sind danach Bestandteil der materiellen Rechtskraft.

II. Verwaltungsverfahrenrechtliche Lage

Im Verwaltungsrecht hat sich bereits vor Inkrafttreten der VwVfG zur Kennzeichnung einer dem Verwaltungsakt eigentümlichen Form der Rechtsbeständigkeit der Begriff Bestandskraft ausgebildet⁴⁶. Auch hier wird zwischen formeller und materieller Bestandskraft unterschieden.

Im formellen Sinn ist Bestandskraft als die Unanfechtbarkeit des Verwaltungsakts durch den Adressaten oder eines betroffenen Dritten anzusehen⁴⁷. Sie folgt, wenn der Verwaltungsakt nicht mehr mit regulären Rechtsbehelfen des Widerspruchs und der Klage angefochten werden kann⁴⁸. Die formelle Bestandskraft des Verwaltungsaktes tritt ungeachtet seiner Rechtmäßigkeit ein, es sei denn, der Verwaltungsakt ist nichtig, vgl. § 43 Abs. 3 VwVfG.

Auch im materiellen Sinn wird das Rechtsverhältnis, das Gegenstand der Regelung durch den Verwaltungsakt ist, durch den bestandskräftigen Verwaltungsakt für die Behörde und Beteiligten endgültig und bindend geregelt. Eine Aufhebung oder Änderung ist nur noch nach Maßgabe besonderer gesetzlicher Bestimmungen sowie nach den §§ 48 bis 51 VwVfG möglich, nicht mehr hingegen im Rahmen normaler Rechtsbehelfe⁴⁹.

⁴⁵⁴⁵ *BGH NJW 1983, 2032; Zöller/ Vollkommer, ZPO, vor § 322 Rn. 19, 21; MünchKommZPO/ Gottwald, § 322 Rn. 10f.*

⁴⁶ *Badura in Erichsen/ Ehlers § 38 Rn. 45 ff.; Sauer, DÖV 71, 150; ferner Maurer, § 11 Rn. 1 ff.*

⁴⁷ *Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVfG § 43 Rn 20.*

⁴⁸ *Vgl. BVerwG DVBl 1982, 1097; Merten, NJW 1983, 1993, 1995; Erichsen/Knoke NVwZ 1983, 185, 186; Schenke, DÖV 1983, 320, 321; Kopp/ Ramsauer § 43 Rn. 29 m.w.N.*

⁴⁹ *BVerwGE 49, 248; BVerwG DVBl 1982, 1997; BVerfGE 60, 269; Rößler, NJW 1986, 972; Meyer, in Knack vor § 43 Rn. 30.*

Der Bestandskraft von Verwaltungsakten misst das *BVerfG*⁵⁰ eine der Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen vergleichbare Bedeutung zu; an der Bestandskraft von Verwaltungsakten besteht danach ein dem Institut der Rechtskraft vergleichbares rechtsstaatliches, in der Rechtssicherheit begründetes Interesse⁵¹. Das Erfordernis der Rechtssicherheit gebietet es, dass überall dort, wo Akte mit dem Anspruch rechtlicher Verbindlichkeit gesetzt werden, den Betroffenen möglichst schnell Gewissheit über das für sie Verbindliche zuteil werden zu lassen. Das *BVerfG* hat dazu in seinem Beschluss vom 20.04.1982 ausgeführt⁵²:

„Gibt die Rechtsordnung der Verwaltungsbehörde die Möglichkeit, durch Hoheitsakt für Ihren Bereich das im Einzelfall Verbindliche festzustellen, zu begründen oder zu verändern, so besteht auch ein verfassungsrechtliches Interesse daran, seine Bestandskraft herbeizuführen. Dieser Bestandskraft des Verwaltungsakts kommt, wenn auch auf anderer Ebene, vergleichbare Bedeutung für die Rechtssicherheit zu wie der Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung. Die Fristen für Widerspruch und Klage in Bezug auf Verwaltungsakte sind ebenso Instrumente zur Gewährung von Rechtssicherheit wie die Fristen für Rechtsmittel gegen gerichtliche Entscheidungen“

In der Sache ging es um die Frage, ob die Gleichstellung des Verschuldens des Prozessbevollmächtigten mit dem Verschulden der Partei bei der Frage der Wiedereinsetzung in eine versäumte Frist mit dem Grundgesetz vereinbar sei. Das Bundesverfassungsgericht hatte zu überprüfen, ob das Gebot der Rechtssicherheit es rechtfertige, im Falle des Versäumens der fristgerechten Einlegung von Rechtsmittels die in Art. 19 Abs. 4 GG verfassungsrechtlich geschützten Garantie eines effektiven Rechtsschutzes zu beschränken. Diese Frage hat das Bundesverfassungsgericht bejaht und damit verdeutlicht, dass durch die Rechtsmittelfristen den Beteiligten klar sein soll, ob es bei der entsprechenden Entscheidung bleibt oder der Streit fortgesetzt wird. Mithin dienen die Rechtsmittelfristen der Rechtssicherheit der Beteiligten.

⁵⁰ BVerfGE 60, 253, 269ff.

⁵¹ BVerfGE 60, 253, 269.

⁵² BVerfGE 60, 253, 270.

III. Zusammenfassung

Sowohl die Rechtskraft von Urteilen als auch die Bestandskraft von Verwaltungsakten sind Ausdruck des Gebots der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens, die das Rechtsstaatsprinzip schützt. Die an einem Rechtsstreit Beteiligten sollen wissen, ob und bejahendenfalls ab welchem Zeitpunkt sie auf den Bestand einer gerichtlichen Entscheidung vertrauen dürfen. Rechts- bzw. bestandskräftige Entscheidungen sind daher grundsätzlich nicht mehr angreifbar und genießen insoweit Bestandsschutz.

Zweites Kapitel

A. Rechtskraft und Rechtskraftdurchbrechung bei wettbewerbsrechtlichen Unterlassungstiteln nach nationalem Recht

I. Gang der Darstellung

Bevor auf die Rechtsprechung des *EuGH* eingegangen werden soll, mit denen die Bestands- und Rechtskraft nationaler Entscheidungen tangiert wurde, sowie auf die sich daran anschließende Frage, ob die daraus resultierenden Grundsätze auf nationale Entscheidungen aus dem Lauterkeitsrecht übertragbar sind, soll im Folgenden zunächst die rechtliche Situation der Rechtskraftdurchbrechung bei wettbewerbsrechtlichen Titeln und der Auflösung von Vereinbarungen auf Grund einer Änderung der Gesetzeslage und der höchstrichterlichen Rechtsprechung untersucht werden. Eine Überprüfung der Judikatur zur Bindungswirkung rechtskräftiger Titel ist erst dann in Betracht zu ziehen, wenn die vom *EuGH* aufgestellten Grundsätze zur Begrenzung der Rechtskraft nationaler Entscheidungen auf einen rein nationalen Sachverhalt übertragbar sind, der eine in Rechtskraft erwachsene wettbewerbs- bzw. zivilrechtliche Entscheidung betrifft, oder wenn die Besonderheiten des Lauterkeitsrechts eine Übertragung geboten erscheinen lassen.

II. Gesetzeslage bei ordentlichen Unterlassungstiteln

1) Begriff und Bedeutung der Unterlassungstitel

Aus dem Unterlassungsanspruch folgt – im Gegensatz etwa zum Beseitigungsanspruch – nicht die Verpflichtung zu einer einmaligen Leistung, sondern die Verpflichtung, das wettbewerbswidrige Verhalten auf Dauer zu

unterlassen⁵³. Der Unterlassungsanspruch begründet somit ein Dauerschuldverhältnis zwischen Unterlassungsgläubiger und Unterlassungsschuldner, wonach der Unterlassungsschuldner gegenüber dem Unterlassungsgläubiger zu dauernder Unterlassung der beanstandeten und im Urteilstenor konkretisierten Verletzungshandlung verpflichtet ist.

Ausgelöst wird der Unterlassungsanspruch durch eine bereits begangene oder drohende Handlung des Schuldners. Der Anspruch richtet sich jedoch nicht gegen diese Handlung als solche; vielmehr richtet er sich gegen zukünftige Handlungen des Schuldners⁵⁴. Das Unterlassungsurteil ist dementsprechend auch nur auf solche zukünftigen Handlungen gerichtet.

Der *BGH* hat hierzu bereits in seinem Urteil „Kaffeewerbung“⁵⁵ aus dem Jahre 1972 formuliert:

„Dieses durch Urteil festgestellte, in die Zukunft gerichtete, unbefristete Verbot ist nicht auf das bereits vollzogene, gegen die Vorschriften der §§ 1, 3 UWG verstoßende Verhalten bezogen, das als solches auch nur Gegenstand von Ansprüchen auf Beseitigung der durch dieses Verhalten eingetretenen Beeinträchtigung oder auf Schadensersatz sein könnte; vielmehr beruht dieses urteilsgemäß festgestellte Verbot auf dem allgemeinen zugunsten des Gläubigers gegen jedermann wirkenden gesetzlichen Verbot (§§ 1,3 UWG), das in einen von dem früheren Verhalten nunmehr unabhängigen materiell- rechtlichen Anspruch gegen den Schuldner umgewandelt worden ist.“

Daraus folgt, dass der durch das Urteil festgestellte und tenorierte Unterlassungsanspruch zwar von dem früheren Verhalten unabhängig ist, der Unterlassungsanspruch und das frühere Verhalten jedoch in einem unmittelbaren Zusammenhang stehen. Denn der Unterlassungsanspruch wird von dem erkennenden Gericht auf Grundlage des früheren (bzw. konkret bevorstehenden) Verhaltens zugesprochen, sofern noch eine weitere Voraussetzung vorliegt: die

⁵³ Gloy/ Schmidt- Diemetz/ Eck, Hdb. Wettbewerbsrecht, § 43 Rn. 128.

⁵⁴ Ahrens/ Deutsch, Wettbewerbsprozeß, Kap. I Rn. 25; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, S. 21.

⁵⁵ *BGH GRUR 1972, 721– Kaffeewerbung.*

Wiederholungsgefahr. Fehlt es an der Wiederholungsgefahr, ist ein Anspruch trotz konkreter Verletzungshandlung nicht entstanden; fällt die Wiederholungsgefahr nachträglich fort, erlischt der Unterlassungsanspruch.

Die Wiederholungsgefahr bezeichnet die Gefahr der erneuten Begehung einer konkreten Verletzungshandlung, die der Verletzer in gleicher oder im Kern gleichartiger Form bereits rechtswidrig begangen hat⁵⁶. Dabei begründet das rechtswidrige Handeln im Wettbewerb erfahrungsgemäß allgemein und regelmäßig die „ernsthafte und greifbare Besorgnis“⁵⁷ der Wiederholung der Verletzungshandlung.

Das bedeutet, dass bei Vorliegen einer Verletzungshandlung und der ihr innewohnenden Wiederholungsgefahr ein in die Zukunft gerichtetes, unbefristetes Unterlassungsurteil ergeht. Das Gericht setzt demnach bei Erlass des Urteils voraus, dass auch die rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen für das Urteil fort gelten. Andernfalls müsste das im Unterlassungsurteil statuierte Verbot befristet werden⁵⁸.

Unstreitig wird der Bestand eines Unterlassungstitels nicht allein durch den Fortfall des materiell-rechtlichen Anspruchs berührt, der ihm zu Grunde liegt. Vielmehr muss der Schuldner das titulierte Verbot beachten, solange das Urteil gilt. Umstritten ist, welchen prozessualen Weg der Schuldner des Unterlassungstitels einschlagen muss, um dem Titel seine Wirkung zu nehmen.

2) Die möglichen Rechtsgrundlagen

a) Die Abänderungsklage nach § 323 ZPO

§ 323 ZPO schafft die prozessuale Möglichkeit, im Wege der Klage die Abänderung eines Urteils auf künftig fällig werdende Leistungen zu verlangen, wenn eine wesentliche Änderung der Verhältnisse eingetreten ist, die für die

⁵⁶ Allg. Meinung; vgl. nur Fezer/ Büsscher, § 8 UWG, Rn. 47 mw.N.

⁵⁷ Vgl. BGH GRUR 1992, 318, 319 = WRP 1992, 314 – Jubiläumskauf; Hefermehl/Köhler// Bornkamm, § 8 UWG, Rn. 1.3.2.

⁵⁸ So auch Völp, GRUR 1984, S. 488.

Festsetzung der Leistung maßgeblich war. Es handelt sich um einen außerordentlichen, rein prozessualen Rechtsbehelf und um eine prozessuale Gestaltungsklage⁵⁹. Dieser Rechtsbehelf dient der Verhütung oder Beseitigung der prozessualen Bindungswirkung des Gerichts nach § 318 ZPO und schafft Möglichkeiten zur Beseitigung der materiellen Rechtskraft⁶⁰.

b) Die Vollstreckungsabwehrklage § 767 ZPO

Mit dieser beim Prozessgericht des ersten Rechtszugs zu erhebenden Klage kann der Schuldner Einwendungen geltend machen, „die den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen“. Ziel der Klage ist nicht die Aufhebung des Urteils oder die Feststellung, dass der Anspruch nicht oder nicht mehr bestehe. Vielmehr begehrt der Kläger, die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil für unzulässig zu erklären⁶¹.

c) Die Beachtlichkeit von Rechtsprechungs- und Gesetzesänderungen bei der Abänderungsklage und der Vollstreckungsabwehrklage

aa) Die Beachtlichkeit von Rechtsprechungs- und Gesetzesänderungen bei der Abänderungsklage

§ 323 Abs. 1 ZPO enthält eine Ausnahme von den allgemeinen Regeln über die Rechtskraft. Voraussetzung für die Änderung und damit der Durchbrechung der Rechtskraft eines Titels, der zur Entrichtung künftig fälliger wiederkehrender Leistungen verurteilt, ist nach § 323 Abs. 1 ZPO eine wesentliche Änderung der Verhältnisse. Eine nachträgliche Änderung der Rechtslage kann eine solche „wesentliche Änderung der Verhältnisse“ jedoch nicht begründen.

⁵⁹ BGH NJW 2005, 2313; BFH NJW 1986, 2730; aM OLG Köln FamRZ 1983, 1049.

⁶⁰ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO § 323 Rn. 1.

⁶¹ Stein/ Jonas/Münzberg, ZPO, § 767 Rn. 7.

(1) Zur Abänderbarkeit von Vergleichen bei verfassungswidriger Rechtsprechung

Bei Vergleichen entspricht es seit langem der einhelligen Auffassung, dass eine Änderung der Gesetzeslage und die ihr gleichkommende verfassungskonforme Auslegung einer Norm durch das *BVerfG* eine Abänderung bei Prozessvergleichen zulassen⁶². So hat auch der *BGH* in seiner Entscheidung aus dem Jahre 1990¹ hinsichtlich der Frage der Abänderbarkeit einer rechtskräftigen Verpflichtung zur Unterhaltzahlung auf Grund einer Änderung der Rechtsprechung durch ein Bundesverfassungsgerichtsurteil ausgeführt⁶³:

„Hat das BVerfG ein Gesetz abweichend vom bisherigen, die Rechtsprechung beherrschenden wortgetreuen Verständnis anders ausgelegt, um verfassungswidrige Ergebnisse zu vermeiden, so steht das einer Änderung der Gesetzeslage näher als eine bloße Änderung der Rechtsprechung. Durch eine solche Änderung der Rechtslage entfällt jedenfalls die Bindung an die frühere rechtliche Beurteilung, denn diese würde dazu führen, dass verfassungswidrige Ergebnisse fortgeschrieben werden müssten.“

(2) Zur Abänderbarkeit von Vergleichen bei Änderungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung

Auch ist allgemein anerkannt, dass eine Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung eine Abänderung von Prozessvergleichen erlaubt⁶⁴.

Dies beruht auf dem Gedanken, dass die für Prozessvergleiche in § 323 Abs. 4 i.V.m. § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO getroffene Regelung klarstellt, dass eine Partei im Wege der Abänderungsklage eine Korrektur der getroffenen Vereinbarung verlangen kann, wenn die Geschäftsgrundlage für die Verpflichtung sich verändert hat oder weggefallen ist. Für die Frage nach der Abänderbarkeit eines

⁶² *BGH*, NJW 1990, 3020; *BGH* NJW-RR 1991, 519; *Göppinger/Vogel*, UnterhaltsR, Rn. 2403; *Graba*, Die Abänderung von Unterhaltstiteln, Rn. 274; *Soyka*, Die Abänderungsklage im UnterhaltsR, Rn. 74f.

⁶³ *BGH*, NJW 1990, 3020

⁶⁴ *Göppinger/Vogel*, UnterhaltsR, Rn. 2402; *Musielak/Borth*, ZPO § 323 Rn. 48; *Schwab/Maurer*, Hdb. des ScheidungsR, I, Rn. 1033.

Prozessvergleichs kommt es somit darauf an, welche Verhältnisse diesem zu Grunde lagen und wie die Parteien diese bewerten⁶⁵. Die Änderung einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung kann dabei zu Störungen der vertraglichen Vereinbarung führen, die nach § 313 BGB im Wege der Anpassung zu bereinigen sind⁶⁶.

Ein beiderseitiger Irrtum über die Rechtslage beim Abschluss einer Vereinbarung kann grundsätzlich dann das Fehlen der Geschäftsgrundlage bedeuten, wenn die Vereinbarung ohne diesen Rechtsirrtum nicht oder nicht mit diesem Inhalt abgeschlossen worden wäre. Dies gilt auch dann, wenn der Geschäftswille der Parteien durch die gemeinsame Erwartung vom Fortbestand einer bestimmten Rechtslage geprägt war⁶⁷.

Ob letztendlich eine Anpassung an die veränderte Rechtslage erfolgen kann, ist im Wege der Auslegung unter Abwägung der beiderseitigen Interessen zu ermitteln. Es genügt nicht, dass ein weiteres Festhalten am Vereinbarten nur für eine Partei unzumutbar erscheint; vielmehr muss hinzukommen, dass das Abgehen vom Vereinbarten der anderen Partei auch zuzumuten ist⁶⁸.

Eine Abänderung von Vergleichen kann nach Auffassung des *BGH* nur eine Rechtsprechungsänderung rechtfertigen, die eine andere Rechtslage schaffe und damit in ihren Auswirkungen einer Gesetzesänderung oder Änderung der Rechtslage durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vergleichbar sei. Dies komme grundsätzlich nur für die Änderung einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung, nicht aber für eine Rechtsprechung der Instanzgerichte in Betracht, da die Parteien bei der Regelung von Dauerschuldverhältnissen im Zweifel von derjenigen Rechtslage ausgingen, die sie auf Grund höchstrichterlicher Rechtsprechung als gefestigt ansehen würden⁶⁹. Auf die Änderung einer *OLG*-Rechtsprechung will der *BGH* ausnahmsweise abstellen, wenn die Parteien erkennbar eine bestimmte, nur in ihrem

⁶⁵ *BGH NJW* 1986, 2054; *BGH NJW* 2001, 2259, 2260.

⁶⁶ *BGH NJW* 2001, 3618, 3620.

⁶⁷ *BGH NJW* 1972, 1577; *BGH NJW* 1983, 1548; *BGH NJW* 1995, 1891; *BGH NJW* 2001, 3618, 3620.

⁶⁸ *BGH NJW* 2001, 3618, 3620.

⁶⁹ *BGH NJW* 2001, 3618, 3620.

Oberlandesgerichtsbezirk vertretene Rechtsauffassung zu Grunde gelegt haben, die - mit erheblichen Auswirkungen für die getroffene Dauerregelung - aufgegeben wird, so dass ein weiteres Festhalten hieran gegen Treu und Glauben verstieße.

(3) Abänderung rechtskräftiger Urteile auch in Fällen der Rechtsprechungsänderung

Ob eine Änderung der Rechtsprechung auch die Abänderungsklage nach § 323 Abs. 1 ZPO gegen Urteile rechtfertigt, ist eine Frage, die seit langem kontrovers diskutiert wird.

Mit der Frage der analogen Anwendbarkeit des § 323 ZPO auf rechtskräftige wettbewerbsrechtliche Unterlassungstitel in Folge einer Änderung der Rechtsprechung oder der Gesetzeslage hat sich erstmals *Dieter Gaul*⁷⁰ beschäftigt. Er hat zwar eine Anwendbarkeit bejaht, eine schlichte Änderung der Bewertung in tatsächlicher oder rechtlicher Änderung jedoch als nicht ausreichend angesehen.

Mit dieser Auffassung lag *Gaul* auf der Linie der damals vorherrschenden Auffassung, dass eine – auch grundlegende – Änderung der Rechtsprechung generell kein selbstständiger Abänderungsgrund sei⁷¹. Sie machte eine Änderung der tatsächlichen Verhältnisse zur Voraussetzung einer Abänderung i.S. von § 323 ZPO. Hingegen stelle die Änderung der Rechtsprechung eine andere rechtliche Beurteilung unveränderter tatsächlicher Verhältnisse dar, so dass eine Abänderung nach § 323 ZPO ausscheide; § 323 ZPO erlaube es nicht, „ein falsches Urteil zu korrigieren“⁷².

Diese Auffassung kann sich darauf stützen, dass das in § 323 Abs. 2 ZPO verankerte Erfordernis der nachträglichen Änderung der Verhältnisse, die Grundlage des Urteils geworden sind, nach den Materialien zur CPO explizit darauf ausgerichtet war, „mit dem Grundsatz des § 686 II CPO in Einklang zu

⁷⁰ Gaul WRP 1988, 215, 224, 225.

⁷¹ *Wendl/Thalmann*, Das UnterhaltsR in der familienrichterlichen Praxis, Rn. 8/158c; *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO, 21. Aufl. (1998), § 323 Rn 23; *Heiß/Born*, UnterhaltsR, 23.52; a.M. *Zöller/Vollkommer*, ZPO, § 323 Rn. 32; *Graba*, Die Abänderung von Unterhaltstiteln, Rn. 278; offen gelassen von *BGH*, NJW 1990, 3022, 3022.

⁷² *Schellhammer*, Zivilprozess, Rn. 212.

bleiben“⁷³. Bei § 686 Abs. 2 CPO handelt es sich um den heutigen § 767 Abs. 2 ZPO, welcher unbestritten objektiv neue, d.h. nach Schluss der letzten mündlichen Verhandlung entstandene Tatsachen erfordert.

Kontrovers diskutiert wurde die Möglichkeit, Rechtsprechungsänderungen mit der Abänderungsklage geltend machen zu können, erneut auf Grund einer Entscheidung der *BGH* vom 13.06.2001⁷⁴, wonach Einkünfte des Unterhaltsgläubigers, die dieser erstmals nach der Scheidung erzielt, nicht mehr wie bisher nach der Anrechnungsmethode, sondern nach der Differenzmethode bei Bemessung der Höhe des zu zahlenden Unterhalts zu berücksichtigen seien. In der Literatur⁷⁵ wurde die Frage aufgeworfen, ob es tatsächlich darauf ankomme, ob die aufgegebene Rechtsprechung verfassungsrechtlich bedenklich war oder ob nicht auch andere Rechtsprechungsänderungen die Abänderungsklage rechtfertigen könne.

Der *BGH* hat mit seinem Urteil vom 05.02.2003⁷⁶ - und dies wurde in der Literatur zuvor gefordert⁷⁷ - geklärt, dass eine Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung einen Abänderungsgrund i.S. des § 323 ZPO darstellen kann. Zur Begründung hat der *BGH* ausgeführt:

„Die dargestellte Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung beruht auf einer abweichenden Sicht des § 1578 BGB sowie des bisherigen Verständnisses der „eheprägenden“ Verhältnisse und führt zu einer neuen Rechtslage. Diese geänderte Rechtslage erfasst zwar auch zurückliegende Zeiträume, vermag, wie der Senat wiederholt entschieden hat (...), aber eine Abänderung von Prozessvergleichen erst ab Verkündung des maßgeblichen Senatsurteils vom 13.6.2001 zu rechtfertigen. Für die Abänderung eines Unterhaltsurteils, wie sie hier im Streit steht, kann schon aus Gründen der Rechtssicherheit nichts anderes gelten.“

⁷³ Die Gesamten Materialien zur CPO, Motive, Bd. II, S. 789.

⁷⁴ NJW 2001, 2254.

⁷⁵ Borth FamRB 2002, 16, 18.

⁷⁶ BGH NJW 2003, 1796.

⁷⁷ Roßmann- Gläser, JuS 2003, 1121.

Auch in der Literatur werden Grundsatzurteile des BGH zunehmend als ein Änderungsgrund i.S. des § 323 ZPO angesehen. Derartige Entscheidungen kämen in ihren praktischen Auswirkungen einer Gesetzesänderung gleich; das Vertrauen in den Fortbestand der Rechtsprechung werde in gleicher Weise wie im Falle einer Abänderung verfassungswidriger Rechtsprechung durch das *BVerfG* enttäuscht⁷⁸. *Graba*⁷⁹ vertritt hierzu die Auffassung, dass eine Entscheidung des *BGH* die Untergerichte in einem anderen Verfahren zwar nicht binde, tatsächlich die Untergerichte aber einer Entscheidung des *BGH* im Allgemeinen folgen würden. Auch nach einer Formulierung von *Krebs*⁸⁰ wirken die Entscheidungen des *BGH* wie Gesetze für alle Rechtsunterworfenen. Die Vertreter der Auffassung, dass eine höchstrichterliche Entscheidung praktisch einer Gesetzesänderung gleichkommen würde, bestreiten zu ihrer Begründung insbesondere das von der Gegenansicht angeführte Argument der Rechtskraft, weil dieser rein dogmatische Ansatzpunkt über die Interessenabwägung keine Aussage treffe und eine Abänderungsklage nach § 323 ZPO auch bei Urteilen nicht deren Rechtskraft voraussetze⁸¹. Im Konflikt zwischen der Bindung an das Vorausurteil und dem Interesse an einer materiell richtigen Entscheidung für die Zukunft sei letzterer der Vorzug zu geben⁸².

Die Beachtlichkeit von Rechtsprechungsänderungen entspricht auch dem Sinn und Zweck des § 323 ZPO, der eine Korrektur von Urteilsängeln ermöglichen soll, die auf zeitlichem Vorlauf beruht. Darüber hinaus verstößt die Gegenansicht, die eine Abänderung gem. § 323 ZPO bei einem Wandel der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht zulässt, gegen den Gleichheitssatz: Denn bei einem Urteil, das auf erst zukünftig zu erbringende Leistungen lautet, erfolgt die Feststellung bereits vor Fälligkeit dieser Leistung, so dass der Beklagte in einem solchen Fall schlechter gestellt wäre als ein Schuldner, der erst im Zeitpunkt der Fälligkeit verklagt wird⁸³.

⁷⁸ So insbesondere *Soyka*, Die Abänderungsklage im UnterhaltsR, Rn. 75; *Schwab/ Maurer*, Handbuch des ScheidungsR, Rn. 1070.

⁷⁹ *Graba*, Die Abänderung von Unterhaltstiteln, S. 114.

⁸⁰ AcP 195, 171, 183.

⁸¹ *Schwab/ Maurer*, HB des Scheidungsrechts, Teil I Rn. 1070.

⁸² *Graba*, Die Abänderung von Unterhaltstiteln, S. 114.

⁸³ So auch *Braun*, Grundfragen der Abänderungsklage, S. 220 ff.

Änderungen der Gesetzeslage und der höchstrichterlichen Rechtsprechung können daher einen Abänderungsgrund i.S. des § 323 ZPO darstellen. Auch eine Änderung der gefestigten Rechtsprechung der Oberlandesgerichte kann unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit einer Klage für den Titelschuldner aus § 323 ZPO rechtfertigen.

bb) Meinungsstand bei der Vollstreckungsabwehrklage

(1) Beachtlichkeit von Gesetzesänderungen

Im Rahmen der Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO ist anerkannt, dass eine Gesetzesänderung eingewandt werden kann, wenn sie den titulierten Anspruch betrifft⁸⁴. Ob der titulierte Anspruch durch eine Gesetzesänderung betroffen ist, kann sich aus der Auslegung des Willens des Gesetzgebers ergeben. So ist der titulierte Anspruch beispielsweise durch eine Gesetzesänderung betroffen, wenn eine als verfassungswidrig erkannte Rechtslage rückwirkend geändert werden sollte oder wenn es sich bei den titulierten Ansprüchen um solche handelt, die in jedem Augenblick neu entstehen, wie Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen – vor allem Unterhaltsansprüche – und die deshalb für die Zukunft von den Gesetzesänderungen betroffen werden⁸⁵.

Unterlassungsansprüche sind wegen der Zukunftswirkung dieser Urteile von Gesetzesänderungen betroffen, wenn auf Grund der Gesetzesänderung die bisher verbotene Handlungsweise nunmehr zulässig wird⁸⁶. Wenn wegen einer Änderung des Gesetzes ein Verhalten im Wettbewerb, abweichend von der früheren Rechtslage, nicht mehr zu beanstanden ist, kann daher der Unterlassungsschuldner mit der Vollstreckungsabwehrklage erreichen, dass ein früher gegen ihn erwirkter Unterlassungstitel nicht mehr vollstreckt wird⁸⁷.

⁸⁴ BGH NJW 2002, 2940, 2943; KG GRUR 1996, 997.

⁸⁵ Vgl. OLG Köln WM 1985, 1539, 1540; *Rosenberg/ Gaul/ Schilken* § 40 V 1 d m.w.N.

⁸⁶ *Grunsky*, Gedächtnisschrift für J. Rödning, S. 325 ff.; *Völpl*, GRUR 1984, 486, 489; *Rosenberg/ Gaul/ Schilken* § 40 V 1 d.

⁸⁷ *Ulrich* in Festschrift Traub, S. 423, 429.

(2) Beachtlichkeit von Rechtsprechungsänderungen

Änderungen der – auch höchstrichterlichen – Rechtsprechung können nach herrschender Auffassung⁸⁸ grundsätzlich eine Vollstreckungsabwehrklage aus § 767 ZPO nicht rechtfertigen; diese kommen als „relevante Änderungen“ im Sinne dieser Norm nicht in Betracht⁸⁹. In der Literatur und Rechtsprechung ist allerdings umstritten, ob dieser Grundsatz auch uneingeschränkt auf in die Zukunft gerichtete Unterlassungstitel angewendet werden kann.

Nach einer Auffassung stellen im Wettbewerbsrecht die Entscheidungen des BGH – zumindest im Bereich von Generalklauseln – ein Äquivalent zum Gesetzesrecht dar. Es könne deshalb nicht zwischen Änderungen des Gesetzes und der Ansicht der Rechtsprechung darüber, was Inhalt des Gesetzes sei, unterschieden werden⁹⁰. Diese Auffassung vertritt seit kurzem auch der BGH. In seinem Urteil „Mescher weis“⁹¹ hat er die Rechtsprechung zu § 323 ZPO für die Abänderung auf zukünftige Leistung gerichteter Urteile herangezogen. Danach sei anerkannt, dass auch die gerichtliche Änderung von Berechnungsmaßstäben einen Änderungsgrund darstelle, dies insbesondere dann, wenn die Rechtsprechungsänderung wie eine Gesetzesänderung wirke. Deshalb sei auch eine Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO gegen einen rechtskräftigen Unterlassungstitel zulässig, wenn das dem Unterlassungsschuldner untersagte Verhalten nunmehr aufgrund einer Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht mehr verboten ist. Dem Unterlassungsschuldner sei das Festhalten an dem gerichtlichen Verbot nicht zumutbar, da ihm Werbemöglichkeiten, die seinen Mitbewerbern erlaubt sind, dauerhaft verwehrt blieben würden.

⁸⁸ BGH NJW 1953, 745; OLG Düsseldorf NJW 1985, 748, 749

⁸⁹ BGH NJW 1953, 745; OLG Düsseldorf NJW 85, 748; OLG Köln 1992, 713, 714; Rosenberg/ Gaul/ Schilken § 40 V 1 d.; MünchKommZPO/ Schmidt, § 767 Rn. 70; Stein/ Jonas/ Münzberg § 767 Rn. 24.

⁹⁰ Borck WRP 2000, 9, 14; Ahrens/ Ahrens, Wettbewerbsprozess, Kap. 36 Rn. 198.

⁹¹ BGH NJW 2009, 3303- Mescher weis.

Die Gegenauffassung lehnt die Anwendung des § 767 ZPO im Falle einer höchstrichterlichen Rechtsprechungsänderung hingegen ab. Dies soll insbesondere auch für wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche gelten. Jedes Urteil schaffe Wirkungen nur zwischen den Parteien. Kein Urteil stehe unter dem Vorbehalt, dass sich die Rechtsprechung – auch die höchstrichterliche – nicht ändern würde. Deshalb könne einem Wandel der Rechtsprechung, die dazu führe, dass das früher als wettbewerbswidrig beurteilte Verhalten nunmehr anders zu bewerten wäre, keine Bedeutung beigemessen werden. Jedes andere Ergebnis würde zu unerträglichen Rechtsunsicherheiten führen⁹².

Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Dem steht insbesondere auch nicht entgegen, dass nach allseits anerkannter Rechtsprechung⁹³ die Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung oder der Gesetzeslage eine Kündigungsmöglichkeit des Schuldners eines Unterlassungsvertrages aus wichtigem Grund begründen kann, oder dass die Geschäftsgrundlage einer strafbewehrten Unterlassungsverpflichtung fortfällt⁹⁴. Bei einem Urteil können die Grundsätze von der Störung oder der Änderung der Geschäftsgrundlage nicht angewandt werden. Das Urteil beruht, unabhängig von den Vorstellungen der Parteien, auf den autonomen Erwägungen des Gerichts⁹⁵.

(3) Gesetzliche Ausnahme des § 10 UKlaG

Dass Änderungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung keine Einwendungen i.S. des § 767 ZPO darstellen, zeigt sich – entgegen der Auffassung des *BGH* in der Entscheidung „Mescher weis“ – auch an der Regelung in § 10 UKlaG⁹⁶. § 10 UKlaG sieht die Klage nach § 767 ZPO vor, wenn nachträglich eine höchstrichterliche Entscheidung ergeht, die die Klauselverwendung in dem konkreten Einzelbetrieb nicht untersagt, sofern die Vollstreckung des Verbots den Geschäftsbetrieb des Titelschuldners „in unzumutbarer Weise“ beeinträchtigen

⁹² Ulrich, in Festschrift Traub, S. 423, 428.

⁹³ *BGH* GRUR 1997, 382, 384 f *Altunterwerfung I*; GRUR 1998, 953, 954 - *Altunterwerfung III*; GRUR 2001, 85, 86 - *Altunterwerfung IV*; *Harte/Henning/Brüning* § 12 Rn 157 ff; *Fezer/Büscher, UWG*, § 8 Rdn 145 ff; *Ahrens/Achilles, Wettbewerbsprozess*, Kap. 7 Rn. 42 ff, 114 ff; *Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche*, Kap. 20 Rn. 30, 33 ff.

⁹⁴ *BGH* WRP 1983, 609, 611- *Vertragsstraferrückzahlung*; Ulrich, in Festschrift Traub, S. 423, 429.

⁹⁵ So auch Ulrich, in Festschrift Traub, S. 423, 429.

⁹⁶ So auch Ahrens/ Ahrens, *Wettbewerbsprozess*, Kap. 36 Rn. 199.

würde⁹⁷. Diese Norm stellt eine Abweichung von dem Grundsatz dar, dass eine spätere Änderung der Rechtsprechung nichts an der Rechtskraft eines Urteils ändert⁹⁸. Nach § 10 UKlaG kann ein AGB- Verwender, dem die Verwendung bestimmter Klauseln rechtskräftig untersagt wurde, nachträglich eine Vollstreckungsabwehrklage erheben, wenn derartige Klauseln vom Bundesgerichtshof oder vom Gemeinsamen Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes als rechtmäßig beurteilt wurden und die Vollstreckung des gegen den Verwenders ergangenen früheren Urteils diesen unzumutbar beeinträchtigen würden. Könnte eine geänderte höchstrichterliche Rechtsprechung grundsätzlich im Rahmen einer Klage nach § 767 ZPO geltend gemacht werden, hätten es der Vorschrift des § 10 UKlaG nicht bedurft.

Auch in der Literatur wird die Konstruktion einer erweiterten Vollstreckungsgegenklage über § 767 ZPO nach § 10 UKlaG hinaus als systemwidrig angesehen⁹⁹. Wegen der exzeptionellen Regelung sieht *Hans Friedhelm Gaul*¹⁰⁰ die Regelung des § 19 AGBG, der im Jahre 2001 in § 10 UKlaG überführt wurde, als nicht analogiefähig an und will ihn namentlich nicht auf wettbewerbliche Unterlassungstitel anwenden. Demgegenüber halten *Stürner* und im Anschluss an ihn *Bruns* eine solche Analogie für möglich, wenn „geänderte Rechtsanschauungen nach Jahren ein Recht zu entsprechenden Handlungen gewähren“¹⁰¹.

Bei der Anerkennung der Änderung einer höchstrichterlichen Rechtsprechung im Rahmen des § 767 ZPO gilt es grundsätzlich zu beachten, dass durch § 10 UKlaG als Erweiterung des § 767 ZPO nach einer Entscheidung über bestimmte Klauseln die gleichen Marktbedingungen zwischen verschiedenen Marktteilnehmer gewährleisten werden sollen¹⁰². Denn davon, dass gegen einen von mehrerer Verwendern vorgegangen wurde, soll dieser bei einer Rechtsprechungsänderung keinen Nachteil mehr dadurch haben, dass andere Unternehmer bestimmte Klauseln verwenden dürfen, während ihm die Nutzung identischer Klauseln

⁹⁷ Ahrens/ Ahrens, Wettbewerbsprozess, Kap. 36 Rn. 199.

⁹⁸ Palandt/ Bassege, § 10 UKlaG Rn. 1; *Halfmeier*, Popularklagen im Privatrecht, S. 152.

⁹⁹ *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, S. 375.

¹⁰⁰ Rosenberg/ *Gaul*/ Schilken § 40 XIII 2; *Hans Friedhelm Gaul*, FS Beitzke S. 997, 1044 ff.

¹⁰¹ *Baur/ Stürner/ Bruns*, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 45.13.

¹⁰² *Gaul*, FS Beitzke, S. 1044, 1047; Palandt/ Bassege § 10 UKlaG Rn. 1, 5.

untersagt wurde¹⁰³. Daher könnte im Wettbewerbsrecht an eine analoge Anwendung des § 10 UKlaG gedacht werden. So sieht *Büscher* eine analoge Anwendung des § 10 UKlaG auf Unterlassungsansprüche auf Grund von Normen des Wettbewerbsrechts als gerechtfertigt an¹⁰⁴. Zur Begründung führt er an, dass bei solchen Unterlassungsansprüchen ein mit § 10 UKlaG vergleichbarer Sachverhalt vorliege. So würden die Unterlassungsgebote gerade im Wettbewerbsrecht regelmäßig auch im Allgemeininteresse bestehen und die Durchsetzung erfolge wie bei der Durchsetzung von Ansprüchen nach Verbraucherschutzgesetzen häufig durch Verbände¹⁰⁵. Auch *Ahrens* tritt für eine analoge Anwendung des § 10 UKlaG ein. Er will durch das in dieser Norm vorausgesetzte Kriterium der „unzumutbaren Härte“ der Zurückhaltung Rechnung tragen, die bei Beachtung von Rechtsprechungsänderungen notwendig seien¹⁰⁶. Nach Auffassung des *BGH* spräche der in § 10 UKlaG zum Ausdruck kommende Rechtsgedanke für eine Anwendbarkeit des § 767 ZPO auf in die Zukunft gerichtete Unterlassungstitel¹⁰⁷. Mit § 10 UKlaG sollten gleiche Wettbewerbsbedingungen gewährleistet werden. Gleiche Wettbewerbsbedingungen müssten auch dann geschaffen werden, wenn ein wettbewerbsrechtlicher Unterlassungstitel ein Verhalten verbietet, das den Mitbewerbern nach der Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung nunmehr grundsätzlich erlaubt sei.

¹⁰³ *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, S. 376.

¹⁰⁴ *Wieczorek/Büscher*, § 322 Rn. 191.

¹⁰⁵ *Wieczorek/Büscher*, § 322 Rn. 191.

¹⁰⁶ *Ahrens/Ahrens*, Wettbewerbsprozeß, Kap. 36 Rn. 200.

¹⁰⁷ *BGH NJW* 2009, 3303, 3305 - *Mescher weis*.

Eine analoge Anwendung des § 10 UKlaG ist jedoch abzulehnen. Für eine analoge Anwendung dieser Norm auf Unterlassungsklagen nach wettbewerbsrechtlichen Normen wäre es nach allgemeinen Grundsätzen erforderlich, dass das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält und dass der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem Tatbestand vergleichbar ist, den der Gesetzgeber geregelt hat, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen¹⁰⁸.

An beiden Voraussetzungen fehlt es. Ein vergleichbarer Sachverhalt scheidet bereits deshalb aus, weil § 10 UKlaG nur für den Verbandsprozess gilt und nicht auf Individualverfahren übertragen werden kann¹⁰⁹. Es kann bei dem Regelungszweck des § 10 UKlaG nicht um die Gewährleistung absolut und in jeder Hinsicht gleicher Wettbewerbsbedingungen gehen, sondern nur um Verzerrungen, die in Verfahren mit größerer rechtlicher Breitenwirkung entstehen, d.h. durch Urteil in Verbandsverfahren¹¹⁰. Soweit *Büscher* darauf hinweist, dass Unterlassungsgebote im Wettbewerbsrecht häufig durch Verbände erfolgen, reicht dies zur Annahme eines vergleichbaren Sachverhalts nicht aus. Zwar sind nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG *auch* Verbände bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen aktivlegitimiert. Daneben stehen die wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsansprüche nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG gerade auch Mitbewerber mit der Folge zu, dass entsprechende Ansprüche in Individualverfahren durchgesetzt werden können.

¹⁰⁸ *BGH NJW* 1988, 2734; *BGH NJW NJW* 1990, 2546; *BGH NJW* 2003, 1932; *BGH NJW* 2007, 993; *BGH NJW* 2008, 1446 Tz. 14; *BAG NJW* 2003, 2473; *BFH NJW* 2006, 1837; Palandt/*Heinrichs*, Einleitung Rn. 48.

¹⁰⁹ Staudinger/*Schlosser*, § 10 UKlaG Rn. 6.

¹¹⁰ So *Lames*, 1993, S. 42.

Daneben fehlt es auch an dem Erfordernis einer planwidrigen Regelungslücke. Eine Gesetzeslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes als Voraussetzung für eine „gesetzesimmanente Rechtsfortbildung“¹¹¹ liegt nicht vor. Ob eine derartige Lücke vorhanden ist, die etwa im Wege der Analogie ausgefüllt werden kann, ist vom Standpunkt des Gesetzes und der ihm zu Grunde liegenden Regulationsabsicht zu beurteilen¹¹². Das Gesetz muss also, gemessen an seiner eigenen Regulationsabsicht, unvollständig sein. Der Gesetzgeber hat den Rechtsbehelf nach § 10 UKlaG und dessen Auswirkung auf die materielle Rechtskraft des Unterlassungsurteils ausdrücklich auf Verbandsklage nach Verbraucherschutzgesetzen beschränkt.

Dass auch Schuldner von Unterlassungsurteilen, die auf wettbewerbsrechtliche Normen gestützt werden, Änderungen der höchstrichterlichen Rechtsprechungen als Einwendung nach § 767 ZPO erheben können sollen, ist mit den Gesetzesmaterialien zum UWG nicht zu vereinbaren. Insbesondere lässt die Gesetzesbegründung zum *Ersten Gesetz über die Änderung des Gesetzes gegen den Unlauteren Wettbewerb* vom 22. Dezember 2008¹¹³ nicht den Schluss zu, dass der Gesetzgeber eine inhaltsgleiche Übernahme des § 10 UKlaG auf wettbewerbsrechtliche Unterlassungsurteile anstrebte. Hierfür spricht insbesondere auch, dass der Gesetzgeber in § 8 Abs. 5 S. 2 UWG geregelt hat, dass mit Ausnahme des § 13 UKlaG das Unterlassungsklagegesetz auf das UWG keine Anwendung findet, außer es liegt ein Fall des § 4a UKlaG vor. Diese Vorschrift betrifft zwar nicht unmittelbar die Einwendung aus § 10 UKlaG, sondern bringt nur zum Ausdruck, dass die Regelung der Klagebefugnis und der Anspruchsgrundlagen im UWG abschließend ist und ein Wettbewerbsverstoß nicht über das Unterlassungsklagegesetz geltend gemacht werden kann¹¹⁴. Gleichwohl zeigt diese Bestimmung, dass der Gesetzgeber die Regelungen des UKlaG – und damit auch die Bestimmung des § 10 UKlaG – im Rahmen des UWG berücksichtigt hat. Von einer unbewussten Regelungslücke kann daher nicht ausgegangen werden.

¹¹¹ Dazu etwa *BGH*, NJW 1981, 1726, 1727; *BGH* NJW 1988, 2109, 2110; *Larenz*, Methodenlehre d. Rechtswissensch., S. 373.

¹¹² *BGH* GRUR 2002, 238, 239 – *Nachbau- Auskunftspflicht*.

¹¹³ BGBl. I Nr. 64 vom 29.12.2008, S. 2949.

¹¹⁴ Begr.RegE BT-Drucks. 15/1487 S. 23, 43.

(4) Gesetzliche Ausnahme nach §§ 79 Abs. 2 S. 3, 95 Abs. 3 S. 3 BVerfGG

Eine weitere gesetzliche Ausnahme von dem Grundsatz, dass Änderungen der Rechtsprechung nicht im Rahmen des § 767 ZPO eingewendet werden können, sind die Regelungen der §§ 79 Abs. 2, 95 Abs. 3 S. 3 BVerfGG. Nach diesen Normen kann mit der Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO geltend gemacht werden, dass eine dem Vollstreckungstitel zugrunde liegende Rechtsnorm vom Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärt worden ist¹¹⁵. Dafür muss allerdings die Gesetzesnorm, nicht bloß das angegriffene Urteil selbst, verfassungswidrig sein¹¹⁶.

Streit besteht darüber, ob eine Anwendung des § 79 Abs. 2 S. 3 BVerfGG über seinen Wortlaut hinaus in Betracht kommt.

In einem Beschluss vom 6.12.2005¹¹⁷ hat das *BVerfG* festgestellt, dass § 79 Abs. 2 S. 3 BVerfGG auch dann analog anwendbar ist, wenn die Zivilgerichte bei der Auslegung und Anwendung von Generalklauseln und sonstigen auslegungsbedürftigen Regelungstatbeständen des bürgerlichen Rechts vom *BVerfG* zur interpretationsleitenden Berücksichtigung der Grundrechte angehalten werden, sofern für die Auslegung des bürgerlichen Rechts über den Einzelfall hinausreichende Maßstäbe gesetzt werden. Eine entsprechende Anwendung des § 79 Abs. 2 S. 3 BVerfGG auf Rechtsprechungsänderungen des *BGH* oder gar der Obergerichte kommt jedoch mangels Regelungslücke nicht in Betracht. Auch wird eine solche Ausdehnung der Anwendbarkeit weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur diskutiert. So hat der *BGH* § 79 BVerfGG als besondere und abschließende Regelung angesehen¹¹⁸. Diese Auffassung hat nunmehr auch der 3. Senat des *BVerfG* in einem Beschluss vom 19.12.2006¹¹⁹ bestätigt. Im Einzelnen hat das *BVerfG* ausgeführt:

¹¹⁵ Dazu *OLG Nürnberg GRUR* 1985, 237; Stein/ Jonas/ Münzberg § 767 Rn. 15.

¹¹⁶ *OLG Köln WM* 1985, 1539, 1540.

¹¹⁷ *WM* 2006, 23.

¹¹⁸ *BGH NJW* 2006, 2856.

¹¹⁹ *NJW* 2007, 1802 ff.

„Mit § 79 BVerfGG sollen die Rechtsfolgen von Entscheidungen des BVerfG im Interesse des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit begrenzt werden. Der Gesetzgeber entschied sich in verfassungsrechtlich zulässiger Weise für die Rechtssicherheit und gegen den Vorrang der Einzelfallgerechtigkeit“.

Und weiter heißt es:

„Werden um der Rechtssicherheit willen sogar staatliche Akte aufrechterhalten, die auf einem verfassungswidrigem Gesetz beruhen, dann wäre es umso mehr mit dem Gedanken der Rechtssicherheit unverträglich, wenn Gerichtsentscheidungen, die auf Grund gültiger Gesetze und in einem gerichtsförmigen Verfahren zu Stande gekommen sind, wegen einer Änderung der Rechtsprechung beseitigt werden könnten. Ein Wandel der Rechtsauffassung kann daher keinen Restitutionsgrund darstellen“.

Aus Vorstehendem folgt, dass der Titelschuldner im Falle einer Gesetzesänderung die Vollstreckung aus dem Titel durch Erhebung einer Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO verhindern könnte. Diese Möglichkeit steht ihm jedoch nicht im Falle einer Änderung der Rechtsprechung zur Verfügung.

d) Wiederaufnahme des Verfahrens

Eine Durchbrechung der Rechtskraft kann nach nationalem Recht in engen Grenzen durch Wiederaufnahme des durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens erfolgen. Dies geschieht im Wege der Nichtigkeitsklage nach § 579 BGB bei besonders gravierenden Verfahrensfehlern und durch Restitutionsklage nach § 579 ZPO im Falle unrichtiger oder unvollständiger Urteilsgrundlagen¹²⁰. Die Restitutionsklage betrifft dabei vor allem Fälle, in denen das Urteil und seine Grundlagen durch strafbare Handlungen verfälscht worden sind¹²¹.

¹²⁰ Zöller/ Heßler/ Greger, ZPO, Vor § 578 Rn. 1 .

¹²¹ Musielak, ZPO, § 578 Rn. 2.

Die Gründe für eine Wiederaufnahme sind in § 579 ZPO für die Nichtigkeitsklage und in § 580 ZPO für die Restitutionsklage abschließend aufgezählt¹²². Änderungen der Rechtsprechung oder des Gesetzes, auf dem die rechtskräftige Entscheidung beruht, sind als Wiederaufnahmegründe nicht genannt. Insofern kommt nur eine analoge Anwendung des § 580 Nr. 6 ZPO, der die Wiederaufnahme im Falle einer Urteilsaufhebung in einem anderen Verfahren zulässt, für den Fall einer nachträglichen Rechtsprechungsänderung in Betracht. Der Ausnahmecharakter der Wiederaufnahme steht einer analogen Anwendung dabei grundsätzlich nicht entgegen, da alle Rechtssätze erweiterungsfähig sind¹²³.

Eine Änderung der Rechtsauffassung stellt jedoch keinen Restitutionsgrund dar¹²⁴. Das *BVerfG* hat zur Begründung dieser Auffassung auf die Gewährleistung der Rechtssicherheit als wesentlichen Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips hingewiesen¹²⁵. Dieses verlange nicht nur einen geregelten Verlauf des Rechtsfindungsverfahrens, sondern auch einen Abschluss, dessen Rechtsbeständigkeit gesichert sein müsse. Mit der Gewährleistung der Rechtssicherheit sei es unverträglich, dass Entscheidungen der Staatsgewalt, die dem Einzelnen auf Grund eines abgeschlossenen Tatbestandes vorbehaltlos eine bestimmte Rechtsposition verliehen haben, nur wegen eines Wandels der Rechtsauffassung wieder beseitigt werden könnten.

¹²² *Schilken*, Zivilprozessrecht, § 32 Rn 1051.

¹²³ *Gaul*, Grundlagen des Wiederaufnahmerechts, S. 109; *MünchKommZPO/ Braun*, Vor §§ 578 ff.; *Schilken*, Zivilprozessrecht, § 32 Rn. 1051.

¹²⁴ *BVerfGE* 2, 380; *BAG AP* § 580 ZPO Nr. 1; *Zöller/ Greger*, ZPO, § 580 Rn. 2.

¹²⁵ *BVerfGE* 2, 380.

e) § 826 BGB

Neben den vorbenannten Rechtsbehelfen gewährt die ständige Rechtsprechung gestützt auf § 826 BGB einen Anspruch auf Unterlassung der Zwangsvollstreckung aus einem rechtskräftigen Urteil sowie auf Herausgabe des Titels, wenn das Urteil materiell unrichtig ist und das Urteil vom Titelgläubiger erschlichen wurde oder wenn ein unrichtiges Urteil vom Gläubiger arglistig ausgenutzt wird, soweit im zuletzt genannten Fall besondere Umstände die Ausnutzung des Urteils als sittenwidrig erscheinen lassen¹²⁶.

Ändert sich die höchstrichterliche Rechtsprechung nach Eintritt der Rechtskraft, wird in der Literatur die Möglichkeit des Unterlassungsschuldners diskutiert, gegen eine zu erwartende Vollstreckung mit Hilfe des § 826 BGB vorzugehen. So greift nach Auffassung von *Borck*¹²⁷ die Rechtsprechung aus § 826 BGB ein, wenn der Unterlassungsgläubiger trotz der Rechtsprechungsänderung am Titel festhält, obwohl er die Unrichtigkeit des Titels erkennt.

Diese Auffassung verkennt jedoch, dass die Durchbrechung der Rechtskraft über § 826 BGB nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung nur auf besonders schwerwiegende, eng begrenzte Ausnahmefälle beschränkt ist, in denen es mit dem Gerechtigkeitsgedanken unvereinbar wäre, dem Titelgläubiger seine formelle Rechtsstellung zu belassen¹²⁸. Jede Erweiterung dieses Rechtsinstituts würde die Rechtskraft aushöhlen und die Rechtssicherheit beeinträchtigen¹²⁹. So ist hinsichtlich der Voraussetzung der materiellen Unrichtigkeit des Urteils auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung abzustellen, weil andernfalls der Fall der sittenwidrigen Ausnutzung eines Titels bereits nicht erfasst werden können soll¹³⁰.

¹²⁶ Vgl. RGZ 26, 249, 251; 46, 75, 79f.; 61, 359, 364f.; 69, 277, 280 f.; 155, 55, 59 ff.; 156, 265, 269 f.; 163, 287, 289; 168, 1, 12; *BGH NJW* 1954, 880; *BGH NJW* 1958, 826, 827; *BGH NJW* 1964, 349; *BGH* 1968, 1275 ff.; *BGH NJW* 1987, 3256, 3257; *BGH NJW* 1991, 30 f.

¹²⁷ *Borck* WRP 2000, 9.

¹²⁸ *BGH NJW* 1987, 3256; *BGH NJW* 1988, 971; *BGH NJW* 1991, 30; *BGH NJW* 1999, 1257; *BGH NJW* 2002, 2940, 2943.

¹²⁹ *BGH NJW* 1987, 3256; *NJW* 1988, 971; *NJW* 1999, 1275; 2002, 2940.

¹³⁰ *MünchKommBGB/ Wagner*, § 826 Rn. 130.

Daraus folgt, dass bei der materiellen Richtigkeit eines Unterlassungsurteils im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung und der späteren „Unrichtigkeit“ des Titels durch eine Gesetzesänderung oder auf Grund einer Änderung der Rechtsprechung eine Klage auf Grund von § 826 BGB schon an dieser Voraussetzung scheitern muss.

Aber selbst wenn bei der Frage der Unrichtigkeit nicht auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung, sondern auf den Zeitpunkt der (drohenden) Vollstreckung abgestellt werden sollte, kann grundsätzlich nicht von einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung des Unterlassungsgläubigers ausgegangen werden. Denn neben der Kenntnis des Gläubigers von der materiellen Unrichtigkeit des Titels müssen nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung noch weitere Umstände hinzutreten, die die Art der Erlangung des Titels oder die Ausnutzung der Vollstreckung betreffen und es geboten erscheinen lassen, dass der Gläubiger die ihm nach materiellem Recht unverdient zugefallene Rechtsposition aufgibt¹³¹. Denn die bloße Unrichtigkeit eines Urteils kann nicht ausreichen, um das Sittenwidrigkeitsverdikt zu rechtfertigen, denn sonst stände die Rechtskraft tatsächlich zur Disposition¹³².

Solche besonderen Umstände hat die höchstrichterliche Rechtsprechung bejaht, wenn der Gläubiger für die Ansprüche aus einem sittenwidrigen Ratenkreditvertrag einen Vollstreckungsbescheid erwirkt hatte, obwohl er hätte erkennen können, dass er bei Wahl des Klageverfahrens mit seinem Anspruch schon deshalb gescheitert wäre, weil die gerichtliche Schlüssigkeitsprüfung die Sittenwidrigkeit des Vertrages offenbart hätte und darüber hinaus der Schuldner damals aus Unerfahrenheit oder Ungewandtheit den Vollstreckungsbescheid hatte rechtskräftig werden lassen, mithin sich nicht gegen von vornherein unbegründeten Anspruch verteidigt hatte¹³³.

¹³¹ BGH NJW 1987, 3256; BGH NJW 1999, 1275.

¹³² RGZ 163, 287, 290; BGH NJW 1987, 3256, 3257.

¹³³ BGH NJW 2002, 2940, 2943.

Hat sich der Unterlassungsschuldner jedoch rechtzeitig vor Erlass des Titels anwaltlich beraten und vertreten lassen, so ist nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung in der Vollstreckung aus dem materiell unrichtigen Titel grundsätzlich kein den Anspruch aus § 826 BGB begründetes Verhalten zu sehen¹³⁴.

Von einer vergleichbaren Situation, die ein solches Verhalten des Unterlassungsgläubigers begründen könnte, ist bei einem Vorgehen aus einem rechtskräftigen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungstitel nicht auszugehen. Der Unterlassungsgläubiger hat einen Titel erwirkt, der durch letztinstanzliches Urteil oder aber durch das Nichteinlegen von Rechtsmitteln durch den Unterlassungsschuldner rechtskräftig geworden ist.

Daher kommt allenfalls als rechtfertigender Umstand zur Begründung eines Anspruchs aus § 826 BGB das Ausnutzen der Vollstreckung auf Grund einer unverdient zugefallenen Rechtsposition in Betracht. Hiervon kann jedoch bei einer späteren Rechtsprechungsänderung, die den Erlass eines solchen Urteils im Zeitpunkt der drohenden Vollstreckung nicht mehr rechtfertigen könnte, nicht ohne das Hinzutreten weiterer Umstände ausgegangen werden. Die erlangte Rechtsposition des Titelgläubigers wurde nicht unverdient, sondern auf Grund der Gesetzes- oder Rechtsprechungssituation im Zeitpunkt des Erlasses des Urteils zugesprochen.

Eine Rechtskraftdurchbrechung nach § 826 BGB kommt daher nicht bei Unterlassungsurteilen in Betracht, die erst nach dem Eintritt der Rechtskraft auf Grund einer Rechtsprechungsänderung nicht mehr im Einklang mit dem materiellen Recht stehen.

¹³⁴ Vgl. nur *BGH NJW* 1987, 3259; *BGH NJW* 2002, 2940, 2943.

3) Zuständiges Verfahren zur Berücksichtigung von Veränderungen

a) Praktische Streitfragen

Nach der herrschenden Auffassung schließen sich § 323 ZPO und § 767 ZPO gegenseitig aus¹³⁵; folglich muss der Kläger für jede von ihm für erheblich erachtete Veränderung der Umstände eine eindeutige Zuordnung treffen. Wegen der hierbei auftretenden Unklarheiten lässt der *BGH* es jedoch zu, dass beide Rechtsbehelfe in einem Eventualverhältnis geltend gemacht werden und dass eine Umdeutung vorgenommen werden kann¹³⁶.

Begründen lässt sich diese Auffassung mit den bestehenden Unterschieden: Die Vollstreckungsabwehrklage aus § 767 ZPO dient der Durchsetzung rechtsvernichtender und rechtshemmender Einwendungen, mit der Abänderungsklage nach § 323 ZPO wird dagegen geltend gemacht, dass der rechtsbegründende Tatbestand, der dem abzuändernden Urteil zu Grunde liegt, sich anders entwickelt habe, als im Urteil angenommen¹³⁷.

Weitere Unterschiede liegen in den vom Gesetz gezogenen Zeitschranken, der notwendigen Überschreitung eines Schwellenwertes und der zulässigen Gerichtsstände¹³⁸. Für die Abänderungsklage nach § 323 ZPO ist der allgemeine Gerichtsstand maßgebend, während für die Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 Abs. 1 ZPO ausschließlich (§ 802 ZPO) der besondere Gerichtsstand des Prozessgerichts des ersten Rechtszuges zur Verfügung steht. Nach § 323 Abs. 1 ZPO ist eine „wesentliche“ Änderung der für die wiederkehrende Leistung maßgebenden Verhältnisse¹³⁹ erforderlich und § 323 Abs. 3 ZPO gestattet nur eine Abänderung für die Zeit ab Klageerhebung.

¹³⁵ RGZ 52, 344, 346; *BGH NJW* 2005, 2313; MünchKommZPO/ *Schmidt*, § 767 Rn. 4; *Zöller/ Vollkommer*, § 323 Rn. 15; *Schwab/ Gottwald* § 157 Rn. 16.

¹³⁶ vgl. *BGH NJW-RR* 1991, 899.

¹³⁷ *Zöller/ Vollkommer*, § 323 Rn. 15.

¹³⁸ Vgl. *OLG Düsseldorf MDR* 1972, 56.

¹³⁹ Dazu *BGH NJW* 2001, 3618, 3619.

b) Zur Begründung der Anwendbarkeit der Abänderungsklage auf
Unterlassungsurteile

§ 323 ZPO bietet in der Form der Abänderungsklage eine Grundlage, nachträglich ein rechtskräftiges Urteil in seiner in die Zukunft hineinreichenden Wirkung den veränderten Verhältnissen anzupassen. Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift ist in erster Linie auf Verurteilung zu zukünftig wiederkehrenden Leistungen gerichtet. Dies gilt auch für Anerkenntnis-, für Versäumnis- und Abänderungsurteile. Die Anwendbarkeit auf Unterlassungsurteile wird mit dem Argument bejaht, dass auch ein Unterlassungsurteil eine Leistungsverpflichtung des Schuldners, die in die Zukunft gerichtet ist, zum Inhalt hat; die Abänderungsklage müsse daher auch für die in die Zukunft hineinwirkende Unterlassungstitel Wirksamkeit entfalten¹⁴⁰.

Auch wird ins Feld geführt, § 323 ZPO stehe primär zur Korrektur der richterlichen Prognosen und der Durchbrechung der besonderen Zukunftskraft zur Verfügung¹⁴¹. Zu prognostizieren habe der Richter aber nur, ob der Anspruch nach Schluss der letzten mündlichen Verhandlung entstehen wird, nicht auch den möglichen Untergang durch bestimmte, nicht zum Streitgegenstand der Klage nach § 258 ZPO gehörende materielle Einwendungen¹⁴². Damit wäre prima facie die Abänderungsklage die richtige Klageart bei Unterlassungsurteilen. Dem ist entgegenzuhalten, dass auch der Wegfall der anspruchsbegründenden Voraussetzungen der Sache nach eine rechtsvernichtende Einwendung ist, weil das Gesetz von einem einheitlichen Anspruch auf wiederkehrende Leistung ausgeht¹⁴³.

¹⁴⁰ *Gaul*, WRP 1988, 224.

¹⁴¹ *MünchKommZPO/ Gottwald*, § 323 Rn. 37; *Rosenberg/ Schwab/ Gottwald*, § 157 Rn. 16; *OLG Karlsruhe FamRZ* 1988, 195, 197; *OLG Bamberg FamRZ* 1980, 617.

¹⁴² *Petzold*, Die Rechtskraft der Rentenurteile, S. 94 f.

¹⁴³ *Stein/ Jonas/ Leibold*, ZPO, § 323 Rn. 42.

c) Zur Begründung der Anwendbarkeit der Vollstreckungsgegenklage auf Unterlassungsurteile

Der Bundesgerichtshof hat in seiner Entscheidung „Idee- Kaffee“¹⁴⁴ eine Klage nach § 767 ZPO für den richtigen Rechtsbehelf gehalten, um nach einem rechtskräftigen Unterlassungsurteil veränderte Umstände zur Geltung zu bringen. Dieser Entscheidung lag ein Sachverhalt zu Grunde, in dem sich der Titelschuldner gegen den Fortbestand zweier Urteile aus dem Jahre 1935¹⁴⁵ wehrte, die ihm wegen Irreführung zu behaupten untersagten, Idee- Kaffee sei für Kaffee-Empfindliche unschädlich oder leicht bekömmlich. Der Titelschuldner wandte ein, es gebe neue günstige wissenschaftliche Erkenntnisse über die Schädlichkeit des Coffeins und die Bekömmlichkeit des Idee- Kaffees; im Übrigen habe sich die Einstellung der Mehrzahl der Verbraucher gegenüber Werbemaßnahmen bezüglich besonders behandelter und veredelter Lebensmittel gewandelt. Zwar blieben diese Einwendungen aus tatsächlichen Gründen erfolglos, allerdings sah der *BGH* den Wandel von Bedeutungsvorstellungen des Publikums bei einer Verurteilung nach § 3 UWG a.F.¹⁴⁶ im Hinblick auf § 767 ZPO als relevant an.

In dem Urteil „Stapelautomat“¹⁴⁷ hatte der *BGH* über eine Klage zu entscheiden, dem Beklagten die Verwertung von Betriebsgeheimnissen zu untersagen. Der *BGH* befasste sich mit der Frage der zeitlichen Geltung des Urteils und meinte, sofern sich der Klageanspruch nur aus § 1 UWG herleiten lasse, bestehe die wettbewerbsrechtliche Verpflichtung eines Angestellten, Betriebsgeheimnisse zu wahren und nicht zu verwerten, grundsätzlich nur für die Dauer des Arbeitsverhältnisses. Das Berufungsgericht habe daher bei seiner erneuten Prüfung abzuwägen, ob eine zeitliche Befristung des Unterlassungsgebots in Betracht komme oder ob - was aus Sicht des *BGH* näher läge - ein späterer Wegfall der Unzulässigkeit der Verwendung der Betriebsgeheimnisse nur im Wege der Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden müsse.

¹⁴⁴ *BGH* GRUR 1973, 429, 430.

¹⁴⁵ *LG Hamburg*, jeweils bestätigt durch RG GRUR 1936, 760 bzw. GRUR 1937, 396.

¹⁴⁶ Jetzt § 5 UWG.

¹⁴⁷ WRP 1983, 209, 211.

Auch in der Entscheidung „Altunterwerfung I“¹⁴⁸, die sich mit der Kündigung eines Unterwerfungsvertrages befasste, hat der *BGH* die Möglichkeit der Erhebung einer Klage nach § 767 ZPO gegen einen rechtskräftigen Unterlassungstitel erwähnt. Dabei hat der *BGH* sich nicht auf die vorbenannten Urteile „Idee- Kaffee“ oder „Stapelautomat“ berufen, sondern unter anderem auf zwei Entscheidungen des IV. Zivilsenats des *BGH*.

In dem ersten vom I. Zivilsenat des *BGH* zitierten Urteil des IV. Zivilsenats vom 15. April 1977¹⁴⁹ war über die Vollstreckungsgegenklage eines Mannes zu entscheiden, der sich bei der Scheidung verpflichtet hatte, für den gemeinsamen Sohn einen Betrag von monatlich 500 DM als Unterhalt zu zahlen. Anlass der Klageerhebung war eine Neuregelung durch das Kindergeldgesetz vom 31. Januar 1975, wonach für das erste Kind ein Kindergeld von 50 DM im Monat vorgesehen war, das daraufhin gewährt und an die Ehefrau des Klägers ausgezahlt wurde. Der Senat erklärte antragsgemäß die Vollstreckung aus dem Unterhaltstitel in Höhe von 50 DM für unzulässig. Eine Anwendung des § 323 ZPO schied nach Ansicht des Senats – im Gegensatz zur Annahme des Revisionsführers – aus, denn maßgebend sei, dass eine Gesetzesänderung vorliege.

Auch im zweiten zitierten Urteil vom 21. Dezember 1977¹⁵⁰ hatte sich der IV. Zivilsenat mit einem Unterhaltstitel zu befassen. Die Parteien dieses Rechtsstreits waren Eheleute, die vor ihrer Scheidung einen Vergleich über den Anteil ihrer Unterhaltsleistungen geschlossen hatten. Im Folgenden wurde das Arbeitseinkommen des Ehemanns wegen monatlicher Unterhaltsansprüche gepfändet. Hiergegen erhob der Ehemann Vollstreckungsabwehrklage, mit dem er die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung geltend machte, soweit von ihm laufender Unterhalt von mehr als 670 DM monatlich verlangt werden würde. Die Kürzung der aus dem mit seiner damaligen Ehefrau geschlossenen Vergleich resultierenden Unterhaltszahlungen begründete der klagende Ehemann damit, dass die Hälfte des Kindergeldes auf seine Unterhaltsleistungen anzurechnen seien und sich ein weiterer Abzug aus seinem im Verhältnis zum Zeitpunkt des

¹⁴⁸ *BGH GRUR* 1997, 382.

¹⁴⁹ *BGH FamRZ* 1977, 461, 462.

¹⁵⁰ *BGH FamRZ* 1978, 177, 179.

Abschlusses des Vergleichs niedrigeres Einkommen ergeben würde. Die beklagte Ehefrau machte geltend, von dem Grundsatz, dass das Kindergeld den Berechtigten jeweils zur Hälfte zukommen sollte, müsse abgewichen werden, wenn dies die Verhältnisse verlangten. Die Unterhaltsrichtsätze nach der sog. „Düsseldorfer Tabelle“ seien nach Abschluss des Vergleichs so angehoben worden, dass den drei Kindern dadurch monatlich ein höherer Betrag zustehen würde.

Auch in diesem Fall beschränkte der erkennende Senat den Vollstreckungstitel unter Berücksichtigung des Kindergeldes auf Grund einer Vollstreckungsgegenklage des Unterhaltsschuldners. Diese Anrechnung sei, so der Senat, eine Folge der Gesetzesänderung. Für die Berücksichtigung des Kindergeldes sei die Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO die statthafte Klageart. Soweit sich die Gläubigerin auf eine Veränderung der Unterhaltsrichtsätze nach der „Düsseldorfer Tabelle“ berufe, durch die eine Neufestsetzung der vom Kläger geleisteten Unterhaltsbeiträge erforderlich wäre, müsse sie dies hingegen im Abänderungsverfahren nach § 323 ZPO geltend machen.

Eine Anwendbarkeit der Vollstreckungsgegenklage auf Unterlassungstitel bejahte auch der I. Zivilsenat des *BGH* in der Entscheidung „Herabgesetzte Schlussverkäufe“¹⁵¹, ohne allerdings eine nähere Begründung hierfür anzubringen.

Der V. Zivilsenat des *BGH* hat in einem Urteil vom 14.03.2008¹⁵² ebenfalls die Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO für den richtigen Rechtsbehelf gehalten, um die Vollstreckung aus einem Unterlassungstitel für unzulässig zu erklären, wenn der dem Titel zu Grunde liegende Unterlassungsanspruch nachträglich durch eine Gesetzesänderung, behördliche Entscheidung oder aus anderen Gründen weggefallen ist.

Ferner führte der V. Zivilsenat in dieser Entscheidung aus, dass sich die Vollstreckungsabwehrklage und die Abänderungsklage für den gleichen Streitgegenstand grundsätzlich gegenseitig ausschließen würden. Der Schuldner

¹⁵¹ GRUR 1999, 762.

¹⁵² *BGH* NJW 2008, 1446.

habe deswegen keine Wahlmöglichkeit, sondern müsse sein Rechtsschutzbegehren auf die Klageart stützen, die dem jeweils verfolgten Ziel am besten entspreche. Eine analoge Anwendung von § 323 ZPO auf Unterlassungstitel sei danach erst recht ausgeschlossen. Wegen § 767 ZPO würde es an der für eine Analogie erforderlichen Regelungslücke fehlen. Der zur Unterlassung verurteilte Schuldner könne nachträglich entstandene Einwendungen mit der Vollstreckungsgegenklage geltend machen und sei damit im gleichen Umfang geschützt wie bei Leistungsurteilen. Wegen des durch § 767 ZPO eröffneten Rechtsschutzes fehle es auch an der zweiten Voraussetzung für eine Analogie, nämlich der Vergleichbarkeit des zu beurteilenden Sachverhalts mit dem gesetzlich geregelten Tatbestand. Das Unterlassungsurteil sei mit der in § 323 ZPO geregelten Verurteilung zu künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen nicht so weit vergleichbar, dass die der gesetzlichen Regelung zu Grunde liegende Interessenabwägung in diesem Fall zu dem gleichen Ergebnis führen würde.

In der Literatur hat sich weitgehend die Auffassung durchgesetzt, dass die Vollstreckungsgegenklage der alleinige Rechtsbehelf ist, der es dem Schuldner ermöglicht, nach Wegfall des Unterlassungsanspruchs die Vollstreckung aus einem Unterlassungstitel zu verhindern¹⁵³.

Nach der abweichenden Auffassung von *Völz*¹⁵⁴ kann hinsichtlich unrichtig gewordener Unterlassungstitel nicht nur die Vollstreckungsabwehrklage, sondern auch die Abänderungsklage erhoben werden. Zwar stelle nach seinem Wortsinn die Unterlassung keine wiederkehrende Leistung dar; es sei vielmehr eine ununterbrochen zu erbringende Leistung. § 323 ZPO enthalte aber einen allgemeinen Rechtsgedanken, der deshalb auch auf Unterlassungsurteile anzuwenden sei. Auch nach der Auffassung von *Eck*¹⁵⁵ und *Jacob*¹⁵⁶ steht es dem Titelschuldner frei, ob er Vollstreckungsgegenklage oder Abänderungsklage

¹⁵³ Ahrens/ Ahrens, Wettbewerbsprozess, Kap. 36 Rn. 185 ff.; Borck WRP 2000, 9, 13; Zöller/ Vollkommer § 323 Rn. 29; Stein/ Jonas/ Leipold, § 323 Rn. 32ff.; Stein/ Jonas/ Münzberg, § 767 Rn. 17; MünchKommZPO/ Schmidt, § 767 Rn. 70; Rosenberg/ Gaul/ Schlieken, Zwangsvollstreckungsrecht, § 40 V 1d; Lehmler, UWG § 12 Rn. 178; Ulrich WRP 2000, 1054, 1057.

¹⁵⁴ WRP 1984, 486, 488.

¹⁵⁵ Gloy/ Loschelder, Handbuch des Wettbewerbsrechts, § 43 Rn. 180.

¹⁵⁶ In GroßkommUWG/ Köhler, Vor § 13 D Rn. 147.

erhebt. *Teplitzky*¹⁵⁷ sieht zwar in § 767 ZPO die zutreffende Norm, um rechtsvernichtende oder rechtshemmende Einwendungen gegen den titulierten Anspruch geltend zu machen. Er empfiehlt jedoch aus prozesstaktischen Erwägungen, mit § 767 ZPO die Klage aus § 323 ZPO im Eventualverhältnis zu verbinden. In der Literatur wird dieser Auffassung mit dem Argument entgegnetreten, dem Schuldner stehe es frei, nach welcher der beiden Verfahrensarten er vorgehe¹⁵⁸.

Die Möglichkeit des Unterlassungsschuldners, eventualiter beide Klagen zur Verhinderung des Vorgehens aus dem Unterlassungstitel zu erheben, ist abzulehnen. So fehlt es zunächst an der für eine Anwendung des § 323 ZPO auf Unterlassungsurteile erforderlichen Lücke im Gesetz, die im Wege der Analogie zu schließen wäre¹⁵⁹. Eine solche Lücke ergibt sich insbesondere auch nicht etwa daraus, dass im Rahmen des § 767 ZPO das betreffende Urteil nicht „abgeändert“, sondern lediglich die Vollstreckung hieraus für die Zukunft für unzulässig erklärt wird.

Nach einer zutreffenden Formulierung *Borcks*¹⁶⁰ kann eine Abänderung eines Unterlassungsurteils ohnehin nur bewirken, dass wieder getan werden darf, was zuvor verboten war und dieser Erfolg träte schon ein, wenn die Vollstreckung unzulässig sei.

Auch nach dem Gesetzeswortlaut ist dieses Ergebnis zwingend. § 323 ZPO bezieht sich auf „wiederkehrende Leistungen“, d.h. Leistungen, die in bestimmten Abständen zu erbringen sind. Der Unterlassungsschuldner ist jedoch zur Beachtung des Unterlassungsverbots dauerhaft verpflichtet, ohne jede Unterbrechung, selbst nicht für die geringste Zeiteinheit.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass sich zwar die Abänderungsklage und die Vollstreckungsgegenklage insoweit ähneln, als dass sich beide Klagen gegen rechtskräftige Urteile richten. Jedoch weisen die Klage- und

¹⁵⁷ Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 57 Rn. 57.

¹⁵⁸ *Stein/ Jonas/ Leipold*, § 323 Rn. 41; *MünchKommZPO/ Schmidt*, § 767 Rn. 4; *Zöller/ Vollkommer*, § 323 Rn. 1; *Schuschke/ Walker*, § 767 Rn. 5, jeweils m.w.N.

¹⁵⁹ *Ulrich*, WRP 2000, 1054, 1057.

¹⁶⁰ WRP 2000, 9, 11.

Anspruchsvoraussetzungen keine Übereinstimmungen auf; vielmehr weichen sie völlig voneinander ab. Die Klage nach § 767 ZPO ist bei dem Gericht erster Instanz zu erheben; für die Abänderungsklage nach § 323 ZPO gelten hingegen die Zuständigkeitsvorschriften der § 12 ff. ZPO.

Bemerkenswert erscheint in diesem Zusammenhang noch die Auffassung des *BGH*, der zur Erleichterung der Prozessführung der Parteien entschieden hat, dass beide Klagen hilfsweise miteinander verbunden werden können¹⁶¹. Der *BGH* sieht ein Bedürfnis nach einer solchen Verbindung im Eventualverhältnis, selbst wenn man davon ausgeht, dass sich die Anwendungsbereiche der §§ 323 ZPO und § 767 ZPO nicht überschneiden können. Möglich soll dies allerdings nur dann sein, wenn für beide Klagen dasselbe Gericht und dieselbe Prozessart zulässig sind. An dieser Auffassung irritiert, dass die Möglichkeit einer solchen kumulativen Klageerhebung mithin vom Zufall, nämlich der örtlichen Zuständigkeit, abhängen soll. Diese Auffassung ist daher abzulehnen.

4) Ergebnis

§ 767 ZPO ist der richtige Rechtsbehelf, um bei einer nachträglichen Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse gegen den Unterlassungstitel vorzugehen. Der Schuldner kann im Wege der Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO nachträgliche Gesetzesänderungen, die das verbotene Verhalten nunmehr als rechtmäßig erscheinen lassen, einwenden. Rechtsprechungsänderungen sind hingegen nach der derzeit herrschenden Auffassung unbeachtlich.

¹⁶¹ *BGH FamRZ* 1979, 573, 575.

III. Rechtslage bei Unterlassungsverträgen

1) Begriff und Bedeutung des wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsvertrags

Die praktische Bedeutung der strafbewehrten Unterlassungserklärung ist außerordentlich groß. Die überwiegende Anzahl der Wettbewerbsstreitigkeiten erledigt sich vor Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens dadurch, dass der Unterlassungsschuldner eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgibt¹⁶². Für das Zustandekommen eines Unterlassungsvertrags ist eine vorausgegangene Abmahnung zwar nicht Bedingung, im Allgemeinen kommt der Unterlassungsvertrag aber in der Weise zustande, dass der Unterlassungsgläubiger in seiner Abmahnung die Abgabe einer bestimmten, von ihm vorformulierten Unterwerfungserklärung verlangt und der Schuldner das darin zu sehende Angebot annimmt¹⁶³.

Denkbar ist aber auch, dass erst die Unterwerfungserklärung des Schuldners das Angebot zum Abschluss des Unterwerfungsvertrags enthält. Dies ist der Fall, wenn der Gläubiger in seiner Abmahnung kein Angebot zur Abgabe einer Unterwerfungserklärung gemacht hat oder der Schuldner ein ihm unterbreitetes Angebot auf Abgabe einer Unterwerfungserklärung Angebot nicht angenommen, sondern durch ein ausreichendes Gegenangebot, z.B. unter Eingrenzung der Unterlassungsverpflichtung oder Reduzierung der Vertragsstrafe, ersetzt hat, § 150 Abs. 2 BGB¹⁶⁴.

¹⁶² *Dornis/Förster*, GRUR 2006, 195; *Fezer/Büscher*, UWG, § 12 Rn. 2

¹⁶³ *KG WRP* 1986, 680, 682; *OLG Köln WRP* 1985, 175, 176; *Teplitzky*, Wettbewerbliche Ansprüche, Kap 8 Rn. 3; *Kotthoff* in *HK-WettbR*, E 4 Rn. 36.

¹⁶⁴ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG § 12 Rn. 1.115.

Schließlich kann der Verletzer einer zu erwartenden Abmahnung auch zuvorkommen, um die Kostentragungspflicht nach § 12 Abs. 2 UWG für die Inanspruchnahme eines Rechtsanwalts durch die Gegenseite zu verhindern. Nimmt der Gläubiger dieses Angebot an, ist der Unterwerfungsvertrag zustande gekommen; es wird ein Dauerschuldverhältnis begründet¹⁶⁵.

2) Die Rechtsnatur des Unterlassungsvertrags

Trotz der unterschiedlichen Auffassungen in der Literatur¹⁶⁶ über die Rechtsnatur des Unterlassungsvertrages, auch Unterwerfungsvertrag genannt, herrscht Einigkeit darüber, dass es sich bei dem Institut um einen durch Angebot und Annahme zustande kommenden einseitig verpflichtenden Vertrag handelt, bei dem die Hauptpflicht des Schuldners in einer Unterlassung besteht¹⁶⁷. Daraus folgt, dass sich die Wirksamkeit des Unterwerfungsvertrages nach allgemeinen Grundsätzen richtet¹⁶⁸. Der Schuldner des Unterwerfungsvertrages kann sich daher von der rechtsgeschäftlichen Bindung in Anwendung der Instrumente der Rechtsgeschäftslehre befreien.

3) Auswirkungen von Rechtsprechungs- und Gesetzesänderungen auf den Unterlassungsvertrag

Ein Unterlassungsvertrag schafft eine abstrakte Unterlassungsverpflichtung, die in ihrem Bestand nicht von der Existenz des zunächst mit der Abmahnung verfolgten gesetzlichen Unterlassungsanspruchs abhängig ist¹⁶⁹. Es widerspräche dem Wesen eines solchen Vertrages, wenn der Unterlassungsschuldner sich jederzeit von seiner vertraglichen Pflicht zur Unterlassung eines bestimmten Verhaltens mit

¹⁶⁵ BGHZ 130, 288, 293 – *Kurze Verjährungsfrist*; Hefermeh/Köhler/ Bornkamm UWG § 12 Rn. 1.113; *Völp*, GRUR 1984, 486, 490.

¹⁶⁶ Zum Streitstand vgl. Ahrens/ Schulte, *Wettbewerbsprozeß*, 5. Auflage, Kap. 7 Rn. 13.

¹⁶⁷ So bereits Petersen, GRUR 1978, 156.

¹⁶⁸ Vgl. Melullis, Hdb. des Wettbewerbsprozesses, 3. Auflage Rn. 624.

¹⁶⁹ Lehmler, UWG, § 12 Rn. 67.

dem Argument lösen könnte, dass das nach dem Vertrag untersagte Verhalten in Wirklichkeit gar nicht wettbewerbswidrig sei¹⁷⁰.

Mit dem Argument, dass das vertraglich untersagte Verhalten nicht wettbewerbswidrig sei, gingen zahlreiche Unterlassungsschuldner in Folge der UWG- Novelle 1994 gegen die von Ihnen abgegebenen Unterwerfungserklärungen vor. Hintergrund war die Neuregelung des § 13 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 UWG, die einer Vielzahl von Unterwerfungsgläubigern nachträglich die Verfolgungsberechtigung – durch Wegfall der Prozessführungsbefugnis oder Aktivlegitimation – hinsichtlich der den Gegenstand der Unterwerfung bildenden Verstöße genommen hat. Die Instanzrechtsprechung und die Literatur schlossen sich dieser Auffassung ganz überwiegend an¹⁷¹. Als Argument wurde ins Feld geführt, dass der in der Novellierung zu sehende Wegfall der Geschäftsgrundlage *eo ipso* zum Anspruchsfortfall führe.

Der *BGH* ist dieser Auffassung zu Recht entgegengetreten: Nachdem er mit dem ersten Urteil¹⁷² zu diesem Problemkomplex noch eine abwartende Position eingenommen hatte, nahm er in zwei folgende Urteilen¹⁷³ den Standpunkt ein, dass ein solcher *eo-ipso*- Fortfall nicht als interessengerecht angesehen werden könne. Vielmehr sei in Anwendung der Grundsätze zur Vertragskündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund eine vertragsauflösende Willens- bzw. Gestaltungserklärung des Schuldners erforderlich. Die rechtlichen Voraussetzungen für eine die Verpflichtung auflösende Erklärung werden im Folgenden dargestellt.

¹⁷⁰ *BGH* GRUR 1997, 386, 387 f.- Altunterwerfung II.

¹⁷¹ Zum Nachweis *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 20 Rn. 23.

¹⁷² *BGH* GRUR 1996, 292, 293 f. – Aknemittel.

¹⁷³ *BGH* GRUR 1997, 382 – Altunterwerfung I; *BGH* GRUR 1997, 386 - Altunterwerfung II.

4) Erlöschen des vertraglichen Unterlassungsanspruchs

a) Vertragliche Aufhebung

Die vertraglich begründete Dauerverpflichtung des Schuldners, ein bestimmtes Verhalten zu Unterlassen, kann jederzeit vertraglich aufgehoben werden, § 311 Abs. 1 BGB. Der Schuldner wird dann von seiner Verpflichtung frei. Praktisch wird sich jedoch der gesicherte Unterlassungsgläubiger wohl im seltensten Fall darauf einlassen¹⁷⁴.

b) Bedingte Unterwerfung

Ist die Rechtslage hinsichtlich des abgemahnten Verhaltens unklar, kann der Schuldner ein Interesse daran haben, seine Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung auflösend zu bedingen. Lange Zeit gingen Rechtsprechung und Literatur davon aus, dass nur eine unbedingte Unterwerfung die Wiederholungsgefahr entfallen lassen könne. Soweit die Unterwerfung an eine Bedingung geknüpft sei, werde deutlich, dass es dem Unterlassungsschuldner an dem ernstlichen Unterlassungswillen fehle¹⁷⁵.

Diese Auffassung gilt heute jedoch nicht mehr uneingeschränkt¹⁷⁶. So ist dieser Standpunkt vom *BGH* selbst und auch in der Literatur nicht auf jede Form einer auflösenden Bedingung bezogen worden¹⁷⁷.

Solche Bedingungen hatte der *BGH* schon frühzeitig für bestimmte Ausnahmefälle zugelassen, nämlich dann, wenn einer Partei nicht zugemutet werden kann, eine Unterwerfungserklärung unabhängig vom Ausgang eines anderen Prozesses

¹⁷⁴ Etwas Anderes kann jedoch gelten, wenn Wettbewerbsverbände i.S.d. § 8 Abs. 3 UWG Unterlassungsgläubiger sind, vgl. dazu *Klaka* GRUR 1983, 605; *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 20 Rn. 23; *BGH* GRUR 1962, 545, 546 – Kurzzeitschrift.

¹⁷⁵ Vgl. *BGH* GRUR 1993, 677, 679 – Bedingte Unterwerfung: „unzweideutig und grds auch ohne zeitlich und bedingende Einschränkung“; *Baumbach/ Hefermehl*, 22. Auflage, Einl. Rn. 273.

¹⁷⁶ *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 8 Rn. 8ff.

¹⁷⁷ Vgl. *BGH* GRUR 1993, 667, 679 – *Bedingte Unterwerfung*; *BGH* GRUR 1887, 386 – Altunterwerfung II; GroßkommUWG/ Köhler, Vor § 13 UWG a.F., B, Rn. 37; Fezer/ Büscher, § 8 UWG, Rn. 57; *Melullis*, Hdb des Wettbewerbsprozesses, Rn. 615; Köhler/ Piper, Vor § 13 UWG a.F., Rn. 11.

abzugeben¹⁷⁸. In diesem Zusammenhang ist auch schon seit längerem anerkannt, dass Veränderungen der Rechtslage, als deren Folge das zu unterlassene Verhalten nicht mehr als unlauter anzusehen ist, zur auflösenden Bedingung einer Unterlassungserklärung gemacht werden dürfen¹⁷⁹. Dadurch wird die Ernsthaftigkeit des Willens, wettbewerbswidriges Handeln zu unterlassen, gerade nicht in Frage gestellt¹⁸⁰. Dies gilt in erster Linie in Hinblick auf Veränderungen der Gesetzeslage, gleichermaßen aber auch für Änderungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung¹⁸¹. Nicht genügend ist in soweit das bedingungsweise Abstellen auf eine „anderweitige rechtskräftige Entscheidung eines deutschen Gerichts“¹⁸².

- c) Anfechtung nach §§ 119 ff. BGB und §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB, 241 Abs. 2 BGB

Die Unterwerfungsvereinbarung unterliegt als Vertrag grundsätzlich den Anfechtungsmöglichkeiten der §§ 119 ff. BGB¹⁸³. Solche Fälle sind allerdings selten. Eine Anfechtung nach § 119 BGB kommt nur dann in Betracht, wenn sich der Gläubiger bei Abgabe seiner Willenserklärung zum Abschluss des Unterwerfungsvertrages in seiner Erklärungshandlung, in dem Erklärungsinhalt, über die Person des Geschäftspartners, über den Geschäftsgegenstand oder die Rechtsfolgen der Erklärung geirrt hat. Hat der Gläubiger des Unterwerfungsvertrags den Schuldner über die Wettbewerbswidrigkeit seines Handelns arglistig getäuscht, so kann der Schuldner seine Erklärung nach § 123 Abs. 1 BGB *ex tunc* anfechten¹⁸⁴. Eine Anfechtung nach § 123 Abs. 1 BGB wird nur in extremen Ausnahmefällen in Betracht kommen.

¹⁷⁸ Vgl. *BGH GRUR* 1957, 352, 354 – *Pertussin II*; *BGH GRUR* 1957, 342, 348 – *Uderberg*; *BGH Grur* 1964, 82, 86 – *Lesering*; einschränkend jedoch *BGH GRUR* 1973, 208, 209 – *Neues aus der Medizin*.

¹⁷⁹ Vgl. *BGH GRUR* 1993, 677, 679 – *Bedingte Unterwerfung*; *BGH GRUR* 1997, 386 – *Altunterwerfung II*; *OLG Karlsruhe NJWE- WettbR* 1999, 116, 117; *GroßkommUWG/ Köhler*, Vor § 13 *UWG a.F.*, B, Rn. 37, 109;; *Hefermehl/ Köhler/ Bornkamm*, *UWG*, § 12 Rn. 1.125; *Melullis*, *Hdb des Wettbewerbsprozesses*, Rn. 617; *Ahrens/ Achilles*, *Wettbewerbsprozeß*, Kap. 7, Rn. 17f.; *Völp*, *GRUR* 1884, 486, 490.

¹⁸⁰ *Hefermehl/ Köhler/ Bornkamm*, *UWG*, § 12 Rn. 1.125.

¹⁸¹ *Teplitzky*, *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche*, Kap. 8 Rn. 8.

¹⁸² vgl. *BGH GRUR* 1997, 125, 128 – *Künstlerbild in CD- Einlegeblatt*.

¹⁸³ *Ahrens/ Achilles*, *Wettbewerbsprozeß*, Kap. 7 Rn. 38.

¹⁸⁴ *OLG München*, *WRP* 1985, 237, 238; *OLG Köln*, *NJW-RR* 1987, 360; *Köhler/Piper*, *Vorb.* § 13 Rn 222.

Ein Anfechtungsrecht kommt beispielsweise dann in Betracht, wenn der Schuldner durch einen Verband als Gläubiger über das Vorhandensein der notwendigen Ausstattung und damit seiner Abmahnfähigkeit getäuscht hat¹⁸⁵.

Hat der Gläubiger schuldhaft, d.h. zumindest fahrlässig, beim Schuldner einen Irrtum über die Rechtslage hervorgerufen und dadurch den Schuldner zur Abgabe der Unterwerfungserklärung veranlasst, kommt ein Schadensersatzanspruch gegen den Gläubiger aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB in Betracht¹⁸⁶. Danach kann der Schuldner im Rahmen des § 249 BGB die Aufhebung bzw. die Anpassung des Unterwerfungsvertrags verlangen. Dies führt zu einem rückwirkenden Wegfall der Unterlassungsverpflichtung.

d) Störung der Geschäftsgrundlage und Kündigung aus wichtigem Grund

aa) *Störung der Geschäftsgrundlage*

Seit langem ist anerkannt, dass sich der Schuldner eines Unterwerfungsvertrages auch ohne die Vereinbarung einer auflösenden Bedingung vom Unterwerfungsvertrag lösen kann, soweit bestimmte Umstände, die bei seinem Abschluss als bestehend vorausgesetzt wurden, nachträglich weggefallen sind oder sich verändert haben¹⁸⁷. Im Bereich des allgemeinen Lauterkeitsrechts ist die Loslösung von einer vertraglichen Unterlassungsverpflichtung nach und nach anerkannt worden, wobei als Rechtsgrundlage regelmäßig die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage herangezogen wurden¹⁸⁸.

¹⁸⁵ Rieble, GRUR 1995, 252, 254.

¹⁸⁶ OLG Karlsruhe, CR 1998, 361; GroßkommUWG/ Köhler, Vorb. § 13 B Rn. 106; Köhler/Piper, UWG, Vorb. § 13 Rn. 222

¹⁸⁷ GroßkommUWG/ Köhler, Vor § 13 B Rn. 105ff; Heckelmann, WRP 1995, 166, 168; Loebell, GRUR 1973, 302; Melullis, in: FS Piper, S. 375, 384;; Teplitzky, Wettbewerbsprozeß. Kap. 20. Kap. Rn. 25ff.; Völp, GRUR 1984, 486, 491.

¹⁸⁸ OLG München, GRUR 1984, 305; GroßkommUWG/ Köhler, Vor § 13 B Rn. 105 ff; Heckelmann, WRP 1995, 166, 168; Loebell, GRUR 1973, 302; Melullis, in: FS Piper, S. 375, 384;; Teplitzky, Wettbewerbsprozeß. Kap. 20. Kap. Rn. 25ff.

Das ursprünglich durch Richterrecht geschaffene Rechtsinstitut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage ist im Rahmen des 2002 in Kraft getretenen Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes in § 313 BGB kodifiziert worden. Als gesetzliche Ausformung des Gedankens von Treu und Glauben (§ 242 BGB) bezweckt die Norm für den Fall einer nach Entstehung des Schuldverhältnisses eingetretenen wesentlichen Störung seiner Grundlagen einen Ausgleich zwischen dem Bestands- und Erfüllungsinteresse des einen – begünstigten – Teils und dem Anpassungs- oder Beendigungsinteresse des anderen – benachteiligten – Teils¹⁸⁹.

Nach den Grundsätzen von Treu und Glauben kann eine Partei von ihren Verpflichtungen jedoch nur dann befreit werden, wenn dies – auch bei angemessener Berücksichtigung des Grundsatzes, dass Verträge grundsätzlich zu halten sind – geboten erscheint¹⁹⁰. Die Folgen einer solchen Störung der Geschäftsgrundlage führen regelmäßig nicht zur Auflösung des Vertrags, sondern zu dessen auf die Zukunft beschränkter Anpassung an die veränderten Umstände¹⁹¹. Auch wenn diese Grundsätze ursprünglich für Austauschbeziehungen im engeren Sinne entwickelt wurden, ist ihre Geltung nicht darauf beschränkt. Auf sie wird heute allgemein bei Verträgen und insbesondere auch bei Unterlassungsvereinbarungen zurückgegriffen¹⁹².

Die Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB wird allein durch einen Umstand gebildet, der zur Grundlage des Vertrages, nicht jedoch zum Vertragsinhalt geworden ist¹⁹³. Von § 313 BGB wird dabei sowohl die subjektive als auch die objektive Geschäftsgrundlage erfasst¹⁹⁴. So stellen die bei Vertragsschluss bestehenden gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien oder die dem Geschäftsgegner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der anderen Partei vom Vorhandensein oder dem zukünftigen Eintritt gewisser Umstände die Geschäftsgrundlage dar, sofern der Geschäftswille der Parteien auf

¹⁸⁹ MünchKommBGB/Roth, § 313 Rn. 1.

¹⁹⁰ BGH LM § 242 Bb Nr. 24.

¹⁹¹ BGH LM § 242 Bb Nr. 27; Bb Nr. 18; BGHZ 47, 48, 52.

¹⁹² BGH GRUR 1983, 602, 603 – Vertragsstraferückzahlung; OLG Düsseldorf WRP 1995, 233, 235; OLG Köln GRUR 1984, 674; GRUR 1985, 148; OLG München GRUR 1984, 375.

¹⁹³ MünchKommBGB/Roth, § 313 Rn. 43; Schulte-Nölke, in: Schulze/Dörner/Ebert, § 313 Rn. 12.

¹⁹⁴ MünchKommBGB/Roth, § 313 Rn. 43

dieser Vorstellung beruht¹⁹⁵. Eine Geschäftsgrundlage bilden ferner die allgemeinen Verhältnisse, deren Fortdauer objektiv erforderlich ist, damit der Vertrag noch als sinnvolle Regelung bestehen kann¹⁹⁶.

Eine Geschäftsgrundlage kann dann nicht später wegfallen, wenn sich die Parteien bei Abschluss des Unterwerfungsvertrages gerade der rechtlichen Ungewissheit bewusst waren. Wenn der Schuldner durch seine Unterwerfung in einem solchen Fall seine Gleichgültigkeit gegenüber dem Bestand der materiellen Rechtslage zum Ausdruck bringt, kann er sich bei einer späteren Änderung der Gesetzeslage oder im Falle einer Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht auf den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung nach § 242 BGB berufen¹⁹⁷.

Gewöhnlich unterwirft sich jedoch der Schuldner nur deshalb, weil beide Parteien davon ausgingen, das beanstandete Verhalten sei wettbewerbswidrig oder werde zumindest mit hoher Wahrscheinlichkeit von den Gerichten als wettbewerbswidrig angesehen¹⁹⁸. In diesem Fall kommt im Falle einer Gesetzesänderung oder der Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung auf Grund der dadurch bedingten Äquivalenzstörung nach § 313 BGB eine Vertragsanpassung in Betracht¹⁹⁹.

Grundlage der Beurteilung in diesen Fällen ist, dass beim Abschluss des Vertrages ein beiderseitiger Irrtum über die Rechtslage das Fehlen der Geschäftsgrundlage bedeuten kann, wenn der Vertrag ohne diesen Rechtsirrtum nicht oder nicht mit diesem Inhalt geschlossen worden wäre. Gleiches gilt, wenn der Geschäftswille der Parteien auf der gemeinschaftlichen Erwartung vom Fortbestand einer bestimmten Rechtslage aufgebaut war²⁰⁰. Auch ist das Risiko einer Änderung der Rechtslage durch Gesetz oder durch eine höchstrichterliche

¹⁹⁵ BGHZ 25, 390, 392; 40, 334, 335 f.; 121, 378, 391; NJW 1994, 2146, 2147; NJW 2001, 1204, 1205; Palandt/Heinrichs, § 313 Rn. 3.

¹⁹⁶ Palandt/Heinrichs, § 313 Rn. 4.

¹⁹⁷ GroßkommUWG/Köhler, 1991, Vorb. § 13 B Rn. 108.

¹⁹⁸ Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, 20. Kap. Rn. 27; Hefermehl/ Köhler/ Bornkamm, UWG, § 12 Rn. 1.161.

¹⁹⁹ Allgemein vgl. BGH NJW 1985, 1833, 1835; NJW-RR 2000, 1560; NJW 2000, 3645, 3646; OLG Dresden NJW 2000, 3432.

²⁰⁰ BGH NJW 1972, 1577; BGH, NJW 1983, 1548; BGH NJW 2001, 3618, 3620.

Rechtsprechungsänderung nicht vom Schuldner zu tragen. Denn der Gläubiger kann nicht ohne weiteres annehmen, der Schuldner habe sich schlichtweg für alle Zeiten zur Unterlassung eines bestimmten Verhaltens verpflichten wollen, das den übrigen Marktteilnehmern, insbesondere seinen Wettbewerbern, erlaubt ist²⁰¹.

In der Rechtsfolge führt eine Störung der Geschäftsgrundlage grundsätzlich nicht zur Auflösung des Vertragsverhältnisses²⁰², sondern verpflichtet die Vertragspartner in erster Linie lediglich zur Anpassung des Vertrages an die geänderten Verhältnisse²⁰³. Da im Hinblick auf einen Unterwerfungsvertrag eine Anpassung jedoch regelmäßig nicht möglich ist, wenn ein bestimmtes Verhalten, zu dessen Unterlassung sich der Schuldner verpflichtet hatte, nunmehr zulässig ist, kann der Schuldner den Unterwerfungsvertrag nach § 313 Abs. 3 S. 3 BGB kündigen²⁰⁴.

bb) Kündigung aus wichtigem Grund

Eine weitere Möglichkeit des Schuldners, sich von dem Unterwerfungsvertrag zu lösen, ist die Kündigung dieses Dauerschuldverhältnisses aus wichtigem Grund nach § 314 BGB. Dies hat der *BGH* in seinen „Altunterwerfungs-Entscheidungen“ ausdrücklich klargestellt²⁰⁵.

Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertrags für den Kündigenden unzumutbar ist²⁰⁶. Dabei ist im Rahmen der Zumutbarkeit zu prüfen, ob sich die eingetretene Störung nicht durch eine Anpassung des Vertrags

²⁰¹ Hefermehl/ Köhler/ Bornkamm, UWG, § 12 Rn. 1.161

²⁰² *BGH* 47, 52; *NJW* 84, 1747; 91, 1480.

²⁰³ *BGH* 89, 238 f.; 109, 229; 120, 26; 133, 296; 135, 339.

²⁰⁴ Ahrens/ Achilles, Wettbewerbsprozeß, Kap. 7 Rn. 42 ff; *Gottschalk*, GRUR 2004, 827, 828 f.; zum alten Schuldrecht *BGHZ* 133, 316, 327 – *Altunterwerfung I*; *BGH* GRUR 2001, 85, 86 – *Altunterwerfung IV*; *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 20 Rn. 25 f.; Hefermehl/ Köhler/ Bornkamm, UWG, § 12 Rn. 1.161.

²⁰⁵ *BGH* GRUR 1997, 382ff. – *Altunterwerfung I*, und *BGH* GRUR 1997, 386ff. – *Altunterwerfung II*; bestätigt in *BGH*, GRUR 1998, 953 – *Altunterwerfung III*, und *BGH*, GRUR 2001, 85 – *Altunterwerfung IV*. Dazu ausführlich Ahrens/ Achilles, Wettbewerbsprozess, Kap. 7, Rn. 42 ff.

²⁰⁶ *BGHZ* 41, 104, 108; GRUR 1984, 754, 756 – Gesamtdarstellung rheumatischer Krankheiten; Palandt/Heinrichs, § 313 Rn. 40.

ausgleichen lässt. In diesem Fall ist das Kündigungsrecht ausgeschlossen²⁰⁷. Eine spätere Änderung der gesetzlichen Vorschriften kann den Schuldner des Unterwerfungsvertrages grundsätzlich zu einer Kündigung aus wichtigem Grund gem. § 314 BGB berechtigen. So ist der Wegfall der dem vertraglichen Gebot zugrunde liegenden gesetzlichen Vorschrift ein wichtiger Grund zur Kündigung nach § 314 Abs. 1 BGB²⁰⁸. War das beanstandete Verhalten auf Grund gesetzlicher Bestimmungen unlauter und wird die gesetzlichen Vorschriften später aufgehoben oder dergestalt verändert, dass das Verhalten nunmehr als zulässig angesehen wird, berechtigt diese Veränderung den Schuldner zur Kündigung des Unterwerfungsvertrags aus wichtigem Grund²⁰⁹. Auch eine Liberalisierung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, nach der ein zuvor wettbewerbswidriges Verhalten zulässig wird, begründet ein Kündigungsrecht des Schuldners nach § 314 Abs. 1 BGB²¹⁰.

Sowohl im Falle der Änderung der Gesetzeslage als auch im Falle der Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung fehlt dem Gläubiger ein legitimes Interesse an der Aufrechterhaltung einer der Rechtslage nicht mehr entsprechenden Schuldnerverpflichtung²¹¹.

²⁰⁷ OLG Hamburg, GRUR Int 1999, 780, 782; Palandt/Heinrichs, § 313 Rn. 40; vgl. OLG Düsseldorf, WRP 1995, 223 226 (für Wegfall der Geschäftsgrundlage).

²⁰⁸ BGH GRUR 1997, 382, 383 - *Altunterwerfung I*.

²⁰⁹ BGH GRUR 1997, 382, 383 - *Altunterwerfung I*.

²¹⁰ Ahrens/ Achilles, Wettbewerbsprozeß, Kap. 7 Rn. 44; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, 20. Kap. Rn. 35.

²¹¹ BGH GRUR 1997, 382, 384 f *Altunterwerfung I*; GRUR 1998, 953, 954 - *Altunterwerfung III*; GRUR 2001, 85, 86 - *Altunterwerfung IV*; Harte/Henning/Brüning § 12 Rn 157 ff; Fezer/Büscher, UWG, § 8 Rn 145 ff; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap 20 Rn 30, 33 ff.

cc) *Abgrenzung zwischen der Störung der Geschäftsgrundlage und der Kündigung aus wichtigem Grund*

Der *BGH* hat in seinen Entscheidungen *Altunterwerfung I*²¹² und *II*²¹³ eine Abgrenzung der Störung der Geschäftsgrundlage von der Kündigung aus wichtigem Grund vorgenommen. Danach stellt die außerordentliche Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses, anders als die Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage, ein vertragsimmanentes Mittel zur Auflösung lang dauernder Vertragsbeziehungen dar. Dagegen begründet die Auflösung eines Vertrags wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage eine außerhalb des Vertrags liegende, von vornherein auf besondere Ausnahmefälle beschränkte rechtliche Möglichkeit, sich von den vertraglich übernommenen Verpflichtungen zu lösen.

Die Auflösung bzw. Anpassung eines Vertrags wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage muss zur Vermeidung untragbarer, mit Recht und Gerechtigkeit schlechthin unvereinbarer Folgen unabweislich erscheinen.

Insbesondere ist zu berücksichtigen, dass selbst im Falle des Vorliegens der Voraussetzungen einer Störung der Geschäftsgrundlage die Vertragsanpassung bzw. –auflösung nicht *ipso iure* erfolgt, sondern einer rechtsgestaltenden Erklärung bedarf²¹⁴. Bei Dauerschuldverhältnissen wie dem Unterlassungsvertrag bedarf es daher ebenfalls einer Kündigungserklärung²¹⁵. Dem Wegfall der Geschäftsgrundlage kommt daher neben der Möglichkeit der Kündigung aus wichtigem Grund keine eigene Bedeutung mehr zu²¹⁶.

²¹² *BGH GRUR 1997, 382 – Altunterwerfung I.*

²¹³ *BGH GRUR 1997, 386 – Altunterwerfung II.*

²¹⁴ *BGHZ 133, 316, 328.*

²¹⁵ *BGHZ 133, 316, 328; BGH NJW 2000, 1714, 1716.*

²¹⁶ *BGH GRUR 1997, 382, 385- Altunterwerfung I.*

- e) Abänderungsklage nach § 323 ZPO oder Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO

*Meckel*²¹⁷ sieht neben den rechtgeschäftlichen Möglichkeiten der Aufhebung von Unterlassungsverträgen bei Änderung der Gesetzeslage bzw. Rechtsprechungsänderungen auch die Erhebung einer Abänderungsklage nach § 323 ZPO als zulässig an. Gegen diese Möglichkeit spricht jedoch, dass es an einer für eine Analogie notwendigen Regelungslücke fehlt, denn § 323 ZPO setzt gerade ein gerichtliches Urteil voraus, aus dem eine Vollstreckung droht. Auch fehlt dem Schuldner das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis, wenn er durch eine einfache Kündigung des Unterwerfungsvertrags den vermeintlichen Anspruch des Gläubigers zu Fall bringen könnte.

- f) Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung

Abzulehnen ist auch die in der Literatur diskutierte Kondiktion der Unterlassungserklärung²¹⁸. *Mellulis* hat diese von ihm selbst aufgeworfene Frage²¹⁹ verneint. Das Bestehen einer gesetzlichen Unterlassungsverpflichtung sei Motiv des Schuldners für die Unterwerfung, nicht aber ihr Rechtsgrund. Denn die Erklärung würde nicht zur Erfüllung des gesetzlichen Unterlassungsanspruchs abgegeben, sondern zur Beseitigung von Wiederholungs- und Erstbegehungsgefahr. Daher könne mit dem gesetzlichen Unterlassungsanspruch auch nicht ein Rechtsgrund des Unterlassungsvertrags entfallen.

Auch der *BGH* hat in seinem Urteil vom 5.3.1998 – *Altunterwerfung III*²²⁰ – diesem Gedanken unter Zugrundelegung gleicher Erwägungen in zustimmungswürdiger Weise eine Absage erteilt:

²¹⁷ *Meckel*, S. 89ff., 145.

²¹⁸ Hierzu *Köhler*, FS v. Gamm, S. 57 ff., 65; *Koblitz*, WRP 1997, 382, 387.

²¹⁹ In FS Henning Piper, S. 375 ff., 381.

²²⁰ WRP 1998, 743 ff.

„Im Schrifttum ist die Auffassung vertreten worden, der Rechtsgrund für die Abgabe der Unterwerfungserklärung sei in der wettbewerbsrechtlichen Verfolgungsbefugnis zu sehen; entfalle diese, so stehe dem Schuldner die *conditio ob causam finitam* nach § 812 Abs. 1 S. 2 1. Alt. BGB offen (Koblitz WRP 1997, 382, 387). Dem kann nicht beigetreten werden. Der rechtliche Grund für die Abgabe der Unterwerfungserklärung ist regelmäßig der von den Parteien befolgte Zweck, einen gesetzlichen Unterlassungsanspruch, dessen Bestehen häufig streitig ist, durch einen vereinfacht durchsetzbaren und strafbewehrten vertraglichen Anspruch zu ersetzen. Dieser auch dem Unterlassungsvertrag zugrundeliegende Zweck ist im Streitfall bereits erreicht und durch die Gesetzesänderung nicht nachträglich entfallen (vgl. Köhler, FS v. Gamm 1990, 57, 65, 78; ders. GRUR 1996, 231 f.)“

*Borck*²²¹ wirft dem BGH hierzu vor, dass er nicht hinreichend differenziert habe. Entgegen der Darstellung des *BGH* ginge es bei dieser Problematik vornehmlich um solche Fälle, in denen das Bestehen eines gesetzlichen Unterlassungsanspruchs streitig ist. Der Regelfall sei jedoch, dass beide Parteien von dem Bestehen eines gesetzlichen Unterlassungsanspruchs ausgehen würden. Nur für diese Fälle sei eine Kondiktionsmöglichkeit zugesprochen worden; in diesen Fällen sei sie auch begründet. Der Schuldner wolle eine Unterlassungspflicht nicht erst begründen, sondern den vorausgesetzten Unterlassungsanspruch durch eine strafbewehrte Unterwerfung sichern, um einen Rechtsstreit und die damit verbundene „sichere Niederlage“ zu vermeiden.

Hier verkennt *Borck* jedoch – abgesehen von der Tatsache, dass das Bestehen eines gesetzlichen Unterlassungsanspruchs keineswegs immer unstrittig sein dürfte –, dass auch in diesem Fall das Motiv des Schuldners, der sich strafbewehrt unterwirft, die Vermeidung eines Prozesses ist. Dies gilt unabhängig davon, ob die Niederlage sicher oder gerade unsicher ist. Dieses Ziel ist aber – wie der *BGH* in vorbenannter Entscheidung in zustimmungswürdiger Weise ausgeführt hat – bereits mit Abgabe der strafbewehrten Unterlassungserklärung erreicht. Das angestrebte Ziel kann daher auch in diesem Fall nicht durch eine spätere Rechtsprechungs- oder Gesetzesänderung entfallen.

²²¹ WRP 2000, 9, 22.

IV. Rechtslage bei Unterlassungsverfügungen mit Abschlussklärung

- 1) Die einstweilige Verfügung
 - a) Bedeutung der einstweiligen Verfügung

In wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten kommt der einstweiligen Verfügung eine überragende Bedeutung zu. Der Gläubiger hat mit ihrer Hilfe die Möglichkeit, eine schnelle und auch – in Verbindung mit dem Abschluss schreiben oder durch die Abgabe einer gesicherten Unterwerfungserklärung – endgültige Streitbereinigung zu erreichen. Das Interesse eines jeden Unternehmens oder klagebefugten Verbandes, die Wiederholung eines drohenden Wettbewerbsverstößes zu unterbinden oder dessen erstmaliger Begehung vorzubeugen, indem der wettbewerbsrechtliche Unterlassungsanspruch geltend gemacht wird, findet in der wettbewerbsrechtlichen einstweiligen (Leistungs-) Verfügung eine sachgerechte prozessuale Ergänzung:

Der Unterlassungsgläubiger hat ein nach Gegenstand und Inhalt zweckmäßiges und einfaches Verfahren als Mittel zur Hand, das zu einem vollstreckbaren Titel führt und das damit ein Mittel zu einer schnellen, wenngleich auch zunächst lediglich vorläufigen Durchsetzung wettbewerbsgerechten Verhaltens darstellt²²². Die wettbewerbsrechtliche einstweilige Verfügung erfüllt damit das Interesse eines Verletzten, eine möglichst schnelle und durchgreifende Entscheidung zu erwirken, die weitere Verstöße unterbindet²²³. Ein Hauptsacheverfahren hat demgegenüber den Nachteil, dass es sich über einen langen Zeitraum hinziehen kann und der Verletzer in der Zwischenzeit beispielsweise bereits durch sein unlauteres Verhalten seine Stellung ausbaut, Marktanteile hinzugewinnt oder Marktverwirrung verursacht.

²²² Ahrens/ Jestaedt, Wettbewerbsprozeß, Kap. 43 Rn. 1.

²²³ Ahrens/ Jestaedt, Wettbewerbsprozeß, Kap. 43 Rn. 2.

b) Materielle und prozessuale Voraussetzungen

Jede einstweilige Verfügung hat eine materiellrechtliche Voraussetzung, den Verfügungsanspruch, und eine prozessuale, den Verfügungsgrund. Beide Voraussetzungen müssen stets vorliegen und sind im Regelfall vom Antragsteller glaubhaft zu machen, §§ 920 Abs. 2, 936 ZPO.

Der Gesetzgeber hat der in Wettbewerbssachen regelmäßig gegebenen besonderen Eilbedürftigkeit dadurch Rechnung getragen, dass nach § 12 Abs. 2 UWG zur Sicherung von Unterlassungsansprüchen, die sich aus dem UWG ergeben, einstweilige Verfügungen auch dann erlassen werden können, wenn die Voraussetzungen der §§ 935, 940 ZPO nicht vorliegen. Grundsätzlich muss der Antragsteller die Dringlichkeit darlegen und glaubhaft machen. Jedoch begründet § 12 Abs. 2 UWG in seinem Anwendungsbereich eine widerlegliche tatsächliche Vermutung der Dringlichkeit²²⁴.

Dadurch sprechen im Wettbewerbsrecht zwei Beweisvermutungen zu Gunsten des Anspruchsstellers: die auf das materiellrechtliche Tatbestandsmerkmal der Wiederholungsgefahr gerichtete wettbewerbsrechtliche Wiederholungsvermutung sowie die den Verfügungsgrund betreffende Dringlichkeitsvermutung.

c) Bestand der einstweiligen Verfügung

aa) *Vorläufiger Charakter der einstweiligen Verfügung und Bestandsgefährdung*

Die Frage nach der Beachtlichkeit von Rechtsprechungs- und Gesetzesänderungen stellt sich bei einer einstweiligen Verfügung nur, wenn diese nicht mehr angreifbar ist. Der durch eine einstweilige Verfügung erwirkte Titel hat jedoch institutionell nur einen vorläufigen Charakter, weil durch dieses Institut nur die Zeit bis zum Erlass eines vorläufig vollstreckbaren Urteils im ordentlichen Verfahren überbrückt werden soll. Selbst wenn die einstweilige Verfügung nicht

²²⁴ BGH GRUR 2000, 151, 152 - *Späte Urteilsbegründung*; Hefermehl/ Köhler/ Bornkamm, UWG, § 12 Rn. 3.13; *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap 54 Rn 18.

mehr mit dem Widerspruch oder der Berufung angreifbar ist, unterliegt sie der Aufhebung wegen Versäumung einer dem Antragsteller aufgegebenen Klageerhebung nach §§ 926, 936 ZPO, oder wegen veränderter Umstände nach §§ 927, 936 ZPO²²⁵.

bb) Der Widerspruch nach der Beschlussverfügung

Für den Fall, dass das Gericht keine vorherige mündliche Verhandlung anordnet, erfolgt die Entscheidung über den Erlass der einstweiligen Verfügung durch Beschluss. Gegen einen solchen Beschluss kann der Schuldner nach § 924 Abs. 1, 936 ZPO Widerspruch einlegen, durch den die zunächst unterbliebene mündliche Verhandlung nachgeholt wird, §§ 925, 926 ZPO²²⁶. Der Widerspruch wendet sich gegen die einstweilige Verfügung mit der Begründung, sie hätte überhaupt nicht erlassen werden dürfen, lässt aber auch die Berücksichtigung von nach dem Erlass Beschlussverfügung eingetretenen Umstände zu, die die einstweilige Verfügung als nicht mehr gerechtfertigt erscheinen lassen²²⁷.

Die Schwäche des Titels aus einer einstweiligen Verfügung zeigt sich daran, dass der Widerspruch nicht fristgebunden ist. Der Antragsgegner kann also noch nach Jahren Widerspruch einlegen und dadurch den Bestand der einstweiligen Verfügung gefährden²²⁸. Zwar haben vereinzelt Gerichte Verwirkungsgesichtspunkte für die Widerspruchsmöglichkeit nach mehrjährigem Bestand der einstweiligen Verfügung angenommen²²⁹; für eine Verwirkung reicht ein bloßer Zeitablauf jedoch nicht aus. Vielmehr muss ein Vertrauenstatbestand durch den Unterlassungsschuldner geschaffen worden sein, der ein berechtigtes Vertrauen in den Fortbestand der bestehenden Rechtslage erzeugt²³⁰.

²²⁵ BGH, GRUR 1964, 274 = WRP 1964, 248 – *Möbelrabatt*; GRUR 1967, 611 = WRP 1968, 15 – *Jägermeister I*; GRUR 1973, 208 = WRP 1973, 23 – *Neues aus der Medizin*; Ahrens/ Ahrens, Wettbewerbsprozeß, Kap 58 Rn. 6.

²²⁶ Zöller/ Vollkommer, ZPO § 925 Rn. 2; MünchKommZPO/Drescher, § 925 Rn. 3.

²²⁷ Zöller/ Vollkommer, ZPO, § 924 Rn. 1.

²²⁸ Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 55 Rn. 8.

²²⁹ Vgl. dazu z.B. KG GRUR 195, 237 (nach 2 ½ Jahren Verwirkung); OLG Celle GRUR 1980, 945 (nach 4 ½ Jahren Verwirkung); OLG Saarbrücken NJW-RR 1989, 1513; Zöller/ Vollkommer, ZPO, § 924 Rn. 10; Hefermehl/ Köhler/ Bornkamm, UWG, § 12 Rn. 3.38; Harte/ Henning/ Retzer, § 12 UWG, Rn. 472; Ahrens/ Scharen, Wettbewerbsprozeß, Kap. 51, Rn. 53.

²³⁰ Ahrens, WRP 1997, 907, 908.

cc) *Der Antrag auf Anordnung der Klageerhebung nach §§ 926, 936 ZPO*

Um dem Antragsgegner die Möglichkeit einzuräumen, die blockierende Wirkung der einstweiligen Verfügung zeitlich zu limitieren, hat der Gesetzgeber mit § 926 ZPO für den Antragsgegner die Möglichkeit geschaffen, den Fortbestand der im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes ergangenen Entscheidung davon abhängig zu machen, dass der Antragsteller binnen einer bestimmten Frist Klage zur Hauptsache erhebt²³¹. Andernfalls wird die einstweilige Verfügung auf Antrag aufgehoben. Dadurch soll gewährleistet sein, dass der Antragsgegner die Klärung und abschließende Entscheidung des Streits mit den Mitteln und Rechtsschutzgarantien des ordentlichen Verfahrens provozieren kann, ohne den Weg über eine negative Feststellungsklage und die damit verbundenen besonderen prozessualen Voraussetzungen beschreiten zu müssen²³².

Die Rechtsunsicherheit, die sich für den Antragsteller aus dem lediglich provisorischen Charakter des einstweiligen Verfügungstitels ergibt, folgt aus der grundsätzlich zeitlich unbefristeten Möglichkeit der Klageprovokation für den Schuldner. Denn der Antrag aus §§ 926, 936 ZPO ist solange zulässig, wie die einstweilige Verfügung besteht oder eine Hauptsacheklage nicht anhängig, rechtskräftig entschieden oder gerichtlich für erledigt erklärt ist²³³.

dd) *Der Antrag auf Aufhebung wegen veränderter Umstände nach §§ 927, 936 ZPO*

§ 927 ZPO schützt i.V.m § 936 ZPO den Schuldner vor der materiellen Bindungswirkung des einstweiligen Verfügungstitels²³⁴. Die ursprüngliche Rechtmäßigkeit der ergangenen einstweiligen Verfügung und die daran geknüpfte Kostenentscheidung werden im Aufhebungsverfahren grundsätzlich nicht geprüft²³⁵, vielmehr verneint die Aufhebung der einstweiligen Verfügung nur die

²³¹ MünchKommZPO/ *Drescher* § 926 Rn. 1.

²³² Vgl. dazu ausführlich *Schlüter*, ZZP 80, 447, 462.

²³³ MünchKommZPO/ *Drescher* § 926 Rn. 18; *Zöller/ Vollkommer*, ZPO, § 926 Rn. 23.

²³⁴ *Zöller/ Vollkommer*, ZPO, § 927 Rn. 1.

²³⁵ BFH NJW 2004, 2183, 2184.

Rechtmäßigkeit ihrer Fortdauer²³⁶. Von diesem Grundsatz ist jedoch eine Ausnahme zu machen, wenn sich im Hauptsacheverfahren nachträglich herausstellt, dass die einstweilige Verfügung zu Unrecht ergangen ist. In einem solchen Fall ist es gerechtfertigt, auch die Kostenentscheidung im Verfügungsverfahren abzuändern²³⁷. *Ahrens*²³⁸ weist zu Recht darauf hin, dass die Kostengrundentscheidung nicht auf den Fall der rechtskräftigen Abweisung des Verfügungsanspruchs im Hauptsacheverfahren beschränkt bleiben könne, sondern für alle ex-tunc- Aufhebungsgründe zu gelten habe. Aus der verfahrensmäßigen Verselbständigung der Eilverfahren untereinander und gegenüber dem Hauptsacheverfahren dürften keine systemwidrigen und gerechtigkeitsdifferenten Schlüsse in Richtung auf eine Verfestigung der Kostenbelastung gezogen werden.

Die Aufhebung kann wegen veränderter Umstände in Hinblick auf den Verfügungsanspruch oder den Verfügungsgrund erfolgen. Gemeint sind Umstände, die nach Erlass der einstweiligen Verfügung eingetreten oder dem Schuldner bekannt geworden sind²³⁹. Dies gilt insbesondere für den Eintritt der Verjährung des Unterlassungsanspruchs. Auch eine Änderung der Rechtslage durch Gesetzgebung oder höchstrichterliche Rechtsprechung genügt für den Rechtsbehelf des § 927 ZPO, wenn auf Grund dieser Änderung eine Hauptsacheklage vermutlich keinen Erfolg mehr haben würde²⁴⁰.

Auch dieser Antrag ist zulässig, solange die einstweilige Verfügung Bestand hat.

²³⁶ *Stein/ Jonas/ Grunsky* § 927 Rn. 1; *Mädritch*, Das Verhältnis der Rechtsbehelfe des Antragsgegners im einstweiligen Verfügungsverfahren, S. 38; *MünchKommZPO/ Drescher* § 927 Rn. 1; *Zöller/ Vollkommer*, ZPO, § 927 Rn. 1.

²³⁷ *BGH* NJW 1993, 2685; *OLG Hamburg* GRUR-RR 2007, 20,22; *OLG Karlsruhe* WRP 1996, 120, 121; WRP 1981, 285; *OLG Schleswig* WRP 1995, 346; *OLG Düsseldorf* WRP 1993, 327, 329; WRP 1988, 247, 248f.; GRUR 1985, 160; *OLG Koblenz* WRP 1988, 389f.; GRUR 1980, 1022, 1024; *OLG Köln JurBüro* 1987, 762; GRUR 1985, 458; 460; WRP 1982, 288; *OLG Hamm* GRUR 1992, 888; GRUR 1990, 714; WRP 1986, 620, 623; GRUR 1985, 84; *OLG Celle* WRP 1991, 586, 587; *OLG Frankfurt* WRP 1980, 423, 424; *OLG Hamburg* WRP 1979, 141, 142; NJW 1964, 600, 601; *Ahrens/ Ahrens*, Wettbewerbsprozeß, Kap. 60 Rn. 37f. Ablehnend *OLG Frankfurt* WRP 1992, 248; *OLGRZ* 1982, 346, 347.

²³⁸ *Ahrens/ Ahrens*, Wettbewerbsprozeß, Kap. 60 Rn. 38.

²³⁹ *Zöller/ Vollkommer*, ZPO, § 927 Rn. 1.

²⁴⁰ *KG* WRP 1990, 330; *Stein/ Jonas/ Grunsky* § 927 Rn. 4; *Zöller/ Vollkommer*, ZPO, § 927 Rn. 4; *MünchKommZPO/ Drescher* § 927 Rn. 4.

ee) *Negative Feststellungsklage*

Dem Antragsgegner des Eilverfahrens steht auch die prozessuale Möglichkeit der Erhebung einer negativen Feststellungsklage zur Verfügung. Ihr Ergebnis würde gegebenenfalls einen veränderten Umstand i.S.d. § 927 ZPO darstellen, der wiederum auf einen entsprechenden Antrag hin zur Aufhebung der einstweiligen Verfügung führen würde²⁴¹.

ff) *Indirekter Angriff durch Schadensersatzbegehren nach § 945 ZPO*

Schließlich hat der Antragsgegner die prozessuale Möglichkeit, die einstweilige Verfügung indirekt durch die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs nach § 945 ZPO anzugreifen. Nach §§ 945, 936 ZPO haftet der Gläubiger, wenn sich die Anordnung der einstweiligen Verfügung als von Anfang an ungerechtfertigt erweist oder wenn die angeordnete Maßnahme aufgehoben wird, weil die Frist zur Erhebung der Hauptsacheklage versäumt wurde (§ 926 Abs. 2 ZPO) oder weil die Frist zur Durchführung des Rechtfertigungsverfahrens im Anschluss an den Erlass einer Beschlussverfügung unter Inanspruchnahme amtsgerichtlicher Notzuständigkeiten versäumt wurde (§ 942 Abs. 3 ZPO)²⁴².

§ 945 ZPO beruht auf dem allgemeinen Rechtsgedanken, dass die Vollstreckung aus einem noch nicht endgültigen Vollstreckungstitel auf Gefahr des Gläubigers ergeht²⁴³. Der Gläubiger soll nicht nur das Risiko einer anfänglichen Fehlbeurteilung der später genauer aufgeklärten Umstände tragen, sondern auch das Risiko einer abweichenden rechtlichen Beurteilung derselben Tatsachen in einem späteren Verfahrensstadium²⁴⁴, wobei die objektive Rechtslage und nicht die Beurteilungsmöglichkeit des Antragsstellers maßgeblich ist²⁴⁵. Dabei geht es nicht nur um das Risiko einer Änderung der Beurteilung im Verhältnis zwischen summarischem Verfahren und Hauptsacheverfahren, sondern auch um das

²⁴¹ Ahrens, WRP 1997, 907.

²⁴² Ahrens, FS Piper, 31, 33.

²⁴³ BGH NJW 1993, 593; BGH NJW 1990, 2689, 2690; BGH NJW 1992, 2297, 2298; BGH NJW 1985, 1959, 1960; BGH NJW 1974, 642; BGH NJW 1986, 1107, 1108; Ahrens FS Piper, 31, 32; Zöller/Vollkommer, ZPO, § 945 Rn. 3.

²⁴⁴ Vgl. BGH NJW 1970, 1459, 1460; BGH NJW 1988, 3268, 3269.

²⁴⁵ BGH NJW 1970, 1459, 1460; Ahrens FS Piper, 31, 32.

Risiko, dass die einstweilige Verfügung im Rechtsmittelzug des summarischen Verfahrens keinen Bestand hat²⁴⁶. Maßgebend hierfür ist, ob die einstweilige Verfügung bei richtiger Beurteilung der tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten nicht hätte erlassen werden dürfen, weil die Voraussetzungen für ihren Erlass im Zeitpunkt der Anordnung unter Berücksichtigung des Ergebnisses einer eventuell durchgeführten Beweisaufnahme objektiv nicht vorlagen²⁴⁷.

§ 945 ZPO ist kein Fall der Gefährdungshaftung; es handelt sich um eine Risikohaftung²⁴⁸.

gg) Zusammenfassung

Aus den vorgenannten Gründen folgt, dass der Titel einer einstweiligen Verfügung für den Gläubiger nur ein geringes Maß an Rechtssicherheit beinhaltet. Die Rechtsbehelfe Widerspruch, Klageprovokation und Antrag auf Aufhebung wegen veränderter Umstände stellen zeitlich unabsehbare Bedrohungen für den Bestand der einstweiligen Verfügung dar.

d) Bestandssicherung durch Abschlusserklärung

aa) Zielsetzung der Abschlusserklärung

Nach Abschluss des Verfügungsverfahrens haben die Parteien oftmals ein Interesse daran, den Bestand des Verfügungstitels ohne Einleitung eines gesonderten Hauptsacheverfahrens zu erreichen. Der Antragsteller wird regelmäßig am Fortbestand des Verfügungstitels interessiert sein. Ein im Rahmen eines in derselben Angelegenheit geführten Hauptsacheverfahrens würde bei Zugrundelegung desselben Sachverhalts dem Anspruchsgläubiger nicht das Erringen einer erweiterten Rechtsposition ermöglichen.

²⁴⁶ BGHZ 62, 7, 11; Ahrens FS Piper, 31, 32

²⁴⁷ BGH NJW 1988, 3268, 3269; Ahrens FS Piper, 31, 32.

²⁴⁸ Vgl. BGH NJW 1993, 593; BGH NJW 1990, 2689, 2690; BGH NJW 1990, 122, 124; Ahrens FS Piper, 31, 33.

Der Antragsgegner wird hingegen regelmäßig an einer Kostenvermeidung interessiert sein, soweit absehbar ist, dass er auch im Hauptsacheverfahren unterliegen würde.

Diesen Interessen steht jedoch entgegen, dass die einstweilige Verfügung nur - wie vorstehend ausgeführt - eine vorläufige Regelung erbringt. Anders als das in Rechtskraft erwachsene Unterlassungsurteil lässt eine vom Antragsteller erwirkte einstweilige Verfügung, die als solche den Streit lediglich vorläufig regelt und zudem einer jederzeit möglichen Aufhebung im Hauptsacheverfahren unterliegt, die Wiederholungsvermutung nicht entfallen²⁴⁹. Jede materielle Rechtskraftwirkung der einstweiligen Verfügung hinsichtlich des Hauptsacheanspruchs scheidet nach einhelliger Meinung aus²⁵⁰. Um dem Verfügungstitel dennoch eine Bestandskraft zu verleihen, behilft sich die Praxis mit einer sog. Abschlusserklärung des Antragsgegners²⁵¹. Eine solche Abschlusserklärung enthält eine Kombination von prozessual und materiellrechtlich wirkenden Willenserklärungen. Mit ihr erkennt der Antragsgegner die einstweilige Verfügung als endgültige und verbindliche, einer einem im Hauptsacheverfahren ergangenen Urteil gleichstehender Regelung an²⁵². Mit Abgabe der Abschlusserklärung entfällt die Wiederholungsvermutung des Wettbewerbsverstoßes und zwar auch im Verhältnis zu Drittgläubigern²⁵³.

bb) Verbot der Rechtskraftsimulation

Zu beachten ist jedoch, dass keine Simulation der Rechtskraftwirkung eines gerichtlichen Hauptsacheurteils durch vertragliche Vereinbarung zwischen den Parteien erreicht werden kann. Rechtskraftwirkung kommt vielmehr nur gerichtlichen Urteilen zu²⁵⁴. Die Rechtskraftwirkung stellt eine prozessuale

²⁴⁹ *Piper/Ohly*, UWG, § 8 Rn. 24.

²⁵⁰ Statt Aller MünchKomm ZPO/ *Drescher* vor § 916 Rn. 49.

²⁵¹ *Ahrens/ Ahrens*, Wettbewerbsprozess, Kap. 58 Rn. 4.

²⁵² *BGH* GRUR 64, 274, 275 - *Möbelrabatt*; *OLG Karlsruhe* GRUR 95, 510, 513; *KG WRP* 98, 71, 72; *OLG Frankfurt* NJWE-WettbR 2000, 259, 260; *Hefermehl/Köhler/Bornkamm* § 8 Rn. 1.39, 51; *Harte/Henning/Beckedorf* § 8 Rn. 18; *Fezer/Büscher* § 8 Rn. 75; *Ahrens/Ahrens*, Wettbewerbsprozeß, Kap. 58 Rn. 54.

²⁵³ *BGH* GRUR 2003, 450, 452; *OLG Schleswig* MMR 2002, 161, 162; *WRP* 1998, 71, 72; *OLG Frankfurt/M.* NJWE-WettbR 1996, 280; *OLG Hamburg* WRP 1995, 240, 241; *GRUR* 1984, 889, 890; *OLG Karlsruhe* GRUR 1995, 510, 513; *OLG Hamm* NJW-RR 1991, 236; *OLG München* WRP 1979, 891, 892; *Ahrens/ Ahrens*, Wettbewerbsprozeß, Kap. 55 Rn. 31; *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, § 8 Rn. 151; *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 7 Rn. 4.

²⁵⁴ *Ahrens/ Ahrens*, Wettbewerbsprozess, Kap. 58 Rn. 3.

Einrichtung dar, die daran anknüpft, dass ein gerichtliches Verfahren unter Befolgung des prozessualen Regelwerks stattgefunden hat und die Entscheidungsrichtigkeit gewährleistet²⁵⁵. Eine vertragliche Vereinbarung der Parteien über die Erstreckung der Rechtskraft ist nicht möglich²⁵⁶.

Die Abschlusserklärung betrifft nicht die Reichweite der Rechtskraft, sondern setzt beim materiellrechtlichen Anspruch und den prozessualen Angriffsmitteln an²⁵⁷.

cc) *Inhalt der Abschlusserklärung*

Sinn einer Abschlusserklärung ist es, die erwirkte Unterlassungsverfügung ebenso effektiv und dauerhaft werden zu lassen wie einen in einem Hauptsacheverfahren erwirkten Titel²⁵⁸. Zur Erreichung dieses Ziels ist es erforderlich, auf die möglichen Rechtsbehelfe gegen die einstweilige Verfügung, d.h. die Rechte aus den §§ 936, 924, 926 Abs. 1 und Abs.2 und § 927, ggf. auch auf das Rechtsmittel der Berufung, zu verzichten²⁵⁹.

dd) *Verzichtbarkeit bei § 927 ZPO*

Verzichtet werden muss – wie vorstehend erwähnt – u.a. auf den Rechtsbehelf aus § 927 ZPO²⁶⁰, also auf einen Antrag auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung wegen veränderter Umstände, d.h. auch auf die Geltendmachung von späteren Rechtsprechungs- und Gesetzesänderungen.

²⁵⁵ Ahrens/ Ahrens, Wettbewerbsprozess, Kap. 58 Rn. 3.

²⁵⁶ BGH NJW 1986, 1046, 1047.

²⁵⁷ Ahrens/ Ahrens, Wettbewerbsprozess, Kap. 58 Rn. 3.

²⁵⁸ Piper/ Ohly, UWG, § 12 Rn. 185; Hefermehl/ Köhler/ Bornkamm, UWG, § 12 UWG Rn. 3.74; Kefferpütz in: Wandtke/ Bullinger, UrhG, Vor §§ 97ff Rn. 128.

²⁵⁹ Hefermehl/ Köhler/ Bornkamm, UWG, § 12 UWG Rn. 3.74; Piper/ Ohly, UWG, § 12 Rn. 185.

²⁶⁰ BGH GRUR 1989, 115- Mietwagen Mitfahrt; OLG Hamm GRUR 1993, 1001, 1002; OLG Hamburg WRP 1995, 648, 649; OLG Stuttgart WRP 1996, 152, 153; Teplitzky Kap. 43Rn. 5f.

Umstritten ist jedoch, in welchem Umfang darauf verzichtet werden darf²⁶¹. § 927 ZPO ermöglicht die Berücksichtigung nachträglicher Veränderungen und erfasst somit denselben Bereich wie die Rechtsbehelfe aus § 767 ZPO und § 323 ZPO für Veränderungen im Anschluss an rechtskräftige ordentliche Urteile²⁶².

Die Frage nach den Verzichtsmöglichkeiten auf das Antragsrecht aus § 927 ZPO beruht darauf, dass zukünftiges Prozessverhalten zwar zum Gegenstand einer Parteivereinbarung gemacht werden kann, jedoch Beschränkungen unterliegt. So sollen sich die Parteien nicht unbegrenzt ihrer Entschlussfreiheit bezüglich künftigen Verhaltens entkleiden²⁶³. In den Einzelheiten ist die Grenzziehung ungeklärt, auch wenn § 515 ZPO – die Vorgängervorschrift des § 514 ZPO a.F. modifizierend – den Verzicht auf die Berufung vor Erlass des erstinstanzlichen Urteils zulässt²⁶⁴.

Der Verzicht soll den Gläubiger nicht besser stellen, als er bei einem rechtskräftigen Hauptsachetitel stünde, was bei einem uneingeschränkten Verzicht auf das Recht aus § 927 ZPO aber der Fall sein könnte²⁶⁵. In der Literatur wird daher empfohlen, die Abschlusserklärung so zu formulieren, dass der Schuldner den Verfügungstitel als nach Bestandskraft und Wirkung einem rechtskräftigen Hauptsachetitel gleichwertig anerkennt und demgemäß auf alle Rechte des Vorgehens gegen den Titel oder den zu Grunde liegenden Anspruch verzichtet, soweit auch ein Vorgehen gegen den einen rechtskräftigen Hauptsachetitel ausgeschlossen wäre²⁶⁶.

²⁶¹ Zöller/ Vollkommer, ZPO, § 927 Rn. 9a; BGH GRUR 1987, 125, 126 – *Berühmung*; OLG Koblenz WRP 1985, 439, 440 verlangt zumindest den Verzicht auf diejenigen Umstände, die bei Abgabe der Erklärung bereits entstanden sind; dem folgend KG NJW-RR 1987, 814, 816; MD 1995, 147, 148; OLG Hamburg WRP 1995, 648, 649.

²⁶² Ahrens/ Ahrens, Wettbewerbsprozeß, Kap. 58 Rn. 17.

²⁶³ Gegen die Wirksamkeit eines umfassenden Verzichts: Ahrens/ Ahrens, Wettbewerbsverfahrensrecht, S. 362 ff.; ders., WRP 1997, 907, 910; Ahrens/ Ahrens, Wettbewerbsprozeß, Kap. 58 Rn. 17; Scherf, WRP 1969, 395, 397.

²⁶⁴ Hierzu siehe Ahrens/ Ahrens, Wettbewerbsprozeß, Kap. 58 Rn. 17.

²⁶⁵ Hefermehl/ Köhler/ Bornkamm, UWG, § 12 Rn. 3.74.

²⁶⁶ Scherf WRP 1969, 393, 398; Vinck, WRP 1975, 80, 82; Hefermehl/ Köhler/ Bornkamm, UWG, § 12 Rn. 3.74 m.w.N.

Dem soll mit der Formulierung Rechnung getragen werden können, dass mit der Abschlusserklärung der Verfügungstitel „jedenfalls nach Bestandskraft und Wirkung einem entsprechenden Hauptsachetitel als gleichwertig anerkannt und demgemäß auf alle Möglichkeiten eines Vorgehens gegen diesen Titel und/oder gegen den durch ihn gesicherten Anspruch verzichtet werde, die auch im Falle eines rechtskräftigen Hauptsacheurteils ausgeschlossen wären“²⁶⁷.

Dieser Auffassung, wonach auf die Rechte aus § 927 ZPO nicht vollumfänglich verzichtet werden könne, hat jedoch *Teplitzky*²⁶⁸ bereits 1987 in zustimmungswürdiger Weise entgegen gehalten, dass die Abschlusserklärung gerade den Gedanken der nur vorläufigen Gestaltung außer Kraft setzen soll. Einer Partei, der man im Hauptsacheverfahren das Recht zum wirksamen und weitreichenden Anerkenntnis des Anspruchs zubillige, müsse auch die Möglichkeit eines Verzichts auf die Klage gem. § 767 ZPO und auch das Recht auf einen Verzicht auf die Rechte aus § 927 ZPO einzuräumen sein. Auch in der Literatur finden sich zahlreiche Stimmen, die einen gänzlichen Verzicht für wirksam erachten²⁶⁹.

Die Auffassung, wonach ein umfassender Verzicht auf die Rechte aus § 927 ZPO nicht zulässig sein soll, verkennt, dass es bei der Frage der Verzichtsmöglichkeit nicht um eine *Pflicht* des Verfügungsadressaten geht, sondern lediglich um das *Recht*. Es geht darum, wie der Anspruchsgegner das Recht des Anspruchstellers, sich einen vollwertigen Titel im Hauptsacheverfahren zu verschaffen, zu Fall bringen kann. Dies kann er jedoch nur dadurch, dass er den Anspruchsgläubiger so stellt, als hätte dieser einen Hauptsachetitel erwirkt. Gegen einen Hauptsachetitel gibt es jedoch gerade keinen dem § 927 ZPO entsprechenden Rechtsbehelf²⁷⁰. Es widerspräche auch dem Grundsatz von Treu und Glauben, wenn der unterlegende Verfügungsgegner zunächst dem Anspruchsgläubiger in Hinblick auf die Erhebung einer Hauptsacheklage durch seine Abschlusserklärung mit einem ausdrücklichen Verzicht auf seine Rechte aus

²⁶⁷ Ahrens/Ahrens, Wettbewerbsprozeß Kap 58 Rn 54.

²⁶⁸ *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, 5. Auflage, Kap. 43 Rn. 6.

²⁶⁹ *Spehl*, Abschlusschreiben und Abschlusserklärung im Wettbewerbsverfahrensrecht, S. 55ff. sowie S. 153 ff., *Spätgens*, in: Gloy/ Loschelder, § 106 Rn. 3, der von seiner früheren Auffassung, dass nur ein eingeschränkter Verzicht zulässig sei, nunmehr ausdrücklich abgerückt ist.

²⁷⁰ *Spätgens*, in: Gloy/ Loschelder, § 106 Rn. 3.

§ 927 ZPO das Rechtsschutzbedürfnis nimmt, bei einem späteren Eintritt der Voraussetzungen des § 927 ZPO sich aber darauf berufen würde, ein solcher Verzicht sei nicht wirksam gewesen. Dies hätte eine unerträgliche Rechtsunsicherheit seitens des Unterlassungsgläubigers zur Folge.

2) Beachtlichkeit von Rechtsprechungs- und Gesetzesänderungen bei bestandskräftig gemachten Verfügungstiteln

a) § 927 ZPO

Wegen veränderter Umstände kann die Aufhebung einer erlassenen einstweiligen Verfügung beantragt werden, §§ 927 I, 935, 940 ZPO. Nach Auffassung des *BGH*²⁷¹ fallen hierunter auch Änderungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung. In der Literatur wird darüber hinaus auch eine Änderung der gesetzlichen Grundlage als Rechtfertigung der Einleitung eines Aufhebungsverfahrens angesehen²⁷².

Hinsichtlich eines bestandskräftig gemachten Verfügungstitels ist teilweise die Anwendung des § 927 ZPO trotz Abgabe der Abschlusserklärung und eines darin enthaltenen Verzichts auf die Rechte aus § 927 ZPO vertreten worden. Im Verfahren der einstweiligen Verfügung sei § 927 ZPO die spezielle Aufhebungsmöglichkeit, für den Fall des Eintritts veränderter Umstände²⁷³. Eine entsprechende Abschlusserklärung stehe dem nicht entgegen, da auf das Antragsrecht aus § 927 ZPO nicht wirksam verzichtet werden könne²⁷⁴. Eine solche Möglichkeit widerspricht jedoch wie vorstehend aufgezeigt dem Grundsatz von Treu und Glauben und hätte zudem eine nicht hinnehmbare Rechtsunsicherheit zu Lasten des Gläubigers zur Folge.

²⁷¹ Vgl. *BGH* WRP 1990, 330.

²⁷² Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, § 927 ZPO Rn. 3; GroßkommUWG/*Süchting*, § 25 Rn. 266; MünchKommZPO/*Drescher*, § 927 Rn. 5; *Stein/Jonas/Grunsky*, ZPO, § 927 Rn. 4; *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 56 Rn. 34; *Zöller/Vollkommer*, ZPO, § 927 Rn. 4.

²⁷³ *OLG Köln* WRP 1985, 362, 363; *OLG München* SJZ 50, 827.

²⁷⁴ Siehe hierzu 2. Kap. A II. 3) a) cc) (4).

b) Störung der Geschäftsgrundlage

Eine Kündigung nach § 314 BGB kommt – anders als bei der Unterwerfungserklärung – nicht in Betracht, da die Abschlusserklärung kein Dauerschuldverhältnis begründet, sondern eine einmalige Verzichtserklärung auf prozessuale Rechtsbehelfe darstellt²⁷⁵. Nach einer Auffassung in der Literatur kann sich der Titelschuldner im Fall nachträglicher relevanter Änderungen der Sach- oder Rechtslage jedoch auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen²⁷⁶.

c) Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO

Nach zustimmungswürdiger Auffassung in Rechtsprechung und Literatur soll auf durch Abschlusserklärung bestandskräftig gemachten Unterlassungstitel, soweit der Unterlassungsschuldner ohne ausdrückliche Einschränkungen auf seine Rechte aus §§ 927, 936 ZPO verzichtet hat, § 767 ZPO angewandt werden²⁷⁷. Denn Ziel der Vollstreckungsabwehrklage ist die Beseitigung der Vollstreckbarkeit und nicht die Durchbrechung der Rechtskraft²⁷⁸. Dies folgt schon daraus, dass die für die Klage geeigneten Einwendungen erst nach dem Eintritt der Rechtskraft entstanden sein dürfen²⁷⁹.

Wie bereits vorstehend unter 2. Kap. A. II. 1) b) (2) ausgeführt, kann im Rahmen der Vollstreckungsabwehrklage aus § 767 ZPO keine Änderung der (höchstrichterlichen) Rechtsprechung geltend gemacht werden. Der Unterlassungsschuldner ist demnach im Falle der Anerkennung einer einstweiligen Verfügung als endgültige Entscheidung durch Abgabe einer entsprechenden Abschlusserklärung an diese auch im Falle einer späteren

²⁷⁵ *Völp* GRUR 1984, 493.

²⁷⁶ *Völp* GRUR 1984, 493; *Schuschke/Walker/Schmukle*, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, Anhang zu § 935 D I Rn. 3.

²⁷⁷ *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 57 Rn. 53 a.E.; ihm folgend *Ulrich* FS Traub S. 433; ders. WRP 1995, 86, 89; OLG Nürnberg GRUR 1985, 237, 238.

²⁷⁸ *BGH* NJW 1995, 3318, 3319; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, Zwangsvollstreckungsrecht, § 40 II 1, S. 611.

²⁷⁹ *Rosenberg/Gaul/Schilken*, Zwangsvollstreckungsrecht, § 40 II 1, S. 611.

Rechtsprechungsänderung gebunden, nach dem das zuvor unlautere Verhalten nunmehr - und damit auch seinen Wettbewerbern – erlaubt wäre.

B. Zusammenfassung

Als Zwischenergebnis bleibt festzuhalten, dass gegen die Vollstreckung aus einem rechtskräftigen Unterlassungsurteil im Falle einer späteren Gesetzesänderung hinsichtlich der anspruchsbegründenden Norm im Wege der Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO vorgegangen werden kann. Eine Änderung der Rechtsprechung ist hingegen unbeachtlich.

Unterlassungsverträge können im Falle einer Änderung der Gesetzeslage oder der höchstrichterlichen Rechtsprechung vertraglich aufgehoben oder gekündigt werden, soweit diese den dem Vertrag zu Grunde liegenden Rechtsgrund betreffen. Ist der Unterlassungsvertrag unter der Bedingung des Fortbestands des Unterlassungsanspruchs abgegeben worden, entfällt auf Grund einer Gesetzes- oder Rechtsprechungsänderung der vertragliche Unterlassungsanspruch durch Eintritt der Bedingung.

Gegen die Vollstreckung aus einer durch Abschlusserklärung bestandskräftig gewordenen einstweiligen Verfügung kann im Falle einer entsprechenden Gesetzesänderung mittels einer Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO vorgegangen werden. Änderungen der Rechtsprechung sind wie bei rechtskräftigen Unterlassungsurteilen hingegen unbeachtlich.

Drittes Kapitel

A. Rückwirkung und Bestandskraft in der Entwicklung der europäischen Rechtsprechung

I. Rechtskraft und Bestandskraft in der Rechtsprechung des EuGH

Entscheidungen deutscher Gerichte werden grundsätzlich unabhängig von Ihrer inhaltlichen Richtigkeit rechtskräftig²⁸⁰. Die Rechtskraft verbietet es, die Frage der Richtigkeit oder Unrichtigkeit in einem zweiten Verfahren nochmals aufzuwerfen²⁸¹. Es kann daher grundsätzlich wegen der materiellen Rechtskraft nicht geltend gemacht werden, das Urteil sei unrichtig. Das nationale Prozessrecht steht insoweit im Einklang mit der Europäischen Gemeinschaftsrechtsordnung, die den Grundsatz der Rechtssicherheit als wesentliches Prinzip ansieht²⁸².

So hat der *EuGH* in den Rechtssachen *Eco Swiss*²⁸³ und *Kapferer*²⁸⁴ betont, dass das Gemeinschaftsrecht von den Mitgliedstaaten wegen der Bedeutung der Rechtskraft grundsätzlich nicht verlangt, nationale Verfahrensvorschriften außer Acht zu lassen, die unter bestimmten Voraussetzungen den Eintritt der Rechtskraft anordnen, selbst wenn es die Beseitigung der Rechtskraft ermöglichen würde, die Verletzung von Gemeinschaftsrecht durch das nationale Urteil festzustellen²⁸⁵. In anderen Entscheidungen hat der *EuGH* diese Aussage allerdings zugunsten des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts relativiert und die Beständigkeit nationaler Entscheidungen in Frage gestellt.

²⁸⁰ Zöller/Vollkommer, ZPO, vor § 322 Rn. 71.

²⁸¹ BGH NJW 1985, 2535; Zöller/Vollkommer, ZPO, vor § 322 Rn. 71.

²⁸² EuGH NJW 2006, 1557 – Kapferer/ Schlank und Schick, Rn. 20; EuGH NJW 2003, 3539 – Köbler.

²⁸³ EuGH NJW 1999, 5649 – Eco Swiss.

²⁸⁴ EuGH NJW 2006, 1557 – Kapferer/ Schlank und Schick.

²⁸⁵ EuGH NJW 2006, 1577- Kapferer/ Schlank und Schick, Rn. 21; EuGH NJW 2003, 3539 – Köbler, Rn. 46, 47; siehe hierzu auch Ruffert JZ 2006, 905 f.

1) Rechtssache Eco Swiss

Der *EuGH* hatte sich in der Rechtssache *Eco Swiss*²⁸⁶ unter anderem mit der Befugnis der staatlichen Gerichte zur Aufhebung rechtskräftiger Schiedssprüche zu befassen, die auf Grund eines vertraglich vereinbarten Schiedsverfahrens ergingen. Diese Frage stellte sich im Rahmen eines staatlichen Verfahrens in den Niederlanden, das die *Benetton International NV* eingeleitet hatte, um die Aufhebung von zwei Schiedssprüchen sowie die Aussetzung von deren Vollstreckung zu erreichen.

Die Parteien hatten vereinbart, dass sämtliche Rechtsstreitigkeiten aus ihrem Vertragsverhältnis durch ein Schiedsgerichtsverfahren nach den Regeln des *Nederlands Arbitrage Instituut* (Niederländisches Institut für Schiedsgerichtsbarkeit) beizulegen sein sollen, wobei der Schiedsrichter niederländisches Recht anzuwenden hatte. Die *Benetton International NV* wurde zunächst durch einen Zwischenschiedsspruch mit dem Charakter eines endgültigen Schiedsspruches („Partial Final Award“, im folgenden: PFA) zum Ersatz des durch die Kündigung entstandenen Schadens verpflichtet, der in einem späteren Schiedsspruch („Final Arbitral Award“, im folgenden: FAA) betragsmäßig festgesetzt wurde. In einer gegen beide Schiedssprüche gerichteten Aufhebungsklage trug die *Benetton International NV* erstmals einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung i.S.v. Art. 1065 Abs. 1 Buchst. e) nI.ZPO wegen Verletzung von Art. 81 EGV vor. Die nach niederländischem Verfahrensrecht bestehende dreimonatige Ausschlussfrist des Art. 1064 Abs. 3 nI.ZPO für Aufhebungsklagen hatte die *Benetton International NV* nur hinsichtlich des FAA eingehalten²⁸⁷. Ein weiterer Antrag gegen die vom Gerichtshof stattgegebene Aussetzung der Vollstreckung des FAA gelangte im Wege der Kassationsbeschwerde durch *Eco Swiss* vor den *Hoge Raad*.

²⁸⁶ *EuGH*, NJW 1999, 3549- *Eco Swiss*.

²⁸⁷ *EuGH*, NJW 1999, 3549 - *Eco Swiss* Rn. 12 – 15, 29.

Der *Hoge Raad* führte aus, dass ein Schiedsspruch nur dann gemäß Art. 1065 Abs. 1 Buchst. e) nI.ZPO wegen Widerspruches zur öffentlichen Ordnung aufgehoben werden könne, wenn sein Inhalt oder seine Vollstreckung eine zwingende Vorschrift von so grundlegendem Charakter verletze, dass ihre Durchsetzung nicht durch Beschränkungen verfahrensrechtlicher Art verhindert werden dürfe. Nach niederländischem Recht werde allein der Umstand, dass der Inhalt oder die Vollstreckung des Schiedsspruches die Anwendung einer Verbotsbestimmung des niederländischen Wettbewerbsrechts verhindere, nicht als Widerspruch zur öffentlichen Ordnung angesehen. Aus den im Urteil des *EuGH* in der Rechtssache *Van Schijndel* zugelassenen verfahrensrechtlichen Einschränkungen sei abzuleiten, dass auch Art. 81 EGV kein derartiger grundlegender Charakter zukomme²⁸⁸. Hätte das Schiedsgericht über die Wirksamkeit des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages nach Art. 81 EGV entschieden und dessen Nichtigkeit angenommen, hätte es die Grenzen des Rechtsstreits überschritten, was nach Art. 1065 Abs. 1 Buchst. c) nI.ZPO einen Aufhebungsgrund dargestellt hätte; damit sei auch die erstmalige Berufung auf Art. 81 EGV im Aufhebungsverfahren ausgeschlossen²⁸⁹. Schließlich spreche gegen die Berücksichtigung eines Verstoßes gegen Art. 81 EGV, dass ein Zwischenschiedsspruch mit dem Charakter eines endgültigen Schiedsspruches nach Ablauf der dreimonatigen Ausschlussfrist des Art. 1064 Abs. 3 nI.ZPO Rechtskraft erlange, was die Möglichkeit einer Klage gegen einen darauf beruhenden späteren Schiedsspruch beschränke²⁹⁰. Daher fragte der *Hoge Raad* insbesondere nach der Zulässigkeit der Beschränkung der Gründe einer Aufhebungsklage sowie der vorgesehenen Ausschlussfrist.

Der *EuGH* hielt die Einhaltung nationaler Fristvorschriften für gemeinschaftsrechtlich zulässig, auch wenn dadurch ein inhaltlicher Verstoß der Entscheidung gegen das Gemeinschaftsrecht zementiert wird. Bei der Überprüfung eines Schiedsspruches seien die nationalen Vorschriften zu beachten. Denn nationale Verfahrensvorschriften, die nach Ablauf der darin genannten Frist die Möglichkeit der Aufhebung späterer Schiedssprüche

²⁸⁸ *EuGH*, NJW 1999, 3549- *Eco Swiss Rn.* 25.

²⁸⁹ *EuGH*, NJW 1999, 3549- *Eco Swiss Rn.* 26.

²⁹⁰ *EuGH*, NJW 1999, 3549- *Eco Swiss Rn.* 26.

beschränken, seien durch grundlegende Prinzipien des nationalen Rechtssystems, wie das der Rechtssicherheit und das daraus abgeleitete Prinzip der Beachtung der Rechtskraft²⁹¹ gerechtfertigt. Dies bedeute auch, dass ein Schiedsspruch, der innerhalb der gesetzlichen Frist nicht angefochten worden sei, seinen endgültigen Charakter behalten müsse. Damit könne die Rechtskraft des Teilschiedsspruches nicht mehr in Frage gestellt werden.

2) Rechtssache Köbler

Die erste Rechtssache, in der der *EuGH* das Institut der Rechtskraft nationaler Urteile relativiert hat, ist die Zulassung der Amtshaftungsklage gegen einen Mitgliedsstaat wegen eines rechtskräftigen gemeinschaftsrechtswidrigen Urteils in der Rechtssache *Köbler*²⁹².

Dieser Entscheidung lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Der klagende Rechtswissenschaftler *Gerhard Köbler* befand sich seit dem 1. März 1986 als ordentlicher Universitätsprofessor in Innsbruck in einem öffentlich rechtlichen Dienstverhältnis zum österreichischen Staat; zuvor hatte er eine Professur in Deutschland innegehabt. Bei seiner Ernennung wurden ihm die Bezüge eines ordentlichen Professors der Gehaltsstufe 10 zuzüglich der normalen Dienstalterszulagen eingeräumt. Mit Schreiben vom 28.2.1996 beantragte er bei der zuständigen Verwaltungsbehörde die Gewährung der in § 50a Abs. 1 Gehaltsgesetz (GG) 1956 vorgesehenen Dienstalterszulage. Er machte geltend, dass er zwar keine fünfzehnjährige Dienstzeit als Professor an österreichischen Universitäten, sehr wohl aber eine entsprechende Dienstzeit unter Berücksichtigung seiner Tätigkeit an Universitäten in anderen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft aufzuweisen habe. Da die Beschränkung auf die Zugehörigkeit allein zu österreichischen Universitäten in § 50a Abs. 1 GG 1956 eine gemeinschaftsrechtlich nicht zu rechtfertigende mittelbare Diskriminierung darstelle, stehe ihm die entsprechende Dienstalterszulage zu.

²⁹¹ *EuGH*, NJW 1999, 3549- *Eco Swiss Rn.* 46.

²⁹² *EuGH* NJW 2003, 3539 – *Köbler*.

Der *österreichische Verwaltungsgerichtshof (VwGH)* legte zunächst gemäß Art. 177 Abs. 3 EGV (heute Art. 234 Abs. 3 EG) die Sache dem *EuGH* vor²⁹³. Dieser übermittelte dem *VwGH* das in der Zwischenzeit ergangene Urteil im Fall *Schönig-Kougebetopoulou*²⁹⁴ und fragte an, ob der *VwGH* angesichts dieser Entscheidung an seinem Vorabentscheidungsersuchen festhalte. Daraufhin nahm der *VwGH* mit Erkenntnis vom 24.6.1998 das Ersuchen um Vorabentscheidung zurück und entschied rechtskräftig, dass die fragliche Dienstalterszulage eine Treueprämie darstelle, die eine Abweichung von den gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer sachlich rechtfertige.

Der Kläger sah sich durch diese Entscheidung in seinen gemeinschaftsrechtlich garantierten Rechten verletzt und erhob wegen des durch die ablehnende Entscheidung entstandenen Schadens gegen den österreichischen Staat eine Haftungsklage vor dem *Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien*. Dieses legte nun seinerseits die Sache dem *EuGH* vor, da nach österreichischem Recht eine Haftung für Erkenntnisse von Höchstgerichten generell ausgeschlossen ist. Das *Landesgericht für Zivilsachen Wien* fragte an, ob die *EuGH*-Rechtsprechung zur Staatshaftung wegen Verstoßes gegen Gemeinschaftsrecht auch auf Fälle höchstgerichtlichen Unrechts anzuwenden sei.

Der *EuGH* stellte in seiner Entscheidung fest, dass ein Staatshaftungsanspruch auch dann denkbar sei, wenn der Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht durch die Entscheidung eines letztinstanzlichen Gerichts erfolge²⁹⁵. Er begründete dies mit der vollen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts - *effet utile* - und mit dem Schutz der Rechte des Einzelnen²⁹⁶. Demnach müsse dem Einzelnen zwingend das Rechts zustehen, vor einem nationalen Gericht Ersatz des Schadens zu verlangen, der auf die Verletzung seiner Rechte durch eine Entscheidung eines letztinstanzlichen Gerichts zurückzuführen sei²⁹⁷.

²⁹³ Rs. C-382/97.

²⁹⁴ Rs. C-15/96.

²⁹⁵ *EuGH NJW* 2003, 3539- Köbler, Rn. 50.

²⁹⁶ *EuGH NJW* 2003, 3539- Köbler, Rn. 33.

²⁹⁷ *EuGH NJW* 2003, 3539- Köbler, Rn. 36.

Dem von mehreren Mitgliedstaaten dagegen vorgebrachten Argument, dass es zu keiner Beeinträchtigung der Rechtskraft durch eine Anerkennung der Amtshaftung für judizielles Unrecht letztinstanzlicher Entscheidungen kommen dürfe, wies der *EuGH* mit dem formalen Hinweis auf den veränderten Streitgegenstand und den Wechsel der Prozessparteien ab²⁹⁸. Dazu führt der *EuGH* aus:

„...Obsiegt nämlich der Kl. mit einer Haftungsklage gegen den Staat, so erlangt er dessen Verurteilung zum Ersatz des entstandenen Schadens, aber nicht zwangsläufig die Aufhebung der Rechtskraft der Gerichtsentscheidung, die den Schaden verursacht hat. Jedenfalls verlangt der der Gemeinschaftsrechtsordnung innewohnende Grundsatz der Staatshaftung eine solche Entschädigung, nicht aber die Abänderung der schadensbegründenden Entscheidung“.

Allerdings hat der *EuGH* einschränkend klargestellt, dass der Staat nur in dem Ausnahmefall hafte, dass das letztinstanzliche Urteil *offenkundig* gegen das geltende Recht verstoßen hat²⁹⁹.

In der Sache *Traghetti del Mediterraneo*³⁰⁰ bestätigte und konkretisierte der *EuGH* diese Rechtsprechung³⁰¹. Der im Urteil *Köbler* ausgeführte Grundsatz, wonach einem Mitgliedsstaat ein offenkundiger Verstoß eines nationalen Gerichts gegen das Gemeinschaftsrecht zuzurechnen sei, werde seiner praktischen Wirkung beraubt, wenn eine Haftung des Staates dann ausgeschlossen werde, wenn sich der Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht aus einer Auslegung von Rechtsvorschriften durch ein Gericht ergebe.

Das Erfordernis einer offenkundigen Rechtsverletzung hat der *EuGH* mit den Besonderheiten der richterlichen Funktion und den Belangen der Rechtssicherheit begründet. Die Frage der Offenkundigkeit soll unter anderem an Hand des Grades der Klarheit und Präzision der verletzten Rechtsvorschrift, der Vorsätzlichkeit des Verstoßes, der Endschuldbarkeit des Rechtsirrtums, einer etwaigen Stellungnahme eines Gemeinschaftsorgans und der Verletzung einer

²⁹⁸ *EuGH* NJW 2003, 3539- *Köbler*, Rn. 37 – 49.

²⁹⁹ *EuGH* NJW 2003, 3539- *Köbler*, Rn. 55 f.

³⁰⁰ *EuGH* NJW 2006, 3337 – *Traghetti del Mediterraneo*.

Vorlagepflicht beantwortet werden³⁰². Die Grundlage für diese Haftung hat der *EuGH* unmittelbar im Gemeinschaftsrecht gesehen³⁰³. Den verursachten Schaden hat der Mitgliedsstaat im Rahmen seines Haftungsrechts zu ersetzen.

3) Rechtssache Kühne und Heitz

Für die Fortsetzung der Diskussion über die Bestandsfestigkeit gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Entscheidungen sorgte der *EuGH* in seiner Entscheidung *Kühne und Heitz*³⁰⁴. Sie betraf ein dem Gerichtshof nach Artikel 234 EG vom niederländischen *College van Beroep voor het bedrijfsleven* vorgelegtes Vorabentscheidungsersuchen zum Spannungsverhältnis zwischen dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts einerseits und der Beachtung der Bestandskraft einer nationalen Verwaltungsentscheidung andererseits.

Eine niederländische Behörde hatte dem betroffenen Exporteur von Geflügelteilen, der Firma *Kühne & Heitz NV*, zunächst eine Ausfuhrerstattung bewilligt, nach nochmaliger Überprüfung jedoch eine Neutarifizierung vorgenommen und die Rückzahlung der zu viel erstatteten Beträge verlangt. Der von der betroffenen *Kühne & Heitz NV* gegen die Rückzahlungsaufforderung eingelegte Rechtsbehelf war erfolglos, so dass die Entscheidung bestandskräftig wurde. Die Rechtmäßigkeit dieses Verwaltungsaktes war durch ein niederländisches Gericht rechtskräftig festgestellt worden. Dieses Gericht hatte seiner Entscheidung fehlerhaft ausgelegtes Gemeinschaftsrecht zugrunde gelegt. Obwohl ein Rechtsbehelf gegen seine Entscheidung nicht zulässig war, hatte es von einer Vorlage an den *EuGH* nach Art. 234 Abs. 3 EG abgesehen.

Einige Zeit später stellte sich in einem Vorabentscheidungsurteil des *EuGH* im Rahmen eines anderen Verfahrens heraus, dass die ursprünglich bewilligte Tarifizierung richtig gewesen wäre. Die *Kühne & Heitz NV* verlangte daraufhin die Aufhebung des Rückzahlungsbescheids. Das im nachfolgenden Rechtsstreit

³⁰² *EuGH* NJW 2003, 3539- Köbler, Rn. 55; *EuGH* NJW 2006, 3337 – *Traghetti del Mediterraneo*, Rn. 32.

³⁰³ *EuGH* NJW 2003, 3539- Köbler, Rn. 30.

³⁰⁴ *EuGH* NJW 2004, 1433 – *Kühne & Heitz*.

angerufene Gericht legte dem *EuGH* die Frage vor, ob das Gemeinschaftsrecht unter den vorliegenden Umständen eine mitgliedstaatliche Behörde verpflichte, einen bestandskräftigen gemeinschaftsrechtswidrigen Bescheid zurückzunehmen.

Der *EuGH* leitete aus dem in Art. 10 EG niedergelegten Grundsatz der Gemeinschaftstreue die Pflicht nationaler Behörden ab, Verwaltungsentscheidungen unter bestimmten Voraussetzungen auch nach Eintritt ihrer Bestandskraft auf ihre Gemeinschaftsrechtswidrigkeit hin zu überprüfen und gegebenenfalls aufzuheben, um einer mittlerweile vom Gerichtshof vorgenommenen, von den Entscheidungsgründen abweichenden Auslegung der Bestimmung Rechnung zu tragen.

Der *EuGH* nahm an, dass unter folgenden Voraussetzungen auf Grund des in Art. 10 EG verankerten Grundsatzes der Gemeinschaftstreue eine Pflicht zur erneuten Überprüfung einer bestandskräftigen und nicht begünstigenden Verwaltungsentscheidung besteht³⁰⁵:

- Zunächst muss die nationale Behörde nach nationalem Recht befugt sein, einen rechtswidrigen, bestandskräftigen Verwaltungsakt zurückzunehmen.
- Der Verwaltungsakt muss auf Grund eines letztinstanzlichen Urteils eines nationalen Gerichts bestandskräftig geworden sein.
- Das den Verwaltungsakt kontrollierende Urteil muss, wie eine nach seinem Erlass ergangene Entscheidung des *EuGH* zeigt, auf einer unrichtigen Auslegung des Gemeinschaftsrechts beruhen.
- Das Urteil muss ohne Vorabentscheidungsersuchen ergangen sein, obwohl der Tatbestand des Artikels 234 Abs. 3 EG erfüllt war, also eine Vorlagepflicht bestanden hatte.
- Der Betroffene muss sich unmittelbar nach Kenntniserlangung von der *EuGH*- Entscheidung an die Verwaltungsbehörde wenden.

³⁰⁵ *EuGH*, NJW 2004, 1433 - Kühne & Heitz, Rn. 28.

- Schließlich dürfen durch die Rücknahme keine Belange Dritter beeinträchtigt sein³⁰⁶. Diese Voraussetzung ergibt sich zwar nicht aus dem Tenor, ist aber aus den Entscheidungsgründen zu entnehmen³⁰⁷.

4) Rechtssache Arcor

In der Entscheidung *Arcor*³⁰⁸, in der es erneut um die Rücknehmbarkeit von bestandskräftigen Verwaltungsakten ging, wurde nicht auf die Entscheidung *Kühne & Heitz* zurückgegriffen. Der Arcor-Entscheidung lag ein Sachverhalt zu Grunde, in dem zwei Telekommunikations-unternehmen, die *i-21 GmbH* und *Arcor AG & Co. KG*, durch Bescheid der deutschen Bundesnetzagentur zur Zahlung von Gebühren für eine Einzelgenehmigung für Telekommunikationsdienstleistungen heran-gezogen wurden. Bei der Berechnung der Gebühr für die Lizenzklassen 3 und 4 wurde nach der auf § 16 Abs. 1 S. 2 TKG a.F. gestützten Telekommunikations-Lizenzgebührenverordnung vom 28.07.1997 (TKLGebV 1997)³⁰⁹ von einer Vorauserhebung der Kosten des allgemeinen Verwaltungsaufwands der Regulierungsbehörde über einen Zeitraum von 30 Jahren ausgegangen. Zu den abzugeltenden Verwaltungskosten rechnete der Verordnungsgeber auch Gebühren für solche Tätigkeiten der *Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post* - heute *Bundesnetzagentur* – , die weit über das für die eigentliche Lizenzerteilung Erforderliche hinausgingen³¹⁰. Beide Unternehmen zahlten die Gebühren vorbehaltlos und fochten die Bescheide nicht innerhalb der Widerspruchsfrist an. Das *BVerwG* erklärte mit Urteil vom 19.01.2001 die einschlägige Regelung der Telekommunikations-Lizenz-gebührenverordnung (inzidenter) für unvereinbar mit den Vorgaben des TKG 1996 und dem Grundgesetz³¹¹. Nach Verkündung des Urteils wurde die TKLGebV 1997 durch die TKLGebV 2004³¹² ersetzt, in der deutlich niedrigere Gebühren angesetzt wurden. Offen blieb jedoch, ob die zum

³⁰⁶ *EuGH* NJW 2004, 1433- *Kühne & Heitz*,. Rn. 27.

³⁰⁷ So auch *Britz/Richter*, JuS 2005, 198, 199.

³⁰⁸ *EuGH* NVwZ 2006, 1277- *i21 Germany GmbH, Arcor AG & Co.*

³⁰⁹ BGBl I, 1936.

³¹⁰ Vgl. insoweit *BVerwG* NVwZ 2002, 858.

³¹¹ *BVerwG* NVwZ 2002, 858.

³¹² BGBl I, 3542.

Zeitpunkt der Entscheidung des *BVerfG* bereits bestandskräftig gewordenen Gebührenbescheide nach § 51 Abs. 5 i.V.m. § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG aufgehoben werden mussten. Hierauf beriefen sich die beiden Unternehmen *i-21* und *Arcor* und gingen gegen ihre Gebührenbescheide vor. Ihre beim *VG Köln* erhobenen Klagen wurden jedoch abgewiesen³¹³. Mit der gegen die abweisenden Urteile eingelegten Sprungrevision machten *i-21* und *Arcor* geltend, die Entscheidungen des *VG Köln* seien nicht nur aus dem Blickwinkel des nationalen Rechts, sondern auch aus Sicht des Gemeinschaftsrechts rechtsfehlerhaft. Das *BVerwG* gelangte zu dem Ergebnis, dass die Revision zurückzuweisen sei, soweit sie allein nach nationalem Recht zu beurteilen sei.

Eine offensichtliche Rechtswidrigkeit der Gebührenbescheide nach nationalem Recht verneinte das *BVerwG* und lehnte in seinem Vorlagebeschluss sowohl einen Anspruch der Klägerin auf Wiederaufgreifen des Verfahrens nach § 51 Abs. 1 VwVfG, als auch einen Anspruch auf Rücknahme des Gebührenbescheids nach § 51 Abs. 4 i.V.m. § 48 Abs. 1 VwVfG ab. Für ein Wiederaufgreifen des Verfahrens nach § 51 Abs. 1 VwVfG sei eine Änderung der die dem Verwaltungsakt zugrunde liegenden Rechtslage erforderlich. Diese sei nur dann anzunehmen, wenn es sich um eine Änderung im Bereich des materiellen Rechts handele, dem eine allgemeine Außenwirkung zukomme. Eine gerichtliche Spruchpraxis könne eine solche Änderung der Rechtslage i.S.d. § 51 Abs. 1 VwVfG nicht bewirken, so dass das Urteil des *BVerwG*, wonach die dem Gebührenbescheid zugrunde liegende TKLGebV vom 28.7.1997 nicht mit nationalem höherrangigem Recht übereinstimme, kein Wiederaufgreifen des Verfahrens nach § 51 Abs. 1 VwVfG rechtfertigen könne.

Ein Anspruch auf Rücknahme des Gebührenbescheids scheidet aus, da keine Umstände vorliegen würden, nach denen sich das der Regulierungsbehörde von § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG eingeräumte Ermessen dahin verdichtet hätte, dass nur die Rücknahme des Bescheides ermessensfehlerfrei sei. Bei der Abwägung der Behörde zwischen dem Grundsatz der Rechtsicherheit und dem Gebot der Gerechtigkeit bestehe ausnahmsweise dann ein Anspruch auf Rücknahme eines bestandskräftigen Verwaltungsaktes, wenn dessen Aufrechterhaltung „schlechthin

³¹³ *VG Köln*, Ur. v. 11. 7. 2003 - 11 K 2220/02, bzw. *VG Köln*, Ur. v. 11. 7. 2003 - 11 K 9897/01.

unerträglich“ sei. Dies sei aus Sicht des *BVerwG* in Hinblick auf den Gebührenbescheid nicht der Fall. Dessen Bestandskraft sei durch das Verstreichenlassen der Anfechtungsfrist durch die Klägerin eingetreten. Die Klägerin habe nach nationalem Verfahrensrecht die rechtliche Möglichkeit gehabt, die Gebührenbescheide anzugreifen. Da die Klägerin von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht hatte, müsse sie sich die hieraus resultierenden negativen Folgen zurechnen lassen. Zum Zeitpunkt des Ergehens der Gebührenbescheide seien alle Adressaten hinsichtlich der Beurteilung, ob sie den sie betreffenden Bescheid anfechten sollten, in der gleichen Lage gewesen. Sie hätten die Erfolgsaussichten einer gerichtlichen Anfechtung zu bewerten gehabt und bei Berücksichtigung des Prozessrisikos auch beachten müssen, dass bei Verzicht auf eine Anfechtung andere Gebührenschuldner einen Wettbewerbsvorteil ihnen gegenüber erlangen könnten, sollten sie die Aufhebung ihres Gebührenbescheides erreichen. Durch den Verzicht auf die Anfechtung und die daraus resultierende Bestandskraft ihres Gebührenbescheides hätten sie die negativen Folgen zu tragen. Die Aufrechterhaltung des Gebührenbescheides sei daher nicht *unerträglich*. Ihre Lage sei nicht mit der solcher Unternehmen zu vergleichen, die gegen die Bescheide geklagt bzw. eine Gleichbehandlungsvereinbarung mit der Regulierungsbehörde geschlossen hätten³¹⁴.

Das *BVerwG* hatte jedoch Zweifel hinsichtlich der Tragweite des Gemeinschaftsrechts und legte dem *EuGH* zur Vorabentscheidung unter anderem die Frage vor, ob eine gemeinschaftsrechtliche Pflicht bestehe, einen gegen eine Bestimmung der Lizenzierungsrichtlinie (97/13/EG) verstoßenden Gebührenbescheid, der nicht angefochten worden sei, aufzuheben, wenn das nationale Recht dies zulasse, aber nicht fordere³¹⁵.

Hinsichtlich dieser Vorlagefrage bezüglich einer möglichen Rücknahmepflicht bestandskräftiger Verwaltungsentscheidungen erteilte der Gerichtshof zunächst der von *Generalanwalt Ruiz-Jarabo Colomer* vertretenen Auffassung eine Absage, wonach das Vorabentscheidungsersuchen des *BVerwG* dem Gerichtshof

³¹⁴ *BVerwG* NVwZ 2005, 99.

³¹⁵ Zur Vorlage: *BVerwGE* 121, 226.

Gelegenheit biete, „das Kielwasser des Urteils *Kühne & Heitz* zu verlassen, dessen Doktrin in eine Sackgasse führt“³¹⁶. Generalanwalt Ruiz-Jarabo Colomer sprach sich in seinen Schlussanträgen vom 16.3.2006 dafür aus, die von *EuGH* in der Entscheidung *Kühne & Heitz* aufgestellten Kriterien³¹⁷, wonach eine Behörde auf Grund des in Art. 10 EG verankerten Grundsatzes der Zusammenarbeit im Einzelfall auf einen entsprechenden Antrag verpflichtet sein kann, eine bestandskräftige Verwaltungsentscheidung zu überprüfen, insgesamt durch eine umfassende Abwägung zwischen Bestandskraft einerseits und den Zielen des Gemeinschaftsrechts bzw. der Billigkeit andererseits zu ersetzen³¹⁸.

Der *EuGH* ging auf diesen Entscheidungsvorschlag jedoch nicht ein, sondern griff seine *Kühne & Heitz*- Rechtsprechung bestätigend auf. In Rahmen seiner weiteren Erörterungen stellte der *EuGH* jedoch fest, dass sich die ihm vorliegende Rechtssache „völlig“ von der Rechtssache *Kühne & Heitz* unterscheide.

Im Unterschied zur Rechtssache *Kühne & Heitz* hatten weder *i-21* noch *Arcor* die an sie gerichteten Ausgangsentscheidungen angefochten. Es fehlte mithin an der zweiten Voraussetzung der *Kühne & Heitz* – Rechtsprechung, wonach die belastende Entscheidung infolge des Urteils eines in letzter Instanz entscheidenden nationalen Gerichts bestandskräftig geworden sein muss. Der Gerichtshof stellte dementsprechend fest, dass „das Urteil *Kühne & Heitz* [...] nicht erheblich für die Feststellung [ist], ob eine Verwaltungsbehörde in einer Situation wie derjenigen der Ausgangsverfahren zur Rücknahme bestandskräftiger Entscheidungen verpflichtet ist“³¹⁹.

Zur möglichen Rücknahmepflicht der nationalen Behörde betonte der *EuGH* in seinen Entscheidungsgründen die Verfahrensautonomie der Mitgliedsstaaten und verneinte im Hinblick auf das Effektivitätsprinzip eine Rücknahmepflicht. Eine solche Pflicht zur Rücknahme könne sich jedoch unter Berücksichtigung des Äquivalenzprinzips ergeben³²⁰. Dieses verlangt, „dass bei der Anwendung

³¹⁶ Generalanwalt Ruiz-Jarabo Colomer, Schlussanträge vom 16.3.2006, verb. Rs. C-392/04 und C-422/04, Rn. 3.

³¹⁷ Zu den Kriterien siehe 3.Kapitel A. I. 4).

³¹⁸ Generalanwalt Ruiz-Jarabo Colomer, (o. Fn. 48), Rn. 65 ff.

³¹⁹ Rn. 54 des Urteils.

³²⁰ Rn. 54 ff. des Urteils.

sämtlicher für Rechtsbehelfe geltenden Vorschriften [...] nicht danach unterschieden wird, ob ein Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht oder internes Recht gerügt wird³²¹. Für den *EuGH* kam es mithin auf die Frage an, ob nach den für Rechtsbehelfe geltenden nationalen Vorschriften ein nach innerstaatlichem Recht rechtswidriger Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, zurückzunehmen ist³²². Dann müsse die Verpflichtung zur Rücknahme unter den gleichen Voraussetzungen im Falle eines Verwaltungsakts gelten, der gegen Gemeinschaftsrecht verstößt. Es sei daher Sache des nationalen Gerichts zu beurteilen, ob eine mit dem Gemeinschaftsrecht klar unvereinbare Regelung wie jene, die den in den Ausgangsverfahren streitigen Gebührenbescheiden zu Grunde liegt, offensichtlich rechtswidrig im Sinne des betreffenden nationalen Rechts ist.

Das nationale Gericht habe dabei zu berücksichtigen, dass die Erhebung einer sehr hohen Gebühr, die die für einen Zeitraum von 30 Jahren geschätzten allgemeinen Kosten abdeckt, den Wettbewerb ernsthaft beeinträchtigen könne.

5) Rechtssache Kapferer

In der Rechtssache *Rosmarie Kapferer ./ Schlank & Schick GmbH*³²³ befasste sich der *EuGH* auf Vorlage des *LG Innsbruck* mit der Frage der Übertragung der in der Rechtssache *Kühne & Heitz* aufgestellten Grundsätze auf die Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen. Anlass der Vorlage war ein Zivilverfahren, in dem eine österreichische Verbraucherin gegen das in Deutschland ansässige Unternehmen *Schlank & Schick GmbH* auf Auszahlung eines Gewinns klagte. Die Klägerin hatte von dem beklagten Unternehmen eine an sie persönlich gerichtete Zuschrift erhalten, wonach für sie ein Gewinn von 3906,16 € bereitstehe, falls sie eine unverbindliche Testbestellung vornehme. Die Klägerin sandte den erhaltenen Bestellschein mit „Guthaben- Marken“ an die Beklagte zurück, bestellte offensichtlich jedoch nichts. Die Beklagte verweigerte daraufhin den versprochenen Preis unter Hinweis auf die Teilnahmebedingungen, die die Gewinnauszahlung von einer unverbindlichen Testbestellung abhängig machten.

³²¹ Rn. 62 des Urteils.

³²² Rn. 56 ff. des Urteils.

³²³ *EuGH NJW 2006, 1577- Rosmarie Kapferer ./ Schlank & Schick GmbH.*

Die Beklagte erhob vorab die Einrede der Unzuständigkeit des angerufenen österreichischen *Bezirksgericht Hall* in Tirol mit der Begründung, die Voraussetzungen der Art. 15 und 16 der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen lägen nicht vor. Danach setze die Annahme des Verbrauchergerichtsstandes am Wohnsitz des Verbrauchers ein Vertragsverhältnis voraus, das vorliegend nicht zu Stande gekommen sei³²⁴. Das *Bezirksgericht Hall* verwarf die Einrede der Beklagten durch eine Zwischenentscheidung und wies die Klage im übrigen in der Sache voll ab. Die Klägerin legte beim zuständigen *Landesgericht Innsbruck* Berufung ein. Das *Landesgericht* setzte das Verfahren aus und ersuchte den *EuGH* mit Beschluss vom 26. 5. 2004 um Vorabentscheidung.

Das vorliegende Gericht hatte Zweifel an der Zuständigkeit des Gerichts des ersten Rechtszugs, sah sich jedoch, da das beklagte Unternehmen die Entscheidung über die Zurückweisung der Einrede nicht angefochten hatte, durch die Rechtskraft dieser Entscheidung an einer Überprüfung grundsätzlich gehindert. Das *Landesgericht* legte dem *EuGH* – unter anderem – die Frage vor, ob auf Grund des Art. 10 EG eine Verpflichtung bestehe, bei Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung zu überprüfen und gegebenenfalls aufzuheben.

Der *EuGH* verneinte diese Vorlagefrage unter Hervorhebung der Bedeutung des Grundsatzes der Rechtskraft für die Gemeinschafts-rechtsordnung sowie die nationalen Rechtsordnungen. Danach diene die Rechtskraft dem Rechtsfrieden, der Beständigkeit von Rechtsbeziehungen und der geordneten Rechtspflege³²⁵. Nach Ausschöpfung des Rechtswegs oder nach Ablauf der entsprechenden Rechtsmittelfristen verlange daher das Gemeinschaftsrecht keine Abweichung von innerstaatlichen Vorschriften zum Schutz der Rechtskraft, um einen Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht festzustellen³²⁶. Nur die Schlechterbehandlung von Gemeinschaftsrecht im Verhältnis zum mitgliedstaatlichen Recht oder die

³²⁴ Zur Problematik *Ansgar Staudinger*, in: Rauscher, Europäisches Zivilprozeßrecht, Art. 15 Brüssel I-VO, Rn. 9.

³²⁵ Rn. 20 des Urteils unter Verweis auf das Urteil *EuGH, NJW 2003, 3539 – Köbler*.

³²⁶ Rn. 21 des Urteils unter Verweis auf das Urteil *EuGH, Rs. C-126/ 97 – Eco Swiss*.

Verhinderung seiner Durchsetzung müsse vermieden werden. Das Urteil *Kühne & Heitz*³²⁷ stehe dem nicht entgegen. Dort sei es nur um die Rücknahme einer bestandskräftigen Entscheidung gegangen, und die dort entscheidende Behörde habe auch nach mitgliedersstaatlichem Recht die grundsätzliche Befugnis besessen, die bestandskräftige Entscheidung zurückzunehmen³²⁸. Ein Gebot zur Überprüfung und Aufhebung rechtskräftiger Gerichtsentscheidungen gebe es daher nicht.

6) Rechtssache Lucchini

Noch weiter als in seiner Entscheidung *Kühne & Heitz* ging der *EuGH* in der Rechtssache *Lucchini*³²⁹. In dieser Sache hatte sich der *EuGH* erneut mit der Frage der gemeinschaftsrechtlichen Grenzen der Rechtskraft nationaler gerichtlicher Entscheidungen zu beschäftigen. Dabei stand in diesem Fall der Grundsatz der Rechtssicherheit im Vordergrund.

Die italienische Gesellschaft *Lucchini SpA* hatte bei der zuständigen italienischen Behörde einen Antrag auf Gewährung einer Beihilfe für die Modernisierung von Anlagen der Eisen- und Stahlindustrie gestellt. Seit Außerkrafttreten des EGKS-Vertrags ist der EG-Vertrag auch auf Beihilfen für die Eisen- und Stahlindustrie anzuwenden. Als die *Lucchini SpA* die Beihilfe erhielt, richtete sich deren Zulässigkeit jedoch noch nach Art. 4 lit. c EGKS-Vertrag, der für den Bereich der Erzeugung von Kohle und Stahl jede Subvention oder Beihilfe untersagte. Auf der Grundlage des EGKS-Vertrages hatte die Kommission Ausnahmen von diesem Verbot zugelassen. Die italienischen Behörden gewährten der *Lucchini SpA* anfangs - im Hinblick auf die ausstehende Zustimmung der Kommission - nur vorläufig eine Subvention. Nachdem die Behörde ihr Vorhaben, die beantragte Beihilfe zu gewähren, an die Kommission gem. Art. 6 Abs. 1 des Dritten Beihilfekodex gemeldet hatte, stellte die Kommission die Gemeinschaftswidrigkeit dieser Beihilfe fest. Die Entscheidung wurde der zuständigen Behörde zugestellt und im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft

³²⁷ Siehe dazu unter 3. Kap. A I 4).

³²⁸ Rn. 23 des Urteils.

³²⁹ *EuGH EuZW 2007, 511– Lucchini*.

veröffentlicht. Gegen diese Entscheidung erhob die *Lucchini SpA* in der nach Art. 33 Abs. 3 EKGS-Vertrag vorgesehenen Frist keine Klage.

Vor Erlass der Entscheidung hatte die *Lucchini SpA* die zuständige Behörde auf Auszahlung der Beihilfe verklagt. Nach Erlass der Entscheidung der Kommission wurde die Behörde durch ein rechtskräftiges zivilgerichtliches Urteil verpflichtet, der *Lucchini SpA* die beantragte und behördlich bewilligte Beihilfe zu zahlen. Die entgegenstehende Kommissionsentscheidung war weder von den Zivilgerichten berücksichtigt, noch vor Gericht von den Behörden geltend gemacht worden. Nachdem die Beihilfe gewährt und ausgezahlt worden war, verlangte die Kommission vom italienischen Staat deren Rückforderung. Dem kam die italienische Behörde nach.

Gegen den Widerruf der Bewilligungsentscheidung und die Rückzahlungsanordnung setzte sich die *Lucchini SpA* vor dem Verwaltungsgericht zur Wehr und berief sich auf die Rechtskraft der sie begünstigenden zivilgerichtlichen Entscheidung über die Gewährung der Beihilfe. Aus nationaler Sicht stand dem Rückforderungsbegehren die Vorschrift des Art. 2909 *Codice civile* entgegen. Sie sieht unter der Überschrift „Cosa giudicata“ (Rechtskraft) vor: „Die in einem rechtskräftig gewordenen Urteil enthaltene Feststellung ist für die Parteien, ihre Erben oder Rechtsnachfolger bindend.“³³⁰. Diese Bestimmung wird dahingehend ausgelegt, dass sie nicht nur die im Verfahren geltend gemachten Einwendungen und Sachvorträge in einem späteren Verfahren ausschließt, sondern auch solche, die im Verfahren hätten geltend gemacht werden können³³¹. Nach Auffassung des vorliegenden nationalen Gerichts würde die Anwendung der vorbenannten Vorschrift im Ausgangsfall die Anwendung des Gemeinschaftsrechts vereiteln, weil sie die Rückforderung einer unter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht gewährten Beihilfe unmöglich machen würde³³².

³³⁰ Übersetzung entnommen aus *EuGH Rs. C-119/05*, Rn. 14.

³³¹ *Hatje*, *EuR* 2007, S. 655.

³³² *EuGH EuZW* 2007, 511Rn. 59.

Der *EuGH* hat unter Hinweis auf seine ständige Rechtsprechung entschieden, dass ein innerstaatliches Gericht, das im Rahmen seiner Zuständigkeit die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts anzuwenden hat, die volle Wirksamkeit dieser gemeinschaftsrechtlichen Bestimmung zu gewährleisten gehalten ist, indem es erforderlichenfalls jede dem Gemeinschaftsrecht entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewendet lässt³³³.

Der *EuGH* verneinte demnach die Unantastbarkeit der Rechtskraft nationaler Urteile und forderte die Außerachtlassung nationaler Rechtskraftregelungen, soweit sie anderenfalls die Wirksamkeit gemeinschaftsrechtlicher Bestimmungen vereiteln.

Der *EuGH* hat dadurch die Verfahrensautonomie nationaler Gerichte dergestalt eingeschränkt, dass das einer nationaler Vorschrift entgegenstehende Gemeinschaftsrecht zur Nichtanwendbarkeit dieser Vorschrift führt, soweit deren Anwendung die Rückforderung einer unter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht gewährten Beihilfe behindert, deren Unvereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht durch eine bestandskräftig gewordene Entscheidung der Kommission festgestellt worden ist³³⁴.

Tragendes Argument für die Entscheidung des *EuGH* war in erster Linie, dass sich das rechtskräftige Urteil nicht allein auf das innerstaatliche Verhältnis zwischen dem Mitgliedsstaat und seinem Bürger auswirke, sondern vor allem auch in die Zuständigkeit der Europäischen Kommission auf dem Gebiet staatlicher Beihilfen unzulässig eingreift, indem es die Wirkung der Kommissionsentscheidung ins Leere laufen lässt³³⁵.

Im Gegensatz zu seiner Entscheidung in der Rechtssache *Kapferer* stellte der *EuGH* mit dieser Entscheidung im Ergebnis die materielle Rechtskraft des nationalen Urteils in Frage, das die Beihilfe zugesprochen hatte.

³³³ *EuGH* EuZW 2007, 511Rn. 61.

³³⁴ *EuGH* EuZW 2007, 511 Rn. 63.

³³⁵ *EuGH* EuZW 2007, 511 Rn. 46, 47.

7) Rechtssache Willy Kempter KG

Mit der Überprüfung und Korrektur einer bestandskräftigen Verwaltungsentscheidung auf Grund der Auslegung des in Art. 10 EG verankerten Grundsatzes der Zusammenarbeit im Licht seiner Entscheidung *Kühne & Heitz* hatte sich der *EuGH*³³⁶ erneut auf Vorabentscheidungsersuchen des Finanzgerichts Hamburg zu befassen.

Es ging dabei um die Frage, ob es angesichts der im Urteil *Kühne & Heitz* aufgestellten Voraussetzungen³³⁷ für eine Überprüfung und Korrektur einer bestandskräftigen Verwaltungsentscheidung erforderlich ist, dass der Betroffene die Verwaltungsentscheidung unter Berufung auf das Gemeinschaftsrecht vor den nationalen Gerichten angefochten hat.

Der Ausgangssachverhalt betraf eine Klage der *Willy Kempter KG*. Sie begehrte die Aufhebung eines erfolglos gerichtlich angefochtenen und daher bestandskräftigen Bescheides, mit dem das beklagte Hauptzollamt von der Klägerin Ausfuhrerstattungen für Schlacht- und Zuchtrinder zurückforderte, die ihr auf Grund einer EG- Verordnung geleistet worden waren. Die *Willy Kempter KG* hatte mit der Klage gegen den Rückforderungsbescheid keine Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht geltend gemacht. Die Klage wurde abgewiesen; die gegen das Urteil eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde zum Bundesfinanzhof blieb erfolglos.

Die *Willy Kempter KG* beantragte nach Eintritt der Bestandskraft die Überprüfung und Rücknahme des Rückforderungsbescheides unter Berufung auf ein späteres Urteil des Bundesfinanzhofs, der dem *EuGH* in einer von seinem Urteil im Ausgangsverfahren *Willy Kempter* abweichenden Entscheidung nach Eintritt der Bestandskraft gefolgt war. Diesen Antrag lehnte das Hauptzollamt unter Hinweis darauf ab, dass die eingetretene Änderung der Rechtsprechung keine Änderung der Rechtslage bedeute, die allein ein Wiederaufgreifen des Verfahrens nach § 51 Abs. 1 VwVfG rechtfertige. Nach Zurückweisung des gegen diesen Bescheid

³³⁶ *EuGH*, EuZW 2008, 148 - *Willy Kempter KG*.

³³⁷ Siehe dazu bereits 3. Kapitel A. I. 4).

gerichteten Einspruchs erhob die *Willy Kempter KG* Klage beim Finanzgericht Hamburg, mit der sie unter anderem geltend machte, dass in ihrem Fall die vom *EuGH* im Urteil *Kühne & Heitz* aufgestellten Voraussetzungen für die Überprüfung einer bestandskräftigen Entscheidung erfüllt seien.

Das Finanzgericht teilte die Rechtsansicht der Klägerin hinsichtlich drei der vier vom *EuGH* aufgestellten Voraussetzungen. Nach Ansicht des Senats war die nationale Behörde befugt, den Bescheid zurückzunehmen. Auch war der Verwaltungsakt auf Grund eines letztinstanzlichen Urteils eines nationalen Gerichts bestandskräftig geworden. Überdies hatte sich die *Willy Kemper AG* als Betroffene unmittelbar nach Kenntniserlangung über das abweichende Urteil des Bundesfinanzhofs an die zuständige Behörde gewandt.

Bezüglich der Auslegung der vierten Voraussetzung rief der Senat den *EuGH* an. Nach dieser Voraussetzung muss das rechtskräftige Urteil, wie eine nach seinem Erlass ergangene Entscheidung des *EuGH* zeigt, auf einer unrichtigen Auslegung des Gemeinschaftsrechts beruhen und es muss ohne Vorabentscheidungsersuchen ergangen sein, obwohl der Tatbestand des Art. 234 Abs. 3 erfüllt war. Fraglich war für das Finanzgericht, ob im Hinblick auf diese Voraussetzung eine Überprüfung des bestandskräftigen Bescheids auch dann zu erfolgen hat, wenn der Kläger vor den nationalen Gerichten die Unrichtigkeit der Auslegung des Gemeinschaftsrechts nicht gerügt hatte.

Der *EuGH* bejahte die Vorlagefrage. Nach seiner Auffassung kann es dem betroffenen Bürger nicht angelastet werden, wenn die nationalen Gerichte selbst die Bedeutung einer gemeinschaftsrechtlichen Zweifelsfrage übersehen haben. Die in dem Urteil *Kühne & Heitz* aufgestellten Voraussetzungen konkretisierte der *EuGH* darüber hinaus dergestalt, dass das Gemeinschaftsrecht keine genaue Frist für die Einreichung eines Überprüfungsantrags setzt, es jedoch den Mitgliedsstaaten zur Schaffung von Rechtssicherheit überlassen sei, eine angemessene Frist zur Rechtsbehelfseinlegung festzulegen.

II. Durchbrechung der Bestandskraft und Rechtskraft nationaler Entscheidungen aus gemeinschaftsrechtlicher Perspektive

1) Keine gemeinschaftsrechtliche Aufhebung zivilgerichtlicher Urteile

Stellt der *EuGH* nachträglich die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit eines nationalen Urteils fest, führt dies nicht automatisch zu dessen Aufhebung. Der *EuGH* ist keine Superrevisionsinstanz der mitgliedstaatlichen Gerichte³³⁸ und ist daher auch nicht zur Aufhebung nationaler Urteile befugt³³⁹. Insbesondere existiert auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene keine dem § 95 Abs. 2 BVerfGG vergleichbare Regelung, wonach das *BVerfG* verfassungswidrige Urteile aufheben kann.

Wird allerdings eine von einem mitgliedstaatlichen Gericht begangene Vertragsverletzung durch den *EuGH* im Rahmen des Art. 226 EG festgestellt, muss der verurteilte Mitgliedsstaat gem. § 228 EG die erforderlichen Maßnahmen ergreifen, die sich aus dem Urteil ergeben. Ob hierzu auch die Beseitigung sämtlicher Folgen der Vertragsverletzung gehört, ist streitig³⁴⁰.

Auch hat der *EuGH* die Möglichkeit, die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit im Rahmen eines nachfolgenden Vorabentscheidungsverfahrens gem. Art. 234 EG festzustellen. Allerdings bindet ein solches Urteil grundsätzlich nur *inter partes* die in derselben Sache im Ausgangsstreitverfahren entscheidenden Gerichte, neben dem vorliegenden Gericht also auch die Instanzgerichte³⁴¹. Sie haben den Streitfall nach Maßgabe der Auffassung des Gerichtshofs zu entscheiden, dürfen von dessen Spruch nicht abweichen und sind nicht befugt, den Inhalt der Vorabentscheidung zu überprüfen, zu ignorieren oder abzuändern³⁴².

³³⁸ *Gaitanides*, in: Groeben/ Schwarze, EU- Kommentar, Art. 234 EGV Rn. 4.

³³⁹ *Brück*, Vorabentscheidungsverfahren, S. 131.

³⁴⁰ Ablehnend: *Cremer*, in: Callies/ Ruffert, EUV/ EGV- Kommentar, Art. 228 EGV Rn. 6; *Karpenstein* DVBl. 1977, S. 64; *Gaitanides*, in: Groeben/ Schwarze, EU- Kommentar, Art. 228 EGV Rn. 9; Bejahend: Groeben/ Schwarze, EU- Kommentar, Art. 228 EGV Rn. 6.

³⁴¹ *EuGH*, Rs. 29/68, Slg. 1969, 165, Rn. 3 - *Deutsche Milchkontor*.

³⁴² *EuGH*, Rs. 69/85, Slg. 1986, 947, Rn. 15 - *Wünsche/Deutschland*; für einen entsprechenden Fall, vgl. die erneute Vorlage des BAG in Rs. C-206/94, Slg. 1996, I-2357 - *Paletta II*; für die Erstvorlage durch das ArbG, vgl. Rs. C-45/90, Slg. 1992, I-3423 - *Paletta I*.

Außerhalb des Ausgangsverfahrens kommt dem Urteil Bindungswirkung dann zu, wenn der Gerichtshof die Ungültigkeit von Gemeinschaftsrecht oder einer sonstigen Organhandlung festgestellt hat³⁴³. Die entsprechenden Bestimmungen dürfen von den Gerichten der Mitgliedsstaaten, von anderen mitgliedstaatlichen Stellen und von den Gemeinschaftsorganen gem. Art. 10 EG nicht mehr angewandt werden³⁴⁴.

Das bedeutet, dass rechtskräftige zivilrechtliche Urteile nur auf mitgliedstaatlicher Ebene aufgehoben werden können. Allerdings hat der *EuGH* in seinen Entscheidungen in den Rechtssachen *Köbler*, *Kühne & Heitz*, *Traghetti del Mediterraneo* und *Lucchini* zum Ausdruck gebracht, dass die Rechtskraft nationaler Entscheidungen nicht völlig unbeeinflusst von gemeinschaftsrechtlichen Einflüssen ist.

2) Begrenzung der Rechtskraft nationaler Entscheidungen

Die Entscheidungen des *EuGH* haben mittelbaren Einfluss auf gemeinschaftsrechtswidrige nationale Entscheidungen. So lässt sich den Entscheidungen in den Rechtssachen *Köbler*, *Kühne & Heitz*, *Traghetti del Mediterraneo* und *Lucchini* entnehmen, dass der *EuGH* die Beständigkeit nationaler Entscheidungen zu Gunsten des Gemeinschaftsrechts in Frage stellt. Gleichwohl gewinnt man bei näherer Betrachtung kein einheitliches Bild von der Rechtsprechung des *EuGH* hinsichtlich der Frage, wann und in welchem Umfang die Beständigkeit nationaler Entscheidungen beschränkt wird.

Bis zu seiner Entscheidung in der Rechtssache *Lucchini*³⁴⁵ hatte es der *EuGH* vermieden, explizit eine Durchbrechung der Rechtskraft mitgliedstaatlicher Gerichtsentscheidungen anzuordnen.

³⁴³ *EuGH*, Rs. 66/80, Slg. 1981, 1191, Tz. 13 - International Chemical.

³⁴⁴ *Ehricke*, Bindungswirkung von Urteilen, S. 57; *Wegener*, in: *Callies/Ruffert*, EUV/EGV-Kommentar, Art. 234 Rn. 3.

³⁴⁵ *EuGH* EuZW 2007, 511.

Eine direkte Infragestellung der Rechtskraft wurde stets vermieden. Vielmehr hob der *EuGH* in seinen Entscheidungen *Kapferer*³⁴⁶, *Traghetti del Mediterraneo*³⁴⁷, *Köbler*³⁴⁸ und *Eco- Swiss*³⁴⁹ die besondere Bedeutung der Rechtskraft für die Gemeinschaftsrechtsordnung und die nationale Rechtsordnung noch hervor.

Allerdings hat der *EUGH* in der Rechtssache *Köbler* durch die Bejahung einer mitgliedstaatlichen Haftung für Gemeinschaftsrechtsverstöße durch letztinstanzliche Gerichtsurteile die Unantastbarkeit der Rechtskraft nationaler Gerichtsentscheidungen relativiert. Jedoch vermied er es, die Rechtskraft nationaler Entscheidungen offen in Frage zu stellen, indem er betonte, dass die Staatshaftung für gemeinschaftsrechtswidrige Gerichtsentscheidungen nicht deren Rechtskraft in Frage stelle. Mittelbar wird aber der Inhalt einer rechtskräftigen Entscheidung durch eine Staatshaftungsklage in Frage gestellt. Zwar handelt es sich bei einem Staatshaftungsprozess um einen anderen Streitgegenstand als im vorausgegangenen Gerichtsverfahren, was der *EuGH* auch in seiner Entscheidung in der Rechtssache *Köbler* betont hat, jedoch wird im Staatshaftungsprozess wegen einer gemeinschaftsrechtsverletzenden Gerichtsentscheidung das Ergebnis dieser Gerichtsentscheidung in Frage gestellt und durch Entschädigungszahlungen zumindest in seinen finanziellen Auswirkungen korrigiert³⁵⁰. Auch wenn dadurch zwar nicht der Bestand der Erstentscheidung zur Debatte steht, wird gleichwohl dessen Richtigkeit überprüft³⁵¹. Diese Tangierung nationaler rechtskräftiger Entscheidungen wird vom *EuGH* in seiner Entscheidung in der Rechtssache *Köbler* nicht thematisiert. Allerdings berücksichtigt der *EUGH* bei der Formulierung der Haftungsvoraussetzungen „die Besonderheiten der richterlichen Funktion sowie die berechtigten Belange der Rechtssicherheit“, in dem er das Vorliegen eines offenkundigen Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht verlangt³⁵².

³⁴⁶ *EuGH* NJW 2006, 1577.

³⁴⁷ *EuGH* NJW 2006, 3337.

³⁴⁸ *EuGH* NJW 2003, 3539.

³⁴⁹ *EuGH* NJW 1999, 3549.

³⁵⁰ *Kremer*, *EuR* 2007, 470, 475.

³⁵¹ *Rademacher*, *NVwZ* 2004, 1415, 1418; *Kremer*, *EuR* 2007, 470, 476.

³⁵² *EuGH* NJW 2003, 3539- *Köbler* Rn. 53.

Aus mitgliedstaatlicher Sicht stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls inwieweit nationale Vorschriften einen solchen Staatshaftungsanspruch beschränken können. Die Ausgestaltung des nationalen Staatshaftungsanspruchs bleibt den Mitgliedsstaaten überlassen. Hinsichtlich der Möglichkeit einer Beschränkung der Haftung des Mitgliedsstaates nach nationalem Recht hat der *EuGH* in der Rechtssache *Köbler* bereits allgemein den Grundsatz angelegt und in der Rechtssache *Traghetti del Mediterraneo* ausdrücklich festgestellt, dass nationale Vorschriften, die die Staatshaftung für Richter bei der Spruchstätigkeit im Falle der Verletzung von Gemeinschaftsrecht an strengere als die vom *EuGH* aufgestellten Voraussetzungen knüpfen, mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar seien³⁵³. Im deutschen Recht sieht § 839 Abs. 2 S. 1 BGB eine solche Haftungsbeschränkung des Staates auf Grund des Richterprivilegs vor. In Verbindung mit Art. 34 S. 1 GG haftet der Staat danach nur für judikatives Unrecht, wenn bei einem Urteil in einer Rechtssache eine Amtspflicht verletzt wird und diese Pflichtverletzung eine Straftat darstellt. Darüber hinaus hat der *BGH* unter Berufung auf den Verfassungsgrundsatz der richterlichen Unabhängigkeit (Art. 97 GG) ein ungeschriebenes Richterprivileg entwickelt, wonach der Staat nur bei besonders großen Verstößen der Judikative, d.h. bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit, haftet³⁵⁴. Diese Haftungsbeschränkung des Staates wird als nicht vereinbar mit der Rechtsprechung des *EuGH* angesehen, soweit der gemeinschaftsrechtliche Haftungsanspruch wegen Verletzung der Vorlagepflicht eines letztinstanzlichen Gerichts in Rede steht³⁵⁵.

Eine direkte Infragestellung der Rechtskraft nationaler Entscheidungen vermied der *EuGH* auch in der Sache *Kommission/ Italien*³⁵⁶. Durch eine umständliche Konstruktion seiner Entscheidungsgründe im Rahmen eines Verletzungsverfahrens umging es der *EuGH*, die Unvereinbarkeit von rechtskräftigen nationalen Gerichtsentscheidungen mit dem Gemeinschaftsrecht offen auszusprechen.

³⁵³ *EuGH NJW 2003, 3539- Köbler* Rn. 57; *EuGH Rs. C-173/ 03 – Traghetti* Rn. 33 ff.

³⁵⁴ Vgl. *BGH NJW-RR 1992, 919; BGHZ 155, 306, 309f.; OLG Frankfurt NJW 2001, 3270.*

³⁵⁵ *Büscher, GPR 2008, 210, 214; Tietjen, EWS 2007, 15, 16; Palandt/ Sprau, § 839 Rn. 8; Kremer, NJW 2004, 480, 481.*

³⁵⁶ *EuGH, Urteil vom 9. 12. 2003 - C-129/00 - Kommission/Italien.*

Allerdings hat der *EuGH* insbesondere in den Entscheidungen *Kühne & Heitz* und *Lucchini* gezeigt, dass er die Beständigkeit nationaler Entscheidungen nicht völlig unangetastet lässt. Auch die Generalanwälte haben in Ihren Schlussanträgen zu diesen Entscheidungen zum Ausdruck gebracht, dass die Rechts- bzw. Bestandskraft nationaler Entscheidungen keineswegs so unantastbar ist, wie es der *EuGH* in den Entscheidungen *Eco Swiss*³⁵⁷ und *Kapferer*³⁵⁸ noch suggeriert hatte.

Zwar hat der *EuGH* in der Sache *Kühne & Heitz* nicht die Aufhebung oder Korrektur der nationalen Gerichtsentscheidung selbst verlangt, sondern sich konkret nur mit der Frage der Überprüfung eines bestandskräftigen – wenn auch gerichtlich bestätigten – Verwaltungsakts durch die Verwaltung geäußert. Nach Auffassung des Generalanwalts *Léger* hätte die holländische Behörde sich gegenüber der Firma *Kühne & Heitz* bei der Ablehnung Ihres Antrags nicht allein darauf berufen dürfen, dass einer Aufhebung die Bestandskraft einer nach Abweisung der entsprechenden Anfechtungsklage durch rechtskräftiges und nicht nur mit Bindungswirkung ausgestattetes Urteil entgegenstehe³⁵⁹. Weiter führte Generalanwalt *Léger* aus, dass der Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts für die Verwaltung unabhängig davon mit gleicher Kraft gelte, ob der Verwaltungsentscheidung ein nicht rechtskräftiges oder ein rechtskräftiges Urteil zu Grunde liege³⁶⁰. In diesem Zusammenhang verwies er auf seine Schlussanträge in der Rechtssache *Köbler*. Dort hatte er ausgeführt, dass auf Grund des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts eine nationale Vorschrift wie die über die Beachtung der materiellen Rechtskraft endgültiger Entscheidungen einem Einzelnen nicht entgegen gehalten werden könne, um eine auf das Gemeinschaftsrecht gestützte Schadensersatzklage wegen der Verletzung durch ein oberes Gericht zu Fall zu bringen³⁶¹.

³⁵⁷ *EuGH* Rs. C-126/97- *Eco Swiss*.

³⁵⁸ *EuGH* Rs. C-234/44- *Kapferer/ Schlank und Schick*.

³⁵⁹ Generalanwalt *Léger*, Schlussanträge zu *EuGH*, Rs. C-453/00 – *Kühne & Heitz* Rn. 44.

³⁶⁰ Generalanwalt *Léger*, Schlussanträge zu *EuGH*, Rs. C-453/00 – *Kühne & Heitz* Rn. 66 mit Anm.

56.

³⁶¹ Generalanwalt *Léger*, Schlussanträge zu *EuGH*, NJW 2003, 3539 – *Köbler* Rn. 106.

Inwieweit die gemeinschaftsrechtlichen Voraussetzungen für eine Überprüfung bestandskräftiger nationaler Entscheidungen generelle Geltung beanspruchen können, hat der *EuGH* nicht ausdrücklich festgestellt. Zwar sind die gemeinschaftsrechtlichen Voraussetzungen für eine Überprüfung abstrakt und damit verallgemeinerbar formuliert³⁶². Mit dieser abstrakten Formulierung beschreibt der *EuGH* allerdings gerade die wesentlichen Komponenten des Sachverhalts der Rechtssache *Kühne & Heitz*. Aus diesem Grund wird in der Literatur in Frage gestellt, ob diese Kriterien in anderen Fällen herangezogen werden können³⁶³. Für den Präsidenten des *EuGH*, *Skouris*, handelt es sich jedenfalls um exzeptionelle Voraussetzungen³⁶⁴.

Die besondere Bedeutung des Grundsatzes der Rechtskraft für die Gemeinschaftsrechtsordnung hat der *EuGH* erneut in der Entscheidung *Kapferer* hervorgehoben und keine Veranlassung gesehen, zur Durchführung der Effektivität des Gemeinschaftsrechts eine Korrektur der rechtskräftigen Entscheidung zu verlangen³⁶⁵. Eine ähnliche Position hatte der *EuGH* bereits in der Rechtssache *Eco Swiss* angenommen, auf die er auch in der Entscheidung *Kapferer* Bezug nahm³⁶⁶.

Von seiner Linie, die Rechtskraft nationaler Entscheidungen nicht offen bzw. ausdrücklich in Frage zu stellen, wich der *EuGH* jedoch in der Rechtssache *Lucchini* explizit ab. Zwar hat auch hier der *EuGH* die besondere Bedeutung der Rechtskraft betont, jedoch stellte er zugleich erstmals ausdrücklich fest, dass das Gemeinschaftsrecht die Rechtskraft nationaler Gerichtsentscheidungen begrenze. Diese Möglichkeit der Durchbrechung der Rechtskraft nationaler Entscheidungen zu Gunsten des Gemeinschaftsrechts hatte Generalanwalt *Geelhoed* bereits in seinen Schlussanträgen in dieser Rechtssache angedeutet. Er differenzierte bei der Frage nach gemeinschaftsrechtlichen Grenzen der Rechtskraft jedoch zwischen rechts- oder bestandskräftigen Entscheidungen, die das Verhältnis Bürger/ Staat betreffen und solchen Urteilen, die eine Kompetenzüberschreitung

³⁶² Rn. 28 des Urteils.

³⁶³ *Britz/ Richter*, JuS 2005, 199; *Kremer*, EuR 2007, 483; *de Weerth*, DStR 2004, 1995.

³⁶⁴ *Skouris*, FS Götz, S. 223, 236.

³⁶⁵ *EuGH*, NJW 2006, 1577, Rn. 20, 21.

³⁶⁶ *EuGH*, NJW 2006, 1577- *Kapferer*, Rn. 21, mit Verweis auf Rs. C-126/97 - *Eco Swiss*, Slg. 1999, I-3055, Rn. 46 f.

nationaler Gerichte zu Lasten der Kommission betreffen. So habe bei den Entscheidungen *Köbler*, *Kühne & Heitz*, *Eco Swiss* und *Kapferer* die Gemeinschaftszuständigkeit als solche nicht in Zweifel gestanden. Aus diesen Entscheidungen schlussfolgerte er, dass die Parteien selbst eine Verantwortung dafür hätten, die zu Ihrer Disposition stehenden Rechte oder aber Rechte, die sie aus dem Gemeinschaftsrecht herleiten könnten, geltend zu machen. Ließen sie Fristen verstreichen oder legten sie keine Rechtsmittel ein, weil sie es nicht für zweckdienlich erachteten, so hätten sie auch die Konsequenzen hieraus zu tragen³⁶⁷. Gingen die Parteien jedoch aktiv und unter Ausschöpfung sämtlicher Rechtsmittel gegen die sie belastenden Entscheidungen vor, könnten sie Schadensersatzforderungen wegen rechtswidrigen staatlichen Handelns oder aber – bei Vorliegen entsprechender Möglichkeiten nach nationalem Recht – eine Überprüfung der streitigen Verwaltungsentscheidung verlangen³⁶⁸. Mit dieser Auffassung lag *Geelhoed* somit auf der Linie des *BVerwG* im Ausgangsverfahren zur Rechtssache *Arcor*.

Geelhoed führte in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache *Lucchini* sodann aus, dass diese Rechtsprechung zwar nicht jede Durchbrechung der Rechtskraft ausschliesse, eine Ausnahme jedoch nur in ganz besonderen Fällen zulässig sei. Allerdings betonte *Geelhoed* die besondere Bedeutung der Rechtskraft, die nicht nur auf nationaler Ebene gelte, sondern auch im Verhältnis des Gemeinschaftsrechts und des nationalen Rechts anerkannt sei³⁶⁹. Beträfe der Rechtsstreit – wie in der Sache *Lucchini* – eine Kompetenzüberschreitung nationaler Gerichte zu Lasten des Gemeinschaftsrechts in Beihilfesachen, sähe er die Rechtskraft der zugrunde liegenden nationalen Entscheidung nicht als prinzipiell unantastbar an. Hier hob *Geelhoed* die Bedeutung und die Auswirkung von Beihilfegewährungen aus gemeinschaftlicher Sicht hervor und kam zu dem Schluss, dass Verstöße gegen gemeinschaftsrechtliche Kompetenzen „abzustellen seien“³⁷⁰. Demnach könne die Rechtskraft eines Urteils nationaler Zivilgerichte, mit dem nationale Behörden zur Auszahlung der von ihr zugesagten

³⁶⁷ Generalanwalt *Geelhoed*, *Schlussanträge zu EuGH, Rs. C- 119/05 – Lucchini* Rn. 46.

³⁶⁸ Generalanwalt *Geelhoed*, *Schlussanträge zu EuGH, Rs. C- 119/05 – Lucchini* Rn. 46.

³⁶⁹ Generalanwalt *Geelhoed*, *Schlussanträge zu EuGH, Rs. C- 119/05 – Lucchini* Rn. 38.

³⁷⁰ Generalanwalt *Geelhoed*, *Schlussanträge zu EuGH, Rs. C- 119/05 – Lucchini* Rn. 85 f.

staatlichen Beihilfe verurteilt werden, die Kompetenzzuständigkeit der Kommission nicht einschränken.

Der *EuGH* wich von *Geelhoeds* Schlussanträgen ab und ging in seinen Entscheidungsgründen weder auf seine Entscheidung in der Rechtssache *Kühne & Heitz*, noch auf seine Entscheidung in der Rechtssache *Kapferer* ein. Insbesondere versäumte es der *EuGH* auch, Kriterien für die Bestimmung von Ausnahmen von dem Grundsatz der Rechtskraft aufzustellen.

Statt dessen griff der *EuGH* auf den Effektivitätsgrundsatz zurück und erklärte, dass die innerstaatlichen Gerichte für die „volle Wirksamkeit“ der Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts Sorge zu tragen haben, indem sie erforderlichenfalls jede entgegenstehende Norm unangewendet lassen³⁷¹. Zugleich nahm der Gerichtshof auf seine Rechtsprechung in den Entscheidungen *Simmenthal* und *Factortame I* Bezug, in denen er den Konflikt zwischen dem Grundsatz der Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts und dem Grundsatz der mitgliedstaatlichen Verfahrensautonomie eindeutig zu Gunsten der Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts entschieden hatte³⁷².

B. Zwischenergebnis

Damit lassen das Gemeinschaftsrecht in der Auslegung durch den *EuGH* die Rechtskraft nationaler Urteile keineswegs völlig unangetastet, wie es der *EuGH* noch in den Rechtssachen *Eco Swiss* und *Kapferer* beschworen hatte. Vor allem die Generalanwälte stellen die Rechtskraft nationaler Entscheidungen offen in Frage, wie sich in den Verfahren *Köbler*, *Kommission Italien* und *Kühne & Heitz* gezeigt hat.

³⁷¹ *EuGH*, Urteil v. 18.7.2007, Rs. C-119/05 - *Lucchini*, Rn. 61, ferner Rn. 59 f.

³⁷² Vgl. *EuGH*, Rs. 106/77 - *Simmenthal*, Slg. 1978, 629, Rn. 21 ff.; Rs. C-213/89 - *Factortame I*, Slg. 1990, I-2433, Rn. 19 ff.

Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts kann daher in Ausnahmefällen bedeuten, dass die Rechtskraft zurücktreten muss. Offen gelassen hat der *EuGH* bisher die Frage, wann ein solcher Ausnahmefall vorliegt. Offensichtlich differenziert der *EuGH* zwischen bestandskräftigen nationalen Entscheidungen und rechtskräftigen nationalen Entscheidungen. So hat der *EuGH* bei bestandskräftigen Entscheidungen beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen eine Überprüfungs- bzw. Rücknahmepflicht der nationalen Behörden angenommen. Die Rechtskraft hat der *EuGH* – wenn auch bis auf die Ausnahme in der Sache *Lucchini* nur indirekt – zumindest im Bereich gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen und im Staatshaftungsrecht in Frage gestellt.

Viertes Kapitel

A. Konflikt zwischen Gemeinschaftsrecht und der Rechtskraft nationaler Entscheidungen

I. *Konfliktlage durch die mitgliedsstaatliche Verfahrensautonomie*

Wie bereits dargelegt, werden Entscheidungen deutscher Gerichte grundsätzlich unabhängig davon rechtskräftig, ob sie inhaltlich richtig sind³⁷³. Daraus folgt, dass dem Eintritt der Rechtskraft auch kein Verstoß der Entscheidung gegen Gemeinschaftsrecht entgegenstehen kann. Auch ein von der Entscheidung des nationalen Gerichts abweichendes Urteil des *EuGH* nach Eintritt der Rechtskraft hat in der Regel keinen Einfluss auf die nationale Entscheidung³⁷⁴. Dies beruht auf dem Umstand, dass mangels gemeinschaftsrechtlicher Regelungen die Ausgestaltung des zivilgerichtlichen Verfahrens, die die aus der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts erwachsenen Rechte des Bürgers gewährleisten sollen, grundsätzlich Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedsstaaten ist. Dieser Grundsatz wird als Verfahrensautonomie bezeichnet³⁷⁵. Die Verfahrensautonomie der Mitgliedsstaaten erstreckt sich auch auf die Regelung der Beendigung von nationalen Prozessen, insbesondere auf die Anordnung der Rechtskraft zivilgerichtlicher Urteile³⁷⁶.

³⁷³ Zöller/ Vollkommer, vor § 322 Rn. 71.

³⁷⁴ Dannecker, in: Rengeling/ Middeke/ Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, § 38 Rn. 73.

³⁷⁵ Schlussanträge des Generalanwalts *Saggio* v. 25.2.1999, Rs. C-126/97. *Eco- Swiss*, Slg. 1999 I-3055, Rn. 48.

³⁷⁶ *EuGH* NJW 1999, 3549 - *Eco- Swiss*, Rn. 46.

Dabei werden das Rechtsinstitut der Rechtskraft und das mit ihr zusammenhängende Institut der Rechtssicherheit als wesentliches Prinzip der Europäischen Gemeinschaftsrechtsordnung angesehen³⁷⁷. So hat der *EuGH* in der Rechtssache *Köbler*³⁷⁸ ausgeführt:

„Zur Gewährleistung des Rechtsfriedens und der Beständigkeit rechtlicher Beziehungen sowie einer geordneten Rechtspflege sollen nämlich nach Ausschöpfung des Rechtswegs oder nach Ablauf der entsprechenden Rechtsmittelfristen unanfechtbar gewordene Gerichtsentscheidungen nicht mehr in Frage gestellt werden können.“

Mit diesem Grundsatz besteht jedoch aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht ein Konflikt mit dem Ziel, die Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu sichern, das Vorrang gegenüber dem nationalen Recht genießt³⁷⁹. So dürfen nach dem Effektivitätsgrundsatz nationale Verfahrensregeln und Fristen die Verfolgung von Rechten, die die innerstaatlichen Gerichte zu schützen verpflichtet sind, weder praktisch unmöglich machen³⁸⁰, noch übermäßig erschweren³⁸¹.

Würde allein auf den Effektivitätsgrundsatz abgestellt werden, müssten sämtliche Entscheidungen nationaler Gerichte, die nicht im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht stehen, nachträglich korrigiert werden. Eine derartige gemeinschaftsrechtliche Begrenzung nationaler Entscheidungen würde jedoch in die mitgliedstaatliche Verfahrensautonomie eingreifen.

³⁷⁷ *EuGH* NJW 2006, 1577 *Kapferer*, Rn. 20; *EuGH* NJW 2003, 3539 – *Köbler*, Rn. 38.

³⁷⁸ *EuGH* NJW 2003, 3539 – *Köbler*.

³⁷⁹ Generell zum Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts siehe *Kadelbach*, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, S. 54 ff.; *Wegener*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, Art. 220 EG, Rn. 27 ff.; *Streinz*, Europarecht, Rn. 190 ff.

³⁸⁰ So bereits *EuGH* Rs. 33/76 - *Rewe*, Slg. 1976, 1989 Rn. 5, und Rs. 45/76, *Comet*, Slg. 1976, 2043 Rn. 11–18.

³⁸¹ St. Rspr. des *EuGH* Rs. C-312/93, *Peterbroeck*, Slg. 1995, I-4599 Rn 12, und Rs. C-430/93 und 431/93, *van Schijndel und van Veen*, Slg. 1995, I-4705 Rn. 17; dazu auch *Rott*, *EuZW* 2003, 5 ff.

Diesen Konflikt hat der *EuGH* dadurch gelöst, dass er die mitgliedstaatliche Verfahrensautonomie mit Hilfe der Grundsätze des Diskriminierungsverbots und des Effektivitätsgebots eingeschränkt hat³⁸². Dabei bemisst der *EuGH* der Bestandskraft von Verwaltungsakten eine geringere Festigkeit zu als der Rechtskraft von Gerichtsurteilen³⁸³. Dies liegt vornehmlich an den nationalen Rechtsordnungen, wonach bestandskräftig abgeschlossene Verwaltungsverfahren leichter wieder aufgenommen werden als rechtskräftig geschlossene Gerichtsverfahren, wie im folgenden Abschnitt hinsichtlich des deutschen Rechts aufgezeigt werden soll. Diesen Umstand macht sich der *EuGH* letztlich zu eigen, um die von ihm in den jeweiligen Verfahren verfolgten Absichten durchzusetzen.

II. Gemeinschaftsrechtliche Beschränkung der Beständigkeit deutscher zivilgerichtlicher und behördlicher Entscheidungen

1) Beschränkung der Rechtskraft deutscher zivilgerichtlicher Entscheidungen

Das Gemeinschaftsrecht stellt nach heute einhelliger Auffassung eine eigenständige supranationale Rechtsordnung dar³⁸⁴, deren unmittelbar geltende Vorschriften nach der ständigen Rechtsprechung des *EuGH* einen Anwendungsvorrang gegenüber kollidierendem nationalen Recht genießen³⁸⁵. Voraussetzung für den Anwendungsvorrang ist die unmittelbare Anwendbarkeit der Regelungen des Gemeinschaftsrechts³⁸⁶.

³⁸² *Potacs*, EuR 2004, S. 595, 596 ff. unter Hinweis auf *EuGH* verb. Rs. C-87/90 ua. *Verholen*, Slg. 1991, I-3757, Rn. 24; *EuGH* Rs. C-228/98, *Dounias*, Slg. 2000, I-577 Rn. 64; *EuGH* Rs. C-226/99, *Siples*, Slg. 2001, I-277, Rn. 19; *EuGH* 11.9.2003, Rs. C-13/01, *Safalero*, Rn. 50.

³⁸³ *EuGH* Kapferer Rn. 20, 23; Der Unterschied zwischen Rechtskraft und Bestandskraft wird besonders in den Schlussanträgen des Generalanwalts Tizziano, dort Rn. 25 betont; Rennert, DVBI 2007, 400, 407; Weiß, DÖV, 2008, 477, 484. *Ruffert* JZ 2006, 905.

³⁸⁴ Seit *EuG* Slg 1963 = NJW 1963, 974 – van Gent & Loos; Slg 1986, 1339 – Les Verts; vgl auch BVerfG NJW 1971, 2122.

³⁸⁵ *EuGHE* 1991, I- 297, 321; ebenso BVerfGE 85, 191, 204.

³⁸⁶ *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, Einführung Rn. 57.

Das Gemeinschaftsrecht sieht keine Regelungen für die Aufhebung gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Gerichtsentscheidungen vor. Eine mögliche Aufhebung solcher Entscheidungen richtet sich mithin nach nationalem Recht.

Wie bereits in Kapitel 2 aufgezeigt, gilt das Institut der Rechtskraft auch im deutschen Zivilprozessrecht nicht uneingeschränkt. Insbesondere das Wiederaufnahmeverfahren gemäß §§ 578 ff. ZPO und die Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde, § 95 Abs. 2 BVerfGG, zeigen, dass in Ausnahmefällen eine Durchbrechung der Rechtskraft möglich ist, wenn das Interesse an materieller Gerechtigkeit das Interesse an Rechtssicherheit überwiegt.

Eine Aufhebung eines rechtskräftigen gemeinschaftsrechtswidrigen Urteils mittels einer Verfassungsbeschwerde ist nur begrenzt möglich. So muss die Verfassungsbeschwerde innerhalb eines Monats nach Urteilsverkündung erhoben werden, § 93 Abs. 1 BVerfGG. Regelmäßig wird der *EuGH* erst nach Ablauf dieser Frist die Gemeinschaftswidrigkeit feststellen. Zudem ist die Verfassungsbeschwerde nur dann erfolgreich, wenn das nationale Gericht unter Verletzung der Garantie des gesetzlichen Richters die Vorlage gemäß Art. 234 Abs. 3 EGV willkürlich unterlassen hat³⁸⁷.

Eine Durchbrechung der Rechtskraft eines Zivilurteils wegen eines nachträglich festgestellten Gemeinschaftsverstoßes kommt auch nicht mittels einer Restitutionsklage in Betracht. So ist die Gemeinschaftswidrigkeit eines rechtskräftigen Urteils nach dem Wortlaut der §§ 578 ff. ZPO kein Grund, die zivilprozessuale Wiederaufnahme zuzulassen. In der Literatur wird daher eine analoge Anwendung der Wiederaufnahmevorschriften diskutiert³⁸⁸. In Betracht gezogen wird eine analoge Anwendung des § 580 Nr. 6 ZPO. Er lässt die Wiederaufnahme zu, wenn das Urteil eines ordentlichen Gerichts, eines früheren Sondergerichts oder eines Verwaltungsgerichts, auf welches es gegründet ist, durch ein anderes rechtskräftiges Urteil aufgehoben worden ist. Für eine solche Analogie plädiert *Gert Meier* unter Hinweis auf die gemeinschaftsrechtliche

³⁸⁷ Vgl. BVerfGE 29, 198, 207; BVerfG NJW 2001, 1267.

³⁸⁸ *Meier*, EuZW 1991, 11, 14; *Poelzig*, JZ 2007, 858, 867.

Loyalitätspflicht aus Art. 10 EG in solchen Fällen, in denen eine unrichtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts unter Verstoß gegen die Vorlagepflicht in einem späteren Vorlageverfahren oder in einem Vertragsverletzungsverfahren festgestellt worden ist³⁸⁹.

Eine analoge Anwendung des § 580 ZPO hat jedoch der *BFH* bereits im Jahre 1977 abgelehnt³⁹⁰. Zur Begründung führte der *BFH* an, dass § 580 ZPO keinen Hinweis darauf enthalte, dass der deutsche Gesetzgeber die Wiederaufnahme bereits dann zulassen wollte, wenn nachträglich eine widersprechende Rechtsauffassung in einer höchstrichterlichen Entscheidung vertreten werde³⁹¹. *Meier* wendet hiergegen ein, dass der *BFH* in seiner Entscheidung die Pflicht aus Art. 10 EG, alle geeigneten Maßnahmen auch besonders zur Erfüllung der Verpflichtungen aus dem EG- Vertrag zu treffen, nicht gebührend berücksichtigt habe³⁹². Diese Argumentation kann jedoch nicht überzeugen. So steht § 580 ZPO im Einklang mit den Wiederaufnahmevorschriften in den anderen Mitgliedsstaaten der EU³⁹³. Die Vorschrift kann als Ausprägung eines allgemeinen Rechtsgedankens des Gemeinschaftsrechts gesehen werden, woraus zu schließen ist, dass die Rechtskraft von Urteilen im Falle der Wiederaufnahme den Individualrechten des Gemeinschaftsrechts vorgeht³⁹⁴.

Selbst in dem Fall, dass der *EUGH* die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit einer Gerichtsentscheidung feststelle, wäre ein Restitutionsgrund nicht gegeben, da § 580 Nr. 6 ZPO nur die EMRK betrifft³⁹⁵. Das deutsche Zivilrecht bietet daher derzeit keine Möglichkeit, rechtskräftige Zivilurteile wegen der Verletzung des Gemeinschaftsrechts aufzuheben³⁹⁶.

³⁸⁹ *Meier*, EuZW 1991, 11, 14f.

³⁹⁰ NJW 1978, 511.

³⁹¹ *BFH* NJW 1978, 511.

³⁹² *Meier*, EuZW 1991, 11, 14.

³⁹³ Siehe dazu *Koch*, Einwirkungen des Gemeinschaftsrechts auf das nationale Verfahrensrecht, S. 151 f.

³⁹⁴ So *Brück*, Vorabentscheidungsverfahren, S. 173.

³⁹⁵ *Gundel*, Gemeinschaftsrechtliche Haftungsvorgaben für judikatives Unrecht, EWS 2004, S. 8, 16; *Kremer*, EuR 2007, 470, 487.

³⁹⁶ *Poelzig*, JZ 2007, 858, 868; *Kremer*, EuR 2007, 470, 487; *Zöllner/ Greger*, ZPO, § 580 Rn. 4.

2) Beschränkung der Bestandskraft deutscher verwaltungsbehördlicher Entscheidungen

Da das Gemeinschaftsrecht keine Regelungen für die Aufhebung gemeinschaftsrechtswidriger Entscheidungen nationaler Behörden kennt, erfolgt die Aufhebung eines gemeinschaftsrechtswidrigen Verwaltungsakts nach nationalen Vorschriften³⁹⁷. In Deutschland sind in den Fällen gemeinschaftsrechtswidriger Verwaltungsakte im Regelfall die §§ 48 ff. des jeweils einschlägigen VwVfG maßgeblich³⁹⁸.

Seit der *Milchkontor*- Entscheidung des *EuGH* gilt der Grundsatz, dass die Mitgliedsstaaten ihr nationales Verfahrensrecht nur insoweit anwenden dürfen, als dies erstens nicht zu einer verfahrensrechtlichen Schlechterstellung von Angehörigen anderer Mitgliedsstaaten führt (Diskriminierungsverbot) und zweitens nicht die effektive Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts und des nationalen Umsetzungsrechts behindert (Effektivgebot).

Aus diesem Grund wird auch die Bestandskraft nationaler Verwaltungsentscheidungen auf ganz unterschiedliche Weise durch das Gemeinschaftsrecht begrenzt. So sind im Gemeinschaftsrecht zur Aufhebung rechtswidriger oder rechtmäßiger Verwaltungsakte allgemeine Grundsätze entwickelt worden, die sich zwar in einigen Bereichen mit denen des VwVfG decken, in anderen aber wegen ihrer Ausrichtung an den Zielen der Europäischen Union anders abgegrenzt und gewichtet werden.

³⁹⁷ Vgl. allgemein *H. Müller*, Die Aufhebung von Verwaltungsakten unter dem Einfluss des Europarechts, S. 160ff.

³⁹⁸ *Sachs*, in: *Stelkens/ Bonk/ Sachs*, VwVfG, § 48 Rn. 23; *Knack*, VwVfG, § 48 Rn. 15; *Kopp/ Ramsauer*, VwVfG, Einführung Rn. 63.

Was die Rechtssicherheit und damit den Vertrauensschutz des Bürgers in den Bestand eines Verwaltungsakts anbelangt, gilt hier zwar zunächst, dass auch im europäischen Verwaltungsrecht der Vertrauensschutz anerkannt ist. Die für seine Begründung maßgeblichen Abwägungskriterien werden im Gemeinschaftsrecht jedoch anders gewichtet und führen im Einzelfall oft zu einem veränderten Grenzverlauf zwischen der Schutzwürdigkeit des Vertrauens und dem Gemeinschaftsinteresse³⁹⁹.

Bei gemeinschaftswidrigen Verwaltungsakten ist aus nationaler Sicht für dessen Aufhebbarkeit durch eine Behörde zwischen dem Wiederaufgreifen des Verfahrens nach § 51 VwVfG und dem Wiederaufgreifen im weiteren Sinne auf Grundlage der §§ 48 f. VwVfG zu unterscheiden.

a) Wiederaufgreifen des Verfahrens nach § 51 VwVfG

Das Wiederaufgreifen des Verwaltungsverfahrens nach § 51 VwVfG dient der Überwindung der durch Unanfechtbarkeit ausgelösten Bestandskraft des Verwaltungsakts. Zweck der Regelung des § 51 VwVfG ist es, dem Betroffenen einen außerordentlichen Rechtsbehelf zur Verfügung zu stellen, mit dem er auf Grund bestimmter Wiederaufgreifungsgründe die Überprüfung eines unanfechtbaren Verwaltungsakts beantragen kann, um dessen Aufhebung oder Änderung zu erwirken⁴⁰⁰. Ein solches Wiederaufgreifen des Verfahrens ist aber nur in Ausnahmefällen zulässig. Denn wie bereits dargelegt, sollen die Anfechtungsfristen gerade sicherstellen, dass Zweifel an der Rechtmäßigkeit alsbald geltend gemacht werden und dass nach Ablauf der Anfechtungsfristen Rechtsfrieden einkehrt und Rechtssicherheit für die Beteiligten herrscht. Liegt ein maßgeblicher Wiederaufgreifungsgrund für eine Aufhebung oder Änderung des unanfechtbaren Verwaltungsakts vor, erhält der Grundsatz der materiellen Rechtmäßigkeit Vorrang vor dem Grundsatz der Rechtssicherheit⁴⁰¹. Einer neuen Entscheidung durch die Behörde steht dabei nicht die Bestandskraft eines Verwaltungsakts entgegen. Vielmehr ist die Rechtssicherheit und Bestandskraft

³⁹⁹ Knack, VwVfG, § 48 Rn. 18 m.w.N.

⁴⁰⁰ Obermayer, VwVfG, 3. Aufl., § 51 Rn. 3; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 51 Rn. 8.

⁴⁰¹ Obermayer, VwVfG, 3. Aufl., § 51 Rn. 4.

bereits hinreichend berücksichtigt, wenn die Voraussetzungen für das Wiederaufgreifen vorliegen; das Verfahren ist ungeachtet der Bestandskraft der Erstentscheidung wieder aufzurollen⁴⁰².

Als Wiederaufgreifensgrund im Fall einer späteren Entscheidung des *EuGH* kommt eine Änderung der Rechtslage nach § 51 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 VwVfG nicht in Betracht. Unter einer Änderung der Rechtslage ist eine entscheidungserhebliche Veränderung der rechtlichen Voraussetzungen zu verstehen, die dem Verwaltungsakt bei Erlass zu Grunde gelegen haben⁴⁰³. Dies setzt voraus, dass sich das maßgebliche materielle Recht nach Erlass des betreffenden Verwaltungsakts geändert hat. Eine Änderung der einer Entscheidung zu Grunde liegenden Rechtsnorm erfüllt diese Voraussetzung unzweifelhaft.

Ob jedoch auch eine Änderung der Rechtsprechung als eine Änderung der Rechtslage i.S. des § 51 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG angesehen werden kann, sollte nach der Absicht der Bundesregierung der Rechtsprechung überlassen bleiben⁴⁰⁴. Das *BVerfG* hat es nicht als Änderung der Rechtsprechung angesehen, wenn von ihm selbst die Feststellung getroffen wird, dass eine Norm nur bei einer der bisherigen Rechtspraxis entgegenstehenden Auslegung mit der Verfassung vereinbar ist⁴⁰⁵. Eine Änderung der Rechtsprechung des *BVerfG* zum Inhalt des materiellen Asylrechts des Art. 16 Abs. 2 GG wurde hingegen als Änderung der Rechtslage i.S. des § 51 VwVfG angesehen⁴⁰⁶.

In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist die Frage, ob eine Änderung der Rechtsprechung als Änderung der Rechtslage i.S. des § 51 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG anzusehen sei, unterschiedlich beantwortet worden⁴⁰⁷. Hatte sich das Bundesverwaltungsgericht anfangs noch dafür ausgesprochen, eine Änderung der Rechtsprechung als Veränderung der Rechtslage i.S. des § 51 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2

⁴⁰² Stelken/Bonk/Sachs, VwVfG, § 51 Rn. 28; Schäfer, in: Obermayer, VwVfG § 51 Rn. 68.; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 51 Rn. 8.

⁴⁰³ Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 51 Rn. 96.

⁴⁰⁴ Amtl. Begr. S. 75.

⁴⁰⁵ BVerfGE 20, 230.

⁴⁰⁶ BVerfGE NVwZ 91, 258.

⁴⁰⁷ BVerwGE 17, 256; ebenso VG Schleswig DVBl. 72, 425.

VwVfG anzusehen, ist diese Auffassung später aufgegeben worden⁴⁰⁸. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Übrigen hat sich dieser Auffassung angeschlossen⁴⁰⁹. Die herrschende Auffassung geht daher davon aus, dass eine Änderung der Rechtsprechung in der Regel nur bedeutet, dass das Recht bisher nicht richtig erkannt worden ist⁴¹⁰.

Zwar spricht eine Änderung der Rechtsprechung für die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts, jedoch ist dies kein Grund für das Wiederaufgreifen des Verfahrens nach § 51 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 VwVfG⁴¹¹. Dieses Ergebnis ist erst recht bei Änderungen der Rechtsprechung der Instanzgerichte anzunehmen⁴¹².

In der Literatur ist diskutiert worden, ob zumindest rechtsfortbildende höchstrichterliche Entscheidungen einer Änderung der Rechtslage gleichzustellen sind⁴¹³. Dem ist entgegengehalten worden, dass eine hinreichend genaue Abgrenzung zwischen rechtsbeständigen und rechtsfortbildenden Urteilen der Obergerichte kaum möglich erscheint⁴¹⁴. Eine Durchbrechung der Bestandskraft hat daher auf Grund des vorrangigen Prinzips der Rechtssicherheit nur in Ausnahmefällen zu erfolgen⁴¹⁵.

⁴⁰⁸ BVerwGE 28, 122; 35, 234; BVerwGE NJW 81, 2595 Anm *Stelkens* NVwZ 82, 492; BVerwG NVwZ 88, 143; 89, 192; DVBl. 89, 1196; DÖV 93, 532.

⁴⁰⁹ *VG Berlin* NJW 81, 2595; NVwZ 2000, 1075, 1076; *VGH Mannheim* NVwZ 85, 91; VBIBW 91, 182; VBIBW 92, 253; *VGH München* BayVBl. 88, 19; NVwZ 89, 378; *VGH Kassel* DöD 96, 216; *OVG Weimar* VwRR MO 98, 93; *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 51 Rn. 105.

⁴¹⁰ *Meyer*, in: *Knack*, VwVfG § 51, Rn. 37; Im Einzelnen *Stelkens* NVwZ 1982, 493.

⁴¹¹ *Schäfer*, in: *Obermeyer*, VwVfG, § 51 Rn. 52; *Wolf/Bachof/Stober*, VerwR II, Rn. 116 m.w.N.

⁴¹² BVerfG NVwZ 1988, 143; NVwZ 1989, 161, 162; BVerfG NVwZ 1995, 1097, 1098 lehnt jeden Unterschied zwischen Gerichten aller Instanzen ab; ferner *Stelkens* NVwZ 1982, 492.

⁴¹³ *Ule/Laubinger* § 65 Rn. 19; *Meyer/Borgs* § 51 Rn. 15.

⁴¹⁴ *Meyer*, in: *Knack*, VwVfG § 51 Rn. 37.

⁴¹⁵ *Meyer*, in: *Knack*, VwVfG § 51 Rn. 37.

b) Gemeinschaftsrechtliche Modifizierung des § 51 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 VwVfG

Dieses Ergebnis ist auch bei Urteilen des *EuGH* anzunehmen. So können das Äquivalenzprinzip oder das Effektivitätsprinzip keine andere Bewertung rechtfertigen, so dass eine Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht als Änderung der Rechtslage i.S. des § 51 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 VwVfG anzusehen ist. Wie bereits ausgeführt, unterliegt die Anwendung des nationalen Rechts besonderen gemeinschaftsrechtlichen Bindungen, die gegebenenfalls zu Modifikationen gegenüber der Rechtslage bei staatsinternen Fällen führen. So darf nach dem Äquivalenzprinzip das Gemeinschaftsrecht im Vergleich zu den Verfahren, in denen über gleichartige, rein nationale Streitigkeiten entschieden wird, nur ohne Diskriminierung angewandt werden. Im Übrigen darf die Anwendung des nationalen Rechts die Tragweite und die Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts nicht beeinträchtigen.

Auch bei Beachtung dieser Grundsätze kann eine Änderung der Rechtslage auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene zu keinem anderen Ergebnis führen.

Nach dem Äquivalenzprinzip ist eine Rechtsprechungsänderung durch den *EuGH* danach ebenso zu behandeln, wie diejenige durch ein deutsches höchstes Gericht. Somit fällt hiernach eine Änderung der Rechtsprechung des *EuGH* nicht unter den Tatbestand des § 51 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 VwVfG.

Auch das Effektivitätsprinzip kann keine über die bloße Gleichbehandlung hinausgehende europarechtskonforme Auslegung von § 51 VwVfG begründen. Im Hinblick auf die besondere Bedeutung der *EuGH*-Rechtsprechung für die Entwicklung des Gemeinschaftsrechts und die stark präjudiziell geprägte Entscheidungskultur liegt es zwar zunächst nahe, das Ergehen einer neuen bzw. die Änderung der bestehenden *EuGH*-Rechtsprechung einer Änderung des materiellen Rechts i.S. des § 51 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 VwVfG gleichzustellen. Allerdings erkennt auch das Gemeinschaftsrecht den Grundsatz der Rechtssicherheit als allgemeinen Rechtsgrundsatz an, der von den mitgliedstaatlichen Behörden bei Vollzug und Durchsetzung

gemeinschaftsrechtlicher Regelungen zu beachten ist. Da die Bestandskraft einer Verwaltungsentscheidung zur Rechtssicherheit beiträgt, verlangt das Gemeinschaftsrecht keine generelle Aufhebungspflicht. Die Anwendung von § 51 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 VwVfG auf Fälle des Neuerlasses bzw. der Änderung der Rechtsprechung des *EuGH* würde jedoch dazu führen, dass die Behörde das Verfahren wieder aufgreifen und den als rechtswidrig erkannten Verwaltungsakt regelmäßig selbst dann zurücknehmen müsste, wenn diese Durchbrechung der Bestandskraft gemeinschaftsrechtlich im Einzelfall gar nicht induziert wäre. Ein solches Ergebnis vermag das Effektivitätsprinzip nicht zu rechtfertigen.

Für dieses Ergebnis spricht auch die Möglichkeit der Anwendbarkeit der §§ 48 ff. VwVfG im Falle der Änderung der Rechtsprechung des *EuGH*. Zwar scheint diesem Ergebnis der Wortlaut des § 51 VwVfG zu widersprechen, der eine abschließende Regelungslage bezüglich der Wiederaufgreifensgründe suggeriert. Jedoch sollte durch § 51 VwVfG bei Einführung des VwVfG im Jahre 1976 keine Einschränkung der damals bereits anerkannten Wiederaufgreifensgründe bewirkt werden. Die Vorschrift hat vielmehr den Zweck, besondere Umstände tatbestandlich zu fixieren, bei deren Vorliegen ein Anspruch auf Wiederaufgreifen besteht. Daneben besitzt die Behörde nach §§ 48 f. VwVfG die Möglichkeit, bestandskräftige Verwaltungsakte im Rahmen einer Ermessensentscheidung aufzuheben. § 51 VwVfG normiert damit lediglich einen Spezialfall des Wiederaufgreifens des Verfahrens. Diese Auslegung stützt auch § 51 Abs. 5 VwVfG, nach dem die Vorschriften des § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG und des § 49 Abs. 1 VwVfG unberührt bleiben. Die Fälle des Wiederaufgreifens des Verfahrens nach § 51 VwVfG und §§ 48 f. VwVfG stehen nebeneinander. Eine Rechtsprechungsänderung durch den *EuGH* ist somit kein Fall des § 51 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 VwVfG⁴¹⁶.

⁴¹⁶ So im Ergebnis auch *Britz/Richter*, JuS 2005, 198 ff.

c) Rücknahme und Widerruf nach §§ 48, 49 VwVfG

Außerhalb des Anspruchs auf Wiederaufgreifen des Verfahrens nach § 51 VwVfG steht das Wiederaufgreifen des Verwaltungsverfahrens im Ermessen der Behörde. Dies folgt aus § 51 Abs. 5 VwVfG, wonach die §§ 48 Abs. 1 S. 1, 49 Abs. 1 VwVfG unberührt bleiben.

Die §§ 48 und 49 VwVfG ermöglichen es der Behörde, auch nach Eintritt der Bestandskraft des Verwaltungsakts von Amts wegen jederzeit erneut in der Sache zu entscheiden. Der Gesetzgeber unterscheidet dabei zwischen rechtswidrigen Verwaltungsakten, die nach § 48 VwVfG zurückgenommen werden können und rechtmäßigen Verwaltungsakten, die nach § 49 VwVfG widerrufen werden können. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beantwortung der Frage, ob ein Verwaltungsakt rechtmäßig oder rechtswidrig ist, ist grundsätzlich der Erlass des Verwaltungsakts⁴¹⁷.

Ein Verwaltungsakt bleibt grundsätzlich auch dann rechtmäßig, wenn sich später die Sach- oder Rechtslage ändert und die Behörde den Verwaltungsakt nunmehr nicht mehr erlassen dürfte⁴¹⁸. In Betracht kommt dann nur ein Widerruf nach § 49 VwVfG, keine Rücknahme nach § 48 VwVfG⁴¹⁹.

Etwas anderes soll jedoch nach Teilen der Literatur bei Dauerverwaltungsakten gelten: Hier kann eine Änderung der Sach- und Rechtslage dazu führen, dass ein ursprünglich rechtmäßiger Verwaltungsakt rechtswidrig wird. Die behördliche Aufhebbarkeit richtet sich nach § 48 VwVfG und nicht nach § 49 VwVfG⁴²⁰. In der Literatur wird dagegen eingewandt, dass diese Auffassung nicht mit der Systematik der § 48 ff. VwVfG vereinbar sei⁴²¹.

⁴¹⁷ *Detterbeck*, Allg. VerwR, Rn. 680; *Meyer*, in: Knack, VwVfG, § 48 Rn. 29.

⁴¹⁸ BVerwGE 40, 339; OVG Münster DöV 2, 110; *Meyer*, in Knack, VwVfG, vor § 43 Rn. 48 m.w.N.

⁴¹⁹ *Meyer*, in Knack, VwVfG, vor § 43 Rn.

⁴²⁰ *Schenke*, DVBl. 1989, 434 ff.; ders. JuS 1991, 547 ff.; explizit zuletzt auch *VGH Mannheim* NVwZ-RR 2002, 622 f.

⁴²¹ so *Ericksen/ Ehler*, § 17 Rn. 11; *Kopp/ Ramsauer*, § 48 Rn. 34; *Ruffert*, in: *Ericksen/ Ehler*, § 23 Rn. 5.

(aa) *Rücknahme nach § 48 VwVfG*

Die Möglichkeit einer Rücknahme besteht im Rahmen des § 48 VwVfG grundsätzlich für belastende und begünstigende Verwaltungsakte, wird aber für die Leistungsverwaltungsakte nach § 48 Abs. 2 VwVfG aus dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes eingeschränkt⁴²². Zwar würde die Bindung der Verwaltung an Recht und Gesetz grundsätzlich für eine einschränkungslose Rücknehmbarkeit rechtswidriger Verwaltungsakte streiten, weil hierdurch die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns wiederhergestellt werden würde⁴²³. Jedoch schützt das Rechtsstaatsprinzip auch das Vertrauen auf die Rechtsbeständigkeit staatlicher Maßnahmen⁴²⁴.

Im Rahmen der Vertrauensschutzerwägungen gilt jedoch hinsichtlich gemeinschaftsrechtswidriger Verwaltungsakte eine Modifikation. Zwar ist der Rechtsgrundsatz des Vertrauensschutzes auch im europäischen Verwaltungsrecht anerkannt⁴²⁵. Auf Grund des Effektivitätsprinzips, wonach die Durchsetzbarkeit des Gemeinschaftsrechts nicht unmöglich gemacht werden darf, kann das Vertrauen in den Bestand des Verwaltungsakts jedoch als schutzunwürdig gelten. Dies hat das *BVerwG* zumindest hinsichtlich der Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen entschieden⁴²⁶.

Für den Bereich gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen wird in Rechtsprechung und Literatur auch eine Einschränkung des grundsätzlich freien Ermessens angenommen⁴²⁷. So ist das Ermessen der Behörde für auf Null reduziert, wenn eine bestandskräftige Entscheidung der EG- Kommission vorliegt und die Behörde dadurch verpflichtet ist, eine gemeinschaftsrechtswidrige Beihilfe zurückzufordern⁴²⁸.

⁴²² Meyer, in: Knack, VwVfG, Vor § 43, Rn. 57.

⁴²³ Ipsen, Allg. VerwR, § 11 Rn. 726.

⁴²⁴ Ipsen, Allg. VerwR, § 11 Rn. 726; Meyer, in: Knack, VwVfG, § 48 Rn. 2 m.w.N.

⁴²⁵ EuGHE 1997 I, 1591; Borchardt EuGRZ 88, 309; Grabitz NJW 1989, 1779; Meyer, in: Knack, VwVfG § 48 Rn. 18 m.w.N.

⁴²⁶ BVerwG NJW 1998, 3728.

⁴²⁷ BVerwGE 67, 305; 74, 357; Meyer, in: Knack, § 48 Rn. 17 f.

⁴²⁸ BVerwGE 92, 81, 87; BVerwG NVwZ 1995, 706.

Der *EuGH* hat für den Fall materiell gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen ebenfalls angenommen, dass die Aufhebung einer (wegen des Verstoßes gegen das Beihilfeverbot nach Art. 87, 88 EG) gemeinschaftsrechtswidrigen Beihilfe durch Rückforderung die logische Folge der Feststellung ihrer Rechtswidrigkeit sei⁴²⁹.

Eine weitere EU- rechtliche Einschränkung zur Aufhebung rechtswidriger Verwaltungsakte gilt hinsichtlich der Frist des § 48 Abs. 4 VwVfG, wonach die Rücknahme nur innerhalb eines Jahres seit dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme von den die Rechtswidrigkeit begründenden Tatsachen möglich ist. Hier ist nach der vom *BVerfG*⁴³⁰ bestätigten Entscheidung des *BVerwG*⁴³¹ die Jahresfrist des § 48 Abs. 4 VwVfG nicht anwendbar, wenn eine bestandskräftige Rückforderungsentscheidung der Kommission nach Art. 88 EG vorliegt. Aus der Pflicht zu einem gemeinschaftsfreundlichen Verhalten ergibt sich demnach für die handelnde Behörde eine Verpflichtung zur Nichtanwendung des nationalen Rechts, wenn dessen gemeinschaftskonforme Anwendung nicht möglich ist⁴³². Für die Anwendung des § 48 Abs. 4 VwVfG bedeutet dies, dass zwar eine zeitliche Begrenzung des Rücknahmerechts mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist. Sie darf jedoch nur so gehandhabt werden, dass eine gemeinschaftsrechtlich gebotene Rückforderung nicht „praktisch unmöglich und das Gemeinschaftsrecht voll berücksichtigt wird“⁴³³.

(bb) Widerruf nach § 49 VwVfG

Die nachträgliche Aufhebung eines rechtmäßigen Verwaltungsakts ist bei belastenden Verwaltungsakten nur unter den Voraussetzungen des § 49 Abs. 1 VwVfG zulässig⁴³⁴. Wie bereits ausgeführt, hat eine nach Erlass des Verwaltungsakts eingetretene Veränderung der Sach- oder Rechtslage keinen Einfluss auf die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes, so dass sich der Widerruf nach § 49 VwVfG bestimmt.

⁴²⁹ *EuGH* EuZW 1990, 225, 226.

⁴³⁰ *BVerfG* NJW 2002, 2015.

⁴³¹ *BVerwG* NJW 1998, 3728.

⁴³² *Wolff/ Bachof/ Stober* I § 17 Rn. 16;

⁴³³ *EuGHE* 1989, 175; *EuGH* NvWZ 90, 1161; *EuGH* NvWZ 93, 973.

⁴³⁴ *Meyer*, in: *Knack*, VwVfG, Vor § 43, Rn. 59.

So wird unter den Voraussetzungen des § 49 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG der Verwaltung eine Anpassung begünstigender Verwaltungsakte an veränderte Rechtsvorschriften ermöglicht. Als Veränderung von Vorschriften ist dabei auch die Änderung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen oder die Aufhebung von Rechtsvorschriften anzusehen⁴³⁵.

Eine Änderung der Rechtsprechung kann nach herrschender Auffassung keinen Widerrufgrund nach § 49 Abs. 4 VwVfG eröffnen⁴³⁶. Insoweit gelten dieselben Grundsätze wie im Rahmen des § 51 VwVfG⁴³⁷.

B. Zusammenfassung

Bestandskräftige rechtswidrige Verwaltungsakte können anders als rechtskräftige zivilrechtliche Urteile grundsätzlich zurückgenommen werden. Das Gemeinschaftsrecht schränkt das Ermessen der Behörden zu Gunsten des Gemeinschaftsrechts ein. Bestandskräftige Verwaltungsakte, die ursprünglich rechtmäßig waren, können im Falle einer nachträglichen Gesetzesänderung, nach der sie nunmehr rechtswidrig wären, widerrufen werden. Eine nachträgliche Änderung der Rechtsprechung kann hingegen einen solchen Widerruf nicht begründen.

⁴³⁵ Meyer, in: Knack, VwVfG, § 49 Rn. 55 m.w.N.

⁴³⁶ Vgl. BVerwGE 26, 89; 36, 120; BVerwG NJW 1981, 2595; DVBl. 1993, 258; *Stelkens*, NvWZ 1982, 494; Sachs, in: *Stelkens/ Bonk/ Sachs*, VwVfG, § 49, Rn. 80; Meyer, in: Knack, VwVfG, 49 Rn. 56.

⁴³⁷ Siehe dazu bereits oben unter C. II. 1 a.

Fünftes Kapitel

A. Allgemeiner Rechtsgedanke der Rechtsprechung des EuGH zur Durchbrechung der Rechtskraft

I. Hintergrund der Entscheidungen des EuGH

Sucht man nach einem allgemeinen Rechtsgedanken der aufgezeigten Rechtsprechung des *EuGH*, so ist der Hintergrund seiner Entscheidungen zu beachten. Es wurde bereits dargelegt, dass das europäische Recht – abgesehen von einigen Sondergebieten – von den Mitgliedsstaaten vollzogen wird. Soweit spezielle gemeinschaftsrechtliche Vorschriften fehlen, erfolgt der mitgliedsstaatliche Vollzug des Gemeinschaftsrechts nach den Bestimmungen des einzelnen Mitgliedsstaates⁴³⁸. Dies gilt nicht nur für den Bereich des Verwaltungsverfahrensrechts, sondern auch für die jeweilige nationale zivile Prozessordnung⁴³⁹. Dies hat zwangsläufig zur Folge, dass die nationalen Vollzugsorgane zu keiner einheitlichen Auslegung und Umsetzung der europarechtlichen Vorschriften gezwungen sind und die unterschiedliche Ausgestaltung des nationalen Verfahrensrechts eine einheitliche Durchsetzung materieller Rechtspositionen erschwert. Angesichts der unterschiedlichen Rechtssysteme, Rechtstraditionen und Rechtsmethoden besteht die Gefahr einer divergierenden Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts. Für die europäische Integration und die Verwirklichung eines einheitlichen Europas ist es jedoch erforderlich, dass gleiches Recht in den einzelnen Mitgliedsstaaten nicht ungleich gesprochen werden darf. Abweichungen bei der Rechtsanwendung und der Rechtsauslegung führen aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht zu Wettbewerbsverzerrungen und Diskriminierungen, die der praktischen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts schaden können.

⁴³⁸ EuGHE 1983, 2633 – *Deutsche Milchkontor*, Rn. 17 f.

⁴³⁹ Vgl. etwa *EuGH NJW* 2006, 1577– *Kapferer*, EWS 2006, 171; allgemein *Rodríguez Iglesias*, *NJW* 2000, 1889, 1892 f.

1) Loyalitätsprinzip aus Art. 10 EG

Um einer divergierenden Rechtsanwendung im Gemeinschaftsraum entgegenzuwirken, wird der grundsätzlichen Verfahrensautonomie der Mitgliedsstaaten eine doppelte Grenze gesetzt, die sich aus dem Prinzip der loyalen Zusammenarbeit aus Art. 10 EG herleitet⁴⁴⁰.

So darf zum einen die verfahrensrechtliche Regelung gemeinschaftsrechtlicher Sachverhalte nicht ungünstiger als diejenige rein innerstaatlicher Sachverhalte sein. Nach diesem sog. Äquivalenzprinzip gelten für die Durchsetzung subjektiver Rechte des Gemeinschaftsrechts keine strengeren Anforderungen als für die Durchsetzung subjektiver Rechte, die das jeweils nationale Recht gewährt. Zum anderen ist es den Mitgliedsstaaten nach dem Effektivitätsgrundsatz untersagt, die Durchsetzung gemeinschaftsrechtlich verliehener Rechtspositionen praktisch unmöglich zu machen oder übermäßig zu erschweren⁴⁴¹. Hierbei sind nach der Rechtsprechung des *EuGH* gerade die prozessualen Normen nicht isoliert zu betrachten, sondern stets im Zusammenhang der Prozessrechtsordnung, ihrer spezifischen Rechtsinstitute und Schutzmechanismen wie Verteidigungsrechten, Rechtssicherheit und Funktionsfähigkeit der Justiz⁴⁴². An diesen Grundsätzen misst der *EuGH* in mittlerweile gefestigter Rechtsprechung auch die nationalen Rechtskraftprinzipien. Stehen diese nicht dem Äquivalenzprinzip und dem Effektivitätsgrundsatz entgegen, erhebt der *EuGH* keine Einwendungen und akzeptiert, dass sich das Gemeinschaftsrecht im konkreten Fall wegen der entgegenstehenden Rechtskraft nationaler Entscheidungen nicht durchsetzen kann. Halten diese hingegen den vorbenannten Grundsätzen der Effektivität und

⁴⁴⁰ Vgl. etwa *EuGH*, 16.12.1976 – Rs. 33/76, *Rewel* Landwirtschaftskammer für das Saarland, Slg. 1976, 1989, RIW 1977, 37, 231; *EuGH* 16.12.1976 – 45/76 – *Comet*, Slg. 1976, 2043; *EuGH*, 9.11.1983 – Rs. 199/82, *San Giorgio*, Slg. 1983, 3595, RIW 1984, 806; *EuGH*, 11.7.2002 – Rs. C-62/00, *Marks & Spencer*, Slg. 2002, I-6325, RIW 2002, 808, EWS 2003, 581; *EuGH*, 2.10.2003, Rs. C-147/01, *Weber's WineWorld*, Slg. 2003, I – 11365, RIW 2004, 313, EWS 2003, 576; *EuGH* NVwZ 2006, 1277 - *i-21 Germany und Arcor*, EWS 2006, 505. Aus der Literatur vgl. beispielhaft *Rodríguez Iglesias*, *EuGRZ* 1997, 289 ff.; *Gundel*, in: *Schulze/ Zuleeg*, *Europarecht*, § 3 Tz. 106 ff, jeweils mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

⁴⁴¹ *EuGHE* 1983, 2633 – *Deutsche Milchkontor*, Rn. 19ff.; 1995, I- 4599 – *Peterbroeck*, Rn. 12; 1997, I- 6783 – *Fantask*, Rn. 39, 47; 1998, I- 4767 – *Öhlmühle*, Rn. 24; 1998, I- 4951 – *Edis*, Rn. 19; 1998, I- 7141 – *Aprile*, Rn. 18; 2000, I- 3201 – *Preston*, Rn. 31; 2004, I – 723 – *Wells*, Rn. 67; 2006, I – 2585 – *Kapferer*, Rn. 22; *EuGH* NJW 2006, 1277, Rn. 57 ff – *i- 21 und Arcor*.

⁴⁴² Vgl. *EuGH*, Rs. C- 312/93, *Petersbroeck*, Slg. 1995, I- 4599, RIW 1996, 346, Rn. 14 ff.; *EuGH* verb. Rs. C-430/93 und C- 431/93, *Van Schijndel und Van Veen*, Slg. 1995, I- 4705, Rn. 17 ff.

der Äquivalenz nicht stand, setzt der *EuGH* den nationalen Bestimmungen Grenzen⁴⁴³.

2) Vorlagepflicht nach Art. 234 Abs. 3 EG

Als Mittel zur Gewährleistung des Gleichlaufs des Gemeinschaftsrechts mit den nationalen Bestimmungen hat die Europäische Union das Vorabentscheidungsverfahren aus Art. 234 EG geschaffen⁴⁴⁴, mit dem die Eigenständigkeit der Rechtsprechung in den Mitgliedsstaaten jedoch nicht übermäßig beeinträchtigt werden soll⁴⁴⁵. Nicht abschließend geklärt ist in der europäischen Praxis, welche Sanktionen gegen die Missachtung des Europarechts durch letztinstanzliche Gerichte der einzelnen Mitgliedsstaaten verhängt werden können.

Zwar steht der Kommission prinzipiell das Mittel des Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 226 EG zur Verfügung, allerdings hat die Kommission im Falle der Missachtung des Europarechts durch letztinstanzliche Gerichte von dieser Möglichkeit bisher keinen Gebrauch gemacht⁴⁴⁶. Angesichts der Unabhängigkeit der Justiz könnte ein erfolgreiches Vertragsverletzungsverfahren gegen den Mitgliedsstaat wegen einer Verletzung der Vorlagepflicht auch nicht zu einer Änderung der Entscheidung im konkreten Fall durch den jeweiligen Mitgliedsstaat führen⁴⁴⁷. Von Seiten der Generalanwälte wurde daher bereits die Äußerung getroffen, dass ein wirksamer Kontrollmechanismus und Reaktionsinstrumentarium gegen die unberechtigte Vorlageverweigerung nationaler Gerichte fehle oder aber jedenfalls nur theoretischer Art sei⁴⁴⁸.

⁴⁴³ Vgl. *EuGH* NJW 1999, 3549 – *Eco Swiss*; *EuGH* NJW 2006, 1577 – *Kapferer*; *EuGH* NJW 2004, 1577 – *Kühne & Heitz*; *EuGH* verb. Rs. NVwZ 2006, 1277 - *i- 21 Germany und Arcor*. Vgl. ferner die Schlussanträge des *Generalanwalts Bot* vom 24.4.2007 – Rs. C- 2/06 - *Kempter*, Tz. 73 ff.

⁴⁴⁴ Vgl. *EuGH* Rs. C- 99/00 – *Kenny Roland Lyckeskog*, *EuZW* 2002, 476, 477.

⁴⁴⁵ *Kenntner*, *EuZW* 2005, 235, 236. Vgl. zum Vorabentscheidungsverfahren *Bergmann/ Kenntner*, *Deutsches Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss*, S. 80 ff.

⁴⁴⁶ *Büscher*, *GPR* 2008, 210, 213; *Kokott/ Henze/ Sobotta*, *JZ* 2006, 633, 640.

⁴⁴⁷ *Büscher*, *GPR* 2008, 210, 213.

⁴⁴⁸ Vgl. *EuGH* Rs. C- 99/00 – *Kenny Roland Lyckeskog*, *EuZW* 2002, 476.

3) Einfluss dieser Prinzipien auf die Rechtsprechung des *EuGH*

Vor diesem Hintergrund wird der innere Zusammenhang der benannten Entscheidungen deutlich, in denen der *EuGH* die Bestands- oder Rechtskraft nationaler Entscheidungen behandelt hat. So reagierte der *EuGH* mit dem Großteil dieser Entscheidungen auf die fehlende Bereitschaft nationaler Gerichte zu einer Vorlage nach Art. 234 Abs. 3 EG.

In den Staatshaftungsfällen sowie in der Rechtssache *Kommission/ Italien*⁴⁴⁹ bezweckte der *EuGH*, die Einhaltung der Vorlagepflicht gegenüber den mitgliedstaatlichen Gerichten durchzusetzen⁴⁵⁰. In letztgenannter Entscheidung widersprachen die Auslegung und die Anwendung eines italienischen Gesetzes durch die Verwaltung und die Gerichte dem Gemeinschaftsrecht. Der *EuGH* stellte einen Gemeinschaftsrechtsverstoß fest, sah diesen jedoch bei der Legislative. Denn die italienische Republik habe es versäumt, die nationalen Vorschriften zu ändern, die zu der gemeinschaftsrechtswidrigen Praxis geführt hatten.

Diese Intention des *EuGH* wird auch in seiner CILFIT- Rechtsprechung deutlich, wonach das Gemeinschaftsrecht im Hinblick auf die Durchbrechung der Bestandskraft des gemeinschaftsrechtswidrigen Verwaltungsakts gerade nicht verlange, dass sich der Betroffene im Rahmen des innerstaatlichen Rechtsbehelfs zuvor auf das Gemeinschaftsrecht berufen haben muss⁴⁵¹. Auch die Zielrichtung des Urteils *Kühne & Heitz* liegt auf dieser Linie⁴⁵². So betonte der *EuGH* in seinen Entscheidungsgründen nachdrücklich, dass das niederländische Gericht entgegen seiner Pflicht aus Art. 234 Abs. 3 EG von einem Vorabentscheidungsersuchen abgesehen habe⁴⁵³.

⁴⁴⁹ *EuGH* EuZW 2004, 151.

⁴⁵⁰ *Halter*, VerwArch 96 (2005), 311, 327 ff.; *Kremer*, EuZW 2007, 727.

⁴⁵¹ *EuGH*, Urt. v. 6. 10. 1982 - 283/81, Slg. 1982, NJW 1983, 1257 Rn. 49 – CILFIT.

⁴⁵² *Kremer*, EuR 2007, 486.

⁴⁵³ *EuGH* NJW 2004, 1433 – *Kühne & Heitz*, Rn. 26, 28.

Der *EuGH* versucht in dieser Form, eine Kontrolle über die effektive und einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts zu erlangen⁴⁵⁴. Gleichwohl schlägt der *EuGH* hierfür diplomatische Töne an, um den Dialog mit den mitgliedsstaatlichen Gerichten nicht zu belasten. Für die vom *EuGH* angestrebte Kontrolle über die Anwendung des Gemeinschaftsrechts wäre es kontraproduktiv, wenn er die Autorität der nationalen Gerichte durch eine offene Infragestellung ihrer rechtskräftigen Entscheidungen in Zweifel ziehen würde⁴⁵⁵.

In der Rechtssache *Lucchini* hingegen ging es dem *EuGH* nicht um die Durchsetzung der Vorlagepflicht aus Art. 234 EG, sondern um eine Reaktion auf die Missachtung des Beihilferechts und der Zuständigkeiten der Kommission in diesem Bereich. Zur Effektuierung des gemeinschaftsrechtlichen Beihilferechts zog der *EuGH* daher sein schärfstes Schwert und griff erstmals offen die Rechtskraft nationaler Entscheidungen an.

Auch wenn der *EuGH* in dieser Sache seinen Ton verschärfte, so steht diese Entscheidung im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des *EuGH* zu gemeinschaftsrechtswidrigen Beihilfen. Verstöße gegen Art. 87, 88 EG sowie gegen Art. 88 EG wurden vom *EuGH* bislang stets streng sanktioniert⁴⁵⁶.

Zu Beginn der Aufnahme der Rechtsprechung durch den *EuGH* hatte dieser zwar den Äquivalenz- und den Effektivitätsgrundsatz eher in einem defensiven Sinne gehandhabt, um drastische Fehlentwicklungen im nationalen Vollzug des Gemeinschaftsrechts zu korrigieren. Hierbei respektierte der *EuGH* stets die jeweils nationalen Rechtsordnungen und griff nur in deren Anwendung durch die Judikative ein. Ein merklicher Wandel hierzu vollzog sich jedoch mit der Entscheidung *Deutsches Milchkontor*⁴⁵⁷. Mit dieser Entscheidung hat der *EuGH* klargemacht, dass die Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität die Unterschiede der Gemeinschaftsrechtsumsetzung nicht ausschließen oder ausgleichen, sondern lediglich in Grenzen halten sollen. Erst wenn die

⁴⁵⁴ So auch *Kremer*, EuR 2007, 470, 490.

⁴⁵⁵ Vgl. bereits *Halter*, VerwArch 96 (2005), 311, 327 ff.; *Kremer*, EuZW 2007, 726, 729.

⁴⁵⁶ *EuGH* v. 20.9.1990, Rs. C-5/89 - *Kommission/ Deutschland* (BUG- Alutechnik), Slg. 1990, I-3437; *EuGH* JZ 1997, 722 - *Alcan Deutschland*, m. Anm. *Claasen*; *EuGH* NJW 1984, 2024 *Deutsche Milchkontor*, L.

⁴⁵⁷ *EuGH*, Urteil vom 21. 9. 1983 – 205 - 215/82.

Unterschiede zu groß würden, müssten die Rechtsetzungsorgane der Gemeinschaft die erforderlichen Bestimmungen erlassen⁴⁵⁸. In der Aufforderung an die Mitgliedsstaaten, das Gemeinschaftsrecht zu vollziehen und hierzu selbst für dessen Umsetzung Gesetze zu erlassen, liegt ein wesentlicher normativer Inhalt von Art. 10 EG.

Daraus folgt, dass der *EuGH* zwar grundsätzlich – wie er auch in zahlreichen Entscheidungen immer wieder betont hat – die jeweilige Rechtsordnung respektiert. Dies schließt jedoch einen judikativen Eingriff in die nationale Rechtsordnung nicht aus, macht ihn allerdings besonders begründungsbedürftig und beschränkt ihn auf Ausnahmefälle. So hat der *EuGH* in der Rechtssache *Kühne & Heitz* spezielle Erfordernisse aufgelistet, die zu einer Durchbrechung der Bestandskraft nationaler Verwaltungsentscheidungen führen können. Gleichwohl respektiert der *EuGH* das Rechtsinstitut der Bestandskraft⁴⁵⁹. Der *EuGH* knüpft daher die Rücknahme einer gemeinschaftswidrigen Entscheidung an die Voraussetzung, dass das nationale Recht eine entsprechende Durchsetzungsmöglichkeit trotz eingetretener Bestandskraft ausdrücklich vorsieht⁴⁶⁰. Das Gemeinschaftsrecht zwingt die Mitgliedsstaaten damit nicht, entsprechende Rücknahmeregeln einzuführen. Es bleibt dem nationalen Gesetzgeber überlassen, ob er der Rechtssicherheit Priorität einräumen will⁴⁶¹. *Germelmann* zweifelt dies an⁴⁶² und meint, dass das nationale Recht auf diesem Wege „Schlupflöcher für gemeinschaftsrechtswidrige Sanktionen“ schaffen könne. Hier verkennt er jedoch den insoweit klaren Wortlaut in Sachen *Kühne & Heitz*, wonach der *EuGH* ausdrücklich an dem Grundsatz der Verfahrensautonomie festhält.

⁴⁵⁸ *EuGH*, Urteil vom 21. 9. 1983 – 205 - 215/82, Rn. 21, 24.

⁴⁵⁹ So auch *Gosch*, DStR 2005, 413.

⁴⁶⁰ *Kenntner*, EuZW 2005, 235, 238; *Ludwigs*, ZfRV 2005, 191, 194; *Kenntner*, EuZW 2005, 235, 238; *Wenander*, ELR 2007, 54, 58; *Kokott/ Henze/ Sobotta*, JZ 2006, 633, 639.

⁴⁶¹ So auch zutreffend *Kenntner*, EuZW 2005, 235, 238.

⁴⁶² EWS 2007, 392, 397.

Die Folge, dass das Gemeinschaftsrecht in den Mitgliedsstaaten ungleich geschützt wird, ist eine unabdingbare Konsequenz der Anwendung nationalen Rechts bei Vollzug des Gemeinschaftsrechts⁴⁶³.

Hat der nationale Gesetzgeber wie in Deutschland mit den Regelungen in §§ 48 ff. VwVfG Überprüfungs- und Rücknahmeregelungen vorgesehen, müssen die Behörden von deren Möglichkeiten auch im Falle gemeinschaftsrechtswidriger Verwaltungsentscheidungen Gebrauch machen. Sollte eine solche Möglichkeit hingegen nach nationalem Verfahrensrecht nicht bestehen, würde der *EuGH* dies – zumindest nach seinen bisherigen Entscheidungen – akzeptieren.

Daher überrascht auf den ersten Blick die Entscheidung in der Rechtssache *Lucchini*: Zur Durchsetzung eines effektiven gemeinschaftsrechtlichen Beihilferechts ging der *EuGH* nicht einmal auf den sonst von ihm stets betonten Grundsatz der Rechtskraft und Rechtssicherheit ein und zeigte sich insbesondere noch nicht einmal bemüht, Kriterien der Ausnahme von diesen Grundsätzen zu formulieren. Stattdessen stellte er auf den Grundsatz der Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts ab und erklärte, dass das innerstaatliche Gericht für die „volle Wirksamkeit“ der Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts Sorge zu tragen habe, indem es erforderlichenfalls jede entgegenstehende nationale Norm unangewendet lasse⁴⁶⁴.

Der *EuGH* schob demnach das nationale Gesetzesrecht und damit seine Anerkennung von nationalen Rechtskraftprinzipien entgegen der Tradition seiner Rechtsprechung zur Seite. Dies hatte jedoch einen besonderen Grund: Die Durchführung des Gemeinschaftsrechts obliegt im Bereich der Wettbewerbsaufsicht über nationale Beihilfen nicht allein den Mitgliedsstaaten, sondern findet in einem gestuften Verfahren statt, an dem Gemeinschaftsbehörden und nationale Behörden mit abgegrenzten Teilkompetenzen beteiligt sind. Art. 88 EG begründet in diesem Bereich eine eigene Vollzugskompetenz der Kommission. Zwar wird die Kommission nicht unmittelbar im Außenverhältnis gegenüber einem Subventionsempfänger auf

⁴⁶³ So auch *Weiß*, DÖV 2008, 477, 481.

⁴⁶⁴ Rn. 61 des Urteils.

Grund Ihrer gemeinschaftseigenen Verwaltung tätig, vielmehr richtet sie ihre Maßnahmen, d.h. Entscheidungen im Sinne von Art. 249 Abs. 4 EG, an den Mitgliedsstaat, dem dann die Durchführung gegenüber dem Beihilfeempfänger obliegt. Dabei ist die nationale Behörde kraft Gemeinschaftsrecht verpflichtet, alles zu unternehmen, um die von der Kommission angeordnete Maßnahme unverzüglich und vollständig durchzuführen⁴⁶⁵.

Der *EuGH* hat vor diesem Hintergrund in der Entscheidung *Lucchini* auf die ausschließlichen Kompetenzen der Kommission bei der Beurteilung der Vereinbarkeit einer staatlichen Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt abgestellt und betont, dass die Berufung auf die Rechtskraft eines nationalen Urteils diese Kompetenzverteilung nicht außer Kraft setzen könne.

Die *Lucchini*- Entscheidung stellt sich somit als Sonderfall dar und kann daher nicht als Revision der bisherigen Rechtskraftrechtsprechung des *EuGH* gedeutet werden. Hierfür spricht zum einen die ungewöhnliche Art und Weise, in der sich die italienische Behörde über eine bekannt gemachte und bestandskräftige Entscheidung hinweggesetzt hat und zum anderen der Umstand, dass die Entscheidung im gemeinschaftsrechtlich besonders sensiblen Bereich des Beihilferechts erging. Der *EuGH* hat damit gezeigt, dass die Berufung auf die Rechtskraft gerade nicht als Argument zugunsten gemeinschaftsrechtswidriger Situationen herangezogen werden können soll⁴⁶⁶.

Dass offensichtliche Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht geahndet werden und in solchen Fällen die nationale Verfahrensordnung gerade nicht unbedingt gelten kann, zeigt schließlich auch die Rechtsprechung des *EuGH* zur Schadensersatzpflicht von Mitgliedsstaaten, wonach der Staat dann haftet, wenn das letztinstanzliche Urteil offenkundig gegen das geltende Recht verstoßen hat⁴⁶⁷. Bei fehlender Offenkundigkeit sind hingegen nach allgemeinen

⁴⁶⁵ EuGHE 1989, 175 – *Kommission/ Deutschland (Alcan I)*, Rn. 12; EuGHE 1997, I- 1591 – *Alcan II*, Rn. 24; *EuGH* Rs. C- 232/ 05- *Kommission/ Frankreich (Scott Paper)*, Rn. 49.

⁴⁶⁶ Vgl. die Schlussanträge von Generalanwalt *Geelhoed*, Rn. 59 ff.; Ähnlich die Wertung in *EuGH*, Urteil v. 13.6.2006 – Rs. C- 173/03- *Traghetti*, Slg. 2006, I – 5177, EWS 2006, 314, Rn. 41; *Germelmann* EWS 2007. 392, 396.

⁴⁶⁷ *EuGH* v. 30.9.2003, NJW 2003, 3539 – *Köbler*.
Rn. 55 ff.; *EuGH* Urteil v. 13.6.2006, Rs. C-173/ 03 – *Traghetti*.

Grundsätzen der Rechtskraftlehre inhaltlich falsche Entscheidungen im Interesse der Rechtssicherheit grundsätzlich hinzunehmen, was letztlich auch der *EuGH* anerkennt⁴⁶⁸.

II. Lösung des Konflikts

Der Rechtsprechung des *EuGH* lässt sich entnehmen, dass grundsätzlich die Bestandskraft und die Rechtskraft nationaler Entscheidungen nicht durchbrochen werden sollen. Vielmehr sind die nationalen Verfahrensregeln zu beachten. Hierbei misst der *EuGH* jedoch der Bestandskraft von Verwaltungsakten eine geringere Festigkeit zu als der Rechtskraft von Gerichtsurteilen⁴⁶⁹. Dies lässt sich zwar nicht eindeutig dem Urteil *Kapferer* entnehmen, weil dort die Übertragbarkeit der Rechtsprechung in Sachen *Kühne & Heitz* auf zivilrechtliche rechtskräftige Urteile offen gelassen wurde, allerdings zeigen die Urteile zur Staatshaftung für gemeinschaftsrechtswidrige Urteile, dass der *EuGH* die Rechtskraft beachtet, obgleich er die grundsätzliche Möglichkeit einer mitgliedstaatlichen Haftung bejaht. Auch die – wenngleich nur geringfügig – unterschiedlichen Haftungsmaßstäbe im Vergleich zu anderen Staatshaftungsfällen belegen, dass der *EuGH* die Bewahrung der Rechtskraft nationaler Urteile höher gewichtet. Die Entscheidung *Lucchini* stellt hierzu keine Ausnahme dar, da der *EuGH* gerade durch den Verzicht, Bezüge zu seiner bisherigen Rechtskraftrechtsprechung herzustellen, deutlich macht, diese relativieren, sondern an ihr festhalten zu wollen.

Nur die bewusste Hinwegsetzung eines Mitgliedsstaates über das Gemeinschaftsrecht kann zu einer Durchbrechung der Rechtskraft führen.

Dies ist das Ergebnis einer Interessenabwägung des *EuGH* zwischen dem gemeinschaftsrechtlich anerkannten Prinzip der Rechtskraft und insbesondere der Rechtssicherheit einerseits und den entgegenstehenden gemeinschaftsrechtlichen Werten andererseits.

⁴⁶⁸ Vgl. *EuGH* NJW 1999, 3549– *Eco Swiss*; *EuGH* NJW 2006, 1577– *Kapferer*.

⁴⁶⁹ *Rennert*, DvBI 2007, 407; *Weiß*, DÖV, 2008, 477, 484.

Diese Interessenabwägung hat der *EuGH* im Fall der offenkundigen Kompetenzüberschreitung im Beihilferecht und in den Fällen der hinreichenden Qualifizierung und Offenkundigkeit eines Gemeinschafts-rechtsverstoßes in den Staatshaftungsfällen zu Gunsten des Gemeinschaftsrechts angenommen.

Die Möglichkeit der Durchbrechung der Bestandskraft bemisst sich aus Sicht des *EuGH* nach dem Äquivalenzprinzip an dem nationalen Verfahrensrecht. Wie aufgezeigt, würde nach nationalem Verfahrensrecht die Möglichkeit bestehen, einen gemeinschaftswidrigen Verwaltungsakt aufzuheben. Bei rechtswidrigen Verwaltungsakten wäre dies stets möglich, bei ursprünglich rechtmäßigen Verwaltungsakten jedoch nur im Falle einer solchen nachträglichen Gesetzesänderung, nach welcher der Verwaltungsakt nunmehr rechtswidrig wäre. Damit respektiert der *EuGH* die nationalen Rücknahmemöglichkeiten und bringt hiermit zum Ausdruck, dass auch die nationalen Regelungen einen Ausgleich zu finden suchen zwischen der Rechtmäßigkeit und Rechtssicherheit.

Da die Bestandskraft einer Verwaltungsentscheidung zur Rechtssicherheit beiträgt, die zu den im Gemeinschaftsrecht anerkannten Rechtsgrundsätzen gehören, hat der *EuGH* klargestellt, dass eine Verwaltungsbehörde eine gemeinschaftsrechtswidrige, bestandskräftige Verwaltungsentscheidung nicht ausnahmslos und unter jedweder Bedingung zurücknehmen muss. Jedoch tritt das Prinzip der Rechtssicherheit hinter dem Prinzip der Rechtmäßigkeit zurück, wenn der Betroffene alle ihm nach nationalem Recht zur Verfügung stehenden Rechtsmittel gegen die rechtswidrige Verwaltungsentscheidung eingelegt hat und die angerufenen Gerichte dennoch unter Verletzung des Gemeinschaftsrechts – insbesondere der Vorlagepflicht – entschieden haben.

Hat der Bürger alle ihm zur Verfügung stehenden Rechtsmittel eingelegt und besteht nach nationalem Recht die Möglichkeit einer Bestandskraftdurchbrechung, wird unter den in der Rechtssache *Kühne & Heitz* aufgestellten Bedingungen ein Rücknahmeermessen der Behörde auf Null reduziert, wenn dies im Interesse der Effektivität des Rechtsschutzes nötig ist. Versäumt der Betroffene die Einlegung von Rechtsmitteln, kommt ihm nur das Gemeinschaftsrecht mit dem Äquivalenzgebot zur Hilfe. Bei rechtskräftigen nationalen Entscheidungen gilt

jedoch, dass diese grundsätzlich aus gemeinschaftsrechtlicher Perspektive unangetastet bleiben. Nur in extremen Ausnahmefällen kann – wie der *EuGH* in seiner Entscheidung in der Rechtssache *Lucchini* gezeigt hat – die nationale Rechtskraft zu Lasten des Gemeinschaftsrechts zurückzutreten haben.

B. Übertragbarkeit der Rechtsprechung des EuGH auf nationale rechtskräftige Unterlassungstitel

Eine Übertragbarkeit der aufgezeigten Rechtsprechung des *EuGH* kommt mangels vergleichbarer Ausgangssituationen nicht in Betracht. Der *EuGH* hat in diesen Entscheidungen den Mitgliedsstaaten ihre Grenzen aufgezeigt, soweit sie sehenden Auges gegen seine Rechtsprechung gehandelt haben oder ihre Vorlagepflicht verletzt. Gerade mit der Ausnahmeentscheidung *Lucchini* zur Durchbrechung der Rechtskraft hat der *EuGH* gezeigt, dass grundsätzlich eine rechtskräftige Entscheidung zu achten ist, jedoch bei der Überschreitung von Kompetenzen durch die Mitgliedsstaaten im sensiblen Bereich des Beihilferechts der schützende Mantel der Rechtssicherheit sich nicht über das gemeinschaftsrechtswidrige Urteil legt, sondern ein solches Urteil als ultima ratio aufzuheben ist. Dies gilt auch im Falle eines offensichtlichen Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht.

Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass die Rechtskraft nationaler Entscheidungen außerhalb der Verletzung der Vorlagepflicht oder der Kompetenzüberschreitung generell dem Vorrang und der Effektivität des Gemeinschaftsrechts weichen müsste. So sprach auch Generalanwalt *Geelhoed* hinsichtlich der *Lucchini*- Entscheidung von einer „höchst außergewöhnlichen Rechtssache“⁴⁷⁰ und betonte damit den Ausnahmecharakter dieser Entscheidung. Daraus folgt, dass eine Übertragung der Ausnahmerechtsprechung des *EuGH* zur Durchbrechung der Rechtskraft nicht auf rein nationale rechtswidrige Entscheidungen, selbst bei einem gemeinschaftsrechtlichen Bezug, übertragbar ist.

⁴⁷⁰ Schlussanträge v. 14.09.2006 zu *EuGH* EuZW 2007, 511– *Lucchini*, Rn. 16.

Zunächst wird vom *EuGH* selbst bei gemeinschaftsrechtswidrigen Urteilen deren Rechtskraft akzeptiert. Ein nationales Urteil, das auf Grund einer späteren Entscheidung des *EuGH* oder einer gemeinschaftsrechtlichen Rechtsprechungsänderung gemeinschaftsrechtswidrig werden würde, hat demnach grundsätzlich Bestand. Nur bei einer Verletzung der Vorlagepflicht durch die nationalen Gerichte oder durch eine offensichtliche Kompetenzüberschreitung durch die mitgliedstaatlichen Stellen könnte die Rechtskraft und damit auch die Rechtssicherheit zu Gunsten der gemeinschaftlichen Rechtmäßigkeit durchbrochen werden.

Ändert sich nach Eintritt der Rechtskraft eines rein nationalen Urteils die höchstrichterliche Rechtsprechung oder die Gesetzeslage, hat das Gericht jedoch seine Kompetenz überschritten, noch eine in irgendeiner Form existierende Pflicht verletzt. Vielmehr hat das entscheidende Gericht einen konkreten Sachverhalt rechtlich anders bewertet, als ein Gericht dies später getan hat, bzw. der Gesetzgeber hat das der ursprünglichen Entscheidung zugrunde liegende Gesetz geändert.

C. Kein anderes Ergebnis bei Übertragung der Kühne & Heitz-Rechtsprechung

Ein anderes Ergebnis ergibt sich auch nicht aus der Entscheidung *Kühne & Heitz*. Diese Entscheidung betraf eine bestandskräftige verwaltungsrechtliche Entscheidung und kein rechtskräftiges zivilrechtliche Urteil, so dass eine Übertragung der Voraussetzungen auf rechtskräftige nationale Entscheidungen bereits aus diesem Grund ausscheiden muss.

Aber selbst wenn eine Übertragung der Grundsätze der *Kühne & Heitz*-Entscheidung auf zivilrechtliche Verfahren angenommen werden sollte, könnte dies zu keinem anderen Ergebnis führen. Es würde insoweit bei rechtskräftigen Unterlassungsurteilen, Unterwerfungsverträgen oder einstweiligen Verfügungen mit Abschlusserklärung, die auf Grund einer späteren Gesetzes- oder Rechtsprechungsänderung „unrichtig“ geworden sind, an den vom *EuGH* in der

Rechtssache *Kühne & Heitz* aufgestellten Voraussetzungen fehlen. Eine Übertragung der Entscheidung würde ohnehin nur bei rechtskräftigen Gerichtsurteilen und nicht bei Unterlassungsverträgen oder bei durch eine Abschlusserklärung bestandskräftig gewordenen einstweiligen Verfügungen in Betracht kommen.

Der Unterlassungsschuldner hätte alle ihm zur Verfügung stehenden Rechtsmittel gegen die Entscheidung ausschöpfen müssen. Bei einer freiwilligen Unterwerfung zur Vermeidung eines Gerichtsverfahrens oder bei Abgabe einer Abschlusserklärung, die der Vermeidung eines Hauptsacheverfahrens dient, kann von einer Einlegung sämtlicher Rechtsmittel jedoch keine Rede sein. Hinsichtlich der somit verbleibenden ordentlichen Unterlassungsurteile muss der Unterlassungsschuldner Berufung und – soweit zulässig – Revision einlegen. Dann müsste nach nationalem Recht jedoch noch die Möglichkeit der Aufhebung des Urteils bestehen. Eine solche Möglichkeit besteht jedoch nicht zum Zeitpunkt des Erlasses rechtmäßiger Gerichtsurteile, die lediglich auf Grund einer späteren Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung bzw. Gesetzesänderung so nicht mehr erlassen werden würden.

Des Weiteren ist es nach den Vorgaben des *EuGH* in der Entscheidung *Kühne & Heitz* für eine nachträgliche Überprüfung einer nationalen Entscheidung eine weitere kumulative Voraussetzung, dass das nationale Urteil auf einer falschen Auslegung des Rechts beruhen muss, die erfolgt ist, ohne dass der Gerichtshof ersucht wurde, obwohl der Tatbestand des Art. 234 Art. 3 EG erfüllt war. Ein nationales Urteil, das lediglich auf Grund einer späteren Änderung der Rechtsprechung oder Gesetzesänderung in dieser Form nicht mehr erlassen werden dürfte, beruht nicht auf einer „falschen“ Auslegung des nationalen Rechts. Insoweit ist die Ausgangssituation nicht vergleichbar.

Schließlich dürfen nach den *Kühne & Heitz*- Voraussetzungen des *EuGH* keine Belange Dritter bei der Rücknahme der streitigen Entscheidung betroffen sein. In einem kontradiktorischen zivilprozessualen Verfahren ist dies jedoch immer hinsichtlich der Belange der obsiegenden Partei der Fall, wenn das durch sie errungene Urteil im Nachhinein wieder aufgehoben wird. In einem

Verwaltungsverfahren ist dies grundsätzlich anders, soweit sich Staat und Bürger gegenüberstehen.

Die vom *EuGH* aufgestellte Voraussetzung einer Überprüfungspflicht für gemeinschaftsrechtswidrige Verwaltungsentscheidungen, wonach eine nationale Befugnis zur Überprüfung überhaupt bestehen muss, mithin die Effektivität des EG- Rechts nur im Rahmen der nationalen Verfahrensregeln wirken soll und nicht schon kraft EG- Primärrechts eine autonom wirkende Überprüfungspflicht besteht, zeigt, dass grundsätzlich noch nicht einmal eine gemeinschaftsrechtswidrige Entscheidung die entgegenstehenden nationalen Bestandskraftregeln durchbrechen kann. Es obliegt somit dem nationalen Gesetzgeber zu entscheiden, ob und wie lange eine Entscheidung angreifbar sein soll. Das bedeutet, dass auch aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht die Entscheidung des Gesetzgebers akzeptiert wird. Nach Eintritt der Rechtskraft kommt demnach bei allein abweichender späterer Rechtsprechung oder Rechtsprechungsänderung eine Aufhebung einer rechtskräftigen Entscheidung nicht mehr in Betracht, die es zu akzeptieren gilt. Insoweit hat sich der Gesetzgeber für die Rechtssicherheit und gegen die materielle Gerechtigkeit entschieden. Eine Aufhebung wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsurteile kommt daher auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des *EuGH* nicht in Betracht.

D. Endergebnis

Selbst der Verstoß einer rechtskräftigen Entscheidung gegen Gemeinschaftsrecht würde bei Zugrundelegung der Rechtsprechung des *EuGH* nicht zu einer Durchbrechung der Rechtskraft eines solchen Urteils führen. Das bedeutet, dass dies erst recht für solche Titel gelten muss, die auf Grund einer Änderung der Rechts- oder Gesetzeslage nicht mehr im Einklang mit der nationalen Rechtsordnung stehen. Die Rechtssicherheit überwiegt insoweit die materielle Gerechtigkeit. Für diese Auffassung streitet auch die Regelung des § 79 BVerfGG im Gefüge verfassungsprozessualer Institutionen durch den Gesetzgeber.

§ 79 BVerfGG regelt in Hinblick auf die Wirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen den Konflikt zwischen materieller Einzelfallgerechtigkeit einerseits und Rechtssicherheit bzw. Rechtsfrieden andererseits⁴⁷¹. Diese Norm schafft Ausgleich in der Spannungslage zwischen libertas und securitas (autoritas), die beide Bestandteile der Rechtsstaatlichkeit sind⁴⁷², mithin jeweils Verfassungsrang genießen⁴⁷³.

Der Gesetzgeber, der über einen Gestaltungsspielraum im Spannungsfeld zwischen in Konflikt geratender Verfassungsprinzipien verfügt⁴⁷⁴, hat diesen Konflikt entschieden. Prinzipiell wird in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise⁴⁷⁵ durch § 79 Abs. 2 S. 1 BVerfGG der Rechtssicherheit und dem Rechtsfrieden der Vorzug gegeben. Was einmal abgeschlossen ist, soll nicht wieder aufgerollt werden⁴⁷⁶. Rechtskraft und Bestandskraft gebühren insoweit Vorrang vor der Frage materieller Gerechtigkeit. Daher soll auch eine Entscheidung des BVerfG, mit der eine Vorschrift für nichtig erklärt worden ist, grundsätzlich keine Auswirkung für bereits abgewickelte Rechtsbeziehungen haben⁴⁷⁷. Vielmehr bleiben auf Grund der nichtigen Norm ergangene und nicht mehr anfechtbare Entscheidungen und Verwaltungsakte unberührt⁴⁷⁸. Nur im Extremfall des Verstoßes gegen die Gerechtigkeit im Fall des rechtskräftigen Strafurteils, das auf einer grundgesetzwidrig erlassenen oder grundgesetzwidrig ausgelegten Norm beruht, tritt das Anliegen der Rechtssicherheit zurück.

Das Gerechtigkeitsprinzip überwiegt darüber hinaus die Rechtssicherheit bei der Vollstreckung rechtsbeständiger, aber nunmehr rechtswidriger staatlicher Titel für die Zukunft; hier ist die Vollstreckung nach § 79 Abs. 2 S. 2 und 3 BVerfGG ausgeschlossen. Auch die Besonderheiten des Wettbewerbsrechts können unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des *EuGH* keine Durchbrechung der Rechtskraft rechtfertigen. Es fehlt diesbezüglich an einer vergleichbaren Situation. Der *EuGH* will – gerade in Hinblick auf gemeinschaftsrechtswidrige Beihilfen –

⁴⁷¹ Steiner, FS für Walter Leisner, S. 578.

⁴⁷² BVerfGE 7, 194, 195 f.; 53, 115, 130.

⁴⁷³ BVerfGE 19, 150, 166.

⁴⁷⁴ Benda/ Klein, Verfassungsprozessrecht, Rn. 1254.

⁴⁷⁵ BVerfGE 7, 194, 196.

⁴⁷⁶ BVerfGE 98, 70, 81.

⁴⁷⁷ BVerfGE 32, 387, 389.

⁴⁷⁸ BVerfGE 20, 230, 235; 94, 241, 266.

gleiche Rahmenbedingungen in der Gemeinschaft schaffen. Die Beachtung von *EuGH*- Entscheidungen auf nationaler Ebene dient der Verwirklichung des Gemeinschaftszwecks. Ein solches Prinzip existiert auf nationaler Ebene nicht.

Zwar sollen im Wettbewerbsrecht ebenfalls gleiche Marktbedingungen geschaffen werden. Dieses Ziel kann jedoch nicht die verfassungsrechtlich geschützte Rechtssicherheit aushebeln. Hier gilt es auch zu berücksichtigen, dass es gerade im Wettbewerbsrecht dem Schuldner freisteht, den geltend gemachten Unterlassungsanspruch als abschließend – sei es durch eine Abschlusserklärung, sei es durch eine strafbewehrte Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung – anzuerkennen. Sollte er Zweifel an der Begründetheit des geltend gemachten Anspruchs haben, kann er sich gerichtlich verteidigen.

Schließlich hat selbst der *EuGH* in seinen Entscheidungen deutlich gemacht, dass es einen qualitativen Unterschied zwischen rechtskräftigen Gerichtsurteilen und bestandskräftigen Verwaltungsentscheidungen gibt, indem er der Rechtskraft von Gerichtsurteilen mehr Gewicht zukommen lässt als der Bestandskraft von Verwaltungsakten. Die Rechtskraft einer Entscheidung kann – wie die Rechtssache *Lucchini* gezeigt hat –, im Gegensatz zu Verwaltungsentscheidungen nur in absoluten Ausnahmefällen in Frage gestellt werden.

