

Schadensersatz bei ungerechtfertigter einstweiliger Verfügung

Bundesgerichtshof

Urteil vom 10.07.2014

Az.: I ZR 249/12

Tenor:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 3. April 2012 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen.

Tatbestand:

Die Parteien handeln mit Bekleidung. Zum Sortiment der Beklagten gehört die Jeanshose „Elwood“ und zum Produktprogramm der Klägerin die Jeanshose „Nero“.

Die Beklagten erwirkten gegen die Klägerin eine einstweilige Verfügung mit Ordnungsmittellandrohung des Landgerichts Hamburg vom 9. Juni 2006, mit der der Klägerin verboten wurde, das Jeansmodell „Nero“ herzustellen, anzubieten und/oder in den Verkehr zu bringen. Einen Abdruck der Beschlussverfügung übersandten die Beklagten der Klägerin vorab mit Schreiben vom 12. Juni 2006. Spätestens am 20. Juni 2006 beendete die Klägerin den weiteren Vertrieb ihres Jeansmodells. Am 6. Juli 2006 stellten die Beklagten der Klägerin die

Beschlussverfügung mit Ordnungsmittellandrohung zu. Das Landgericht Hamburg bestätigte die einstweilige Verfügung durch Urteil vom 17. August 2006. Im Rechtsmittelverfahren vor dem Oberlandesgericht Hamburg nahmen die Beklagten in der mündlichen Verhandlung vom 14. März 2007 den Verfügungsantrag zurück.

In dem zwischen den Parteien geführten Hauptsacheverfahren untersagte das Landgericht Hamburg der Klägerin mit Urteil vom 27. März 2007 den Vertrieb ihrer Jeanshose. Auf die Berufung der Klägerin wies das OLG Hamburg am 19. Dezember 2007 die Klage ab. Die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten war erfolglos (BGH, Beschluss vom 13. August 2009 – I ZR 15/08). Bis zur Entscheidung des Bundesgerichtshofs nahm die Klägerin die Produktion ihrer Jeanshose nicht wieder auf.

Die Klägerin hat geltend gemacht, durch die Einstellung des Vertriebs der Jeanshose „Nero“ sei ihr in der Zeit von Juni 2006 bis Dezember 2007 ein Schaden durch entgangenen Gewinn in Höhe von mindestens 477.457,75 € entstanden. Zudem habe sie für zwei Marktforschungsgutachten, die sie im Verfügungsverfahren vorgelegt habe, 14.100 € aufgewandt.

Die Klägerin hat beantragt, die Beklagten zu verurteilen, ihr den Schaden zu ersetzen, der ihr durch die Vollziehung der ungerechtfertigten einstweiligen Verfügung des Landgerichts Hamburg vom 9. Juni 2006 entstanden ist, wobei die Ermittlung der tatsächlichen Schadenshöhe in das Ermessen des Gerichts gestellt werde, der Ersatz einen Betrag von 491.457,75 € zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 31. August 2009 jedoch nicht unterschreiten solle.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagten beantragen, verfolgt die Klägerin ihr

Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat die Klage als unbegründet angesehen und dazu ausgeführt:

Der Klägerin stehe weder ein Schadensersatzanspruch aus § 945 ZPO noch aus § 823 Abs. 1 oder § 826 BGB zu. Die Haftung des Antragstellers einer einstweiligen Verfügung auf Schadensersatz gemäß § 945 ZPO setze erst mit deren Vollziehung ein. Die Einstellung des Vertriebs der Jeanshose „Nero“ durch die Klägerin sei bereits am 20. Juni 2006 erfolgt. Dagegen sei die Verbotsverfügung erst am 6. Juli 2006 durch Zustellung im Parteibetrieb vollzogen worden. Die Klägerin könne ihr Schadensersatzbegehren auch nicht für die Zeit ab dem Zustellungszeitpunkt am 6. Juli 2006 auf § 945 ZPO stützen. Die Vollziehung der einstweiligen Verfügung sei für die Beibehaltung der VertriebsEinstellung nicht ursächlich geworden. Die Klägerin habe in der Berufungsbegründung eingeräumt, Grund für die Einstellung des Vertriebs sei der Umstand gewesen, dass die Beklagten die Verbotsverfügung erwirkt hätten und nicht erst deren Vollziehung. Die Klägerin habe nach der Rücknahme des Verfügungsantrags am 14. März 2007 den Vertrieb auch nicht wieder aufgenommen und dies mit der Ungewissheit über den Ausgang des Hauptsacheverfahrens begründet. Vor diesem Hintergrund sei für eine Anwendung des § 945 ZPO kein Raum.

Ein Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 1 oder § 826 BGB sei ebenfalls nicht gegeben. Wer ein staatlich geregeltes Verfahren betreibe und subjektiv redlich handele, hafte nicht aus unerlaubter Handlung, auch wenn sein Begehren sachlich nicht begründet sei.

II.

Die hiergegen gerichtete Revision der Klägerin ist begründet und führt zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Zu Recht hat das Berufungsgericht allerdings angenommen, dass Schadensersatzansprüche der Klägerin unter dem Gesichtspunkt eines rechtswidrigen und schuldhaften Eingriffs in ihren eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nach § 823 Abs. 1 BGB und wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung gemäß § 826 BGB nicht bestehen. Gegen diese Beurteilung wendet sich die Revision auch nicht.

2. Ein Schadensersatzanspruch der Klägerin nach § 945 ZPO kann demgegenüber mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht verneint werden. Das Berufungsgericht ist rechtsfehlerhaft davon ausgegangen, die Vollziehung der einstweiligen Verfügung durch die Beklagten am 6. Juli 2006 sei nicht ursächlich für einen der Klägerin durch die Einstellung des Vertriebs der Jeanshose „Nero“ entstandenen Schaden.

a) Nach § 945 ZPO ist die Partei, die eine von Anfang an ungerechtfertigte einstweilige Verfügung erwirkt hat, verpflichtet, dem Gegner den Schaden zu ersetzen, der ihm aus deren Vollziehung entsteht. § 945 ZPO beruht – ebenso wie die Vorschrift des § 717 Abs. 2 ZPO, die die Schadensersatzverpflichtung des Gläubigers bei einer Vollstreckung aus einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteil regelt, das später aufgehoben oder abgeändert wurde – auf dem Rechtsgedanken, dass die Vollstreckung aus einem noch nicht endgültigen Vollstreckungstitel auf Gefahr des Gläubigers erfolgt (BGH, Urteil vom 2. November 1995 – IX ZR 141/94, BGHZ 131, 141, 143; Urteil vom 20. Juli 2006 – IX ZR 94/03, BGHZ 168, 352 Rn. 40).

b) Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob die einstweilige Verfügung im Sinne von § 945 ZPO von Anfang an ungerechtfertigt war. Für das

Revisionsverfahren ist deshalb zugunsten der Klägerin zu unterstellen, dass dies der Fall war.

c) Erweist sich die Anordnung der einstweiligen Verfügung als von Anfang an unberechtigt, sind die Beklagten nach § 945 ZPO verpflichtet, der Klägerin den Schaden zu ersetzen, der ihr aus der Vollziehung des Verbots entstanden ist. Dazu zählt vorliegend allerdings nicht derjenige Schaden, der der Klägerin durch die Einstellung des Vertriebs der Jeanshose „Nero“ vor der Zustellung der Verbotsverfügung am 6. Juli 2006 entstanden ist (dazu unter II 2 c bb). Nicht umfasst von einem Anspruch aus § 945 ZPO ist weiter derjenige Schaden, der darauf beruht, dass die Klägerin das ihr durch die einstweilige Verfügung auferlegte Verbot nach Rücknahme des Verfügungsantrags am 14. März 2007 weiter befolgt hat (dazu unter II 2 c cc). Dagegen hat das Berufungsgericht zu Unrecht die Ursächlichkeit der Vollziehung der einstweiligen Verfügung am 6. Juli 2006 für einen Schaden der Klägerin verneint (dazu unter II 2 c dd).

aa) Nur eine Gläubigerhandlung, die als zwangsweise Durchführung einer angeordneten Maßregel angesehen werden kann, ist eine Vollziehung im Sinne des § 945 ZPO und begründet die scharfe Haftung des Gläubigers. Die Schadensersatzpflicht kann nie allein durch das Erwirken des Titels begründet werden. Vielmehr ist ein darüber hinausgehendes Verhalten erforderlich, das zumindest einen gewissen Vollstreckungsdruck erzeugt (BGHZ 131, 141, 144; BGHZ 168, 352 Rn. 15; BGH, Beschluss vom 22. Januar 2009 – I ZB 115/07, BGHZ 180, 72 Rn. 16). Ein solcher Vollstreckungsdruck geht von reinen Unterlassungstiteln nicht aus. Unterlassungsgebote lassen sich nicht durch unmittelbaren Zwang durchsetzen, sie werden entweder beachtet oder durch Nichtbeachtung verletzt. Ihre Durchsetzung erfolgt durch mittelbaren Zwang in der Weise, dass der Schuldner auf Antrag des Gläubigers zu Ordnungsgeld oder Ordnungshaft nach § 890 Abs. 1 ZPO verurteilt wird. Deshalb setzt der für eine

Schadensersatzpflicht nach § 945 ZPO notwendige Vollstreckungsdruck voraus, dass der Schuldner das durch die einstweilige Verfügung verhängte Verbot beachten und im Fall der Zuwiderhandlung mit der Verhängung von Ordnungsmitteln rechnen muss (vgl. BGH, Urteil vom 22. Oktober 1992 – IX ZR 36/92, BGHZ 120, 73, 82; BGHZ 131, 141, 143; BGHZ 180, 72 Rn. 16). Dies erfordert neben der Androhung des Ordnungsmittels nach § 890 Abs. 2 ZPO bei der Beschlussverfügung deren Zustellung im Parteibetrieb nach § 922 Abs. 2 ZPO (vgl. BGH, Urteil vom 20. Juli 2006 – IX ZR 94/03, BGHZ 168, 352 Rn. 15). Die Zustellung begründet zum einen die Wirksamkeit der gerichtlichen Entscheidung. Sie leitet zum anderen die Zwangsvollstreckung aus dem Titel ein und dokumentiert den Willen des Gläubigers, von diesem Titel Gebrauch zu machen. Die formlose Übermittlung der gerichtlichen Entscheidung von Partei zu Partei genügt dagegen den Anforderungen des § 922 Abs. 2 ZPO an eine Parteizustellung nach §§ 191 bis 195 ZPO nicht. Die einstweilige Verfügung ist vor der förmlichen Zustellung nicht wirksam. Eine nicht wirksame einstweilige Verfügung braucht der Schuldner nicht zu beachten.

bb) Ein Schadensersatzanspruch gemäß § 252 BGB wegen des Gewinns, der der Klägerin durch die Einstellung des Vertriebs der Jeanshose „Nero“ vor der Zustellung der einstweiligen Verfügung am 6. Juli 2006 entgangen ist, besteht danach nicht.

(1) Dadurch, dass die Beklagten der Klägerin vor einer förmlichen Zustellung im Parteibetrieb mit Schreiben vom 12. Juni 2006 eine Abschrift der einstweiligen Verfügung vom 9. Juni 2006 übermittelt haben, haben sie keinen Vollstreckungsdruck erzeugt, der eine Schadensersatzverpflichtung der Beklagten begründen kann. Die einstweilige Verfügung vom 9. Juni 2006 war mangels Zustellung im Parteibetrieb zu diesem Zeitpunkt noch nicht wirksam. Eine nicht wirksame einstweilige Verfügung brauchte die Klägerin nicht zu beachten.

Die gleichwohl bereits im Juni 2006 erfolgte Einstellung des

Vertriebs der Jeanshose „Nero“ stellt sich danach nicht als eine durch einen Vollstreckungsdruck ausgelöste Befolgung des Verbots dar.

(2) Nichts anderes ergibt sich aus der Senatsentscheidung „Ordnungsmittelfestsetzung nach Verbotsverfügung“ (BGHZ 180, 72), auf die sich die Revision beruft.

Der Senat hat darin entschieden, dass eine durch Urteil erlassene Verbotsverfügung mit der Verkündung des Urteils wirksam wird und vom Schuldner ab diesem Zeitpunkt zu beachten ist, wenn sie eine Ordnungsmittellandrohung enthält. In diesem Fall kann gegen den Schuldner bei einer schuldhaften Zuwiderhandlung nach Verkündung des Urteils ein Ordnungsmittel festgesetzt werden (BGHZ 180, 72 Rn. 11). Der Schuldner hat das Unterlassungsgebot bereits ab Urteilsverkündung zu beachten, auch wenn für den Gläubiger weiterhin die Notwendigkeit besteht, die Urteilsverfügung durch Zustellung zu vollziehen (BGHZ 180, 72 Rn. 15). Grund hierfür ist, dass eine durch Urteil erlassene Verbotsverfügung wie jedes Urteil mit der Verkündung wirksam ist und Grundlage der Zwangsvollstreckung in Form einer Ordnungsmittelfestsetzung sein kann, wenn die Ordnungsmittellandrohung im Urteil enthalten ist. Anders liegt der hier zur Entscheidung stehende Fall. Die Beschlussverfügung war mangels förmlicher Zustellung im Parteibetrieb noch nicht wirksam geworden. Sie konnte daher vor der Zustellung am 6. Juli 2006 noch nicht Grundlage einer Ordnungsmittelfestsetzung sein.

(3) Dieser rechtlichen Bewertung steht – anders als die Revision meint – auch nicht die zu § 717 Abs. 2 Satz 1 ZPO ergangene Entscheidung „Steroidbeladene Körner“ (BGH, Urteil vom 16. Dezember 2010 – Xa ZR 66/10, GRUR 2011, 364) entgegen. In dieser Entscheidung ist der Bundesgerichtshof davon ausgegangen, dass der notwendige Vollstreckungsdruck im Hinblick auf ein Unterlassungsgebot gegeben ist, wenn ein vorläufig vollstreckbares Urteil vorliegt, der Gläubiger alle Vollstreckungsvoraussetzungen herbeigeführt hat und gegenüber

dem Schuldner nicht deutlich macht, daraus keine Rechte herzuleiten (vgl. BGH, GRUR 2011, 364 Rn. 27 – Steroidbeladene Körner). Damit ist der vorliegende Fall nicht vergleichbar. Vor der Parteizustellung am 6. Juli 2006 lagen die Vollstreckungsvoraussetzungen gerade nicht vor.

cc) Im Ergebnis zu Recht ist das Berufungsgericht weiterhin davon ausgegangen, dass ein Schadensersatzanspruch gemäß § 945 ZPO für solche Schäden ausgeschlossen ist, die der Klägerin wegen der Befolgung des Verbots nach der Rücknahme des Verfügungsantrags durch die Beklagten am 14. März 2007 entstanden sind. Nach dem dadurch bedingten Wegfall des Titels entfiel auch ein durch ihn erzeugter Vollstreckungsdruck. Schäden, die der Klägerin infolge der Beibehaltung der VertriebsEinstellung der Jeanshose „Nero“ nach dem 14. März 2007 entstanden sind, können nicht kausal auf der Vollziehung der einstweiligen Verfügung beruhen.

Soweit die Klägerin geltend gemacht hat, sie sei an einer Vertriebsaufnahme nach der Rücknahme des Verfügungsantrags in der Berufungsverhandlung deshalb gehindert gewesen, weil wenige Tage später das sie benachteiligende erstinstanzliche Urteil in der Hauptsache zu erwarten gewesen sei, kann dies allenfalls Schadensersatzansprüche nach § 717 Abs. 2 ZPO begründen. Auf diese Vorschrift hat die Klägerin die Klage jedoch nicht gestützt. Sie hat auch zu den Voraussetzungen einer Haftung der Beklagten nach dieser Vorschrift nichts vorgetragen.

dd) Die Revision rügt allerdings zu Recht, dass das Berufungsgericht auch nach Zustellung der Beschlussverfügung im Parteibetrieb am 6. Juli 2006 eine Ursächlichkeit der Vollziehung der einstweiligen Verfügung für die Beibehaltung der VertriebsEinstellung der Klägerin verneint hat.

(1) Das Berufungsgericht hat angenommen, die Klägerin könne ihr Schadensersatzbegehren auch nicht mit der weiteren Befolgung des Verbots in der Zeit seit dem 6. Juli 2006

begründen. Ursächlich für die VertriebsEinstellung sei nach dem eigenen Vortrag der Klägerin die in dem Erlass der einstweiligen Verfügung zum Ausdruck gekommene Rechtsauffassung des Landgerichts und die hierdurch für die Klägerin begründete Rechtsunsicherheit gewesen, die erst mit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 13. August 2009 beseitigt worden sei. Ursächlich für die Fortdauer der Einstellung des Vertriebs der Jeanshose sei dagegen nicht erst die Vollziehung der einstweiligen Verfügung gewesen. Dies finde seine Bestätigung im Verhalten der Klägerin nach der Rücknahme des Verfügungsantrages am 14. März 2007. Die Klägerin habe nach dem Wegfall der einstweiligen Verfügung den Vertrieb nicht wieder aufgenommen.

(2) Diese Beurteilung beanstandet die Revision zu Recht. Die Ursächlichkeit der von den Beklagten erwirkten einstweiligen Verfügung für die Einstellung des Vertriebs der Jeanshose „Nero“ ist als haftungsbegründender Umstand zwar von der geschädigten Klägerin zu beweisen. Ihr kommen dabei allerdings die Beweiserleichterungen des § 287 ZPO zugute (BGHZ 168, 352 Rn. 25).

Die Revision weist zutreffend auf den Inhalt des Schriftverkehrs der Parteien vor der formlosen Übermittlung der einstweiligen Verfügung mit Schreiben vom 12. Juni 2006 hin. Die Beklagten hatten zunächst am 26. April 2006 an einen Großkunden der Klägerin eine Abmahnung gerichtet. Am 9. Juni 2006 vertraten die seinerzeitigen Bevollmächtigten der Klägerin in einem Schreiben an die Rechtsanwälte der Beklagten die Auffassung, das Jeansmodell „Nero“ der Klägerin sei keine Nachahmung der Jeanshose „Elwood“ der Beklagten, und lehnten die Vereinbarung einer Aufbrauchfrist für den Vertrieb des Jeansmodells der Klägerin ab. Dieser Schriftverkehr, dessen Inhalt das Berufungsgericht nicht berücksichtigt hat, macht deutlich, dass die Klägerin den Vertrieb ihres Jeansmodells zunächst nicht einstellen wollte. Erst unter dem Eindruck der einstweiligen Verfügung änderte die Klägerin ihre Sichtweise.

Davon ist zwar im Ansatz auch das Berufungsgericht ausgegangen. Es hat jedoch zu Unrecht angenommen, die Befolgung des Verbots auch nach der Parteizustellung sei ausschließlich auf den Erlass der einstweiligen Verfügung zurückzuführen.

Die Annahme des Berufungsgerichts, die Parteizustellung sei für die weitere Befolgung des ausgesprochenen Unterlassungsgebots nach der Zustellung der einstweiligen Verfügung im Parteibetrieb am 6. Juli 2006 nicht ursächlich, wird der Situation der Klägerin als Vollstreckungsschuldnerin nicht gerecht. Mit der Zustellung der mit Ordnungsmittellandrohung versehenen Beschlussverfügung im Parteibetrieb hatten die Beklagten die Voraussetzungen für die Zwangsvollstreckung geschaffen. Der Schuldner muss bei einer solchen Sachlage damit rechnen, dass der Gläubiger jederzeit von der Vollstreckungsmöglichkeit Gebrauch macht und im Falle einer Zuwiderhandlung gegen die in der Beschlussverfügung ausgesprochene Unterlassungsverpflichtung die Festsetzung von Ordnungsmitteln beantragt. Bei einer solchen Sachlage ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Befolgung des Unterlassungsgebots nicht freiwillig, sondern zur Abwendung von Vollstreckungsmaßnahmen erfolgt (vgl. BGH, GRUR 2011, 364 Rn. 25 – Steroidbeladene Körner). Damit beugt der Schuldner sich einem Vollstreckungsdruck. Davon ist auch vorliegend auszugehen.

(3) Soweit die Beklagten sich demgegenüber darauf berufen, die Klägerin habe ohnehin beabsichtigt, den Vertrieb der Jeanshose „Nero“ einzustellen, wird damit nicht die Kausalität der Zustellung der einstweiligen Verfügung für die Vertriebeinstellung in Frage gestellt. Vielmehr berufen sich die Beklagten damit auf eine Reserveursache, die im Einzelfall zu einer Entlastung des Schädigers führen kann (vgl. BGHZ 168, 352 Rn. 22). Für das Vorliegen einer derartigen Reserveursache ist der beklagte Schädiger darlegungs- und beweisbelastet (BGHZ 168, 352 Rn. 25). Entsprechende Feststellungen hat das

Berufungsgericht nicht getroffen. Zugunsten der Klägerin ist im Revisionsverfahren deshalb davon auszugehen, dass sie nicht die Absicht hatte, den Vertrieb der fraglichen Jeanshose ohnehin einzustellen.

Das Berufungsgericht konnte eine fehlende Ursächlichkeit zwischen Vollziehung der Unterlassungsverfügung und Fortdauer der Vertriebseinstellung auch nicht dem Vortrag der Klägerin entnehmen. Soweit es seine gegenteilige Ansicht auf das Vorbringen der Klägerin in der Berufungsbegründung stützt, wonach der einzige Grund für die Einstellung des weiteren Vertriebs die durch die Beklagten erwirkte einstweilige Verfügung gewesen sei, ist dieser Vortrag aus dem Zusammenhang gerissen und entstellt den Sinn des Vorbringens der Klägerin. Der Vortrag erlaubt deshalb nicht die vom Berufungsgericht gezogene Schlussfolgerung. Die Ausführungen der Klägerin, auf die das Berufungsgericht abhebt, stehen im Kontext mit einem Schaden seit der Vollziehung der einstweiligen Verfügung am 6. Juli 2006. Hierzu hat die Klägerin unter Berufung auf einen Zeugen geltend gemacht, wegen der Zustellung der einstweiligen Verfügung sei der Weitervertrieb eingestellt worden. Danach durfte das Berufungsgericht aus dem nachfolgenden Hinweis auf die Erwirkung der einstweiligen Verfügung nicht die gegenteilige Schlussfolgerung ziehen, nicht die Zustellung, sondern ausschließlich der Erlass der einstweiligen Verfügung sei ursächlich für die Fortdauer der Einstellung des Vertriebs.

(4) Sollten die Beklagten die Ursächlichkeit der Vollziehung der Unterlassungsverfügung für die Beibehaltung der Vertriebseinstellung durch die Klägerin nicht widerlegen können und lässt sich auch nicht feststellen, dass die Beklagten zum Ausdruck gebracht haben, dass sie aus der einstweiligen Verfügung keine Rechte herleiten, wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, in welcher Höhe der Klägerin ein zurechenbarer Vollstreckungsschaden entstanden ist.

Für die Bemessung des Schadens nach § 945 ZPO gelten die

allgemeinen Grundsätze der §§ 249 ff. BGB. Der Schadensersatzanspruch erfasst grundsätzlich den durch die Vollziehung der einstweiligen Verfügung adäquatkausal verursachten, unmittelbaren oder mittelbaren Schaden einschließlich des infolge des Vollzugs von Verbotsverfügungen entgangenen Gewinns des Schuldners (BGHZ 168, 352 Rn. 19). Auch insoweit kommen der Klägerin die Beweiserleichterungen des § 287 Abs. 1 ZPO zugute; bei besonderen Schwierigkeiten des Schadensnachweises ist ein Mindestschaden zu schätzen (Zöller/Greger, ZPO, 30. Aufl., § 287 Rn. 2). Zu dem ersatzfähigen Schaden rechnen auch Schäden, die der Klägerin dadurch entstanden sind, dass sie den Vertrieb der Jeanshose „Nero“ nach dem Fortfall des Unterlassungstitels nach Rücknahme des Verfügungsantrags am 14. März 2007 nicht sofort wieder aufnehmen konnte, weil die Zeit, die die Klägerin zum Wiederaanlaufen des Vertriebs benötigte, noch auf den Zeitraum der Vollziehung der einstweiligen Verfügung vom 6. Juli 2006 bis 17. März 2007 entfällt.

Soweit die Klägerin Kosten in Höhe von 14.100 € für die Erstellung von zwei Marktforschungsgutachten als Teil ihres Schadens geltend macht, fehlt es gleichfalls an Feststellungen des Berufungsgerichts, die nachzuholen sind. Dabei wird die Klägerin ihren Vortrag dazu zu präzisieren haben, aus welchem Grund ihr Kosten in dieser Höhe entstanden sind.

Das Berufungsgericht wird im Weiteren zu beachten haben, dass – auch wenn diese Kosten während der Wirksamkeit der einstweiligen Verfügung entstanden sind – insoweit Zweifel an der Zulässigkeit der Klage bestehen. Sollte es sich bei den Kosten für diese Gutachten um notwendige Kosten der Rechtsverteidigung der Klägerin im vorausgegangenen Verfügungsverfahren im Sinne von § 91 ZPO gehandelt haben, kommt in Betracht, dass die Klägerin deren Erstattung als Privatgutachterkosten im Rahmen der Kostenfestsetzung gegen die Beklagten durchsetzen kann (vgl. BGH, Beschluss vom 26. Februar 2013 – VI ZB 59/12, NJW 2013, 1823 Rn. 4). Wäre ein

prozessualer Kostenerstattungsanspruch gegeben, den die Klägerin auch infolge der entsprechend § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO ergangenen Kostengrundentscheidung des Berufungsgerichts im Verfahren der einstweiligen Verfügung vom 14. März 2007 durchsetzen könnte, bestünde – weil es sich bei dem Kostenfestsetzungsverfahren um ein einfacheres Verfahren handelt – für die Durchsetzung eines materiellrechtlichen Kostenerstattungsanspruchs im ordentlichen Verfahren kein Rechtsschutzbedürfnis (BGH, Urteil vom 13. April 1989 – IX ZR 148/88, WRP 1989, 514, 515).

Selbst wenn von einer Zulässigkeit der Klage insoweit ausgegangen werden muss, bedarf es einer besonderen Prüfung, ob diese im Rahmen des Verfahrens der einstweiligen Verfügung entstandenen Kosten infolge der Vollziehung der einstweiligen Verfügung entstanden sind oder ob diese Kosten nicht vielmehr auf die Anordnung der einstweiligen Maßnahme zurückzuführen sind (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 1. April 1993 – I ZR 70/91, BGHZ 122, 172, 176 – Verfügungskosten).

III.

Danach ist das angefochtene Urteil aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, ist sie zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).