

## Herausgeber

**Prof. Dr. Helmut Köhler**

## Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Wolfgang Büscher

Prof. Dr. Franz Hacker

Dr. Gangolf Hess

Prof. Dr. Thomas Koch

Prof. Dr. Stefan Leible

Dr. Reiner Münker

In Zusammenarbeit mit der  
Zentrale zur Bekämpfung  
unlauteren Wettbewerbs  
Frankfurt am Main e.V.

**dfv'** Mediengruppe  
Frankfurt am Main

## Editorial: Prof. Dr. Christian Alexander

New Deal for Consumers

**1 Prof. Dr. Inge Scherer**

Verbraucherentscheidung für Werblocker – eine aggressive geschäftliche Handlung der Anbieter?

**8 Oliver Löffel**

Bleibt alles anders? – Prozessuale Waffengleichheit im einstweiligen Verfügungsverfahren: auch und gerade im Wettbewerbsrecht

**15 Dr. Ulrich Franz**

„Ein bisschen Spaß muss sein!“ · Ein Überblick über die Rechtsprechung zu Scherzen, Parodien, Ironie und Satire in der Werbung

**27 Christian Schmitt**

Datenschutzverletzungen als Wettbewerbsverstöße?

**33 Prof. Dr. Alfred Hagen Meyer**

Health Claims – stets eine Herausforderung

**35 Prof. Dr. Moritz Hagenmeyer**

Zehnte Beleuchtung der Rechtsprechung zur VO (EG) Nr. 1924/2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben

**41 Verbraucherzentrale Baden-Württemberg / Germanwings**

EuGH, Urteil vom 15.11.2018 – C-330/17

**44 Bankia / Juan Carlos Marí Merino u. a.**

EuGH, Urteil vom 19.09.2018 – C-109/17

**47 Tänzer & Trasper / Altenweddinger Geflügelhof**

EuGH, Urteil vom 25.10.2018 – C-462/17

**49 Novartis Farma / Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA) u. a.**

EuGH, Urteil vom 21.11.2018 – C-29/17

**55 Levola Hengelo / Smilde Foods**

EuGH, Urteil vom 13.11.2018 – C-310/17

**58 Apothekenmuster**

BGH, Beschluss vom 31.10.2018 – I ZR 235/16

**61 Applikationsarzneimittel**

BGH, Urteil vom 26.04.2018 – I ZR 121/17

**68 Jogginghosen**

BGH, Urteil vom 31.10.2018 – I ZR 73/17

**73 Tork**

BGH, Urteil vom 17.10.2018 – I ZR 136/17

RA Oliver Löffel, Düsseldorf\*

## Bleibt alles anders? – Prozessuale Waffengleichheit im einstweiligen Verfügungsverfahren: auch und gerade im Wettbewerbsrecht

Zugleich Anmerkung zu BVerfG, 30.09.2018 – 1 BvR 2421/17 und BVerfG, 30.09.2018 – 1 BvR 1783/17\*\*

### INHALT

- I. Einleitung
- II. Problemaufriss
  - 1. Vorgaben für das Verfahren vor Erlass der Verfügung
    - a) Abmahnung
    - b) Dringlichkeit
    - c) Besondere Dringlichkeit für Beschlussentscheidung
    - d) Allgemeine Verfahrensgarantien
  - 2. Verfahrensrealität
    - a) Regel-Ausnahme-Verhältnis wird häufig ins Gegenteil verkehrt
    - b) Einseitige gerichtliche Hinweise im Beschlussverfahren
- III. Neue Entscheidungen des BVerfG zur Waffengleichheit im Verfügungsverfahren
  - 1. Antragsgegner muss vor Verfügungserlass Stellung nehmen können
  - 2. Antragsgegner muss über Hinweise unverzüglich informiert werden
  - 3. Geltung auch für den gewerblichen Rechtsschutz und das Wettbewerbsrecht
- IV. Praktische Auswirkungen der aktuellen Entscheidungen
  - 1. Ist die Schubladenverfügung tot?
  - 2. Kurze Reaktionszeiten
  - 3. Bekanntgabe von Hinweisen und schriftliche Anhörung
  - 4. Ausländische Prozessparteien
  - 5. Schutzschriften
- V. Fazit

### I. Einleitung

- 1 Rechtliches Gehör ist ein prozessuales Unrecht des Menschen und ein objektiv-rechtliches Verfahrensprinzip<sup>1)</sup>. Darauf zu achten, dass dieses Prinzip und weitere elementare Verfahrensgarantien – hierzu zählt unter anderem die prozessuale Waffengleichheit<sup>2)</sup> (Art. 3 GG) – eingehalten werden, ist die vornehmste Pflicht jedes Richters. Auch und insbesondere *Teplitzky* ist es zu verdanken, dass die Geltung dieser Regeln in einstweiligen Verfügungsverfahren seit Jahrzehnten<sup>3)</sup> immer wieder in Erinnerung gerufen wurde.

\* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 137.

\*\* Abgedruckt in WRP 2018, 1443 ff. – Prozessuale Waffengleichheit beim Erlass von einstweiligen Verfügungen im Beschlusswege I und WRP 2018, 1448 ff. – Prozessuale Waffengleichheit beim Erlass von einstweiligen Verfügungen im Beschlusswege II.

1) BVerfG, 19.01.2006 – 2 BvR 1075/05, NJW 2006, 1048.

2) Hierzu bereits EGMR, 27.10.1993 – Nr. 37/1992/382/460, NJW 1995, 1413.

3) Beginnend mit *Teplitzky*, WRP 1980, 373; *ders.*, in: FS Bornkamm, 2014, S. 1073, 1087; *ders.*, WRP 2016, 1181.

Im Jahr 2017 gab es ein „mittleres Beben im Bereich des Prozessrechts“<sup>4)</sup>, einen „deutlichen Schuss vor den Bug einer gesetzwidrigen Gerichtspraxis“<sup>5)</sup>: Das BVerfG stellte zu presserechtlichen Verfügungsverfahren im Rahmen eines obiter dictum klar, dass das Grundrecht auf prozessuale Waffengleichheit und auf ein faires Verfahren verletzt sei, wenn das Gericht dem Antragsgegner ohne sachlichen Grund das rechtliche Gehör verweigere und zugleich dem Antragsteller Hinweise erteile, die gegenüber dem Antragsgegner weder bekannt gemacht würden noch rekonstruierbar seien<sup>6)</sup>. Im Anschluss an diese Entscheidungen im Juni 2017 wurde in der Literatur – richtigerweise ohne die Vorgaben des BVerfG auf das Presserecht zu begrenzen – die Hoffnung geäußert<sup>7)</sup>, dass die Worte der Verfassungsrichter der Praxis verschiedener Gerichte entgegenwirken, einstweilige Verfügungen nach reger Korrespondenz mit dem Antragsteller zu erlassen, ohne zugleich dem Antragsgegner rechtliches Gehör zu gewähren. Aber – wie von *Fricke* prognostiziert – hat der nächste geeignete Fall „nicht lange auf sich warten“<sup>8)</sup> lassen. Knapp einen Monat nach den Entscheidungen des BVerfG im Juni 2017 erließ das LG Köln im Juli 2017 eine einstweilige Verfügung im Presserecht<sup>9)</sup> und nun, im September 2018, hat sich das BVerfG zur Geltung des Grundsatzes der prozessualen Waffengleichheit unter anderem in diesem Verfügungsverfahren des LG Köln geäußert.

Das BVerfG hat insgesamt zwei Entscheidungen getroffen<sup>10)</sup>, die für einstweilige Verfügungsverfahren weit über das Presserecht hinaus Bedeutung haben werden<sup>11)</sup>. Die Verfassungsrichter haben insoweit keine neuen Regeln aufgestellt, sondern in deutlichen Worten<sup>12)</sup> eine Selbstverständlichkeit wiederholt, nämlich, dass in Eilverfahren Verfahrensgrundrechte gelten und zu beachten sind. Die bestehenden Vorgaben für einstweilige Verfügungsverfahren haben sich damit an sich nicht geändert. Allerdings müssen Gerichte und Anwälte ihre Praxis künftig an die nun vorliegenden Entscheidungen anpassen. Kurzum: Es bleibt alles anders.

4) *Sajuntz*, NJW 2018, 589.

5) *Vollkommer*, MDR 2017, 1287.

6) BVerfG, 06.06.2017 – 1 BvQ 16/17, 1 BvQ 17/17, 1 BvR 764/17, 1 BvR 770/17, WRP 2017, 1073 Rn. 8 ff.; *Teplitzky*, WRP 2017, 1163 ff.; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen UWG 36. Aufl. 2018, § 12 Rn. 3.23; *Vollkommer*, MDR 2017, 1287; *Fricke*, GRUR-Prax 2017, 406; *Löffel*, NJW-aktuell 47/2017, S. 15.

7) *Möller*, NJW 2018, 1579, 1585.

8) *Fricke*, GRUR-Prax 2017, 406.

9) LG Köln, 10.07.2017 – 28 O 200/17, juris.

10) BVerfG, 30.09.2018 – 1 BvR 2421/17, WRP 2018, 1443; BVerfG, 30.09.2018 – 1 BvR 1783/17, WRP 2018, 1448; *Schlüter*, GRUR-Prax 2018, 530.

11) So bereits *Höch*, zpblog.de, Alles neu, alles anders? 07.11.2018; *Löffel*, NJW-aktuell, 46/2018, S. 14.

12) „Ein einseitiges Geheimverfahren (...) ist mit den Verfahrensgrundsätzen des Grundgesetzes (...) unvereinbar. (...) Diesen Grundsätzen genügt der Beschluss des Landgerichts Köln vom 10. Juli 2017 offensichtlich nicht.“, BVerfG, 30.09.2018 – 1 BvR 1783/17, WRP 2018, 1448 Rn. 24, 25.

## Löffel, Prozessuale Waffengleichheit im e. V.-Verfahren: auch u. gerade im Wettbewerbsrecht

## II. Problemaufriss

## 1. Vorgaben für das Verfahren vor Erlass der Verfügung

## a) Abmahnung

- 4 Es ist Sache des Gläubigers, sich für die aus seiner Sicht angemessene Form der Rechtsdurchsetzung zu entscheiden, sofern nicht der Schuldner – dem gesetzlichen Leitbild der außergerichtlichen Streitbeilegung (§ 12 Abs. 1 S. 1 UWG) entsprechend – nach einer Abmahnung eine vertragsstrafbewehrte Unterlassungserklärung abgibt<sup>13</sup>). Eine Abmahnung vor einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung mit dem Ziel, eine solche Unterlassungserklärung zu erhalten, hat nicht nur den Zweck, eine außergerichtliche Streitbeilegung zu erreichen oder eine Kostenentscheidung nach § 93 ZPO abzuwenden.
- 5 Sinn und Zweck einer Abmahnung vor einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist es auch, dem Gegner zumindest ein Minimum rechtlichen Gehörs<sup>14</sup>) zu gewähren, bevor ein Gericht anschließend über einen Verfügungsantrag entscheidet. Daher erwarten Gerichte in Verfügungsverfahren regelmäßig, dass die Kopie einer Abmahnung und die Kopie einer etwaigen Antwort dem Gericht mit dem Verfügungsantrag vorgelegt werden<sup>15</sup>). Durch eine Abmahnung in gehöriger Form, die über inhaltsleere oder nicht ausreichend belegte Behauptungen und floskelhafte Ausführungen zur Rechtslage hinausgeht, bekommt der Abgemahnte Gelegenheit, zu den in der Abmahnung erhobenen Behauptungen und den Rechtsansichten des Abmahnden konkret Stellung zu nehmen. Auf diesem Wege kann der Gegner Tatsachen, Rechtsansichten oder Einwendungen – etwa den zulässigen Nichtigkeitseinwand gegenüber einem eingetragenen Gemeinschaftsgeschmacksmuster<sup>16</sup>) – über die Antwort auf die Abmahnung mittelbar zur Kenntnis des Gerichts zu bringen. Der Antragsteller muss die Antwort auf die Abmahnung in einem anschließenden Verfügungsverfahren bereits mit Blick auf die prozessuale Wahrheitspflicht (§ 138 ZPO) dem Gericht vorlegen. Taschenspielertricks<sup>17</sup>), wie das Verschweigen einer Antwort auf die Abmahnung gegenüber dem Gericht, sind in einstweiligen Verfügungsverfahren letztlich zum Scheitern verurteilt<sup>18</sup>).
- 6 Unzumutbar ist die vorherige Abmahnung nur, wenn durch die damit verbundene Warnung des Schuldners der Rechtsschutz vereitelt würde. Dies ist nicht schon dann der Fall, wenn Verletzungshandlungen auf einer zeitgebundenen Veranstaltung, zum Beispiel einer Messe, begangen werden, weil in solchen Fällen auch wenige Stunden für eine Abmahnung genutzt werden können<sup>19</sup>). Es kommt auch nicht darauf an, ob die vorherige Abmahnung Erfolg versprechend ist. Eine vorherige Abmahnung ist regelmäßig nur dann unzumutbar, wenn mit der einstweiligen Verfügung nicht nur Unterlassung, sondern auch eine notwendige<sup>20</sup>) Sequestration begehrt wird<sup>21</sup>), oder wenn die mit einer vorherigen Abmahnung notwendig verbundene Verzögerung

unter Berücksichtigung der gerade im konkreten Fall gegebenen außergewöhnlichen Eilbedürftigkeit schlechthin nicht mehr hinnehmbar ist<sup>22</sup>).

Der Abgemahnte kann auf die Abmahnung schweigen, antworten und/oder entweder selbst eine Schutzschrift bei einem oder mehreren Gerichten hinterlegen (postulationsfähig muss er hierzu nicht sein). Oder er kann als Reaktion auf die Abmahnung durch seine in Deutschland zugelassenen Anwälte eine Schutzschrift über das mittlerweile existente Schutzschriftenregister hinterlegen lassen.

## b) Dringlichkeit

Der Justizgewährungsanspruch ist in seiner Ausgestaltung als Rechtsschutzgrundrecht – Recht auf Zugang zum Gericht, auf effektiven und zeitgerechten Rechtsschutz, auf faire Verfahrensgestaltung – auch für einstweilige Verfügungsverfahren zu beachten. Denn ein effektiver Rechtsschutz ist nur dann gewährleistet, wenn die Durchsetzung des in Anspruch genommenen Rechts nicht bereits an der Dauer des gerichtlichen Verfahrens scheitert<sup>23</sup>).

Vor diesem Hintergrund müssen Gerichte in Verfahren der einstweiligen Verfügung innerhalb kurzer Zeit über den Verfügungsantrag entscheiden, und zwar auf Grund eines bloß summarischen Verfahrens. Daher reicht es für den Erlass einer einstweiligen Verfügung nicht, dass der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zulässig ist und ein geltend gemachter Anspruch (sogenannter Verfügungsanspruch) besteht. Der Erlass einer einstweiligen Verfügung bedarf darüber hinaus einer besonderen Rechtfertigung<sup>24</sup>): Es muss ein Verfügungsgrund bestehen (§§ 935, 940 ZPO). Ob ein Verfügungsgrund besteht, ist zwar von Amts wegen zu prüfen; das befreit einen Antragsteller jedoch nicht von der Darlegung und Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes, es sei denn, die Dringlichkeit wird widerlegbar<sup>25</sup>) vermutet (§ 12 Abs. 2 UWG<sup>26</sup>).

Die Anforderungen an die Dringlichkeit – drohende Nachteile als Voraussetzung des Verfügungsgrundes – dürfen nicht mit denen der materiell-rechtlich erforderlichen Wiederholungsgefahr und nicht mit denen der (besonderen) Dringlichkeit im Sinne des § 937 Abs. 2 ZPO – als Voraussetzung einer einstweiligen Verfügung ohne mündliche Verhandlung – vermengt werden: Das Bestehen einer Erstbegehungs- oder Wiederholungsgefahr ist Voraussetzung des Verfügungsanspruchs, rechtfertigt aber noch nicht die Annahme eines Verfügungsgrundes<sup>27</sup>). Die Annahme eines Verfügungsgrundes – überwiegend „Dringlichkeit“ bzw. „Eilbedürftigkeit“ genannt<sup>28</sup>) – erfordert eine einzelfallorientierte Interessenabwägung<sup>29</sup>). Ein Verfügungsgrund gemäß §§ 935, 940 ZPO besteht in der objektiv begründeten Besorgnis, durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes werde die Verwirklichung des Rechts des Gläubigers vereitelt oder wesentlich erschwert, so dass er aufgrund einer besonderen Dringlichkeit bis zur Entscheidung in der Hauptsache einer einstweiligen Sicherung seines Anspruchs bedarf.<sup>30</sup>) Dabei ist eine Folgenabschätzung vorzunehmen. Das Interesse des Antragstellers muss die Nachteile eines Zuwartens bis zur Hauptsacheentscheidung

13) BGH, 07.06.2018 – I ZB 117/17, WRP 2018, 1066, Rn. 10 – Ordnungsmittelhandlung durch Schuldner.

14) Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 10. Aufl. 2011, 55. Kapitel Rn. 2; Feddersen, in: Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 11. Aufl. 2016, 55. Kapitel Rn. 2.

15) Aus den Stellungnahmen Dritter zu den Verfassungsbeschwerden, welche Gegenstand der hier in Rede stehenden aktuellen Beschlüsse des BVerfG sind, ergibt sich, dass in Hamburg immer und in Köln in der Regel eine vorprozessuale Abmahnung verlangt wird; BVerfG, 30.09.2018 – 1 BvR 2421/17, WRP 2018, 1443, 1446 Rn. 21.

16) KG, 16.12.2015 – 24 U 121/15, GRUR-RR 2016, 145.

17) Löffel, GRUR-Prax 2017, 452.

18) OLG München, 08.06.2017 – 29 U 1210/17, WRP 2017, 1523.

19) OLG Frankfurt a. M., 03.05.1984 – 6 W 58/84, WRP 1984, 560; Hess, in: Ullmann, jurisPK-UWG, 4. Aufl. 2016, § 12 UWG, Rn. 24.

20) Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 6), § 12 Rn. 1.61.

21) OLG Karlsruhe, 11.01.2013 – 6 W 82/12, GRUR-RR 2013, 182; Hess, in: Ullmann, jurisPK-UWG (Fn. 19), § 12 UWG, Rn. 25.

22) LG Düsseldorf, 17.03.2015 – 4b O 5/15, juris.

23) Retzer, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig UWG, 4. Aufl. 2016, § 12 Rn. 246.

24) OLG Nürnberg, 12.10.2018 – 3 W 1932/18, juris.

25) BGH, 01.07.1999 – I ZB 7/99, GRUR 2000, 151.

26) Die analoge Anwendbarkeit des § 12 Abs. 2 UWG auf markenrechtliche Unterlassungsansprüche wird in der neueren Rechtsprechung überwiegend verneint, OLG Frankfurt a. M., 08.06.2017 – 6 U 249/16, WRP 2017, 1146, Rn. 18; OLG Nürnberg, 12.10.2018 – 3 W 1932/18, WRP 2019, 131 (in diesem Heft); Feddersen, in: Teplitzky (Fn. 14), 54. Kapitel Rn. 19 ff.

27) OLG Dresden, 07.04.2005 – 9 U 263/05, NJW 2005, 1871.

28) Retzer, GRUR 2009, 329, 330.

29) OLG Köln, 31.10.2014 – I-6 U 55/14, Rn. 18, juris.

30) OLG Köln, 08.03.2012 – 15 U 193/11, MMR 2012, 667.

## Löffel, Prozessuale Waffengleichheit im e. V.-Verfahren: auch u. gerade im Wettbewerbsrecht

so überwiegen, dass der Eingriff in die Sphäre des Antragsgegners auf Grund eines bloß summarischen Verfahrens gerechtfertigt ist. Im Rahmen dieser Interessenabwägung ist insbesondere zu fragen, welche Folgen beim Antragsteller aus der Rechtsverletzung bis zum Erlass einer Entscheidung in der Hauptsache erwachsen, ob diese Nachteile nachträglich angemessen kompensiert werden können und wann mit einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren zu rechnen ist<sup>31)</sup>. Ein Verfügungsgrund kann zum Beispiel fehlen, wenn in der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht geklärte Fragen zu entscheiden sind<sup>32)</sup>.

## c) Besondere Dringlichkeit für Beschlussentscheidung

11 Bejaht ein Gericht den Verfügungsanspruch und den Verfügungsgrund, weil die Sache dringlich bzw. eilbedürftig ist, heißt das nicht, dass die einstweilige Verfügung ohne mündliche Verhandlung erlassen werden darf. Der glaubhaft gemachte oder gesetzlich vermutete Verfügungsgrund sagt nur etwas darüber aus, ob zur Sicherung der Interessen des Antragstellers eine einstweilige Maßnahme notwendig ist<sup>33)</sup>. Ohne mündliche Verhandlung darf nach der Ausnahmeregelung des § 937 Abs. 2 ZPO nur dann entschieden werden, wenn ein besonders<sup>34)</sup> dringender Fall im Sinne des § 937 Abs. 2 ZPO vorliegt, sowie dann, wenn der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen ist. Insoweit gibt es keine gesetzliche Vermutung<sup>35)</sup> und das Gericht entscheidet hierüber nach pflichtgemäßem Ermessen („kann“). Die Tatsachen, die diese besondere Dringlichkeit begründen, sind vom Antragsteller konkret vorzutragen und glaubhaft zu machen. Floskelhafte Forderungen sind wertlos<sup>36)</sup>.

12 Ein dringender Fall im Sinne des § 937 Abs. 2 ZPO darf nur angenommen werden, wenn die Einhaltung des vorgegebenen gerichtlichen Verfahrens – mündliche Verhandlung – dem Antragsteller eine nicht hinnehmbare nachteilige Verzögerung brächte. Der Antragsteller muss glaubhaft machen, dass die Sache so eilig ist, dass nicht einmal Tage oder wenige Wochen Aufschub bis zu einer kurzfristig terminierten mündlichen Verhandlung erträglich erscheinen oder durch die auf Grund der mündlichen Verhandlung stattfindende Anhörung des Gegners der Erfolg der einstweiligen Verfügung vereitelt würde<sup>37)</sup>.

## d) Allgemeine Verfahrensgarantien

13 Auch im einstweiligen Verfügungsverfahren gelten selbstverständlich die einleitend genannten Verfahrensgrundrechte, die

es natürlich auch schon vor den nun vorliegenden Entscheidungen des BVerfG gab<sup>38)</sup>. Hierzu gehören das Gebot der Gewährung rechtlichen Gehörs, das Gebot der richterlichen Neutralität bzw. Unparteilichkeit und der Grundsatz der Gewährleistung eines fairen Verfahrens mit Waffengleichheit für beide Parteien.

Die eigenständige Verletzung solcher Verfahrensgrundrechte kann nicht geheilt werden<sup>39)</sup>. Eine Verletzung schlägt aber auch nicht unmittelbar auf den Bestand einer einstweiligen Verfügung durch. Eine erfolgreiche Beanstandung durch den Antragsgegner in einem zivilrechtlichen Verfahren ist nicht möglich, weil es an einem einfachrechtlichen Rechtsbehelf fehlt<sup>40)</sup>. Selbst bei einer bewussten Verletzung von Verfahrensgrundrechten durch ein Gericht ist fachgerichtlicher Rechtsschutz über die regulären Rechtsschutzmöglichkeiten des Widerspruchs gegen die Beschlussverfügung (§§ 936, 924 ZPO) bzw. der Berufung (§ 511 ff. ZPO) gegen eine die Beschlussverfügung bestätigende Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts daher nicht zu erreichen<sup>41)</sup>. Eine eigenständige Verletzung dieser Verfahrensgrundrechte kann im Einzelfall nur mit einem Antrag beim BVerfG auf Erlass einer einstweiligen Anordnung angegriffen werden, wenn ein schwerer Nachteil droht<sup>42)</sup>, oder nach den einleitend genannten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2017 mit einer Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen eine Beschlussverfügung gerügt werden<sup>43)</sup>.

## 2. Verfahrensrealität

## a) Regel-Ausnahme-Verhältnis wird häufig ins Gegenteil verkehrt

Nach Eingang eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung bei Gericht und der Prüfung durch die Geschäftsstelle, ob eine Schutzschrift vorliegt, wird der Antrag – gegebenenfalls mit der Schutzschrift – dem Richter vorgelegt. Gesetzlich vorgesehener Regelfall ist sodann die Anberaumung eines Termins zur mündlichen Verhandlung, denn freilich gilt auch im Verfügungsverfahren der Grundsatz der Mündlichkeit (§ 128 Abs. 1 ZPO).

Im Wettbewerbsprozess, im gewerblichen Rechtsschutz, im Urheberrecht und im Presserecht sieht die Praxis indes anders aus: Die Entscheidung durch Beschlussverfügung ist die Regel und die Terminierung und Entscheidung über den Antrag durch Urteil ist die Ausnahme<sup>44)</sup>. Denn das Merkmal der besonderen Dringlichkeit in § 937 Abs. 2 ZPO findet in der gerichtlichen Praxis wenig Beachtung<sup>45)</sup>. Die gerichtliche Praxis „negiert“ – was das LG München I selbst einräumt<sup>46)</sup> – den Grundsatz, dass die Entscheidung über den Verfügungsantrag auf Grund einer mündlichen Verhandlung den Regelfall darstellt und hiervon nur

31) OLG Nürnberg, 12.10.2018 – 3 W 1932/18, Rn. 12, WRP 2019, 131 (in diesem Heft). Danach soll kein Verfügungsgrund bestehen, wenn ein markenrechtsverletzendes Foto auf einer Homepage nach Zugang der Abmahnung entfernt wurde und der Antragsteller keine Tatsachen dazu vorträgt inwieweit – trotz eingestellter Verletzungshandlung – die Angelegenheit so dringlich ist, dass das Hauptsacheverfahren nicht abgewartet werden kann; strenger Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Felders (Fn. 6), § 12 Rn. 3.18.

32) OLG Köln, 29.06.2018 – 6 U 60/18, LMuR 2018, 209, 213. Die neue und in der Literatur umstrittene Frage, ob Verstöße gegen die DSGVO von Mitbewerbern auf Grundlage des UWG verfolgt werden können (hierzu Köhler, WRP 2018, 1269; Spittka, GRUR-Prax 2018, 561; Laoutoumai/Hoppe, K&R 2018, 533, 534 ff.; Asshoff, CR 2018, 720 ff.; Wolff, ZD 2018, 248 sowie Schmitt, WRP 2019, 27 (in diesem Heft)) wurde bereits mehrfach durch Beschlussverfügungen entschieden, wobei in den Beschlüssen (z. B. LG Würzburg, 13.09.2018 – 11 O 1741/18 UWG, WRP 2018, 1400) nicht deutlich wird, dass das Gericht den Ausgang eines Hauptsacheverfahrens für „weitgehend zuverlässig prognostizierbar hält“ (BVerfG, 26.06.2018 – 1 BvR 733/18, MDR 2018, 1073, Rn. 4).

33) OLG Karlsruhe, 15.04.1987 – 6 W 30/87, NJW-RR 1987, 1206.

34) Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren (Fn. 14), 55. Kapitel Rn. 2.

35) Teplitzky, GRUR 1978, 286.

36) Voß, in: Cegl/Voß, Prozesskommentar zum Gewerblichen Rechtsschutz, 2. Aufl. 2018, § 937 Rn. 20.

37) Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren (Fn. 14), 55. Kapitel Rn. 2; Büscher, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, 3. Aufl. 2016, § 12 Rn. 121.

38) BVerfG, 06.06.2017 – 1 BvQ 16/17, 1 BvQ 17/17, 1 BvR 764/17, 1 BvR 770/17, WRP 2017, 1073 Rn. 8 ff.; Teplitzky, WRP 2016, 1181; Teplitzky, WRP 2017, 1163; Teplitzky, FS Ahrens, 2016, S. 559.

39) OLG Köln, 08.10.2018 – 15 U 110/18, juris = WRP 2019, 135 Ls. (in diesem Heft): „Zwar ist zuzugeben, dass nur die mit einem (unterstellten) Verstoß gegen § 937 Abs. 2 ZPO einhergehende Verletzung rechtlichen Gehörs im weiteren Verfahrensverlauf nach Erlass einer einstweiligen Verfügung durch die im Widerspruchsverfahren gegebene Stellungnahmemöglichkeit regelmäßig noch ‚geheilt‘ werden kann (...) Ist aber schon dies – etwa bei unvollständig/intransparent i. S. v. § 139 Abs. 4 S. 1 ZPO aktenkundig gemachten einseitigen telefonischen Hinweisen – oft nicht vollends unproblematisch, betrifft eine solche Heilungsmöglichkeit ohnehin nicht die – in diesen Fällen regelmäßig auch vorliegende – eigenständige Verletzung des Rechts aufprozessuale Waffengleichheit (Art 3 Abs. 1 GG) und auf ein faires Verfahren aus Art 20 Abs. 3 GG.“

40) Vollkommer, MDR 2017, 1287.

41) OLG Köln, 08.10.2018 – 15 U 110/18, juris = WRP 2019, 135 Ls. (in diesem Heft).

42) Löffel, GRUR-Prax 2018, 536.

43) Teplitzky, WRP 2017, 1163 ff.; Sajuntz, NJW 2018, 589, 594; Vollkommer, MDR 2017, 1287, 1288.

44) Beispiele für aktuelle Ausnahmefälle: LG Frankfurt a. M., 08.11.2018 – 2-03 O 354/18, juris, im Urheberrecht und LG Düsseldorf, 23.10.2018 – 4c O 53/18, juris, im Patentrecht: „vorläufig vollstreckbar gegen Sicherheitsleistung in Höhe von EUR 10.000.000,00“ (hierzu Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren (Fn. 14), 55. Kapitel Rn. 4: „Viel zu selten wird von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Anordnung und Vollziehung der Verfügung von einer bestimmten Sicherheitsleistung durch den Gläubiger abhängig zu machen.“)

45) Danckwerts, GRUR 2008, 763.

46) LG München I, 24.01.2017 – 33 O 7366/16, WRP 2017, 496.



## Löffel, Prozessuale Waffengleichheit im e. V.-Verfahren: auch u. gerade im Wettbewerbsrecht

in besonders dringenden Fällen abgewichen werden kann, und verkehrt das Regel-Ausnahmeverhältnis oft ins Gegenteil<sup>47)</sup>. Diese in der Literatur als „Gewohnheitsunrecht“<sup>48)</sup> und „Unsitte“<sup>49)</sup> bezeichnete Praxis ist auch nach Ansicht von *Vollkommer* nicht nur gesetzeswidrig, sondern auch verfassungswidrig<sup>50)</sup>.

- 17 Zur Wahrheit gehört freilich auch, dass Anwälte als Vertreter eines Antragstellers in Verfügungsverfahren regelmäßig<sup>51)</sup> erwarten, dass einstweilige Verfügungen im Beschlussverfahren erlassen werden und anwaltliche Interessensvertreter – zumal sie zuvörderst die Pflicht haben, alles zu tun, was im Rahmen des Auftrags zugunsten ihres Mandanten zulässigerweise möglich ist<sup>52)</sup> – hierzu natürlich argumentieren, dass die Sachen besonders dringend sind. Freilich können gute Gründe dafür sprechen, auf eine mündliche Verhandlung zu verzichten, etwa in Fällen der Marken- oder Produktpiraterie, wenn der Verletzte während einer nur wenige Tage dauernden Messe auf ein schutzrechtsverletzendes Produkt stößt oder wenn notwendigerweise Sequestrierung zur Sicherung des Vernichtungsanspruchs verlangt wird<sup>53)</sup>. Als Minus zu einer mündlichen Verhandlung wird in der Praxis zunehmend rechtliches Gehör in Form der kurzfristigen schriftlichen Stellungnahme gewährt, was nach herrschender Meinung<sup>54)</sup> zulässig ist, zumal die Zulässigkeit dieser Praxis nach den nun vorliegenden Entscheidungen des BVerfG nicht mehr ernsthaft in Frage gestellt werden kann<sup>55)</sup>.
- 18 Für die fragliche Praxis, grundsätzlich Beschlussverfügungen zu erlassen, werden meist praktische Argumente genannt: Erstens ziehen Antragsgegner mit Blick auf § 278 BGB<sup>56)</sup> eine Abschlusserklärung nach Zustellung der einstweiligen Verfügung oft einer vorprozessualen Unterlassungserklärung vor<sup>57)</sup>. Solche Antragsgegner wollen keine mündliche Verhandlung, sondern möglichst schnell eine einstweilige Verfügung, die sie sodann durch Abschlusserklärung anerkennen können<sup>58)</sup>. Zweitens hört man immer wieder das Argument, dass es bei der hohen Belastung der Gerichte kaum möglich wäre, über alle Anträge auf Erlass einer einstweiligen Verfügung mündlich zu verhandeln<sup>59)</sup>. Solche praktischen Erwägungen allein können es freilich nicht rechtfertigen, Verfahrensgrundrechte einschränkend auszulegen bzw. anzuwenden und darauf zu verzichten, dass ein Antragsgegner zu Tatsachenbehauptungen und Rechtsansichten

vor Erlass einer einstweiligen Verfügung Stellung nehmen kann<sup>60)</sup>. Gerichte äußern sich zu dem Einwand des mangelnden Gehörs vor Erlass der einstweiligen Verfügung – wenn überhaupt – meist dahingehend, dem Gericht habe die Antwort auf die Abmahnung vor Erlass der einstweiligen Verfügung vorgelegen und ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG sei jedenfalls durch eine mündliche Verhandlung nach erfolgtem Widerspruch gegen die einstweilige Verfügung geheilt<sup>61)</sup>.

## b) Einseitige gerichtliche Hinweise im Beschlussverfahren

Schließlich sind da noch die üblichen<sup>62)</sup>, einseitigen Hinweise gegenüber dem Vertreter des Antragstellers durch telefonische Mitteilung oder in anderer Weise, die dem Gegner nicht unverzüglich bekannt gegeben werden<sup>63)</sup>. Anwälte schreiben regelmäßig am Ende der Verfügungsanträge für ihre Mandanten, dass sie um einen Hinweis des Gerichts bitten, wenn das Gericht die einstweilige Verfügung nicht oder nicht wie beantragt erlassen will. Wenn das Gericht den Verfügungsantrag dann nicht oder nicht ohne Weiteres erlassen will, geht der Griff nicht zum Terminkalender, sondern häufig zum Telefonhörer, um den Antragsteller zur Rücknahme seines Antrags zu bewegen<sup>64)</sup>, oder zur Nachbesserung, etwa durch Vorlage weiterer Glaubhaftmachungsmittel. Richterliche Aktenvermerke über die Korrespondenz – in der Regel per Telefon – mit dem Antragsteller, ohne zugleich dem Antragsgegner rechtliches Gehör zu gewähren, konnten die Kritiker dieser Praxis<sup>65)</sup> nicht überzeugen, zumal Inhalt und Richtigkeit eines solchen Vermerks für die Partei in keiner Weise kontrollierbar sind<sup>66)</sup>.

## III. Neue Entscheidungen des BVerfG zur Waffengleichheit in Verfügungsverfahren

Das BVerfG hat am 30.09.2018 zwei Entscheidungen zum Preserecht getroffen. In einem Fall<sup>67)</sup> ging es um eine einstweilige Verfügung des LG Köln. Der Beschwerdeführerin wurden durch Beschlussverfügung Äußerungen verboten, ohne dass sie vorprozessual abgemahnt oder im gerichtlichen Verfahren angehört worden war. Von dem Inhalt des Verfügungsantrags und seiner Begründung erhielt die Beschwerdeführerin erst nach Akteneinsicht nach Zustellung der Verfügung Kenntnis. Das BVerfG hat ein Feststellungsinteresse der Beschwerdeführerin bejaht, weil eine Wiederholung der gerichtlichen Maßnahme zu befürchten sei. Ausweislich des Vortrags der Beschwerdeführerin sowie der Stellungnahmen der Äußerungsberechtigten entspreche die angegriffene Vorgehensweise ständiger Praxis einiger Spruchkörper, die mit dem Presse- und Äußerungsrecht befasst sind<sup>68)</sup>.

Gegenstand der zweiten Entscheidung des BVerfG<sup>69)</sup> war ein Beschluss des OLG Hamburg<sup>70)</sup>. Das OLG Hamburg hatte den SPIEGEL zum Abdruck einer Gegendarstellung verpflichtet. In dem einstweiligen Verfügungsverfahren, das über Monate lief, wurde vor Erlass der einstweiligen Verfügung erstens kein rechtliches Gehör durch Benachrichtigung der Antragsgegnerin gewährt und zweitens wurden mehrfach durch die Richter telefonisch Hinweise an die Antragstellerin zu den streitgegenständ-

47) Feddersen, in: Teplitzky (Fn. 14), 55. Kapitel Rn. 2a.

48) Teplitzky, FS für Bornkamm, 2014, S. 1073, 1087.

49) Sajuntz, NJW 2018, 589, 594.

50) Vollkommer, MDR 2017, 1287.

51) Scholz, in: Danckwerts/Papenhause/Scholz/Tavanti, Wettbewerbsprozessrecht, 2016, Rn. 902.

52) BVerfG, 14.12.1999 – 1 BvR 1327/98, NJW 2000, 347, 349.

53) Löffel, NJW-aktuell 47/2017, S. 15.

54) Danckwerts, GRUR 2008, 763, 765; Teplitzky, WRP 2016, 1181, 1184 dort Fn. 42 m. w. N.

55) So aber noch Scharen, in: Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 8. Aufl. 2017, Kap. 51 Rn. 20; mit Bedenken auch noch Berneke/Schüttpelz, Die einstweilige Verfügung in Wettbewerbsachen, 4. Aufl. 2018, Rn. 366.

56) Bei einem Verstoß gegen eine einstweilige Verfügung kommt es in der Vollstreckung allein auf das Verschulden des Schuldners an, während der Schuldner bei einer unbeschränkten Unterlassungserklärung gemäß § 278 BGB ohne Entlastungsmöglichkeit auch für seine Erfüllungsgehilfen einzustehen hat; BGH, 03.04.2014 – I ZB 3/12, WRP 2014, 861 Rn. 11; LG Memmingen, 18.07.2018 – 1 HK O 137/18, WRP 2018, 1538.

57) BGH, 03.04.2014 – I ZB 3/12, WRP 2014, 861, Rn. 11 – Ordnungsmittelandrohung nach Prozessvergleich.

58) Den an sich überflüssigen Aufwand eines gerichtlichen Verfahrens in solchen Fällen könnte man vermeiden, wenn der Gesetzgeber endlich in der ZPO regeln würde, dass der Notar die für die Vollstreckbarkeit nötige Ordnungsmittelandrohung in eine notarielle Unterwerfungserklärung aufnehmen kann (Pres/Löffel, Editorial, WRP Heft 11/2018).

59) Lerach, jurisPR-WettbR 11/2018 Anm. 1, Abenddämmerung für die Beschlussverfügung?; Berneke/Schüttpelz (Fn. 55), Rn. 304; Scholz, in: Danckwerts/Papenhause/Scholz/Tavanti (Fn. 51), Rn. 902; Schlingloff, in: MüKo UWG, 2. Aufl. 2014, UWG § 12 Rn. 417.

60) Voß, in: Cepl/Voß (Fn. 36), § 937 Rn. 21: „Auch eine etwaige hohe Anzahl von Anträgen auf Erlass einer einstweiligen Verfügung (...) hat für sich genommen keine Bedeutung für die besondere Dringlichkeit (...).“

61) LG Köln, 16.05.2018 – 28 O 377/17, juris.

62) Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren (Fn. 14), 55. Kapitel Rn. 5a.

63) Grundlegend Teplitzky, GRUR 2008, 34.

64) Danckwerts, GRUR 2008, 763.

65) Teplitzky, GRUR 2008, 34 dort Fn. 56.

66) Teplitzky, GRUR 2008, 34, 39.

67) BVerfG, 30.09.2018 – 1 BvR 1783/17, WRP 2018, 1448.

68) BVerfG, 30.09.2018 – 1 BvR 1783/17, WRP 2018, 1448, 1450 Rn. 11.

69) BVerfG, 30.09.2018 – 1 BvR 2421/17, WRP 2018, 1443.

70) OLG Hamburg, 05.10.2017 – 7 W 108/17; Az. aus Beschluss des BVerfG, soweit bekannt n. v.

## Löffel, Prozessuale Waffengleichheit im e. V.-Verfahren: auch u. gerade im Wettbewerbsrecht

lichen Gendarstellungsverlangen erteilt. Davon erfuhr die Antragsgegnerin erst, nachdem die Verfügung von dem OLG als Beschwerdeinstanz erlassen war.

- 22 Das BVerfG stellt in beiden Verfahren fest, dass die angegriffenen Beschlussverfügungen die Rechte der Beschwerdeführerinnen auf prozessuale Waffengleichheit (Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG) verletzen. Der Beschluss des LG Köln verletze die Beschwerdeführerin in ihrem Recht auf prozessuale Waffengleichheit, weil die einstweilige Verfügung nicht nur ohne vorherige Anhörung der Beschwerdeführerin, sondern auch ohne eine hinreichende vorprozessuale Abmahnung erlassen wurde und damit die Gleichwertigkeit der prozessualen Stellung der Beschwerdeführerin gegenüber der Antragstellerin nicht mehr gewährleistet sei<sup>71</sup>). Der angegriffene Beschluss des OLG Hamburg verletze die prozessuale Waffengleichheit, weil die Beschwerdeführerin in einem über vier Monate währenden Verfahren mit mehreren Anträgen zu keinem Zeitpunkt die Möglichkeit hatte, sich überhaupt zu äußern. Auch die Hinweise von Mitgliedern des Presseensats gegenüber dem Antragsteller verletzen die prozessuale Waffengleichheit, zumal diese der Beschwerdeführerin nicht jeweils unverzüglich mitgeteilt wurden und inhaltlich nicht erkennbar sei, was mit dem Prozessbevollmächtigten des Antragstellers besprochen wurde<sup>72</sup>). Die wesentlichen Punkte der Entscheidungen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

### 1. Antragsgegner muss vor Verfügungserlass Stellung nehmen können

- 23 Als prozessuales Unrecht gebietet der Gehörsgrundsatz, der eine besondere Ausprägung der Waffengleichheit ist, dass der Gegenseite grundsätzlich vor einer Entscheidung Gehör und damit die Gelegenheit gewährt werden muss, auf eine bevorstehende gerichtliche Entscheidung Einfluss zu nehmen<sup>73</sup>).
- 24 Dass grundsätzlich eine Anhörung des Antragsgegners vor Erlass der einstweiligen Verfügung erforderlich ist, bedeutet nicht, dass stets mündlich verhandelt werden muss. Über einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung kann auch ohne mündliche Verhandlung entschieden werden, wenn die Sache besonders dringend ist. Für die Beurteilung der Fachgerichte, wann ein dringender Fall im Sinne des § 937 Abs. 2 ZPO vorliegt und auf eine mündliche Verhandlung verzichtet werden kann, besteht ein weiter Wertungsrahmen. Angesichts der ständig aktualisierten Online-Angebote und der durch die sozialen Medien beschleunigten Möglichkeit der Weiterverbreitung von Inhalten kann es verfassungsrechtlich im Interesse effektiven Rechtsschutzes sogar geboten sein, Unterlassungsansprüchen in unmittelbarer zeitlicher Nähe zur angegriffenen Handlung gerichtlich durchzusetzen. Der Verzicht auf eine mündliche Verhandlung ist jedoch nur in dem Maße gerechtfertigt, wie die besondere Dringlichkeit es gebietet. Wenn sich im Verlauf des Verfahrens zeigt, dass eine unverzügliche Entscheidung anders als zunächst vorgesehen nicht zeitnah ergehen muss oder kann, besteht für das Fachgericht Veranlassung, die Frage der Dringlichkeit erneut zu prüfen und gegebenenfalls eine mündliche Verhandlung anzuberaumen<sup>74</sup>).
- 25 Bejaht das Gericht einen besonders dringenden Fall, berechtigt der Verzicht auf eine mündliche Verhandlung nur in Ausnahmefällen (Beispiel: Arrestverfahren) dazu, die Gegenseite bis zur Entscheidung über den Verfügungsantrag aus dem Verfahren

herauszuhalten. In den besonderen Verfahrenslagen des einstweiligen Rechtsschutzes ist die vorherige Anhörung des Antragsgegners nur ausnahmsweise verzichtbar, wenn sie den Zweck des Verfahrens vereiteln würde. Das BVerfG nennt als Beispiel für einen Ausnahmefall unter anderem das ZPO-Arrestverfahren. Nur in solchen Ausnahmefällen reicht es aus, nachträglich Gehör zu gewähren.

In allen anderen Fällen gilt: Nach dem Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit kommt eine stattgebende Entscheidung über den Verfügungsantrag nur in Betracht, wenn der Gegner zuvor die Möglichkeit hatte, auf das mit dem Antrag geltend gemachte Vorbringen zu erwidern. Was die Art und den Zeitpunkt der Gehörsvergewährung angeht, kann das Fachgericht auch die vorprozessuale Äußerung des Gegners zu dem Vorwurf in dem Verfügungsantrag einbeziehen, wenn sichergestellt ist, dass solche Äußerungen dem Gericht vollständig vorliegen.

Kurzum: eine Anhörung kann im Einzelfall zum Beispiel auch im Rahmen einer Antwort auf die Abmahnung oder durch Äußerungen in einer Schutzschrift erfolgen. Das BVerfG betont allerdings, dass die Erwidlungsmöglichkeiten auf eine Abmahnung nur dann für die Gewährung des Gehörs in solchen Eilverfahren als ausreichend angesehen werden können, wenn erstens der Verfügungsantrag im Anschluss an die Abmahnung unverzüglich nach Ablauf einer angemessenen Frist für die begehrte Unterlassungserklärung bei Gericht eingereicht werde. Zweitens muss die abgemahnte Handlung sowie die Begründung für die begehrte Unterlassung mit dem bei Gericht geltend gemachten Unterlassungsbegehren identisch sein. Schließlich muss drittens der Antragsteller die Antwort auf die Abmahnung zusammen mit seiner Antragschrift bei Gericht einreichen.

Zusammenfassend ist festzuhalten: Wenn das Gericht die besondere Dringlichkeit und damit einen Ausnahmefall bejaht und keine mündliche Verhandlung anberaumt, muss dem Antragsgegner gleichwohl – von besonderen Ausnahmefällen abgesehen (wie zum Beispiel das ZPO-Arrestverfahren) – vor Erlass einer Verfügung durch das Gericht Gehör gewährt werden, wenn der Antragsgegner nicht in der gehörigen Form abgemahnt wurde oder der Verfügungsantrag gegenüber dem Gericht in anderer Weise oder mit ergänzendem Vortrag begründet wird als in der Abmahnung. Im Übrigen dürften für die Frage, ob vor Erlass einer einstweiligen Verfügung dem Antragsgegner rechtliches Gehör gewährt werden muss, im Beschwerdeverfahren keine anderen Kriterien als im erstinstanzlichen Verfügungsverfahren gelten<sup>75</sup>).

### 2. Antragsgegner muss über Hinweise unverzüglich informiert werden

Was die Praxis der gerichtlichen Hinweise vor Erlass einer einstweiligen Verfügung angeht, stellt das BVerfG unter Hinweis auf *Teplitzky*<sup>76</sup>) klar, dass dem Antragsgegner Gehör zu gewähren sei, wenn dem Antragsteller Hinweise nach § 139 ZPO erteilt werden, von denen der Antragsgegner sonst nicht oder erst nach Erlass einer nachteiligen Entscheidung erfährt. Der Antragsgegner muss also vor Erlass einer Entscheidung in den gleichen Kenntnisstand versetzt werden wie der Antragsteller, indem auch ihm die richterlichen Hinweise zeitnah mitgeteilt werden. Und sämtliche Hinweise müssen vollständig dokumentiert werden, so dass sich nachvollziehbar aus den Akten ergibt, wer wann wem welchen Hinweis gegeben hat<sup>77</sup>). Die bisherige Praxis, den Antragsteller telefonisch oder schriftlich auf Bedenken des

71) BVerfG, 30.09.2018 – 1 BvR 1783/17, WRP 2018, 1448, 1451 Rn. 17.

72) BVerfG, 30.09.2018 – 1 BvR 2421/17, WRP 2018, 1443, 1448 Rn. 39.

73) BVerfG, 30.09.2018 – 1 BvR 1783/17, WRP 2018, 1448, 1451 Rn. 15.

74) BVerfG, 30.09.2018 – 1 BvR 1783/17, WRP 2018, 1448, 1451 Rn. 20.

75) OLG Frankfurt a. M., 01.12.2014 – 6 W 103/14, GRUR-RS 2015, 07912.

76) *Teplitzky*, GRUR 2008, 34, 35.

77) BVerfG, 30.09.2018 – 1 BvR 1783/17, WRP 2018, 1448, 1452 Rn. 24.

## Löffel, Prozessuale Waffengleichheit im e. V.-Verfahren: auch u. gerade im Wettbewerbsrecht

Gerichts hinzuweisen, um ihm einseitig eine kurze Frist zur Nachbesserung einzuräumen, lässt sich demnach nicht mehr aufrechterhalten<sup>78)</sup>.

### 3. Geltung auch für den gewerblichen Rechtsschutz und das Wettbewerbsrecht

- 30 So nachvollziehbar es ist, dass nun möglicherweise in einzelnen Verfahren versucht wird, zu argumentieren, die neuen Entscheidungen des BVerfG betreffen nur Extremfälle im Presserecht, so schwer ist es, eine solche Auffassung überzeugend zu begründen. Das BVerfG schreibt klar und eindeutig, dass ein Gericht „auch“<sup>79)</sup> im Presse- und Äußerungsrecht der Gegenseite vor einer stattgebenden Entscheidung Recht auf Gehör gewähren muss. Auch mit Blick darauf, dass ein hohes Schutzniveau für geistiges Eigentum zu gewährleisten ist und die hierzu erforderlichen Maßnahmen unter anderem „wirksam“ und „abschreckend“ sein müssen<sup>80)</sup>, ist kein Grund ersichtlich, warum im Bereich des geistigen Eigentum (oder im Wettbewerbsrecht) für die Gerichtspraxis insoweit andere Maßstäbe gelten sollten als etwa im Presserecht, wo es unter anderem um falsche, möglicherweise kredit- oder gar existenzgefährdende Behauptungen über Unternehmen gehen kann. Die Interessenlage in den Rechtsgebieten, in denen einstweilige Verfügungsverfahren praktisch eine ganz maßgebliche Rolle spielt, stellt sich im Vergleich zum Presserecht nicht als grundlegend abweichend dar<sup>81)</sup>.

## IV. Praktische Auswirkungen der aktuellen Entscheidungen

### 1. Ist die Schubladenverfügung tot?

- 31 Die Schubladenverfügung ist nicht tot, jedenfalls nicht ganz. Von einer Schubladenverfügung oder Vorratsverfügung spricht man, wenn der Gläubiger ohne vorherige Abmahnung des Schuldners eine einstweilige Verfügung im Beschlusswege erwirkt<sup>82)</sup>, um erst danach abzumahlen<sup>83)</sup> und – nach fruchtlosem Fristablauf – den Beschluss zuzustellen. Auch in Zukunft wird es Fälle geben, in denen ohne vorherige Abmahnung des Schuldners und ohne Gehör in Form einer kurz befristeten Stellungnahme eine einstweilige Verfügung im Beschlusswege erlassen werden kann. Dabei geht es nicht um Fälle, in denen eine Schubladenverfügung im Einzelfall „Unsitte“<sup>84)</sup> sein mag, sondern um Fälle, in denen berechtigte Gründe dafür sprechen, dass das im Verfügungsantrag geltend gemachte Unterlassungsbegehren und dessen Begründung nicht identisch in der Abmahnung wiedergegeben werden kann. Zu denken ist hier an das geplante Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung. Der Entwurf des Gesetzes<sup>85)</sup> zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/943 enthält keine Regelungen zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen im vorprozessualen Bereich. Im Falle einer substantiierten und gehörigen Abmahnung besteht das Risiko, dass das Geschäftsge-

heimnis aufgrund des Bestimmtheitsgrundsatzes und der Voraussetzung der Deckungsgleichheit von Abmahnung und Verfügungsantrag bereits in der Abmahnung konkretisiert und damit faktisch offengelegt werden müsste. Damit würde das Geschäftsgeheimnis in der Abmahnung offenbart, was dessen Schutz in Frage stellt<sup>86)</sup>. Hier kann nach Ansicht des Verfassers eine der „besonderen Verfahrenslagen des einstweiligen Rechtsschutzes“<sup>87)</sup> vorliegen, in denen eine vorherige Anhörung verzichtbar ist.

### 2. Kurze Reaktionszeiten

Das BVerfG stellt klar, dass die Annahme eines besonders dringenden Falles im Sinne des § 937 Abs. 2 ZPO sowohl seitens des Antragstellers als auch seitens des Gerichts eine entsprechend zügige Verfahrensführung voraussetzt<sup>88)</sup>. Gerichte sind daher gehalten, kurze Stellungnahmefristen zu setzen. Räumt das Gericht vor Erlass der Verfügung die Möglichkeit einer kurz befristeten Stellungnahme ein, sollten Stellungnahmefristen von wenigen Tagen ausreichen. Ein Gegner, der sich im Eilverfahren verteidigen will, muss sich freilich Anwälte suchen, die darauf spezialisiert sind, kurzfristig zu reagieren, und zwar im Einzelfall auch innerhalb von Stunden, wenn es um zeitgebundene Veranstaltungen – z. B. Messen und damit um Abmahnungen mit sehr kurzer Frist – geht.

Die Entscheidungen des BVerfG verpflichten Anwälte aber nicht nur zu einer besonders zügigen, sondern auch zu besonders sorgfältiger Arbeit im Rahmen der Abmahnung<sup>89)</sup> und des Antrages auf Erlass einer einstweiligen Verfügung. In der Praxis sind zahlreiche handwerkliche Fehler und damit einhergehende Verzögerungen denkbar, die das Gericht nach der Rechtsprechung des BVerfG dazu zwingen, die Frage der Dringlichkeit erneut zu überdenken und gegebenenfalls eine mündliche Verhandlung anzuberaumen, weil eine unverzügliche Entscheidung anders als zunächst vorgesehen nicht zeitnah ergehen kann<sup>90)</sup>.

Ein Beispiel: Der Gläubiger mahnt seinen Gegner wegen einer angeblichen Produktnachahmung ab und führt in der kurz begründeten Abmahnung eine Warenformmarke und ein Gemeinschaftsgeschmacksmuster ins Feld. Der Gegner gibt keine Unterlassungserklärung ab. Der Anwalt des Antragstellers muss nach Erhalt der Antwort auf die Abmahnung erst einmal abwarten, weil sein Mandant über das weitere Vorgehen noch nicht entschieden hat<sup>91)</sup>. Nachdem einige Zeit vergangen ist, reicht der Anwalt des Antragstellers noch innerhalb der sogenannten Dringlichkeitsfrist einen Verfügungsantrag bei der Zivilkammer eines zuständigen Gerichts ein, und zwar nun gestützt auf wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz (UWG), hilfsweise auf ein Gemeinschaftsgeschmacksmuster und weiter hilfsweise auf eine Warenformmarke. Der Antragsteller legt dem Gericht mit dem Verfügungsantrag die Antwort auf die Abmahnung vor, in der die marken- und geschmacksmusterrechtlichen Ansprüche zurückgewiesen werden. Das Gericht muss dem Gegner aufgrund der in der Abmahnung nicht erwähnten (oder nicht ausreichend

78) *Lerach*, jurisPR-WettbR 11/2018 Anm. 1, Abenddämmerung für die Beschlussverfügung?

79) BVerfG, 30.09.2018 – 1 BvR 1783/17, WRP 2018, 1448, 1451 Rn. 18.

80) Art. 3 Abs. 2 der RL 2004/48/EG.

81) *Lerach*, jurisPR-WettbR 11/2018 Anm. 1, Abenddämmerung für die Beschlussverfügung?

82) *Sosnitzka*, in: Ohly/Sosnitzka UWG, 7. Aufl. 2016, § 12 Rn. 8.

83) Nach OLG Frankfurt a. M., 19.02.2015 – 16 U 141/14, juris, soll es rechtsmissbräuchlich sein, wenn in der anwaltlichen Abmahnung angedroht wird, dass der Abmahnende nach Fristablauf „die ihm zustehenden Unterlassungsansprüche gerichtlich durchzusetzen“ werde, wenn parallel zu diesem Abmahnschreiben bereits eine Schubladenverfügung beantragt und erlassen wurde. Dies stelle eine bedingt vorsätzliche arglistige Täuschung des Erklärungsempfängers über den Stand der gerichtlichen Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs dar.

84) *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson (Fn. 6), § 12 Rn. 1.74.

85) GeschGehG-RegE, BT-Drs 19/4724.

86) Ausführlich hierzu *Laoutoumai/Baumfalk*, WRP 2018, 1300.

87) BVerfG, 30.09.2018 – 1 BvR 1783/17, WRP 2018, 1448, 1451 Rn. 15.

88) BVerfG, 30.09.2018 – 1 BvR 1783/17, WRP 2018, 1448, 1450 Rn. 20.

89) *Höch*, zpublog.de, „Alles neu, alles anders?“, 07.11.2018.

90) BVerfG, 30.09.2018 – 1 BvR 1783/17, WRP 2018, 1448, 1450 Rn. 20.

91) Das Zuwarten innerhalb der von den jeweiligen Oberlandesgerichten entwickelten sogenannten Dringlichkeitsfrist ist zwar noch nicht per se dringlichkeitsschädlich (*Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson (Fn. 6), § 12 Rn. 3.15). Dringlichkeitsschädlich kann im Einzelfall aber sein, dass der Antragsteller das Verfahren nur zögerlich einleitet (KG, 17.10.2014 – 5 U 63/14, GRUR-RR 2015, 181, 183) oder nach Verfahrenseinleitung durch sein Verhalten zu erkennen gibt, dass die Sache für ihn nicht (mehr) eilig ist (OLG Düsseldorf, 11.03.1999 – 2 U 165/98, WRP 1999, 865, 867; OLG Hamburg, 18.08.2017 – 7 U 72/17, WRP 2017, 1413; *Teplitzky*, WRP 2013, 1414; *Kehl*, FS für Loschelder, 2010, S. 139, 146). Starre Zeitregeln für die Schädlichkeit lassen sich nicht aufstellen (*Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren (Fn. 14), 54. Kapitel Rn. 24, 27).



## Löffel, Prozessuale Waffengleichheit im e. V.-Verfahren: auch u. gerade im Wettbewerbsrecht

substantiierten) Ausführungen zum Leistungsschutz Gelegenheit zur Stellungnahme geben. Der Anwalt des Antragsgegners beantragt im Rahmen der Stellungnahme Verweisung an die zuständige Kammer für Handelssachen, wodurch es logischerweise zu weiteren Verzögerungen kommt. Sowohl die Gewährung rechtlichen Gehörs durch das Gericht als auch den Verweisungsantrag hätte der Antragsteller verhindern können. Da er nicht in gehöriger Form abgemahnt hat, muss er nun damit rechnen, dass das Gericht eine mündliche Verhandlung anberaunt.

### 3. Bekanntgabe von Hinweisen und schriftliche Anhörung

35 Einseitige Hinweise vor Erlass der einstweiligen Verfügung darf es zukünftig nicht mehr geben, weil das Gericht dem Gegner solche Hinweise unverzüglich mitteilen muss. Ein Verfügungsantrag mit kleinsten Mängeln, welcher das Gericht dazu zwingt, den Antragsteller zu kontaktieren, führt daher regelmäßig zur Einbeziehung des Antragsgegners vor Erlass der einstweiligen Verfügung. Die Bekanntgabe eines Hinweises an den Gegner oder dessen Anhörung bedeutet freilich nicht, dass aufgrund der damit eintretenden Verzögerung eine einstweilige Verfügung sodann nicht mehr – ausnahmsweise – ohne mündliche Verhandlung erlassen werden kann. Denn Hinweise – idealerweise nur noch schriftlich per Fax oder E-Mail<sup>92)</sup> – gegenüber dem Antragsgegner zur schriftlichen Stellungnahme ermöglichen eine zügige Verfahrensführung<sup>93)</sup>, insbesondere wenn Richter mit den Parteien bzw. deren Vertretern elektronisch kommunizieren und nicht gerichtsinterne Abläufe oder die fehlenden technischen Möglichkeiten in den Gerichten dazu führen, dass ein Schreiben des Gerichts nebst Antragschrift in einstweiligen Verfügungsverfahren per Post versandt wird und Tage braucht, um seinen Weg zum gegnerischen Anwalt zu finden<sup>94)</sup>.

36 Für die Praxis von erheblicher Bedeutung dürfte es sein, dass das BVerfG den Mittelweg<sup>95)</sup> zwischen Anberaumung eines Termins und Entscheidung ohne mündliche Verhandlung – nämlich die schriftliche Anhörung des Antragsgegners – billigt, indem es verschiedene Arten der Gehörsgewährung vor Erlass einer Beschlussverfügung für zulässig erachtet. Dem Gegner kann damit im Beschlussverfahren vor der Entscheidung zum Verfügungsantrag vom Gericht die Möglichkeit eingeräumt werden, sich zu äußern und seine Einwendungen vorzubringen<sup>96)</sup>.

### 4. Ausländische Prozessparteien

37 Vor neue Herausforderungen können die „neuen“ Vorgaben des BVerfG Gerichte und Antragsteller im Einzelfall stellen, wenn Gegner im Ausland sitzen. Wie soll eine im Einzelfall erforderliche Anhörung des Antragsgegners im Ausland im Rahmen einer zügigen Verfahrensführung erfolgen, wenn das Gericht nur die Postadresse des Gegners kennt? Muss ein Verfügungsantrag, der zur Stellungnahme an einen Gegner zum Beispiel in den USA übersendet werden soll, erst übersetzt<sup>97)</sup> und in den USA zugestellt werden<sup>98)</sup>?

38 Dabei wird man zu bedenken haben, dass deutsche Entscheidungen in den Mitgliedstaaten der EU nur dann anerkannt sind, wenn ihnen ein kontradiktorisches Verfahren vorangegangen ist,

dem Antragsgegner folglich rechtliches Gehör gewährt bzw. er zu einer mündlichen Verhandlung geladen wurde. Einstweilige Verfügungen mit Überraschungseffekt sind infolge dessen mit Bezug zum Ausland bereits deshalb problematisch<sup>99)</sup>.

Auch und insbesondere in solchen Fällen kann der Anwalt des Antragstellers durch handwerklich einwandfreie Arbeit im Vorfeld eines Verfügungsantrages Verzögerungen vermeiden. Wer als Anwalt in wichtigen Fällen den sichersten Weg gehen will, kann seiner Abmahnung bereits den übersetzten Entwurf des Verfügungsantrages beilegen und so sicherstellen, dass die Abmahnung und der später eingereichte Verfügungsantrag deckungsgleich sind.

Dabei tut ein Antragsteller gut daran, dem Gericht bereits mit dem Verfügungsantrag nicht nur die Postanschrift des Gegners, sondern unter anderem auch dessen Faxnummer zur Verfügung zu stellen, damit das Gericht dem Gegner den Verfügungsantrag auf diesem Wege zusenden und ihm so die Möglichkeit einer schriftlichen Anhörung eröffnen kann.

### 5. Schutzschriften

In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass über das Schutzschriftenregister hinterlegte Schutzschriften von den Gerichten nicht gefunden werden. Hat das Gericht das Vorbringen in einer Schutzschrift nicht zur Kenntnis genommen, soll die hieraus resultierende Verletzung des rechtlichen Gehörs zwar dadurch geheilt werden, dass das Gericht nach Einlegung des Widerspruchs das Vorbringen des Verfügungsbeklagten bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt<sup>100)</sup>. Wer den sicheren Weg gehen will, sollte aber auf die Abmahnung antworten, weil diese dem Gericht mit dem Verfügungsantrag vorgelegt – oder unverzüglich nachgereicht – werden muss und Gerichte – wenn sie die Entscheidungen des BVerfG richtig umsetzen – jedenfalls zukünftig stets darauf bestehen werden, dass der Antragsteller die Antwort auf die Abmahnung vorlegt oder erklärt, der Antragsgegner habe nicht reagiert. Ob Schutzschriften zukünftig an Bedeutung verlieren werden, weil sie meist die gleichen Ausführungen enthalten wie eine Antwort auf Abmahnungen, bleibt abzuwarten.

### V. Fazit

Die Entscheidungen des BVerfG sind – um die Frage von *Lerach*<sup>101)</sup> aus Sicht des Verfassers zu beantworten – keine „Abenddämmerung für die Beschlussverfügung“. Denn Beschlussverfügungen werden auch zukünftig – ausnahmsweise – möglich sein, wenn Anwälte mit der Abmahnung und dem Verfügungsantrag einwandfreie Arbeit abliefern und Gerichte Eilverfahren zügig führen. Da der gesetzliche Regelfall einer mündlichen Verhandlung möglicherweise – so die Einschätzung von *Lerach* – nur durch eine Verdoppelung der Kapazitäten an Personal und Ressourcen an den Landgerichten erfüllt werden kann, ist die Politik nun erst recht gefordert, endlich zu handeln und die technische und personelle Ausstattung in der Justiz erheblich zu verbessern.

#### Anm. der Redaktion:

Lesen Sie zu dieser Thematik auch den Beitrag von *Teplitzky*, Neuer Rechtsschutz gegen die Verletzung von Verfahrensgrundrechten beim Erlass einstweiliger Verfügungen, WRP 2017, 1163 ff.

92) *Lerach*, jurisPR-WettbR 11/2018 Anm. 1, Abenddämmerung für die Beschlussverfügung?

93) BVerfG, 30.09.2018 – 1 BvR 1783/17, WRP 2018, 1448, 1450 Rn. 20.

94) Zur „Digitalisierung der Justiz“ und den Problemen Interview mit RiAG *Windau*, 21.08.2018, legal-tech-blog.de.

95) *Scholz*, in: *Danckwerts/Papenhausen/Scholz/Tavanti* (Fn. 51), Rn. 919.

96) Hierzu *Danckwerts*, GRUR 2008, 763, 765; *Teplitzky*, WRP 2016, 1181, 1184.

97) Bei Auslandszustellungen innerhalb der EU kann häufig auf eine Übersetzung des zuzustellenden Schriftstücks verzichtet werden, *Fabig/Windau*, NJW 2017, 2502.

98) *Höch*, zpoblog.de, „Alles neu, alles anders?“, 07.11.2018.

99) *Voß*, in: *Cepl/Voß* (Fn. 36), § 937 Rn. 23.

100) OLG Stuttgart, 07.06.2018 – 2 U 156/17, WRP 2018, 1248.

101) *Lerach*, jurisPR-WettbR 11/2018 Anm. 1, Abenddämmerung für die Beschlussverfügung?