

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: Helmut Köhler zum 75. Geburtstag

- 1235 Prof. Dr. Christian Alexander**
Neue Transparenzanforderungen im Internet – Ergänzungen der UGP-RL durch den „New Deal for Consumers“
- 1242 Prof. Dr. Dr. h. c. Joachim Bornkamm**
Befreit die einstweilige Verfügung von den Fesseln des Arrestes!
- 1243 Prof. Dr. Benedikt Buchner, LL.M.**
Datenschutz und Kartellrecht
- 1249 Prof. Dr. Wolfgang Büscher**
Das Regel-Ausnahme-Verhältnis und die sekundäre Darlegungslast bei der geschäftlichen Entscheidung des Verbrauchers
- 1255 Jörn Feddersen, LL.M.**
Erster, Bester oder nur Erstbester? Über die Irreführung mit Testergebnissen
- 1259 Prof. Dr. Thomas Koch**
Kann die Äußerung unrichtiger Rechtsansichten wettbewerbsrechtlich verboten werden?
- 1265 Prof. Dr. Tobias Lettl, LL.M.**
Die geschäftliche Relevanz nach §§ 3 Abs. 2, 3a, 4a Abs. 1, 5 Abs. 1 S. 1 und 5a Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UWG
- 1275 Dr. Reiner Münker**
Helmut Köhler und das Lauterkeitsrecht: Über 20 Jahre wissenschaftlich fundierter Einfluss auf Rechtsprechung und Gesetzgebung
- 1279 Prof. Dr. Helmut Köhler**
Durchsetzung der DS-GVO – eine Aufgabe auch für Mitbewerber oder zumindest für Verbraucherverbände?
- 1286 Freddy Lucien Magdalena Kirschstein u. a., Vlaamse Gemeenschap**
EuGH, Urteil vom 04.07.2019 – C-393/17
- 1290 Skype Communications Sàrl/Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT)**
EuGH, Urteil vom 05.06.2019 – C-142/18
- 1296 Brötchen-Gutschein**
BGH, Urteil vom 06.06.2019 – I ZR 206/17
- 1375 Dringlichkeitsschädliche Sachbehandlung**
OLG München, Beschluss vom 08.08.2019 – 29 W 940/19
- 1378** Kommentar von **Oliver Löffel**

- 50 Denn der Begriff der „Werbung für Arzneimittel“ ist in Art. 86 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83/EG definiert als „alle Maßnahmen zur Information, zur Marktuntersuchung und zur Schaffung von Anreizen mit dem Ziel, die Verschreibung, die Abgabe, den Verkauf oder den Verbrauch von Arzneimitteln zu fördern“. Der Unionsgesetzgeber geht damit von einem *sehr weiten Begriff* der Werbung für Arzneimittel aus. Für verschreibungspflichtige Arzneimittel wird dieser weite Werbungsbegriff durch den Zweck der Richtlinie 2001/83 bestätigt, der darin besteht, einen wirksamen Schutz der öffentlichen Gesundheit zu gewährleisten, und der in Anbetracht der schwerwiegenden gesundheitlichen Folgen, zu denen ein Fehlgebrauch oder ein Überverbrauch solcher Arzneimittel führen kann, ein Verbot der Werbung für diese Arzneimittel rechtfertigt (EuGH, Urteil vom 5. Mai 2011 – C-316/09 Rn. 28 bis 30 [= K&R 2011, 639] – MSD Sharp & Dohme/Merckle).
- 51 Nach dem Wortlaut von Art. 86 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83/EG ist das Ziel der Botschaft das grundlegende Definitionsmerkmal der Werbung. Sofern die Botschaft zum Ziel hat, die Verschreibung, die Abgabe, den Verkauf oder den Verbrauch von Arzneimitteln zu fördern, handelt es sich um Werbung im Sinne dieser Richtlinie (EuGH, a. a. O., Rn. 31, 32).
- 52 Die beanstandete (Zeitungs-)Anzeige, mit der der Verbraucher ohne weitere Zwischenschritte konfrontiert wird – und allein mit diesem Aspekt zur Abgrenzung einer als „Pull-Dienst“ verfügbaren Mitteilung ohne Werbecharakter von einer solchen als „Push-Dienst“ verfügbaren mit Werbecharakter beschäftigten sich die vom Landgericht zitierten Ausführungen des EuGH, Urteil vom 05. Mai 2011 – C-316/09 [= K&R 2011, 639] – MSD Sharp & Dohme/Merckle, verfolgt zweifelsohne dieses Ziel. Hierdurch wird für den Verbraucher der Anreiz gesetzt, sich mit dem Angebot der Beklagten näher zu beschäftigen, und damit die Gefahr schwerwiegender gesundheitlicher Folgen, vor denen es den Verbraucher nach der Richtlinie zu schützen gilt, begründet. Die Relevanz der Anzeige wird mitnichten – so jedoch das Landgericht – „aufgrund der erforderlichen Eigeninitiative des Verbrauchers derart in den Hintergrund gerückt, dass sie nicht mehr mit den Gefahren der Internetseite(n) des Beklagten deckungsgleich sein kann“. Vielmehr ist sie der Ausgangspunkt einer Gefahr, die sich im Laufe des hiermit in Gang gesetzten Kaufentscheidungsprozess immer weiter konkretisiert.
- 53 Damit handelt es sich um „Werbung mit Arzneimitteln“ im Sinne der Richtlinie. Die Beklagte hat danach gemäß § 10 Abs. 1 HWG „Für verschreibungspflichtige Arzneimittel (...) geworben (...)“.
- 54 bb) Damit kommt es nicht darauf an, ob die Beklagte als ausländischer Versandhändler der Arzneimittelpreisbindung des § 7 Abs. 1 Nr. 2 HWG i. V. m. § 3 AMPPreisV zuwiderhandelt – und dies bedürfte ohnehin noch weiterer Feststellungen (vgl. BGH WRP 2017, 694 – Freunde werben Freunde).
- 55 Unbeantwortet bleiben kann auch, ob die Beklagte mit ihrer Werbung gegen § 43 Abs. 1 S. 1 AMG verstößt, was zweifelhaft ist (vgl. OLG München, Urteil vom 15. März 2012 – 29 U 3438/11, Rn. 55, juris) – und selbst der Kläger scheint ausweislich der Berufungsbegründung für den Regelungsbereich des HWG hiervon nicht überzeugt zu sein.
- 56 cc) Die Verfolgung dieser Zuwiderhandlung liegt im kollektiven Verbraucherschutzinteresse wie auch im Mitgliederinteresse, da es sich um keinen Bagatelverstoß handelt (vgl. *D. Baetge* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 8. Aufl., § 3 UKIaG Rn. 17 zur Neufassung des § 3 Abs. 2 Nr. 2 UKIaG).
- b) Die Wiederholungsgefahr wird aufgrund des bereits verwirklichten Verstoßes tatsächlich vermutet (Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 37. Aufl., § 2 UKIaG Rn. 37). Eine strafbewehrte Unterwerfungserklärung der Beklagten liegt nicht vor.
2. Damit kann auch dahinstehen, ob dem Kläger nicht ohnehin ein vertraglicher Unterlassungsanspruch auf der Grundlage der strafbewehrten Unterlassungserklärung der Beklagten vom 06.11.2017 zusteht. Es bedarf also keiner Erörterung, ob das nunmehr beanstandete Handeln mit der damals maßgeblichen Verletzungshandlung der Beklagten kerngleich ist.
- Hierfür spricht indes einiges. Denn mit der vorliegend in Rede stehenden Anzeige wirbt die Beklagte – nach den vorstehenden Ausführungen zu l.a) – letztlich (auch) für das verschreibungspflichtige Arzneimittel „Voltaren Emulgel“. Dies macht das Charakteristische der vertraglich untersagten Verletzungshandlung aus, ohne dass es der ausdrücklichen Erwähnung des Medikaments in der Anzeige selbst bedarf. (...)

Wettbewerbsrecht

Dringlichkeitsschädliche Sachbehandlung

UWG § 12 Abs. 2; ZPO § 922 Abs. 3

OLG München, Beschluss vom 08.08.2019 – 29 W 940/19

Vorinstanz: LG München I, 29.07.2019 – 39 O 9810/19

1. Zur (analogen) Anwendbarkeit der Dringlichkeitsvermutung des § 12 Abs. 2 UWG auf die Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen nach § 6 GeschGehG.

2. Haben sich für einen Antragsteller mehrere Rechtsanwälte einer Kanzlei als Prozessbevollmächtigte bestellt und ist einem dieser Prozessbevollmächtigten ein gerichtlicher Hinweis mit einer Fristsetzung von einer Woche zugestellt worden, kann eine die Dringlichkeit wahrende Sachbehandlung grundsätzlich nur dann angenommen werden, wenn bis zum Ablauf der gesetzten Frist eine Stellungnahme auf den Hinweis bei Gericht eingeht. Darauf, dass der Empfänger nicht der Sachbearbeiter gewesen sei und der Fristenlauf deswegen erst mit Zugang des Hinweises bei diesem zu laufen begonnen habe, kann sich der Antragsteller nicht berufen.

3. Rechtsmissbräuchliches Verhalten eines Antragstellers kann auch darin liegen, dass eine vor Antragstellung lediglich angekündigte außergerichtliche Stellungnahme dem Antragsteller erst nach Einreichung des Antrags zugeht, er diese dem Gericht aber gleichwohl nicht unaufgefordert zur Kenntnis bringt.

4. Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BVerfG (GRUR 2018, 1288, Rn. 24 [= WRP 2018, 1448]) kann es zwar entbehrlich sein, den bislang nicht am Verfügungsverfahren beteiligten Antragsgegner vor einer Entscheidung über die sofortige Beschwerde des Antragstellers gegen einen Zurückweisungsbeschluss zu hören, wenn die sofortige Beschwerde ihrerseits ohne Erfolg bleibt. Erforderlich kann jedoch dann die Bekanntgabe des die Beschwerde zurückweisenden Beschlusses an den Antragsgegner sein, um dem verfassungsrechtlichen Gebot der Waffengleichheit auch im Hinblick auf etwaige zukünftige Verfahren Rechnung zu tragen.

OLG München: Dringlichkeitsschädliche Sachbehandlung

Aus den Gründen:

- 1 I. Die Antragstellerin macht gegen die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Verfügung einen auf § 6 GeschGehG gestützten Unterlassungsanspruch geltend, weil diese ein nach Vortrag der Antragstellerin rechtswidrig kopiertes Adressverzeichnis gesetzeswidrig nutze.
- 2 Die Antragstellerin macht geltend, ihren geschäftlichen Schwerpunkt in der Vermittlung von medizinischem Fachpersonal zu haben: Ärzte aus dem Ausland wendeten sich an die Antragstellerin, damit diese für die anfragenden Ärzte neben weiteren Aufgaben auch nach potenziellen Arbeitgebern (z. B. Kliniken) suche. Zu diesem Zweck pflege die Antragstellerin das streitgegenständliche Adressverzeichnis.
- 3 Dieses habe eine ehemalige Angestellte, Frau L. S., kopiert und nutze es nach ihrem zwischenzeitlichen Ausscheiden für ihren jetzigen Arbeitgeber, die Antragsgegnerin, zwecks Akquise. Zum Kopiervorgang trägt die Antragstellerin in der Antragschrift vor, dass die ehemalige Angestellte der Antragstellerin Frau L. S. das streitgegenständliche Adressverzeichnis am 19.02.2019 kopiert habe, nachdem sie sich unter Beihilfe des für die IT-Sicherheit Verantwortlichen der Antragstellerin mittels eines dem System unbekanntem Computers Zugriff auf die Daten der Antragstellerin verschafft gehabt habe.
- 4 Am 17.06.2019 habe der Geschäftsführer der Antragstellerin eine mit der Absenderadresse s.@de versehene E-Mail erhalten, aus der sich für diesen in Zusammenschau mit den in der Antragschrift näher dargestellten Vorkommnissen ergeben habe, dass Frau S. das Adressverzeichnis am 19.02.2019 kopiert habe.
- 5 Nachdem die Antragstellerin die Antragsgegnerin außergerichtlich mit Anwaltsschreiben vom 04.07.2019 zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung aufgefordert hatte und diese eine inhaltliche Antwort erst zum 19.07.2019 angekündigt hatte, hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 15.07.2019, bei Gericht eingegangen am 16.07.2019 den Erlass einer einstweiligen Verfügung beantragt, mit der der Antragsgegnerin bei Meidung der gesetzlichen Ordnungsmittel verboten werden sollte, das elektronische Adressverzeichnis (Adressverzeichnis mit Kliniken) der Antragstellerin, welches von Frau L. S. kopiert wurde, zu benutzen und/oder zu vervielfältigen.
- 6 Mit Verfügung vom 16.07.2019 hat die Vorsitzende der am Landgericht mit der Sache befassten Kammer die Antragstellerin ua darauf hingewiesen, dass der Antrag konkretisiert werden müsse, damit klar sei und nicht dem Vollstreckungsverfahren überlassen bleibe, welche Adressen zum Zeitpunkt des vermuteten Kopiervorgangs Gegenstand des Adressverzeichnisses gewesen seien. Als Frist hierfür wurde 1 Woche gesetzt (...).
- 7 Die Verfügung wurde per beA seitens der gerichtlichen Geschäftsstelle versandt und nach dem Vortrag der Antragstellervertreter dem dort beschäftigten Partner, Herrn Rechtsanwalt S., am 19.07.2019 um 12:24 Uhr zugestellt (...). Eine schriftliche Stellungnahme auf diesen Hinweis erfolgte bis zum Ablauf des 26.07.2019 nicht.
- 8 Nachdem laut Aktenvermerk der Kammervorsitzenden vom 29.07.2019 (...) am selben Tag der Antragstellervertreter angerufen und nachgefragt habe, ob er das gesamte Adressverzeichnis in ausgedruckter Form einreichen müsse oder die Vorlage eines Sticks ausreichend sei, hat die Kammer am selben Tag den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung mangels Dringlichkeit zurückgewiesen. Ein am selben Tag eingegangener Schriftsatz der Antragstellervertreter, datiert auf den 26.07.2019, in dem der Antrag umformuliert und nunmehr vorgetragen wird, dass eine Überprüfung des IT-Systems ergeben habe,

dass der Inhalt des Adressverzeichnisses bereits am 14.02.2019 kopiert worden sei und der Geschäftsführer am 25.07.2019 vom Ergebnis der IT-Überprüfung erfahren habe, dass der Inhalt des Adressverzeichnisses bereits am 14.02.2019 kopiert worden sei, wurde in dieser Entscheidung nicht berücksichtigt.

Hiergegen wendet sich die Antragstellerin mit ihrer sofortigen Beschwerde vom 02.08.2019. Sie macht geltend, sich nicht dringlichkeitsschädlich verhalten zu haben, da die Zustellung der Verfügung an Herrn Rechtsanwalt S. nicht an den Sachbearbeiter erfolgt sei und daher „falsch“ adressiert worden sei. Aufgrund dessen sei es bei der Vorlage der Verfügung zu einer Verzögerung gekommen, die beim Sachbearbeiter, der vom 21.07.2019 bis 24.07.2019 in Urlaub gewesen sei, erst am 22.07.2019 vorgelegt worden sei. Am 25.07.2019 habe der Sachbearbeiter mindestens drei Mal versucht, die Kammervorsitzende erfolglos telefonisch zu erreichen, um zu erfahren, ob das Gericht das Adressverzeichnis ausgedruckt auf Papier bevorzuge oder in der Form einer elektronischen Speicherung auf einem „Memorystick“. Der Sachbearbeiter habe sich um einen schnellen telefonischen Gerichtshinweis bemüht, weil die Sache dringlich sei. Nach dem Telefonat vom 29.07.2019, in dem der Sachbearbeiter auch auf Zweifel an der Dringlichkeit hingewiesen worden sei, habe er das Adressverzeichnis ausdrucken lassen und den Schriftsatz zzgl. des Adressverzeichnisses an das LG München versandt, welcher am 30.07.2018 bei Gericht eingegangen sei.

Das Landgericht hat der sofortigen Beschwerde nicht abgeholfen (Beschluss vom 05.08.2019). (...)

II. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin hat keinen Erfolg. Das Landgericht hat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zu Recht zurückgewiesen, da sich die Antragstellerin dringlichkeitsschädlich verhalten hat und es deshalb an einem Verfügungsgrund fehlt. Ob der Verfügungsantrag ungeachtet dessen als zulässig anzusehen ist und der behauptete Verfügungsanspruch zu bejahen ist, kann dahinstehen.

1. Das GeschGehG selbst enthält – anders als etwa das UWG in § 12 Abs. 2 UWG – keine speziellen Bestimmungen für die Geltendmachung der dort vorgesehenen Ansprüche im einstweiligen Rechtsschutz, so dass entsprechend der Begründung zum RegE vom 04.10.2018 (BT-Drs 19/4724, dort S.34) zu Abschnitt 3 die allgemeinen verfahrensrechtlichen Bestimmungen zur Anwendung kommen, also diejenigen aus GVG und ZPO (McGuire, in: Büscher, UWG, § 15 GeschGehG Rn. 7). Ob angesichts dessen, dass durch das am 26.04.2019 in Kraft getretene GeschGehG die bis dahin geltenden §§ 17 bis 19 UWG ersetzt wurden, für die Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen nach § 6 GeschGehG im einstweiligen Rechtsschutz die Dringlichkeitsvermutung des § 12 Abs. 2 UWG analog anzuwenden ist, kann vorliegend allerdings dahinstehen. Denn selbst wenn man zugunsten der Antragstellerin eine Dringlichkeitsvermutung annehmen wollte, ist diese jedenfalls durch das der Antragstellerin zuzurechnende dringlichkeitsschädliche Verhalten ihrer Prozessbevollmächtigten als widerlegt anzusehen.

a) Allerdings erscheint es bereits fraglich, ob § 12 Abs. 2 UWG im vorliegenden Fall analog angewendet werden kann, da dies eine planwidrige Regelungslücke voraussetzen würde und ferner, „dass der zu beurteilende Sachverhalt so weit mit dem Tatbestand vergleichbar ist, 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 gekommen“ (Feddersen, in: Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 12. Aufl., Kap. 54 Rn. 19a; BGH, GRUR 2003, 622, 623 [= WRP 2003, 891] – Abonnementvertrag). Dass diese Voraussetzungen vorliegend erfüllt

sind, erscheint zweifelhaft, zumal sich aus der im engen zeitlichen Zusammenhang zum hiesigen Gesetzgebungsverfahren erfolgten expliziten Aufnahme der Dringlichkeitsvermutung im MarkenG zu ergeben scheint, dass der Gesetzgeber beim GeschGehG bewusst von spezifischen Regelungen zum Verfügungsverfahren abgesehen hat, während er andere prozessrechtliche Fragen – wie diejenige der weitgehenden Abschaffung des Tatortgerichtsstands (vgl. Ohly, GRUR 2019, 441, 450) – ausdrücklich im GeschGehG gesetzlich geregelt hat.

- 14** b) Ob indes für die Geltendmachung von Ansprüchen nach § 6 GeschGehG eine Dringlichkeit gleichwohl zu vermuten ist oder der Verfügungsgrund nach allgemeinen Regeln (§ 936, § 920 Abs. 2 ZPO) glaubhaft zu machen ist, kann offen bleiben, denn vorliegend ist ein Verfügungsgrund wegen dringlichkeitsschädlichen Verhaltens im Laufe des Rechtsstreits zu verneinen.
- 15** aa) Als dringlichkeitsschädliches Verhalten ist ein solches anzusehen, das erkennen lässt, dass es dem Antragsteller mit der Durchsetzung seiner Ansprüche nicht eilig ist (st. Rspr., vgl. die Nachweise bei Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 37. Aufl., § 12 Rn. 3.15), so dass die Durchführung eines Eilverfahrens mit all den damit zu Lasten des Antragsgegners verbundenen Einschränkungen gegenüber einem Klageverfahren einerseits und die mit dem Eilverfahren verbundene Bevorzugung der Sachbehandlung gegenüber anderen beim angerufenen Gericht anhängigen Verfahren andererseits nicht mehr gerechtfertigt erscheint.
- 16** bb) Dringlichkeitsschädliche Auswirkungen auf den Verfügungsgrund entfalten dabei nicht nur Verhaltensweisen vor Antragstellung, sondern auch solche während des bereits anhängigen Verfahrens. So wirkt sich insbesondere das zögerliche Betreiben des Verfahrens nachteilig auf den Verfügungsgrund aus (vgl. Schmidt, in: Büscher, UWG, § 12 Rn. 168, 213 ff.; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 37. Aufl., § 12 Rn. 3.16; Retzer, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 4. Aufl., § 12 Rn. 321), wobei sich der Antragsteller Verzögerungen, die durch seinen Prozessbevollmächtigten verursacht werden, gem. § 85 Abs. 2 ZPO zurechnen lassen muss (Retzer, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 4. Aufl., § 12 Rn. 325; Berneke/Schüttpelz, Die einstweilige Verfügung in Wettbewerbsachen, 4. Aufl., Rn. 203). So hat dieser die Verfügungssache vorrangig zu erledigen und kann sich grundsätzlich weder auf eine eigene starke berufliche Beanspruchung noch auf Urlaub berufen (Berneke/Schüttpelz, Die einstweilige Verfügung in Wettbewerbsachen, 4. Aufl., Rn. 203; einschränkend Singer, in: Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 8. Aufl., Kap. 45 Rn. 52 a. E.).
- 17** cc) Gemessen an diesen Maßstäben haben sich die Prozessbevollmächtigten der Antragstellerin vorliegend dringlichkeitsschädlich verhalten, indem sie auf die ihnen nach eigenem Vortrag am 19.07.2019 zugegangene Verfügung der Vorsitzenden der 39. Zivilkammer am Landgericht nicht binnen der dort gesetzten Frist hin eine dem Hinweis entsprechende Antragskonkretisierung vorgenommen haben.
- 18** (i) Nach dem Vortrag der Antragstellerin in der sofortigen Beschwerde (...) wurde die landgerichtliche Verfügung vom 16.07.2019 (...) Herrn Rechtsanwalt S. per beA am 19.07.2019 zugestellt (...). Unstreitig und zudem ausweislich des Briefkopfes der Antragschrift ist Herr Rechtsanwalt S. Partner der prozessbevollmächtigten Kanzlei der Antragstellerin.
- 19** (ii) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin kommt es für die Frage, ob ein dringlichkeitsschädliches Verhalten der Antragstellervertreter vorliegt, nicht darauf an, ob Herr Rechtsanwalt S. auch Sachbearbeiter des hiesigen Verfügungsverfahrens ist. Denn auch ausweislich der Antragschrift ist als Prozessbevollmächtigter der Antragstellerin nicht Herr Rechtsanwalt B. allein

bestellt, sondern die Rechtsanwälte XXX: so heißt es folgerichtig in der Antragschrift: „Namens und im Auftrag der Antragstellerin beantragen wir (...) den Erlass folgender einstweiliger Verfügung“ und ferner in der sofortigen Beschwerde: „In dem Rechtsstreit (...) legen wir namens der Antragstellerin (...) sofortige Beschwerde ein“.

(iii) Den Prozessbevollmächtigten der Antragstellerin ist mithin **20** am 19.07.2019 die Verfügung des Landgerichts zugegangen mit der Folge, dass eine die Dringlichkeit wahrende Sachbehandlung nur dann angenommen hätte werden können, wenn bis zum Ablauf des 26.07.2019 eine Stellungnahme auf diesen Hinweis bei Gericht eingegangen wäre. Dies war indes nicht der Fall.

(iv) Die Umstände, die die Antragstellerin vortragen lässt, vermögen ihr zögerliches Verhalten nicht zu rechtfertigen. Vielmehr ergibt sich aus einer Zusammenschau der in der Woche vom 19.07.2019 bis 26.07.2019 behaupteten Tätigkeiten ein den Antragstellervertretern anzulastendes zögerliches Verhalten: Nachdem die landgerichtliche Verfügung am 19.07.2019 um 12:24 Uhr bei Herrn Rechtsanwalt S. eingegangen ist (...), wurde diese – ohne, dass hierfür eine Erklärung vorgebracht wird – erst am Nachmittag des 22.07.2019 an den Sachbearbeiter bei den Prozessbevollmächtigten der Antragstellerin weitergeleitet (...). Dieser befand sich jedoch bis 24.07.2019 seinem eigenen Vortrag nach im Urlaub, so dass die Verfügung des Landgerichts mangels anderer Angaben bis zum 25.07.2019 lediglich mehrfach weitergeleitet, aber nicht bearbeitet wurde. Vorkehrungen dafür, dass auch während des Urlaubs des Sachbearbeiters eine vorrangige Bearbeitung dieser Eilsache sichergestellt wäre, behauptet auch die Antragstellerin nicht ergriffen zu haben. Ungeachtet dessen ist dem Vorbringen der Antragstellerin nicht zu entnehmen, warum nicht noch am 25.07. bzw. am 26.07.2019 eine Stellungnahme durch den Sachbearbeiter an das Landgericht hätte gefertigt und diesem zugeleitet werden können. Soweit die Antragstellerin vortragen lässt, der Sachbearbeiter habe am 25.07.2019 mindestens drei Mal versucht, die Vorsitzende am Landgericht telefonisch zu erreichen, „um zu erfahren, ob das Gericht das Adressverzeichnis ausgedruckt auf Papier bevorzuge oder in Form einer elektronischen Speicherung auf einem Memorystick“, verhilft ihr dies nicht zum Erfolg, denn dies erklärt nicht, warum sie ihren konkretisierten Antrag nicht spätestens am 26.07.2019 bei Gericht hätte einreichen können. Zumindest hat sie ausweislich Bl. (...) der Akte einen entsprechenden Schriftsatz auf den 26.07.2019 datiert. Dass sie diesen nicht am gleichen Tag, sondern erst am 29.07.2019 an das Gericht weitergeleitet hat, lässt sich jedenfalls nicht damit rechtfertigen, dass eine vorherige telefonische Rücksprache mit dem Gericht am 25.07.2019 nicht möglich gewesen sein soll (ungeachtet dessen, dass Versuche, die Vorsitzende Richterin am Landgericht am 26.07.2019 zu erreichen, nicht behauptet werden).

dd) Für den mit Schriftsatz vom 26.07.2019 abgeänderten Antrag **22** kann sich die Antragstellerin auch nicht auf eine zwischenzeitlich neu in Gang gesetzte Dringlichkeitsfrist berufen.

(i) So wird der Antrag vom 26.07.2019 – bei Gericht eingegangen **23** am 29.07.2019 – auf einen von der Antragschrift abweichenden Sachvortrag gestützt. Zunächst wurde behauptet, dass die ehemalige Angestellte der Antragstellerin Frau L. S. das streitgegenständliche Adressverzeichnis am 19.02.2019 kopiert habe, nachdem sie sich unter Beihilfe des für die IT-Sicherheit Verantwortlichen der Antragstellerin mittels eines dem System unbekanntem Computers Zugriff auf die Daten der Antragstellerin verschafft gehabt habe. Im auf den 26.07.2019 datierten Schriftsatz wird demgegenüber vorgetragen, dass eine Überprüfung des

IT-Systems ergeben habe, dass der Inhalt des Adressverzeichnisses bereits am 14.02.2019 kopiert worden sei. Hiervon habe der Geschäftsführer der Antragstellerin am 25.07.2019 erfahren.

- 24** (ii) Wie sich aber dieser Vortrag zu den in der Antragschrift behaupteten Vorgängen verhält, insbesondere ob die Antragstellerin an ihrer noch in der Antragschrift vorgetragenen Version festhält, erklärt die Antragstellerin ebenso wenig, wie den Umstand, dass die im Schriftsatz vom 26.07.2019 geschilderte Untersuchung ersichtlich nicht bereits unmittelbar nach Kenntnis der E-Mail vom 17.06.2019 durchgeführt wurde. Auch dies offenbart ein der Antragstellerin anzulastendes zögerliches Verhalten bei der Sachverhaltsaufklärung, das der Annahme eines Verfügungsgrundes auch für den abgeänderten Antrag entgegensteht. Dies gilt selbst dann, wenn man unterstellt, dass der Geschäftsführer der Antragstellerin die behaupteten IT-Untersuchungsergebnisse erst am 25.07.2019 erfahren hat, zumal die Antragstellerin selbst vorträgt, dass die am 14.02.2019 als Kopie der Adressliste angeblich angefertigte Excel-Datei von Frau L. S. am 15.02.2019 an die E-Mail-Adresse des Geschäftsführers der Antragstellerin selbst geschickt wurde (...). Dieser hatte mithin bereits seit diesem Tag Kenntnis von der behaupteten Kopie der Adressliste in Form einer Excel-Datei, ohne dies spätestens nach Kenntnis der E-Mail vom 17.06.2019 zum Anlass zu nehmen, insoweit weitere Aufklärung zu betreiben, geschweige denn bereits am 15.02.2019 die aus Sicht des Geschäftsführers nicht erforderliche Erstellung einer Excel-Datei durch Frau S. zu hinterfragen. Ob bei der Überprüfung entdeckt wurde, dass sich Frau S. am 15.02.2019 bei der an diesem Rechtsstreit nicht beteiligten C. beworben hat, ist angesichts dieser dringlichkeitsschädlichen Aufklärungsbemühungen der Antragstellerin unerheblich, zumal sich den Ausführungen der Antragstellerin nicht entnehmen lässt, inwiefern die streitgegenständlichen Daten für die C. überhaupt von Interesse hätten sein können.
- 25** 2. Es kann daher dahinstehen, ob der Antrag im Übrigen als zulässig anzusehen ist. Insbesondere bedarf es keiner weiteren Aufklärung, ob die seitens der Antragsgegnerin im Schreiben vom 10.07.2019 (...) gegenüber der Antragstellerin angekündigte Stellungnahme bis 19.07.2019 zu der zuvor ausgesprochenen Abmahnung vom 04.07.2019 (...) zwischenzeitlich bei der Antragstellerin eingegangen ist. Denn wäre dies der Fall, dann wäre im Hinblick auf die dann bislang nicht erfolgte Vorlage dieser Stellungnahme zu erwägen, ob rechtmisbräuchliches Verhalten der Antragstellerin anzunehmen wäre (vgl. hierzu Senat, WRP 2017, 1523 – Vorenthalten der Abmahnungserwiderung; LG München I, WRP 2017, 496 – Titelerbschleichung).
- 26** 3. Ebenfalls offen bleiben kann, ob die Antragstellerin einen Verfügungsanspruch hinreichend dargetan hat. Insbesondere die Frage, wie es sich auswirkt, dass die behauptete Beschaffungshandlung durch die ehemalige Angestellte der Antragstellerin zeitlich vor Inkrafttreten des GeschGehG stattgefunden haben soll, die hier streitgegenständliche Nutzungshandlung indes nach Inkrafttreten des Gesetzes, bedarf vorliegend keiner Klärung. Nicht entschieden werden muss ferner, ob der Vortrag der Antragstellerin – der sich im Wesentlichen auf die Beschaffungshandlung(en) konzentriert – hinreichend substantiierten Sachvortrag zu dem nach § 4 Abs. 3 S. 1 GeschGehG zumindest erforderlichen Wissenmüssen bzgl. der dort näher genannten Umstände enthält.
- 27** III. Zu den Nebenentscheidungen: (...)
- 28** 4. Der Antragsgegnerin ist der hiesige Beschluss von Amts wegen über deren Prozessbevollmächtigte bekannt zu geben. § 922 Abs. 3 ZPO steht dem nicht entgegen. Denn nach der Rechtsprechung des BVerfG (GRUR 2018, 1288 [= WRP 2018, 1448]) ist es verfassungsrechtlich geboten, dem Antragsgegner auch dann

Hinweise des Gerichts zur Kenntnis zu bringen, wenn der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen wird. Dies betrifft insbesondere solche Hinweise, die es dem Antragsteller ermöglichen, zu Dringlichkeitsbedenken des Gerichts Stellung zu nehmen oder seinen Antrag nachzubessern (BVerfG, GRUR 2018, 1288, Rn. 24 [= WRP 2018, 1448]). Der Grund für die Mitteilung solcher Hinweise auch an den Antragsgegner liegt dabei nicht nur darin, dass sich der Antragsgegner im noch laufenden Verfügungsverfahren hierzu entsprechend verhalten kann, sondern auch in der dem Antragsgegner grundsätzlich zu verschaffenden Möglichkeit, diese Hinweise in einem etwaigen anderen Verfahren nutzbar zu machen (vgl. BVerfG, GRUR 2018, 1288, Rn. 24 [= WRP 2018, 1448]).

Vorliegend hat das Landgericht die der Antragstellerin erteilten Hinweise der Gegenseite vor seiner Entscheidung nicht zur Kenntnis gebracht. Angesichts dessen, dass – wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt – die bisher erteilten Hinweise nicht dazu führen, dass der Antragsgegner diese im hiesigen Verfahren, welches durch die Zurückweisung der Beschwerde rechtskräftig abgeschlossen wird, zu seinen Gunsten nutzen können müsste, erscheint eine Beteiligung vor der Zurückweisung der Beschwerde nicht geboten. Erforderlich ist jedoch die Bekanntgabe des Beschlusses mit den dortigen Ausführungen, damit dem verfassungsrechtlichen Gebot der Waffengleichheit auch im Hinblick auf etwaige zukünftige Verfahren hinreichend Rechnung getragen wird.

Sinn und Zweck von § 922 Abs. 3 ZPO, der der Sicherung des Eilrechtsschutzes dient (Vollkommer, in: Zöller, ZPO, 32. Aufl., § 922 Rn. 12), stehen einer solchen Bekanntgabe nicht entgegen: die Antragstellerin hat kein schützenswertes Geheimhaltungsinteresse daran, dass sie die Antragsgegnerin im Eilverfahren in Anspruch nimmt bzw. genommen hat, zumal die Antragsgegnerin bereits durch die Abmahnung von dem beabsichtigten Vorgehen der Antragstellerin in Kenntnis gesetzt wurde. Und erst recht hat die Antragstellerin kein schützenswertes Interesse daran, dass nur sie die Gründe kennt, aufgrund derer der Senat die sofortige Beschwerde zurückgewiesen hat.

KOMMENTAR

Die Entscheidung des OLG München behandelt aus prozessualer Sicht mehrere interessante Fragen. **1**

Erfreulicherweise macht das OLG München einleitend überzeugende Ausführungen zu der – soweit ersichtlich – in der Literatur und Rechtsprechung nicht thematisierten Frage, ob die Dringlichkeitsvermutung in Verfahren nach dem GeschGehG gilt (Rn. 12 der zuvor abgedruckten Entscheidung). Gegen eine analoge Anwendung des § 12 Abs. 2 UWG spricht, dass eine planwidrige Regelungslücke im GeschGehG fehlt. Der Gesetzgeber hat sich weit über die Umsetzungsfrist hinaus mit dem GeschGehG befasst und das Gesetz war keine leichte Geburt. Nun zu argumentieren, der Gesetzgeber hätte im GeschGehG die Regelung der Dringlichkeitsvermutung übersehen während er sie fast zeitgleich ins Markengesetz aufgenommen hat, hieße, den Gesetzgeber für dumm zu verkaufen. **2**

Im vorliegenden Fall kam es auf die Entscheidung dieser Frage indes nicht an, weil die Antragstellerin aus mehreren Gründen dringlichkeitsschädlich handelte. Dringlichkeitsschädlich kann sich der Antragsteller in jedem Stadium des einstweiligen Verfügungsverfahrens verhalten (*Kehl*, in: FS für Loschelder, 2010, **3**

Löffel, Kommentar zu OLG München: Dringlichkeitsschädliche Sachbehandlung

S. 139 ff.; *Teplitzky*, WRP 2013, 1414). Das OLG bejaht mit überzeugender Begründung ein dringlichkeitsschädliches Verhalten der Antragstellerin bereits im Vorfeld des Verfügungsantrages, nämlich „dringlichkeitsschädliche Aufklärungsbemühungen“ (Rn. 24). Auch Verfügungsverfahren sollen gründlich vorbereitet sein (OLG Düsseldorf, 02.05.2019 – 20 U 116/18, WRP 2019, 899). Mit ihrer am 16.07.2019 eingereichten Antragschrift hatte die Antragstellerin den Erlass einer einstweiligen Verfügung beantragt. Nachdem die Antragstellerin sodann von dem LG unter anderem darauf hingewiesen wurde, dass der Antrag konkretisiert werden müsse, änderte sie ihren Antrag und reichte den geänderten Antrag am 29.07.2019 bei Gericht ein. In diesem Schriftsatz stützte sich die Antragstellerin auf einen von der Antragschrift abweichenden Sachvortrag, und zwar ohne etwa zu erklären, ob sie an ihrer noch in der Antragschrift vorgetragenen Version festhält. Darin sieht das OLG ein der Antragstellerin anzulastendes zögerliches Verhalten bei der Sachverhaltsaufklärung, welches der Annahme eines Verfügungsgrundes – auch(!) – für den abgeänderten Antrag entgegenstehe (Rn. 24).

- 4 Die Antragstellerin hat hier noch aus einem anderen Grund erkennen lassen, dass es ihr nicht so eilig ist: Nach dem Hinweis des LG versäumte sie die ihr gesetzte Frist zur Antragskonkretisierung. Der Urlaub eines Sachbearbeiters während eines laufenden Verfügungsverfahrens, die starke berufliche Beanspruchung eines Anwalts oder interne Organisationsdefizite rechtfertigen keine Verzögerung des Antragstellers im Verfügungsverfahren. Wer als Antragsteller in die Arena tritt und ein Eilverfahren beginnt – und wie so oft aufgrund der besonderen Dringlichkeit eine Beschlussverfügung fordert – muss das Verfahren nach Antragstellung auch selbst besonders dringend behandeln und sicherstellen, dass er stets binnen kürzester Zeit reagieren kann.
- 5 Nebenbei stellt das OLG klar, dass es rechtsmissbräuchlich sein kann, wenn eine vor Antragstellung angekündigte außergerichtliche Stellungnahme des Antragsgegners der Antragstellerin erst nach Einreichung des Antrags zugeht und der Antragsteller diese dem Gericht nicht unaufgefordert vorlegt (Rn. 25). Damit setzt das OLG seine Rechtsprechung aus dem Jahr 2017 fort, wonach es rechtsmissbräuchlich ist, wenn im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens die Erwiderung auf eine Abmahnung verschwiegen wird (OLG München, 08.06.2017 – 29 U 1210/17, WRP 2017, 1523). Antragsteller sind gut beraten, wenn sie die Antwort auf eine Abmahnung stets mit dem Verfügungsantrag vorlegen oder nachreichen statt zu anwaltlichen Taschenspielertricks (*Löffel*, GRUR-Prax 2017, 452) zu greifen. In Verfügungsverfahren nach dem GeschGehG kommt zudem der Verzicht auf die Abmahnung in Betracht, weil hier gute Gründe dafürsprechen können, dass – ausnahmsweise – eine Beschlussverfügung ohne vorherige Abmahnung und ohne Anhörung des Antragsgegners erlassen werden kann (*Löffel*, WRP 2019, 8, 13). Denn beim Streit um Geschäftsgeheimnisse kann nach Ansicht des Verfassers aufgrund der prozessualen Besonderheiten eine der „besonderen Verfahrenslagen des einstweiligen Rechtsschutzes“ vorliegen, von denen das BVerfG im Rahmen seiner wichtigen Entscheidung aus dem Jahr 2018 zum Recht auf prozessuale Waffengleichheit spricht (BVerfG, 30.09.2018 – 1 BvR 1783/17, WRP 2018, 1448, 1451 Rn. 15; lesenswert hierzu *Vollkommer*, MDR 2019, 965; *Mantz*, NJW 2019, 953).
- 6 Apropos: Aus den Aussagen des BVerfG in seiner vorgenannten Entscheidung schließt das OLG, dass der Beschluss, mit dem die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des LG zurückgewiesen wurde, der Antragsgegnerin von Amts wegen bekannt zu geben sei. Es sei nach der Rechtsprechung des

BVerfG verfassungsrechtlich geboten, dem Antragsgegner Hinweise des Gerichts zur Kenntnis zu bringen, wenn der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen wird, damit dem verfassungsrechtlichen Gebot der Waffengleichheit auch im Hinblick auf etwaige zukünftige Verfahren hinreichend Rechnung getragen wird. Das Mitteilungsverbot des § 922 Abs. 3 ZPO stehe dem nicht entgegen. Denn die Antragstellerin habe kein schützenswertes Geheimhaltungsinteresse daran, dass sie die Antragsgegnerin im Eilverfahren in Anspruch nimmt bzw. genommen hat. Erst recht habe die Antragstellerin kein schützenswertes Interesse daran, dass nur sie die Gründe kennt, aufgrund derer das OLG die sofortige Beschwerde zurückgewiesen hat (Rn. 30).

Ist das ein Kollisionskurs mit dem Text der ZPO, wie *Schumann* ⁷ meint (JZ 2019, 398, 402), weil § 922 Abs. 3 ZPO das Gegenteil befiehlt? Und kann mit Blick auf die Vorgaben des BVerfG in Verfügungsverfahren nur Folgendes gelten: Wo angehört werden muss (und nur dort), muss auch der Zurückweisungsbeschluss dem Gegner übermittelt werden? Unabhängig davon, dass das BVerfG im Jahr 2018 „befohlen“ hat, dass im Falle der Ablehnung eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung der Gegenseite etwaige Hinweise mitzuteilen sind, sollte man sich *erstens* den Zweck des Mitteilungsverbotes des § 922 Abs. 3 ZPO in Erinnerung rufen. Die Vorschrift beruht auf den Besonderheiten des Arrests: Der Antragsgegner soll nicht vorgewarnt werden (*Voß*, in: *Cepl/Voß*, 2. Aufl. 2018, ZPO § 922 Rn. 15). Auf das einstweilige Verfügungsverfahren passt diese Sondervorschrift im Regelfall nicht: Denn ein Antragsgegner muss regelmäßig (zu den Ausnahmen *Mantz*, NJW 2019, 953, 955; *Löffel*, WRP 2019, 8, 13) durch eine Abmahnung vor dem drohenden Angriff vorgewarnt werden. Wurde der Antragsgegner abgemahnt oder liegt dem Gericht eine Schutzschrift vor, ist der Gegner vorgewarnt. Ein Verfügungszweck kann in diesem Fall nicht gefährdet werden. Erst recht kann der Zweck des § 922 Abs. 3 ZPO, den Überraschungseffekt für einen nach der Zurückweisung wiederholten Antrag zu gewährleisten, nicht mehr unterlaufen werden, wenn der Antragsteller – wie hier – mit seiner sofortigen Beschwerde beim OLG scheitert. Denn diese Entscheidung des OLG ist rechtskräftig. Ein Verfügungszweck kann dann erst recht nicht mehr gefährdet werden. *Zweitens* – und auch das spricht für eine restriktivere Handhabung des § 922 Abs. 3 ZPO – ermöglicht die verbreitete Übung der Gerichte, zurückweisende Beschlüsse gem. § 922 Abs. 3 ZPO dem Antragsgegner nicht mitzuteilen, das „Abklappern“ verschiedener Gerichte durch den Antragsteller (für die Unzulässigkeit des Forum-Hoppings LG Frankfurt a. M., 27.08.2018 – 2-03 O 307/18, BeckRS 2018, 21749; für die Zulässigkeit LG Hamburg, 25.07.2014 – 324 O 252/14, BeckRS 2016, 20821), ohne dass der Antragsteller davon erfährt. Ein Problem, das durch den Gesetzgeber trotz guter Vorschläge (*Dankwerts*, GRUR 2008, 763, 767) immer noch nicht gelöst ist. Ein Akteneinsichtsantrag hilft in solchen Fällen oft nicht, weil Gerichte aus § 922 Abs. 3 ZPO immer noch schließen, dass sie nicht reagieren müssen (vgl. *Schmitt-Gaedke/Arz*, WRP 2012, 60 ff.; *Schulz*, WRP 2009, 1472 ff.). Eine restriktivere Handhabung des § 922 Abs. 3 ZPO, welche durch eine teleologische Begrenzung des Mitteilungsverbots dogmatisch gut begründet werden kann, würde der Waffengleichheit auch in solchen Verfügungsverfahren guttun, in denen nach den Vorgaben des BVerfG nicht angehört werden muss.

RA Oliver Löffel, Düsseldorf*

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 1390.