

Herausgeber

Prof. Dr. Helmut Köhler

Prof. Dr. Christian Alexander

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: RA Dr. Alexander R. Klett, LL.M.

EuGH: Der Verwirkungseinwand im Kennzeichenrecht ist ernst zu nehmen!

1059 Dr. Reto Mantz, Dipl.-Inf. und Oliver Löffel

Das prozessuale „Gesetz“ der Waffengleichheit in der Praxis – Ein Leitfaden

1067 Sebastian Laoutoumai, LL.M.

Greenwashing in der aktuellen Rechtsprechung und europäischen Gesetzgebung

1074 Prof. Dr. Felix Buchmann und Chiara Panfili, LL.M.

(K)ein selbstständiger Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten?

1078 Dr. Günter Barth

Die zivilrechtliche Durchsetzung von Preisangabenpflichten nach der PAngV-Novelle und nach BGH „Grundpreisangabe im Internet“

1083 Mag. Dr. Lothar Wiltschek und Dr. Katharina Majchrzak

Wettbewerbs- und Markenrecht in Österreich

1093 Landkreis Northeim/Daimler u. a.

EuGH, Urteil vom 01.08.2022 – C-588/20

1097 LKW WALTER Internationale Transportorganisation/ CB u. a.

EuGH, Urteil vom 07.07.2022 – C-7/21

1100 Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde wegen mangelhafter Abwägung bei Prüfung der Zulässigkeit einer Schiedsklausel

BVerfG, Beschluss vom 03.06.2022 – 1 BvR 2103/16

1106 YouTube II

BGH, Urteil vom 02.06.2022 – I ZR 140/15

1120 uploaded II

BGH, Urteil vom 02.06.2022 – I ZR 53/17

1125 Elektronischer Pressespiegel II

BGH, Urteil vom 28.07.2022 – I ZR 141/20

1177 Klimaneutrale Müllbeutel II

OLG Schleswig, Urteil vom 30.06.2022 – 6 U 46/21

Richter am LG Dr. Reto Mantz, Dipl.-Inf., Frankfurt a. M. und RA Oliver Löffel, Düsseldorf*

Das prozessuale „Gesetz“ der Waffengleichheit in der Praxis – Ein Leitfaden

INHALT

I. Einleitung

II. Gerichtliche Behandlung von Eilanträgen

1. Beschluss oder mündliche Verhandlung

2. Anhörungspflicht

- a) Prüfungspunkt 1: Vorgerichtliche Abmahnung
- b) Prüfungspunkt 2: Kongruenz von Abmahnung und Antrag
- c) Hinweise
 - aa) Teiltrücknahme nach Hinweis
 - bb) Vollständige Rücknahme
 - cc) Volle Zurückweisung des Antrags
 - dd) Vorgehen bei teilweiser Begründetheit des Antrags
 - ee) Form von Hinweisen
- d) Dauer des Verfahrens und drohendes Anhörungskarussell

III. Vorbereitung und Durchführung des Eilverfahrens aus Anwaltssicht

1. Prüfungspunkt 1: Abmahnung erforderlich?

2. Prüfungspunkt 2: Inhalt der Abmahnung

3. Prüfungspunkt 3: Frist

4. Prüfungspunkt 4: Reaktion auf Antwort des Antragsgegners

5. Prüfungspunkt 5: Korrespondenz

6. Prüfungspunkt 6: Zeitpunkt der Einreichung

IV. Reaktionen des Antragsgegners vor Entscheidung des Gerichts

1. Schutzschrift

2. Anhörung

V. Reaktionen des Antragsgegners nach Entscheidung des Gerichts

1. Verfahren beim Ausgangsgericht

2. Verfahren beim BVerfG

VI. Fazit

1 Seit seinen Grundsatzentscheidungen im Jahr 2018 bewegt die Rechtsprechung des BVerfG zum „Gesetz der Waffengleichheit“¹⁾ die Gerichte und sorgt für eine ständige Neujustierung der Praxis. Auch im Jahr 2022 hat das BVerfG in mehreren Fällen Fehler der Instanzgerichte in einstweiligen Verfügungsverfahren festgestellt und teilweise die Vollziehung von einstweiligen Verfügungen zeitweise ausgesetzt. Das BVerfG verliert wohl langsam die Geduld mit den Fachgerichten,²⁾ wobei die Rechtsprechung des BVerfG teilweise wechselhaft und schwer nachvollziehbar ist.³⁾ Der nachfolgende Beitrag soll für

die Praxis aufzeigen, wie einstweilige Verfügungsverfahren bestmöglich vorbereitet werden, wie Gerichte sinnvoll mit den Vorgaben des BVerfG umgehen und wann und wie der Antragsgegner(vertreter) taktisch mit möglichen Fehlern im Verfahren operieren kann.

I. Einleitung

Spätestens⁴⁾ seit den Grundsatzentscheidungen des BVerfG „Die F.-Tonbänder“⁵⁾ und „Steuersparmodell eines Fernsehmoderators“⁶⁾ und deren erster Einordnung in der Literatur⁷⁾ musste Anwälten und Richtern klar sein: Ein „Weiter so“ darf es in einstweiligen Verfügungsverfahren nicht geben, und zwar unabhängig davon, welches Rechtsgebiet sie zum Gegenstand haben,⁸⁾ wie auch das BVerfG klargestellt hat.⁹⁾ Die sodann in der Literatur geäußerte Hoffnung, die Rechtsprechungslinie des BVerfG im Jahr 2018 sei bei den Gerichten vollständig angekommen,¹⁰⁾ hat sich nicht durchgehend bestätigt. Dies zeigen drei neuere Beschlüsse des BVerfG, die Anlass dieses Beitrages sind. Wie im Jahr 2018 geht es um Entscheidungen aus dem Bereich des Presse- und Äußerungsrechts erstens des OLG Hamburg,¹¹⁾ zweitens des LG Berlin¹²⁾ und drittens des LG Hamburg¹³⁾ – ein Ungehorsam der besonderen Art?¹⁴⁾ Sind diese Gerichte gar auf Konfrontationskurs zum BVerfG, wie ein Wissenschaftler konstatiert?¹⁵⁾

4) Die Rechtsprechung des BVerfG im Jahr 2018 zeichnete sich bereits in einem obiter dictum im Jahr 2017 ab, BVerfG, 06.06.2017 – 1 BvQ 16/17, 1 BvQ 17/17, 1 BvR 764/17, 1 BvR 770/17, WRP 2017, 1073, was auch und insbesondere *Teplitzky* zu verdanken ist, der seinen Appell für die Einhaltung von Verfahrensgrundrechten im Recht der einstweiligen Verfügung in zahlreichen Aufsätzen und auf Vortragsveranstaltungen in gleicher oder ähnlicher Form jahrelang hartnäckig wiederholte, siehe nur WRP 2016, 1181 und WRP 2017, 1163.

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

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

7) *Löffel*, WRP 2019, 8; *Bornkamm*, WRP 2019, 1242; *Mantz*, NJW, 2019, 953; *Vollkommer*, MDR 2019, 965.

8) *Bornkamm*, GRUR 2020, 715, 719; *Vollkommer*, MDR 2019, 956, 967; *Büscher*, GRUR 2019, 217, 234: „verallgemeinerungsfähig und auf Verfügungsverfahren im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes ohne Weiteres übertragbar.“; *Leuering/Rubner*, NJW-Spezial 2022, 143 zur Geltung für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten; OLG München, 05.08.2021 – 29 U 6406/20, WRP 2021, 1495.

9) BVerfG, 24.03.2022 – 1 BvR 375/21, juris Rn. 12: „Seit der Entscheidung der 3. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 30.09.2018 – 1 BvR 1783/17 – wurde das Recht auf prozessuale Waffengleichheit als verfassungsrechtlicher Grundsatz in ständiger Rechtsprechung zunächst für das Äußerungsrecht, später auch für das Lauterkeitsrecht geklärt (...) Angesichts dieser Klärung der Rechtslage kann aber davon ausgegangen werden, dass das Recht auf prozessuale Waffengleichheit in einstweiligen Verfügungsverfahren vor den Zivilgerichten grundsätzlich Beachtung findet.“

10) *Ringer/Wiedemann*, GRUR-Prax 2020, 359, 360.

11) BVerfG, 01.12.2021 – 1 BvR 2708/19, WRP 2022, 423.

12) BVerfG, 11.01.2022 – 1 BvR 123/21, WRP 2022, 593.

13) BVerfG, 21.04.2022 – 1 BvR 812/22, WRP 2022, 844.

14) *Möller*, NJW-Editorial 16.03.2022, abrufbar unter <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/magazin/detail/ungehorsame-gerichte>.

15) *Muckel*, JA 2022, 518, 521: „Von wiederholten, aber versehentlichen prozessualen Pannen auszugehen, dürfte das Problem verniedlichen. In Wahrheit scheinen mindestens zwei Gerichte auf Konfrontationskurs zum BVerfG gegangen zu sein. Das widerspricht rechtsstaatlichem Denken im Allgemeinen und der verfassungsrechtlichen Stellung des BVerfG im Besonderen. Studierende und Referendare, deren berufliches Ziel die Justiz ist, sollten sich an dem Vorgehen der Pressekammer des LG Berlin und des Pressesenats des OLG Hamburg kein Beispiel nehmen, wohl aber an den auf prozessuale Chancengleichheit angelegten Ausführungen des BVerfG.“

* Der Beitrag gibt die persönliche Auffassung der Verfasser wieder. Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. 1197.

1) BVerfG, 01.12.2021 – 1 BvR 2708/19, WRP 2022, 423 Rn. 33.

2) *Lerach*, GRUR-Prax 2022, 191.

3) *Möller*, NJW-Editorial, 01.10.2020: „Die sowohl sprachlich als auch hinsichtlich der Gedankenführung wenig nachvollziehbare Begründung (...)“; abrufbar unter <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/magazin/detail/zugangsbeschaenkung?bifo=port>.

Mantz/Löffel, Das prozessuale „Gesetz“ der Waffengleichheit in der Praxis – Ein Leitfaden

- 3 Jedenfalls ist der Wortlaut des BVerfG in seinen neuen Beschlüssen gegenüber dem OLG Hamburg, dem LG Hamburg und dem LG Berlin deutlich und das BVerfG maßregelt die beteiligten Spruchkörper mit harten Worten.¹⁶⁾ Dabei hatten sich die Gerichte teilweise auch nach den Vorgaben des BVerfG im Recht gesehen und dies auch bekundet, im Fall des OLG Hamburg in Form einer Stellungnahme im Verfassungsbeschwerdeverfahren,¹⁷⁾ beim LG Berlin im Rahmen einer Einstellungsentscheidung nach § 707 ZPO.¹⁸⁾ Die Beschlüsse des BVerfG zeigen jedoch erneut auf, welche Probleme sich bei der Behandlung von Eilverfahren im Beschlusswege auftun können, wobei leider zu konstatieren ist, dass trotz der jahrelangen Rechtsprechung des BVerfG zur prozessualen Waffengleichheit noch offene Fragen verbleiben. Letzteres ist auch darauf zurückzuführen, dass die Rechtsprechung des BVerfG seit 2018 zum Recht auf prozessuale Waffengleichheit nicht frei von Widersprüchen und teilweise schwer nachvollziehbar ist:
- 4 In seiner Entscheidung 1 BvR 1246/20 im Jahr 2020 hatte das BVerfG einen Beschluss des LG Berlin im Äußerungsrecht wegen Verletzung des Rechts auf prozessuale Waffengleichheit gemäß Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG ausgesetzt und geschrieben: „Da die Rechtsbeeinträchtigung durch die einstweilige Verfügung in Gestalt eines weiterhin vollstreckbaren Unterlassungstitels noch fort dauert, muss der Bf. kein besonders gewichtiges Feststellungsinteresse geltend machen.“¹⁹⁾ Kurze Zeit später schrieb das BVerfG – 1 BvR 1379/20 – in einer Entscheidung zur prozessualen Waffengleichheit in einem lauterkeitsrechtlichen Verfügungsverfahren, in dem die einstweilige Verfügung fort dauerte, nicht jede Verletzung prozessualer Rechte könne unter Berufung auf die prozessuale Waffengleichheit im Wege einer auf Feststellung gerichteten Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden. Vielmehr bedürfe es eines hinreichend gewichtigen Feststellungsinteresses.²⁰⁾ Wie sich diese Rechtsprechung in 1 BvR 1379/20 (hinreichend gewichtiges Feststellungsinteresse erforderlich) mit der vorangegangenen Rechtsprechung in 1 BvR 1246/20 (kein besonders gewichtiges Feststellungsinteresse) verhält, blieb unklar. Dabei hätte es der Praxis gutgetan, wenn das BVerfG klargestellt hätte, was es fordert, statt der Literatur die Deutung zu überlassen, Karlsruhe sei wohl aufgrund einer mit „heißer Nadel“ gestrickten²¹⁾ Entscheidung zurückgerudert.²²⁾ In seiner jüngsten Entscheidung vom 21.04.2022 fordert das BVerfG wiederum kein „besonders gewichtiges Feststellungsinteresse“, weil die Rechtsbeeinträchtigung durch die Verfügung fort dauert.²³⁾ In der vorangegangenen Entscheidung vom 11.01.2022 wird kein „besonders gewichtiges Feststellungsinteresse“, sondern ein „hinreichend gewichtiges Feststellungsinteresse“ gefordert.²⁴⁾ In einem Beschluss vom 01.12.2021 verlangt das BVerfG ein – auf Wiederholungsgefahr gestütztes – „besonderes Feststellungsinteresse“, bejaht dies (obwohl das Landgericht die angegriffene einstweilige Verfügung bereits aufgehoben hatte) und schreibt: „Nur solange eine offen-

kundig prozessrechtswidrig erlassene einstweilige Verfügung noch fortwirkt und schwere, grundrechtlich erhebliche Nachteile des Beschwerdeführers im Sinne der § 32 Abs. 1, § 90 Abs. 2 S. 2 BVerfGG geltend gemacht werden, ist die Darlegung eines besonderen Feststellungsinteresses ausnahmsweise entbehrlich.“²⁵⁾

Der nachfolgende Beitrag soll einen Leitfaden für die richterliche und anwaltliche Praxis unter Beachtung der Rechtsprechung des BVerfG darstellen. Hierbei soll – im Bruch mit der verfahrensrechtlichen Chronologie – zunächst das gerichtliche Vorgehen nach Einreichung eines Eilantrags dargestellt werden, weil das anwaltliche Vorgehen vor Einreichung des Eilantrags in großen Teilen darin besteht, aus möglichen Fehlern im gerichtlichen Vorgehen Schlussfolgerungen für eine bessere Vorbereitung zu ziehen. Für den Anwalt auf Seiten des Antragsgegners wiederum ermöglicht das „Gesetz“ der Waffengleichheit diverse taktische Möglichkeiten.

II. Gerichtliche Behandlung von Eilanträgen

6 Geht ein Eilantrag bei Gericht ein, muss dieses – neben der Prüfung der Zulässigkeit und Begründetheit – eine Reihe von Entscheidungen treffen, um die prozessuale Waffengleichheit zu gewährleisten.

1. Beschluss oder mündliche Verhandlung

7 Zunächst ist zu entscheiden, ob mündlich verhandelt werden soll. Nach § 937 Abs. 2 ZPO kann eine gerichtliche Entscheidung in dringenden Fällen sowie dann, wenn der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen ist, ohne mündliche Verhandlung ergehen. Nach dem in dieser Vorschrift zum Ausdruck kommenden Regel-Ausnahmeverhältnis ist der Termin zur mündlichen Verhandlung die Regel – die Beschlussverfügung soll die Ausnahme sein.²⁶⁾ Das BVerfG betont jedoch in allen Entscheidungen, dass dem Gericht insoweit – insbesondere im Presserecht – ein weiter Wertungsrahmen offensteht, ob es nach § 937 Abs. 2 ZPO im Wege der mündlichen Verhandlung oder im Beschlusswege entscheidet.²⁷⁾ Die Beschlussverfügung ist daher bei besonderer Dringlichkeit weiterhin möglich.²⁸⁾ Im Presserecht sowie bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten und wettbewerbsrechtlich geschützten Interessen wird aufgrund der Gefahr der exponentiellen Schadensentwicklung in der Praxis regelmäßig von einer besonderen Dringlichkeit i. S. d. § 937 Abs. 2 ZPO auszugehen sein, weil jeder Tag ohne gerichtliche Entscheidung potenziell eine Vergrößerung des Schadens mit sich bringen kann.²⁹⁾

2. Anhörungspflicht

8 Entscheidet sich das Gericht gegen eine mündliche Verhandlung, muss vor einer Entscheidung möglicherweise die Antragsgegnerseite angehört werden.

a) Prüfungspunkt 1: Vorgerichtliche Abmahnung

9 Zunächst ist zu prüfen, ob der Antragsteller den Antragsgegner zuvor abgemahnt hat, um es der Gegenseite vorprozessual zu ermöglichen, „sich zu dem Verfügungsantrag zu äußern“.³⁰⁾ Ist dies nicht der Fall, muss geklärt werden, ob die Abmahnung

16) „Grundsätzliches Missverständnis“, BVerfG, 11.01.2022 – 1 BvR 123/21, WRP 2022, 593 Rn. 32; hierzu *Lerach*, GRUR-Prax 2022, 191; „Das BVerfG verliert wohl langsam die Geduld mit Fachgerichten“; *Berger*, GRUR-Prax 2022, 193, 194; „liest sich wie eine schallende Ohrfeige“; *Möller*, NJW 2022, 2084, 2089: „in ungewohnter Schärfe“.

17) Abrufbar unter <https://fragdenstaat.de/a/240581>.

18) BVerfG, 11.01.2022 – 1 BvR 123/21, WRP 2022, 593 Rn. 16.

19) BVerfG, 03.06.2020 – 1 BvR 1246/20, WRP 2020, 847 Rn. 13.

20) BVerfG, 27.07.2020 – 1 BvR 1379/20, WRP 2020, 1179 Rn. 9; *Tyra*, WRP 2020, 1525, 1527.

21) *Möller*, NJW-Editorial, 01.10.2020 (Fn. 3).

22) *Ringer/Wiedemann*, GRUR-Prax 2020, 359, 360.

23) BVerfG, 21.04.2022 – 1 BvR 812/22, WRP 2022, 844 Rn. 17.

24) BVerfG, 11.01.2022 – 1 BvR 123/21, WRP 2022, 593 Rn. 31: „Anzunehmen ist ein Feststellungsinteresse jedoch insbesondere, wenn eine Wiederholung der angegriffenen konkreten Maßnahme zu befürchten ist (vgl. BVerfGE 91, 125, 133), also eine hinreichend konkrete Gefahr besteht, dass unter im Wesentlichen unveränderten rechtlichen und tatsächlichen Umständen eine gleichartige Entscheidung ergehen würde.“

25) BVerfG, 01.12.2021 – 1 BvR 2708/19, WRP 2022, 423 Rn. 22.

26) *Löffel*, WRP 2019, 8, 10; *Berger*, GRUR 2021, 1131, 1133 – bemerkenswerterweise werfen beide Aufsätze im quasi identischen Titel die bezeichnende Frage auf: „Bleibt alles anders?“

27) Kritisch zur Annahme eines weiten Wertungsrahmens *Schumann*, IZ 2019, 398, 401.

28) LG Köln, 04.07.2022 – 28 O 168/22, juris: „Die Voraussetzungen für eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung (§ 937 Abs. 2 ZPO) liegen angesichts der im Äußerungsrecht bestehenden Interessenlage vor, zumal der Antragsteller das Verfahren zügig betrieben hat. Die Antragsgegnerinnen wurden angehört.“

29) *Berger*, GRUR 2021, 1131, 1135 zum Regelcharakter des Beschlussverfahrens im gewerblichen Rechtsschutz.

30) BVerfG, 01.12.2021 – 1 BvR 2708/19, WRP 2022, 423 Rn. 28.

Mantz/Löffel, Das prozessuale „Gesetz“ der Waffengleichheit in der Praxis – Ein Leitfaden

entbehrlich war, was in aller Regel zu verneinen ist.³¹⁾ Eine Entscheidung vollständig ohne Einbindung des Antragsgegners, sei es die gerichtliche Anhörung oder die diese ersetzende vorgeordnete Abmahnung, ist grundsätzlich nur zulässig, wenn ansonsten der Zweck des einstweiligen Verfügungsverfahrens vereitelt wird, insbesondere wenn eine Überraschung des Antragsgegners erforderlich ist.³²⁾ Die Tatsache, dass – z. B. im Falle einer Rechtsverletzung auf einer Messe – eine gerichtliche Entscheidung außerordentlich dringlich ist und nur mit einer Frist von wenigen Stunden³³⁾ abgemahnt werden kann, rechtfertigt nicht ohne Weiteres die Annahme, dass eine Vereitelungsgefahr besteht.

- 10** Eine Vereitelungsgefahr kann etwa im Falle des Arrests, bei der Besichtigung und Beschlagnahme von Waren oder Anlagen oder bei beabsichtigter Sequestration vorliegen.³⁴⁾ Wird z. B. mit der einstweiligen Verfügung gleichzeitig eine Sequestration beantragt, kommt es häufig darauf an, dass der Antragsgegner durch die Abmahnung nicht vorher gewarnt wird und Vorkehrungen treffen kann, die geeignet sind, die Sequestration zu vereiteln.³⁵⁾ Wurde nicht abgemahnt, war die Abmahnung aber erforderlich, muss der Antragsgegner vom Gericht angehört werden.
- 11** Sodann ist zu prüfen, ob eine in der Abmahnung gesetzte Frist vom Antragsteller abgewartet wurde, bevor er den Verfügungsantrag eingereicht hat. Wenn nicht, sollte die Frist vom Gericht abgewartet und der Antragsteller um Vorlage einer eventuellen Antwort gebeten werden. Insoweit ist darauf zu achten, ob der Antragsteller vorgerichtliche Antworten unmittelbar vorgelegt hat. Häufig hat das Gericht hier keine Einsichtsmöglichkeit und muss sich auf den Antragsteller verlassen, manchmal gibt es aber auch Hinweise in der Akte, in einem mit dem Antrag vorgelegten Fristverlängerungsgesuch oder einer Schutzschrift des Antragsgegners. Stellt sich heraus, dass der Antragsteller Antworten des Antragsgegners nicht vorgelegt hat, kann ein solcher Taschenspielertrick³⁶⁾ zum Nichterlass der begehrten einstweiligen Verfügung oder zu ihrer Aufhebung führen.³⁷⁾ Denn es ist rechtsmissbräuchlich, vorprozessuale Korrespondenz nicht mit dem Verfügungsantrag vorzulegen.³⁸⁾
- 12** Hat der Antragsgegner statt oder in Ergänzung zu einer vorgeordneten Antwort eine Schutzschrift hinterlegt, ist diese zu berücksichtigen. Um eine Schutzschrift nicht zu übersehen, sollte das Gericht bei Eingang eines Verfügungsantrages und vor Erlass einer einstweiligen Verfügung im Schutzschriftenregister prüfen, ob eine Schutzschrift des Antragsgegners in der Sache vorliegt, was aber bereits der üblichen Vorgehensweise jedenfalls bei spezialisierten Kammern der Landgerichte entsprechen dürfte. Für die Gewährung der prozessualen Waffengleichheit selbst hat die Schutzschrift allerdings relativ wenig Bedeutung. Ist z. B. die Abmahnung nicht mit dem Eilantrag kongruent (dazu sogleich Rn. 15 ff.), kann auch die Stellungnahme des Antragsgegners dieses Versäumnis nicht heilen, da die Gelegenheit zur Stellungnahme insoweit nicht hinreichend war.

b) Prüfungspunkt 2: Kongruenz von Abmahnung und Antrag

Wohl der schwierigste Punkt, an dem das BVerfG leider weiterhin keine durchweg verallgemeinerungsfähigen Maßstäbe aufgestellt hat, ist die Frage, ob der Eilantrag und die vorgerichtliche Abmahnung „identisch“ bzw. „kongruent“ sind.³⁹⁾ Hierbei sind natürlich die Antragschrift und die Abmahnung zu vergleichen. Beim Vergleich muss auch eine eventuelle vorgerichtliche Korrespondenz berücksichtigt werden, z. B. Antworten und Rückantworten. Schließlich ist auch eine Antwort des Antragstellers auf Hinweise des Gerichts als Vortrag zu werten, der mit allerhöchster Wahrscheinlichkeit zur Anhörungspflicht führt.

Als leitende Grundregel wird hier aber durchweg gelten müssen: Bei Zweifeln sollte angehört werden. Im Ergebnis sollten folgende Punkte überprüft werden:

- Ist der Streitgegenstand in irgendeiner Form verändert, z. B. durch Austausch des Bezugspunkts, des Vorwurfs oder durch Wechsel des Begehrs von der Unterlassung einer Tatsachenbehauptung auf Unterlassung der Erweckung eines Eindrucks, muss angehört werden.⁴⁰⁾ Wurde z. B. vorgerichtlich ein Unterlassungsanspruch auf eine deutsche Marke und UWG gestützt, ist der Verfügungsantrag nicht kongruent, wenn dieser auf eine Unionsmarke, UWG und §§ 823, 1004 Abs. 1 BGB gestützt ist.⁴¹⁾ Denn Streitgegenstand der Abmahnung und dessen (tatsächliche und rechtliche) Begründung in Abmahnung und Antragschrift sind in diesem Fall im Kern nicht „identisch“.⁴²⁾ Der Anspruchsgegner wird durch die Abmahnung nicht in die Lage versetzt, die angebliche Verletzungshandlung unter allen aus Sicht des Antragstellers gegenüber dem Gericht ins Feld geführten rechtlichen Gesichtspunkten zu reflektieren. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die Rechtsprechung des BVerfG zu der Frage, ob der Streitgegenstand ein Kriterium zur Bestimmung einer Kongruenz zwischen Abmahnung und Verfügungsantrag bezüglich des Unterlassungsverlangens darstellt, aufgrund der divergierenden Entscheidungen im Außenrecht und im UWG widersprüchlich erscheint.⁴³⁾
- Wurde der Wortlaut im Antragstenor im Vergleich mit der vorgerichtlich verlangten Unterlassungserklärung verändert, muss im Zweifel angehört werden.⁴⁴⁾
- Hat der Antragsteller vorgerichtlich die Unterlassungserklärung nicht vorformuliert, muss geprüft werden, ob sich das Begehren eindeutig aus der Abmahnung ergibt (s. dazu auch unten Rn. 37). Da hier stets Unsicherheiten bestehen werden und das BVerfG einen sehr strengen Maßstab beim Wortlaut der Anträge anlegt,⁴⁵⁾ wird in der Regel angehört werden müssen.

31) BVerfG, 01.12.2021 – 1 BvR 2708/19; WRP 2022, 423 Rn. 26.

32) BVerfG, 01.12.2021 – 1 BvR 2708/19; WRP 2022, 423 Rn. 26.

33) Löffel, WRP 2019, 8, 9; Petersenn/Peters, GRUR 2021, 553, 554 zur Vereinbarkeit der Rechtsprechung zur prozessualen Waffengleichheit mit der Durchsetzungs-Richtlinie.

34) OLG Frankfurt a. M., 26.02.2020 – 11 W 42/19; GRUR-RR 2020, 184; Bornkamm, GRUR 2020, 715, 720; Löffel, WRP 2019, 8 Rn. 6; Mantz, NJW 2019, 953, 955; Smirra, ZUM 2019, 63, 65; Mantz, WRP 2022, 154 Rn. 4.

35) OLG Frankfurt a. M., 16.03.2021 – 6 W 102/19; WRP 2021, 803, 804; OLG Frankfurt a. M., 17.12.2021 – 6 W 101/21; WRP 2022, 342, 343.

36) Löffel, GRUR-Prax 2017, 452.

37) OLG München, 05.08.2021 – 29 U 6406/20; WRP 2021, 1495, 1496; vgl. auch OLG Frankfurt a. M., 22.02.2019 – 1 W 9/19; BeckRS 2019, 12651.

38) OLG München, 08.06.2017 – 29 U 1210/17; WRP 2017, 1523; BVerfG, 03.12.2020 – 1 BvR 2575/20; WRP 2021, 461 Rn. 13.

39) Durch die Verwendung der Begriffe der „Kongruenz“, „Deckungsgleichheit“ bzw. „Identität“ ergibt sich kein relevanter Unterschied, Löffel, WRP 2020, 850, 851; Retzer, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, 5. Aufl. 2021, UWG § 12 Rn. 144.

40) BVerfG, 27.07.2020 – 1 BvR 1379/20; WRP 2020, 1179 Rn. 22; vgl. BVerfG, 01.12.2021 – 1 BvR 2708/19; WRP 2022, 423 Rn. 17: „Die Stellungnahme der Justizbehörde, die in der Sache die Stellungnahme des Pressesensats des Oberlandesgerichts übermittelt, führt aus, dass bereits die ursprüngliche Abmahnung denselben Streitgegenstand gehabt habe und es auf den bloßen Unterschied des Seitenumfangs nicht ankomme, weshalb eine Einbeziehung der Beschwerdeführerin im Verfahren nicht mehr erforderlich gewesen sei. (...) Insbesondere das Abstellen auf den Streitgegenstand als das wesentliche Kriterium für die Deckungsgleichheit zwischen Abmahnung und Verfügungsantrag geht an den verfassungsrechtlichen Anforderungen vorbei.“

41) Vgl. die Konstellation im Fall des LG München I, 15.02.2022 – 33 O 4811/21; GRUR-RR 2022, 11023, wobei insoweit keine Problematik der Waffengleichheit, sondern der Erstattung der Abmahnkosten vorlag.

42) Mantz, NJW 2019, 953, 955.

43) Hierzu Lerach, GRUR-Prax 2022, 191 m. w. N.

44) BVerfG, 27.07.2020 – 1 BvR 1379/20; WRP 2020, 1179 Rn. 13; Mantz, WRP 2020, 1250 Rn. 12; anders Bornkamm, GRUR 2020, 1163: „Die Abmahnung enthält freilich in der Regel kein Unterlassungsbegehren, das mit dem Unterlassungsantrag in der Formulierung zu vergleichen wäre.“

45) BVerfG, 27.07.2020 – 1 BvR 1379/20; WRP 2020, 1179 Rn. 13; Mantz, WRP 2020, 1250 Rn. 12.

Mantz/Löffel, Das prozessuale „Gesetz“ der Waffengleichheit in der Praxis – Ein Leitfaden

- 18 – Der Umfang von Abmahnung und Antrag ist zu vergleichen. Das BVerfG nimmt hier einen relativ formalen Standpunkt ein und stellt bei der Beurteilung der Kongruenz zwischen Abmahnung und Verfügungsantrag unter anderem auf den Umfang in Anzahl der Seiten ab.
- 19 – Leider lässt das BVerfG in seinen Entscheidungen hier jedoch klare Maßstäbe vermissen, und hat lediglich wiederholt ausgeführt, dass wegen des unterschiedlichen Umfangs die fehlende Kongruenz „augenscheinlich“⁴⁶⁾ sei oder „auf der Hand“⁴⁷⁾ liege. Dies ist aus Praxissicht aber keineswegs der Fall.⁴⁸⁾ Schon ein – was in der Praxis regelmäßig vorkommt – zwischen Abmahnung und Antrag verändertes Schriftbild (z. B. mehr Abstand links, 1,5-zeiliges Format etc.) kann die Unterschiede im Umfang erklären. Geht der Umfang über die hierdurch erklärbare Abweichung hinaus, wird anzuhören sein. Grundsätzlich unschädlich ist, wenn der Antragsteller im späteren Verfügungsverfahren weniger Rechtsverstöße geltend macht, als er mit der Abmahnung noch moniert hatte.⁴⁹⁾
- 20 – Inhaltlich ist der Vortrag in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu vergleichen. Das BVerfG geht von einer Anhörungspflicht stets aus, wenn der Antrag mit „ergänzendem Vortrag“ begründet wird.⁵⁰⁾ Die Hürde für eine „ergänzende“ Begründung dürfte relativ niedrig sein. Das BVerfG hatte insoweit bisher von einem „umfassenderen und differenzierteren Vortrag“ gesprochen⁵¹⁾ und nimmt in seiner Entscheidung vom 01.12.2021 an, dass sich die Streitlage schon dadurch verändert, dass im Verfügungsantrag ein neues Argument in den Rechtsstreit eingeführt wird.⁵²⁾ Eine inhaltliche Entsprechung von Abmahnung und Verfügungsantrag kann daher nicht vorliegen, wenn sich der Antragsteller in der Antragschrift mit den Argumenten der Gegenseite aus der vorgerichtlichen Antwort inhaltlich auseinandersetzt (sog. „verdeckte Replik“), weil der Antragsgegner im Zeitpunkt des Eingangs des Verfügungsantrags bei Gericht keine Gelegenheit hatte, auf die Argumente des Antragstellers zu erwidern und dem Gericht seine Sichtweise hierzu darzulegen.⁵³⁾ Selbst wenn der Eilantrag gegenüber der Abmahnung lediglich zusätzliche Rechtsprechung aufgreift, dürfte das BVerfG von fehlender Kongruenz ausgehen. Macht der Antragsteller im Eilantrag – anders als in der Abmahnung – Ausführungen zum Zeitpunkt der Kenntnisnahme vom Rechtsverstoß (und macht dies ggf. glaubhaft), hatte der Antragsgegner hierzu keine Möglichkeit der Stellungnahme. Es muss daher angehört werden. Im Ergebnis wird man daher nur bei praktischer Identität⁵⁴⁾ von Abmahnung und Verfügungsantrag von einer Anhörung absehen können.⁵⁵⁾
- 21 – Auch Glaubhaftmachungsmittel sind zu berücksichtigen. Fehlen diese in der Abmahnung und waren dem Antragsgegner nicht offenkundig bekannt, ist anzuhören.⁵⁶⁾ Dies gilt auch für eidesstattliche Versicherungen, wenn der Antragsgegner sich zum Glaubhaftmachungsmittel selbst (z. B. zur Glaubwürdig-

keit des Versichernden) nicht äußern konnte. So hatte das BVerfG im Fall des LG Hamburg eine Kongruenz der Abmahnung mit der Antragschrift unter anderem deshalb verneint, weil der Antragsgegner eine Stellungnahme unter anderem zur eidesstattlichen Versicherung der Antragstellerin nicht möglich war.⁵⁷⁾ An der Kongruenz zwischen Abmahnung und Verfügungsantrag dürfte es auch fehlen, wenn das Gericht vom Antragsteller informiert wird, dass dieser seinen Verfügungsantrag bereits bei einem anderen Gericht eingereicht hat (sog. Forum Shopping): Hat der Antragsteller einen Verfügungsantrag bei Gericht A eingereicht und nimmt er diesen nach einem Hinweis des Gerichts zurück und reicht ihn sodann bei Gericht B ein, muss er das Gericht davon unterrichten.⁵⁸⁾ Gericht A wiederum ist gehalten, dem Antragsgegner den Umstand der Rücknahme und die erteilten Hinweise mitzuteilen.⁵⁹⁾ Denkt man die strenge Linie des BVerfG fort, wird auch der Antragsgegner – jedenfalls von Gericht B – über den ersten Antrag und die Bedenken des Gerichts A vollumfänglich unterrichtet werden müssen, damit er „in den gleichen Kenntnisstand“⁶⁰⁾ versetzt wird wie der Antragsteller und Gelegenheit erhält, sich zu der umstrittenen Frage⁶¹⁾ der Zulässigkeit des Forum Shopping zu äußern. Wird nämlich dem Gläubiger die Gelegenheit geboten, statt der Durchführung des Verfahrens vor dem angerufenen Gericht, dessen Bedenken ihm mitgeteilt worden sind, eine neue Chance bei einem anderen Gericht zu suchen, so muss der Gegner sich im Sinne der prozessualen Waffengleichheit auch hiergegen zur Wehr setzen können.

c) Hinweise

22 – Erteilt das Gericht Hinweise, wozu es nach § 139 ZPO grundsätzlich auch im einseitigen einstweiligen Verfügungsverfahren verpflichtet sein kann,⁶²⁾ wird dies nach der strengen Linie des BVerfG regelmäßig zu einer Anhörungspflicht führen, weil der Hinweis dem Antragsteller eine Reaktionsmöglichkeit gibt, die dem Antragsgegner verwehrt bleibt.⁶³⁾ Hat sich das Gericht entschieden, einen Hinweis zu erteilen, ist insoweit zu unterscheiden.

aa) Teilrücknahme nach Hinweis

23 – Das LG Berlin hatte argumentiert, dass die Hinweise nur zu Lasten des Antragstellers gegangen seien und zu einer Teilrücknahme geführt hätten. Das hat das BVerfG offenbar nicht überzeugt.⁶⁴⁾ Dass die Hinweise zu Lasten des Antragstellers gehen, eröffnet ihm nämlich gerade die Möglichkeit zur Reaktion. Weiterhin fraglich ist, wie das BVerfG den Fall beurteilen würde, dass die Hinweise sich ausschließlich auf – abgrenzbare – Streitgegenstände beziehen, die auf die Hinweise vollständig zurückgenommen werden.⁶⁵⁾ Man könnte insoweit argumentieren, dass be-

46) BVerfG, 04.02.2021 – 1 BvR 2743/19, WRP 2021, 1287 Rn. 28: Sieben Seiten Abmahnung, 20 Seiten Antragschrift.

47) BVerfG, 21.04.2022 – 1 BvR 812/22, WRP 2022, 844 Rn. 25: Vier Seiten Abmahnung, sieben Seiten Antragschrift.

48) Kritisch auch *Lerach*, GRUR-Prax 2022, 191.

49) BVerfG, 22.01.2021 – 1 BvR 2793/20, juris Rn. 23; *Berger*, GRUR 2021, 1131, 1136; *Brandi-Dohrn*, IPRB 2021, 212, 214.

50) BVerfG, 30.09.2018 – 1 BvR 2421/17, WRP 2018, 1443 Rn. 36; BVerfG, 01.12.2021 – 1 BvR 2708/19, WRP 2022, 423 Rn. 28.

51) BVerfG, 03.06.2020 – 1 BvR 1246/20, WRP 2020, 847 Rn. 21.

52) BVerfG, 01.12.2021 – 1 BvR 2708/19; WRP 2022, 423 Rn. 31.

53) *Berger*, GRUR 2021, 1131, 1136.

54) OLG Nürnberg, 31.01.2022 – 3 W 149/22, NJOZ 2022, 286, 288 = WRP 2022, 523, Ls.; kritisch zum Identitätserfordernis *Lerach*, GRUR-Prax 2020, 401, 404 und *Berger*, GRUR 2021, 1131, 1136.

55) A. A. noch LG Frankfurt a. M., 03.04.2019 – 2-03 O 508/18, BeckRS 2019, 6218.

56) Anders wohl *Möller*, WRP 2020, 982 Rn. 19.

57) BVerfG, 21.04.2022 – 1 BvR 812/22, WRP 2022, 844 Rn. 25.

58) In diesem Fall soll Forum Shopping nach dem OLG Hamburg zulässig sein, 13.01.2022 – 7 W 156/21, GRUR 2022, 675; hierzu *Danckwerts*, jurisPR-WettbR 3/2022 Anm. 4; insgesamt zum Forum Shopping *Teplitzky*, WRP 2013, 839 in Erwidierung auf *Schmidhuber/Haberer*, WRP 2013, 436 sowie *Teplitzky*, WRP 2016, 917.

59) Dazu unten Rn. 25.

60) Vgl. BVerfG, 01.12.2021 – 1 BvR 2708/19; WRP 2022, 423 Rn. 29.

61) LG Frankfurt a. M., 27.08.2018 – 2-03 O 307/18, BeckRS 2018, 21749 m. w. N.; OLG Düsseldorf, 31.01.2019 – 1-20 U 87/18, WRP 2019, 487; *Teplitzky*, GRUR 2008, 34, 38.

62) Vgl. *von Selle*, in: BeckOK ZPO, 44. Ed. 01.03.2022, ZPO § 139 Rn. 11.

63) BVerfG, 01.12.2021 – 1 BvR 2708/19; WRP 2022, 423 Rn. 29; Zu großzügig *Dissmann*, GRUR 2020, 1152, 1159, der nur Hinweise für relevant hält, die einen Einfluss auf die Waffengleichheit haben, so dass der Antragsgegnerseite ein substantieller Nachteil entstehen würde, wenn sie von dem Hinweis nicht bereits vor der Entscheidung Kenntnis erlangt.

64) BVerfG, 11.01.2022 – 1 BvR 123/21, WRP 2022, 593 Rn. 37.

65) Der Fall des LG Berlin lag nach den Darstellungen des BVerfG jedenfalls anders, weil sich der erste Hinweis auf den gesamten Eilantrag bezogen hatte, BVerfG, 11.01.2022 – 1 BvR 123/21, WRP 2022, 593 Rn. 6, 39.

Mantz/Löffel, Das prozessuale „Gesetz“ der Waffengleichheit in der Praxis – Ein Leitfaden

züglich derjenigen (anderen) Streitgegenstände, in denen der Antragsteller erfolgreich war, die Hinweise die prozessuale Waffengleichheit nicht beeinträchtigt haben, weil sie keinen „substantziellen Nachteil“⁶⁶⁾ für den Antragsgegner darstellen. Die Argumentation, dass in solchen Fällen eine Anhörung nicht erforderlich sei, wäre im Verfahren vor dem BVerfG aufgrund seiner strengen Linie aber wohl zum Scheitern verurteilt, zumal mit einem solchen Hinweis zumindest eine temporäre Besserstellung des Antragstellers einhergeht und nicht auszuschließen ist, dass der Antragsteller solche Hinweise „in anderen gegen den Antragsgegner gerichteten Verfahren“⁶⁷⁾ nutzen könnte. Diese Besserstellung zwingt das Gericht, den Antragsgegner im Falle einer Teilrücknahme oder einer teilweisen Zurückweisung des Antrags vor einer Entscheidung unter Mitteilung der Hinweise anzuhören.⁶⁸⁾ Zudem fehlt, sobald die Antragstellerseite auf die Hinweise mit mehr als der reinen Teilrücknahme reagiert, die Kongruenz zwischen der Abmahnung und dem Vortrag im Eilantrag, so dass die Anhörungspflicht wiederum greift.

bb) Vollständige Rücknahme

24 Keine Anhörungspflicht dürfte bzw. sollte bestehen, wenn der Antrag auf den Hinweis des Gerichts vollständig zurückgenommen wird.⁶⁹⁾ Denn in einem solchen Fall wird der Antragsgegner tatsächlich durch die Hinweise nicht belastet und es handelt sich dabei nicht um Hinweise, von denen die Antragsgegnerseite – worauf das BVerfG abstellt⁷⁰⁾ – „sonst nicht oder erst nach Erlass einer für sie nachteiligen Entscheidung erfährt.“

25 Das BVerfG hat bereits in seinen Entscheidungen aus dem Jahr 2018 deutlich gemacht, dass dem Gericht in solchen Fällen eine Mitteilungspflicht obliegt. Würde der gerichtliche Hinweis auch in diesem Fall eine Anhörungspflicht auslösen, bestünde für diese Mitteilungspflicht kein Anwendungsbereich mehr. In Fällen, in denen nach gerichtlichem Hinweis die Zurückweisung des Antrags oder eine Rücknahme erfolgen, ist es daher vertretbar, den erteilten Hinweis gemeinsam mit dem Zurückweisungsbeschluss oder der Mitteilung der Antragsrücknahme zu übermitteln.⁷¹⁾

cc) Volle Zurückweisung des Antrags

26 Ist der Eilantrag insgesamt unzulässig oder unbegründet und ändert hieran auch die Stellungnahme des Antragstellers auf den Hinweis nichts, stellt sich die Frage, ob das Gericht den Eilantrag ohne Anhörung des Antragsgegners zurückweisen kann. Das BVerfG formuliert den Obersatz bezüglich der Anhörungspflicht nach Erteilung von Hinweisen so, dass das Gericht „vor Erlass einer Entscheidung“ die Gegenseite in den gleichen Kenntnisstand versetzen muss.⁷²⁾ Damit kann das BVerfG jedoch nur eine nachteilige Entscheidung meinen.⁷³⁾ Zwar hat das BVerfG in dem Fall des OLG Hamburg, in dem bereits das LG Hamburg Hinweise erteilt und den Antrag sodann zurückgewiesen hatte, formuliert, dass „spätestens“ das OLG den Antragsgegner vor Erlass seiner Beschlussverfügung hätte anhören müssen.⁷⁴⁾ Eine Anhörung des Antragsgegners vor (vollständiger) Zurückweisung des Antrags ergibt jedoch mit Blick auf die Waffengleichheit

keinen Sinn und daher gilt auch hier, dass es reicht, wenn das Gericht dem Antragsgegner die Zurückweisung – trotz der Regelung des § 922 Abs. 3 ZPO⁷⁵⁾ – unverzüglich mitteilt.

Fest steht, dass der Antragsgegner über den Hinweis und die Zurückweisung oder die Rücknahme des Verfügungsantrages informiert werden muss, unter anderem mit Blick auf ein mögliches Forum Shopping des Antragstellers.⁷⁶⁾ Es bietet sich hier an, dem Antragsgegner sowohl den Zurückweisungsbeschluss als auch Antragschrift, Hinweise und ggf. die Antwort zuzuleiten,⁷⁷⁾ eine Pflicht dazu besteht aber nicht.

dd) Vorgehen bei teilweiser Begründetheit des Antrags

Hat sich das Gericht entschieden, einen Hinweis zu erteilen und ist der Eilantrag anschließend zumindest teilweise begründet, dann löst der Hinweis meist eine Pflicht zur Anhörung aus. Das Gericht hat in diesem Fall verschiedene Möglichkeiten der Durchführung. Es kann den Hinweis zeitgleich an Antragsteller und Antragsgegner (dann mit der Antragschrift) übermitteln. Das mag Zeit sparen, durch die zu erwartende Stellungnahme des Antragstellers wird aber aller Voraussicht nach eine zweite Anhörung des Antragsgegners erforderlich. Um ein „Anhörungskarussell“⁷⁸⁾ zu vermeiden, ist es daher sinnvoll, zunächst dem Antragsteller Hinweise zu erteilen und anschließend die Antragsgegnerseite insgesamt (zu Antrag, Hinweisen und Reaktion) anzuhören, um sodann im Beschlusswege zu entscheiden.

Generell sollten die Stellungnahmefristen (für beide Seiten⁷⁹⁾ kurz gesetzt werden. Wer als Anwalt Mandanten in Eilverfahren vertritt, muss sich und seine Mandanten darauf vorbereiten, während eines Eilverfahrens jederzeit und sofort reagieren zu können (zur Dauer des Verfahrens unten Rn. 31).

ee) Form von Hinweisen

Bei der Form der Hinweise ist das Gericht relativ frei, das BVerfG gestattet sogar die mündliche Anhörung. Diese dürfte allerdings nur in Ausnahmefällen (hohe Dringlichkeit, Anhörung nur zu einzelnen Punkten erforderlich) möglich sein. Nicht erforderlich ist jedenfalls die förmliche Zustellung (ggf. im Ausland), gegen eine Anhörung per E-Mail, beA oder einfachen Brief spricht nichts.⁸⁰⁾

d) Dauer des Verfahrens und drohendes Anhörungskarussell

Den Entscheidungen des BVerfG lässt sich entnehmen, dass das Gericht – sofern es nicht mündlich verhandeln und den Antragsgegner nicht anhören will bzw. muss – jedenfalls zügig entscheiden muss. Dauert das Verfahren zu lange,⁸¹⁾ argumentiert das BVerfG wiederholt, dass in dieser Zeit eine Anhörung hätte durchgeführt werden können.⁸²⁾ Das Gericht ist mit Blick auf die Dringlichkeit bei Eilentscheidungen ohnehin zu einer zügigen Verfahrensführung verpflichtet.⁸³⁾ Als grobe Daumenregel könnte man annehmen, dass ein Zeitraum von ein bis zwei Wochen für die gerichtliche Bearbeitung den vom BVerfG gesetzten Rahmen in der Regel nicht sprengen wird.

66) *Dissmann*, GRUR 2020, 1152, 1159; *Berger*, GRUR 2021, 1131, 1137.

67) BVerfG, 11.01.2022 – 1 BvR 123/21, WRP 2022, 593 Rn. 37.

68) *Berger*, GRUR 2021, 1131, 1137.

69) A. A. *Lerach*, GRUR-Prax 2022, 331.

70) BVerfG, 11.01.2022 – 1 BvR 123/21, WRP 2022, 593 Rn. 40.

71) *Berger*, GRUR 2021, 1131, 1137.

72) BVerfG, 01.12.2021 – 1 BvR 2708/19, WRP 2022, 423 Rn. 29.

73) Vgl. BVerfG, 01.12.2021 – 1 BvR 2708/19; WRP 2022, 423 Rn. 29: „Gehör ist insbesondere auch zu gewähren, wenn das Gericht dem Antragsteller Hinweise nach § 139 ZPO erteilt, von denen die Gegenseite sonst nicht oder erst nach Erlass einer für sie nachteiligen Entscheidung erfährt.“

74) BVerfG, 01.12.2021 – 1 BvR 2708/19, GRUR 2022, 429 Rn. 31.

75) Eingehend dazu *Mantz*, WRP 2022, 154 m. w. N.

76) OLG München, 08.08.2019 – 29 W 940/19, WRP 2019, 1375; *Kaess*, in: Festschrift für Rojahn, 2021, S. 443, 460.

77) OLG München, 08.08.2019 – 29 W 940/19, WRP 2019, 1375 Rn. 32, m. Kommentar *Löffel*, WRP 2019, 1378 f.; *Mantz*, WRP 2022, 154 Rn. 8.

78) *Vollkommer*, MDR 2020, 904, 906 unter Hinweis auf *Mantz*, NJW 2020, 2007, 2009.

79) Der Grundsatz der Waffengleichheit fordert keine identischen Fristen, vgl. BVerfG, 03.06.2022 – 1 BvR 2103/16, WRP 2022, 1100 (in diesem Heft).

80) Näher *Mantz*, NJW 2019, 953, 957; *Mantz*, NJW 2020, 2007 Rn. 14.

81) BVerfG, 11.01.2021 – 1 BvR 2681/20, WRP 2021, 736 Rn. 36: Fünf Wochen; BVerfG, 11.01.2022 – 1 BvR 123/21, WRP 2022, 593 Rn. 40: Vier Wochen; BVerfG, 22.12.2020 – 1 BvR 2740/20, WRP 2021, 181 Rn. 25: Drei Wochen.

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

83) *Mantz*, NJW 2019, 953, 954.

- 32 Es kann auch passieren, dass die im Rahmen der Anhörung abgegebene Stellungnahme des Antragsgegners weitere Hinweise an den Antragsteller erforderlich macht, woraufhin selbstverständlich der Antragsgegner wiederum anzuhören wäre. Droht daher aufgrund von Hinweisen ein Anhörungskarussell oder dauert das Verfahren aus anderen Gründen lange, ist zu erwägen, zur Vermeidung von Verzögerungen ein digitales Online-Verfügungsverfahren im Rahmen des § 128a ZPO zu nutzen: Eine rasche Terminierung innerhalb kürzester Frist, verbunden mit der Möglichkeit, hieran per Videokonferenz teilzunehmen, führt dann ggf. schneller zum Ziel.⁸⁴⁾

III. Vorbereitung und Durchführung des Eilverfahrens aus Anwaltssicht

- 33 Auch wenn das BVerfG in seinen Entscheidungen im Wesentlichen Fehler des Gerichts beanstandet, lässt sich der gesamten Rechtsprechung entnehmen, dass auch der stets auf Vorsicht und die Interessenwahrung seines Mandanten bedachte Rechtsanwalt auf Antragstellerseite Möglichkeiten hat, für ein Gelingen des Eilverfahrens und eine Vermeidung von Fehlern zu sorgen, zumal um eventuelle Diskussionen um Schadensersatz nach § 945 ZPO zu vermeiden.⁸⁵⁾ Will man daher eine möglichst schnelle Entscheidung ohne Anhörung der Antragsgegnerseite, sollte auf das vorgerichtliche Vorgehen besonderes Augenmerk gelegt werden.

1. Prüfungspunkt 1: Abmahnung erforderlich?

- 34 Zunächst muss der Antragstellervertreter prüfen, ob es überhaupt einer vorgerichtlichen Abmahnung bedarf. Diese Frage muss in den meisten Fällen bejaht werden (s. dazu oben Rn. 9 ff.).

2. Prüfungspunkt 2: Inhalt der Abmahnung

- 35 Nach den Vorgaben des BVerfG müssen Abmahnung und nachfolgender Antrag kongruent sein (dazu oben Rn. 15 ff.). Der Maßstab des BVerfG ist hier sehr streng: In der Abmahnung müssen alle Argumente und alle Tatsachen genannt werden. Die Abmahnung muss jede tatsächliche und rechtliche Frage abdecken, die im Verfügungsantrag erwähnt wird – kurzum, die Abmahnung ist seit den Grundsatzentscheidungen des BVerfG im Jahr 2018 die neue Antragschrift.⁸⁶⁾ In der Abmahnung sind daher der Sachverhalt und der daraus abgeleitete Vorwurf eines rechtswidrigen Verhaltens so genau anzugeben, dass der Abgemahnte den Vorwurf tatsächlich und rechtlich überprüfen und die gebotenen Folgerungen daraus ziehen kann. Der Abmahrende muss auch erkennen lassen, auf welche rechtliche Grundlage er seinen Unterlassungsanspruch stützt (zur Veränderung des Streitgegenstands oben Rn. 15). Weiter dürfen die Anträge im Eilverfahren gegenüber der vorgerichtlich verlangten Unterlassungserklärung nicht verändert werden – hier ist jedenfalls nach der Entscheidung „Zahnabdruckset“ bereits wortlautgleiche Identität entscheidend.⁸⁷⁾ Aus Sicht des BVerfG muss im Idealfall bereits zum Zeitpunkt der Aussprache der Abmahnung der geplante Eilantrag vollumfänglich ausformuliert sein. Das bedeutet, dass der Antragstellervertreter bei der Formulierung einer notwendigen

Abmahnung bereits den Verfügungsantrag vor Augen haben muss, damit die vorzulegende Stellungnahme des Gegners von dem angerufenen Gericht als antizipierte Gehörsausübung gewertet werden kann.⁸⁸⁾

Da alle Argumente und alle Tatsachen, die sich im Verfügungsantrag wiederfinden, bereits in der Abmahnung genannt werden müssen, kann es sinnvoll sein, wenn sich der Angreifer auf die Tatsachen konzentriert und die Rechtsausführungen schlank hält, insbesondere, wenn er beabsichtigt, den Verfügungsantrag bei einer mit der Spezialmaterie vertrauten Kammer einzureichen. Diese Richter kennen das Recht. Man muss ihnen nicht das Markenrecht oder das UWG erklären und kann den Verfügungsantrag insoweit ebenfalls schlank halten. Das gilt insbesondere im UWG: Hier erfasst der Streitgegenstand alle Rechtsverletzungen, die durch einen geschilderten konkreten Lebenssachverhalt verwirklicht werden.⁸⁹⁾ Der „weite“ Streitgegenstandsbegriff ermöglicht es dem Gericht zudem grundsätzlich, selbst zu bestimmen, ob und auf welcher Grundlage es ein Unterlassungsgebot ausspricht.⁹⁰⁾ Es reicht daher, wenn der Abmahrende im Fall einer Irreführung in der Abmahnung und in dem Verfügungsantrag die Rechtsverletzung unter Angabe der tatsächlichen Umstände (vgl. § 13 Abs. 2 Nr. 4 UWG) nennt, und nach Maßgabe der Rechtsprechung des BGH⁹¹⁾ begründet, warum eine Irreführung besteht und schreibt, es bestehe ein „Unterlassungsanspruch wegen Irreführung aufgrund des UWG“. Enthält dagegen die Abmahnung wenig Rechtsausführungen und hat der Verfügungsantrag aufgrund umfangreicher rechtlicher Ausführungen erheblich mehr Seiten, riskiert der Antragsteller, dass das Gericht den Antragsgegner anhört (dazu oben Rn. 18).

Schließlich sollte – als sicherster Weg – eine Unterlassungserklärung vorformuliert werden. Das ist zwar für eine Abmahnung nicht zwingend erforderlich, denn eigentlich ist dies Aufgabe des Verletzers.⁹²⁾ Das BVerfG fordert jedoch, dass ein Unterlassungsbegehren aus der vorprozessualen Abmahnung und der nachfolgend gestellte Verfügungsantrag identisch sein müssen,⁹³⁾ was im Hinblick auf die Unterlassungserklärung und die Antragsfassung im Verfügungsantrag an sich nur erreicht werden kann, wenn der Abmahnung überhaupt der Entwurf einer Unterlassungserklärung beigelegt wird.

Bei Abmahnungen im Bereich UWG soll durch das Weglassen des Entwurfs einer Unterlassungserklärung häufig der Vorwurf der rechtsmissbräuchlichen Abmahnung vermieden werden, wenn die vorgeschlagene Unterlassungsverpflichtung über die abgemahnte Rechtsverletzung hinausgeht (§ 8c Abs. 2 Nr. 5 UWG).⁹⁴⁾ Wird der Abmahnung nicht der Entwurf einer Unterlassungserklärung beigelegt, so wird dadurch die Kongruenz zwischen Abmahnung und Verfügungsantrag nach Ansicht der Verfasser zwar nicht beseitigt,⁹⁵⁾ jedoch kann das Gericht die vom BVerfG geforderte wortlautgleiche Identität von Eilantrag und begehrter Unterlassungserklärung nur prüfen, wenn diese vorformuliert ist, so dass ohne vorformulierte Unterlassungser-

84) Vgl. *Fries/Podszun/Windau*, RD 2020, 49 Rn. 14; *Dissmann*, GRUR 2020, 1152, 1158: „Die Richter hätten dann freilich noch das Problem, dass sie in diesen Fällen nicht mehr per Beschluss entscheiden könnten, sondern ein begründetes Urteil absetzen müssten.“

85) Dazu unten Rn. 57.

86) *Srocke/Höch*, Beilage 1 zu Heft 7/8 MMR 2019, 33, 37.

87) BVerfG, 27.07.2020 – 1 BvR 1379/20, WRP 2020, 1179 Rn. 13: „Zum einen ist ein Verstoß gegen den Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit darin zu sehen, dass das Unterlassungsbegehren aus der vorprozessualen Abmahnung und der nachfolgend gestellte Verfügungsantrag nicht identisch sind. Nur bei wortlautgleicher Identität ist sichergestellt, dass der Antragsgegner auch hinreichend Gelegenheit hatte, sich zu dem vor Gericht geltend gemachten Vorbringen des Antragstellers in gebotener Umfang zu äußern.“

88) *Vollkommer*, MDR 2019, 965, 967.

89) BGH, 13.09.2012 – I ZR 230/11, WRP 2013, 472 Rn. 24 – Biomineralwasser; ausführlich hierzu *Ritlewski*, in: BeckOK UWG, 16. Ed. 25.03.2022, UWG (i. d. F. v. 28.05.2022) § 5a Rn. 54.

90) OLG Frankfurt a. M., 16.09.2021 – 6 U 133/20, WRP 2021, 1603 Rn. 11.

91) BGH, 11.10.2017 – I ZR 78/16, WRP 2018, 413 Rn. 16 – Tiegelgröße.

92) OLG München, 11.08.1993 – 29 W 1743/93, WRP 1994, 56; *Bornkamm/Feddersen*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 13 Rn. 18; *Bacher*, in: Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 12. Aufl. 2019, Kap. 41 Rn. 14.

93) BVerfG, 27.07.2020 – 1 BvR 1379/20, WRP 2020, 1179 Rn. 13.

94) Das missbräuchliche Vorgehen bei der Abmahnung schlägt auf den nachfolgenden Verfügungsantrag durch, LG Dortmund, 16.02.2021 – 10 O 10/21, MMR 2021, 656.

95) Ebenso *Bornkamm*, GRUR 2020, 1163: „Die Abmahnung enthält freilich in der Regel kein Unterlassungsbegehren, das mit dem Unterlassungsantrag in der Formulierung zu vergleichen wäre.“

klärung Gerichte zur Anhörung neigen dürften (oben Rn. 17). Der Wortlaut der vorgerichtlichen Unterlassungserklärung sollte im Rahmen des Eilantrags daher nicht verändert werden.

39 Auch im Hinblick auf die beigelegten Anlagen muss auf Identität zwischen Abmahnung und späterem Eilantrag geachtet werden (dazu oben Rn. 13 ff.). Dementsprechend sollten bereits der Abmahnung alle Anlagen beigelegt werden, insbesondere eidesstattliche Versicherungen.

40 Aus Sicht des BVerfG muss im Idealfall zum Zeitpunkt der Aussprache der Abmahnung der geplante Eilantrag vollumfänglich ausformuliert sein. Der sicherste – und in der Praxis immer wieder gewählte – Weg, ist es, der Abmahnung den Entwurf eines Verfügungsantrages beizufügen. Überspitzt könnte man sagen, dass die Abmahnung aus einem Deckblatt besteht, das lediglich auf den angefügten Eilantrag verweist und eine Frist enthält. So wird in jedem Fall der Vorwurf vermieden, dass Abmahnung und Verfügungsantrag nicht kongruent sind.

3. Prüfungspunkt 3: Frist

41 Der Antragsgegnerseite sollte eine angemessene Frist gesetzt und diese sollte auch abgewartet werden. Angemessen kann freilich auch eine Frist von wenigen Stunden sein, z. B. in Messesachen (siehe oben Rn. 9).

4. Prüfungspunkt 4: Reaktion auf Antwort des Antragsgegners

42 Reagiert der Antragsgegner auf die Abmahnung und weist diese zurück, hat der Antragsteller zwei Möglichkeiten: Am einfachsten ist es, auf die Antwort praktisch gar nicht mehr zu reagieren, sondern den Eilantrag nunmehr unter Verweis auf und unter Vorlage der Antwort einzureichen.

43 Will man dem Vortrag des Antragsgegners etwas entgegensetzen, sollte man dies nicht (allein) im Eilantrag tun. Vielmehr sollte vorgerichtlich erwidert werden, mit erneuter (kurzer) Frist. Der Eilantrag kann dann um den Inhalt der Erwidern ergänzt und mit einer eventuellen weiteren Antwort des Antragsgegners vorgelegt werden.

5. Prüfungspunkt 5: Korrespondenz

44 Wird der Eilantrag eingereicht, sollte die gesamte vorgerichtliche Korrespondenz vollständig beigelegt werden, da das BVerfG dies verlangt und das Zurückhalten der Korrespondenz zur Zurückweisung oder gar späterer Aufhebung der einstweiligen Verfügung führen kann (dazu oben Rn. 11). Der Antragsteller, der auf „Nummer Sicher“ gehen will, sollte stets mit offenen Karten spielen.⁹⁶⁾

6. Prüfungspunkt 6: Zeitpunkt der Einreichung

45 Ist die gesetzte Frist (ggf. erfolglos) verstrichen, sollte der Eilantrag binnen weniger Tage nach Fristablauf eingereicht werden. Maßstab ist insoweit, dass nach der Einschätzung des BVerfG der Eilantrag inhaltlich praktisch „fertig“ ist und deshalb lediglich die endgültige Entscheidung aussteht, ob überhaupt ein Eilantrag eingereicht werden soll.

46 Grundsätzlich ist es hilfreich, die beim jeweiligen Gericht geltenden Dringlichkeitsfristen nicht auszuschöpfen, weil nach dem BVerfG bereits ein zu langes Zuwarten eine Anhörungspflicht des Gerichts nahelegt.⁹⁷⁾

IV. Reaktionen des Antragsgegners vor Entscheidung des Gerichts

1. Schutzschrift

Bereits nach Erhalt der Abmahnung kann der Antragsgegner für ein eventuelles gerichtliches Verfahren vorbereiten. Zwar ist die Schutzschrift für die gerichtliche Bearbeitung im Hinblick auf das „Gesetz“ der prozessualen Waffengleichheit meist von geringer Bedeutung.⁹⁸⁾ Taktisch ist die Schutzschrift für Antragsgegner allerdings relevant, weil durch eine Schutzschrift in manchen Konstellationen erzwungen werden kann, dass der Antragsteller seinen Verfügungsantrag gegenüber der Abmahnung nachbessern muss, wie z. B. in den folgenden Konstellationen: Mahnt der Antragsteller aufgrund einer Marke ab, die sich außerhalb der Benutzungsschonfrist befindet, kann es sich bei Zweifeln des Antragsgegners an der rechtserhaltenden Benutzung der Marke anbieten, in einer Schutzschrift die Einrede der mangelnden Benutzung zu erheben. Der Antragsteller muss dann seinen Verfügungsantrag nach Hinweis des Gerichts ggf. nachbessern und die rechtserhaltende Benutzung der Marke glaubhaft machen, was zu erheblichen Verzögerungen führen und eine mündliche Verhandlung erforderlich machen kann. Ähnlich ist die Situation, wenn sich der Antragsteller in der Abmahnung auf ein Gemeinschaftsgeschmacksmuster stützt und der Antragsgegner in der Schutzschrift den Einwand der Nichtigkeit des Gemeinschaftsgeschmacksmusters erhebt (Art. 90 Abs. 2 GGV). Der Antragsteller muss dann seinen Verfügungsantrag ggf. nachbessern und zum Rechtsbestand substantiiert vortragen, und zwar unter anderem durch Darlegung des vorbekannten Formenschatzes.⁹⁹⁾ Auch in Fällen, in denen der Antragsteller in der Abmahnung wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz beansprucht, aber nicht zu seinem Produkt und dessen Merkmalen, die seine wettbewerbliche Eigenart begründen, ausreichend vorträgt,¹⁰⁰⁾ kann es sich für den Antragsgegner anbieten, (nur) in einer Schutzschrift die wettbewerbliche Eigenart in Frage zu stellen.

In solchen Konstellationen kann sich der Antragsgegner aus taktischen Gründen in der Antwort auf die Abmahnung auf den Hinweis beschränken, dass er eine Schutzschrift hinterlegt hat,¹⁰¹⁾ um den Antragsteller nicht „schlau zu machen“. Denn der Antragsteller kann die Schutzschrift nicht abrufen und in einem Verfügungsantrag nicht auf die Schutzschrift reagieren.

Zu einem nachgebesserten Verfügungsantrag muss das Gericht – mangels dann vorliegender Kongruenz von Abmahnung und Antrag – wiederum den Antragsgegner anhören, was die Sache weiter verzögert. Einer Verzögerungstaktik kann der Antragsteller teilweise vorbeugen, indem er gerade bei Auslandssachverhalten das Gericht auf die Möglichkeit der Anhörung per E-Mail hinweist und Kommunikationsdaten der Gegenseite zur Verfügung stellt.¹⁰²⁾

2. Anhörung

Hat sich das Gericht entschieden, die Antragsgegnerseite anzuhören, stellt sich die Frage, wie man aus deren Sicht in dieser Situation vorgeht. Schweigen ist meist die falsche Wahl. Insbesondere muss beachtet werden, dass jedenfalls bei der gerichtlichen Anhörung die Regelung in § 138 Abs. 3 ZPO greift: Was

96) Meinhardt, WRP 2022, 9 Rn. 33.

97) Vgl. BVerfG, 21.04.2022 – 1 BvR 812/22, WRP 2022, 844 Rn. 25: Zweieinhalb Wochen nach Ablauf der gesetzten Frist; BVerfG, 06.02.2021 – 1 BvR 249/21, WRP 2021, 743 Rn. 25.

98) Dazu oben Rn. 12.

99) Eichmann/Jestaedt, in: Eichmann/Jestaedt/Fink/Meiser, GGV, 6. Aufl. 2019, Art. 85 Rn. 34.

100) Zur Darlegungs- und Beweislast beim wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz BGH, 01.07.2021 – I ZR 137/20, WRP 2022, 48 – Kaffeebereiter.

101) Insoweit reicht folgender Text in der Antwort auf die Abmahnung: „Wir haben eine Schutzschrift hinterlegt, in der wir die Ansprüche in der Abmahnung zurückweisen. Die Schutzschrift wurde unter der Registernummer ZSSR_[Nummer] im zentralen Schutzschriftenregister eingestellt. Bitte legen Sie auch dieses Schreiben dem Gericht mit einem Verfügungsantrag vor, weil es auch den Zweck hat, ein Gericht auf die Schutzschrift hinzuweisen, damit sie gefunden und nicht übersehen wird.“

102) Schmitt-Gaedke/Klahm, ZAP 2022, 627, 629.

Mantz/Löffel, Das prozessuale „Gesetz“ der Waffengleichheit in der Praxis – Ein Leitfadens

aufgrund Schweigens nicht bestritten wird, gilt als zugestanden. Die vom Gericht kurz gesetzten Fristen sollten selbstverständlich beachtet werden, (kurze) Fristverlängerungen sind für den Antragsgegner aber in der Regel möglich. Um Zeit zu gewinnen, kann es sich für den Antragsgegner anbieten, die Zuständigkeit der mit einem Verfügungsantrag befassten Zivilkammer zu rügen, wenn die Handelskammer zuständig ist. Die Sache wird dann in der Regel erst einmal an die Handelskammer verwiesen.¹⁰³⁾ Gleiches gilt bei Zweifeln des Antragsgegners an der örtlichen Zuständigkeit des angerufenen Gerichts, etwa im UWG.¹⁰⁴⁾

V. Reaktionen des Antragsgegners nach Entscheidung des Gerichts

51 Ist eine Beschlussverfügung ergangen und wird dem Antragsgegner zugestellt, kann – neben der Möglichkeit des Widerspruchs – geprüft werden, ob dem Gericht ein Verstoß gegen die prozessuale Waffengleichheit vorzuwerfen ist. Insoweit sollte entweder Akteneinsicht genommen oder – soweit diese nicht bereits Gegenstand der Beschlussverfügung sind¹⁰⁵⁾ – um Übermittlung der Antragschrift, von gerichtlichen Hinweisen und weiteren Stellungnahmen des Antragstellers gebeten werden. Wurde der Antragsgegner weder vorgerichtlich abgemahnt noch gerichtlich angehört, spricht dies – mit wenigen Ausnahmen¹⁰⁶⁾ – grundsätzlich für einen Verstoß.

1. Verfahren beim Ausgangsgericht

52 Liegt ein Verstoß vor, kann – in der Praxis allerdings mit regelmäßig geringen Erfolgsaussichten¹⁰⁷⁾ – die vorläufige Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 924 Abs. 3 i. V. m. § 707 S. 2 ZPO beantragt werden.¹⁰⁸⁾ Voraussetzung hierfür ist, dass zugleich oder zuvor Widerspruch erhoben wird, weil der Antrag gemäß § 707 ZPO von der Erfolgsaussicht des Widerspruchs gegen die einstweilige Verfügung abhängt. Das BVerfG hat zwar wiederholt entschieden, dass das Verfahren nach § 707 ZPO hierfür nicht geeignet ist,¹⁰⁹⁾ es entspricht dennoch der Praxis einiger Gerichte.¹¹⁰⁾

53 Ein Verstoß gegen die prozessuale Waffengleichheit kann zudem die Ablehnung des Richters wegen Befangenheit rechtfertigen.¹¹¹⁾

54 Schließlich besteht immer die Möglichkeit der Erhebung eines Widerspruchs gegen die einstweilige Verfügung. Als Antragsgegner sollte man sich jedoch nicht allzu viel Hoffnung machen, wenn man zwar einen Verstoß gegen die prozessuale Waffengleichheit entdeckt hat, aber in der Sache der einstweiligen Verfügung wenig entgegenzusetzen hat. Denn für das Widerspruchsverfahren kann ein vorangegangener Waffengleichheitsverstoß

nie entscheidungserheblich sein, weil jedenfalls mit Durchführung der mündlichen Verhandlung dem Antragsgegner hinreichendes rechtliches Gehör gewährt wurde.¹¹²⁾ Das Gericht prüft insoweit nicht, ob die Beschlussverfügung rechtmäßig ergangen ist, sondern ob im Zeitpunkt des Schlusses der Widerspruchsverhandlung sämtliche Voraussetzungen für den Erlass der einstweiligen Verfügung vorliegen.¹¹³⁾

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass es derzeit keine – isolierte – sinnvolle fachgerichtliche Rechtsschutzmöglichkeit gegen die Verletzung des „Gesetzes“ der Waffengleichheit gibt, weil der Gesetzgeber insoweit untätig war¹¹⁴⁾ und keine „Waffengleichheitsbeschwerde“¹¹⁵⁾ eingeführt hat.

2. Verfahren beim BVerfG

Wer schnell und effektiv gegen einen Verstoß gegen die prozessuale Waffengleichheit vorgehen will, dem bleibt an sich nur der Antrag nach § 32 BVerfGG beim BVerfG mit dem Ziel der Aussetzung der Wirksamkeit der einstweiligen Verfügung bis zu einer Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde in der Hauptsache oder bis zu einer erneuten Entscheidung des Ausgangsgerichts.¹¹⁶⁾ Darüber hinaus besteht – ggf. zusammen mit dem Antrag nach § 32 BVerfGG – die Möglichkeit zur Erhebung einer Verfassungsbeschwerde.¹¹⁷⁾ Sowohl für einen Antrag nach § 32 BVerfGG als auch für den Erfolg der Verfassungsbeschwerde ist unter anderem erforderlich, dass dem Ausgangsgericht ein systematischer Verstoß vorzuwerfen ist, was der Beschwerdeführer in der Regel vortragen muss.¹¹⁸⁾ Ein systematischer Verstoß liegt vor, wenn eine hinreichend konkrete Gefahr besteht, dass unter im Wesentlichen unveränderten rechtlichen und tatsächlichen Umständen eine gleichartige Entscheidung ergehen würde.¹¹⁹⁾ Die bloße Geltendmachung eines error in procedendo genügt nicht.¹²⁰⁾ Nur solange eine offenkundig prozessrechtswidrig erlassene einstweilige Verfügung noch fortwirkt und schwere, grundrechtlich erhebliche Nachteile des Beschwerdeführers im Sinne der § 32 Abs. 1, § 90 Abs. 2 S. 2 BVerfGG geltend gemacht werden, ist die Darlegung eines besonderen Feststellungsinteresses ausnahmsweise entbehrlich.¹²¹⁾ Im Antrag nach § 32 BVerfGG muss ein schwerer Nachteil dargelegt werden, der durch die Schadensersatzpflicht nach § 945 ZPO nicht aufgefangen werden könnte.¹²²⁾ Für die Verfahren vor dem BVerfG ist zudem unter dem Gesichtspunkt der Subsidiarität stets die Erhebung des Widerspruchs erforderlich.¹²³⁾

103) So z. B. in Gemeinschaftsgeschmacksmusterstreitsachen, siehe LG Frankfurt a. M., 19.05.2022 – 2-03 O 94/22, GRUR-RS 2022, 11943.

104) Zum Streitstand *Mantz*, NJW 2022, 446 Rn. 11.

105) Vgl. *Klein*, GRUR 2016, 899.

106) Zur Entbehrlichkeit der Abmahnung s. o. Rn. 9.

107) LG Düsseldorf, 23.07.2019 – 14c O 98/19 (n. v.): „Sie kommt nur ausnahmsweise in Betracht, wenn bereits feststeht oder jedenfalls sehr wahrscheinlich ist, dass der Titel keinen Bestand haben wird (...) schließlich kann der Gehörsverstoß durch die vorliegende Entscheidung über den Einstellungsantrag und die anstehende Verhandlung über den Widerspruch noch im laufenden einstweiligen Verfügungsverfahren geheilt werden.“; Vgl. *Schüttpelz*, in: *Berneke/Schüttpelz*, Einstweilige Verfügung in Wettbewerbsachen, 4. Aufl. 2018, C. VI. Rn. 411.

108) *Sachs*, MPR 2021, 170, 173.

109) Vgl. BVerfG, 11.01.2022 – 1 BvR 123/21, WRP 2022, 593 Rn. 29: „Eine Missachtung von Verfahrensrechten als solche kann insbesondere mit dem Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung (§ 924 Abs. 3 i. V. m. § 707 Abs. 1 S. 2 ZPO) nicht geltend gemacht werden, denn im Rahmen dessen sind die Erfolgsaussichten in der Sache maßgeblich.“ Vgl. *G. Vollkommer*, in: *Zöller/Vollkommer*, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 924 Rn. 13 m. w. N.

110) LG München I, 23.07.2020 – 9 O 7263/20, AP 2020, 432; LG Berlin, 28.01.2021 – 27 O 380/20 (zitiert nach BVerfG, 11.01.2022 – 1 BvR 123/21, WRP 2022, 593 Rn. 16; a. A. LG Frankfurt a. M., 06.08.2020 – 2-34 O 47/20, n. v.; wohl ebenso OLG Köln, 08.01.2019 – 15 U 110/18, BeckRS 2019, 7864.

111) OLG Düsseldorf, 06.03.2019 – 11 W 70/18, WRP 2019, 642.

112) BVerfG, 24.03.2022 – 1 BvR 2000/21, WRP 2022, 975 Rn. 16; *Lerach*, GRUR-Prax 2022, 366; LG Köln, 18.10.2021 – 14 O 323/21, ZUM-RD 2022, 235: „Soweit die Verfügungsbeklagte Verstöße gegen das Recht auf prozessuale Waffengleichheit sowie einen Gehörsverstoß rügt, wirkt sich dies für das weitere Verfahren nicht aus. Denn die Verfügungsbeklagte hat jedenfalls nicht mehr – im Rahmen des Widerspruchsverfahrens – hinreichend Gelegenheit zur Äußerung erhalten. Für das weitere fachgerichtliche Verfahren bleibt ein – unterstellter – Waffengleichheitsverstoß ohne Konsequenz.“

113) *Lerach*, GRUR-Prax 2022, 366.

114) *Löffel*, WRP 2020, 850 Rn. 4.

115) *Vollkommer*, MDR 2020, 904, 906; ablehnend *Schumann*, JZ 2019, 398, 404.

116) Zum Arbeitsprogramm des Anwalts bei § 32 BVerfGG siehe *Zuck*, NJW 2020, 2302 Rn. 8 ff, der darauf hinweist, dass der Antrag nach § 32 BVerfGG nicht voraussetzt, dass schon eine auf dasselbe Sachgebiet bezogene Verfassungsbeschwerde vorliegt.

117) Ausführlich hierzu *Schmitt-Gaedke/Klahm*, ZAP 2022, 627, 632 ff.

118) BVerfG, 08.10.2019 – 1 BvR 1078/19, 1 BvR 1260/19, BeckRS 2019, 30365 Rn. 3; BVerfG, 27.07.2020 – 1 BvR 1379/20, WRP 2020, 1179 Rn. 10 f.; ausgenommen hiervon sind derzeit lediglich der Pressesenat des OLG Hamburg und die Pressenkammer des LG Berlin, vgl. BVerfG, 01.12.2021 – 1 BvR 2708/19; WRP 2022, 423 Rn. 33; BVerfG, 11.01.2022 – 1 BvR 123/21, WRP 2022, 593 Rn. 42, für die das BVerfG faktisch eine dritte Instanz für den zivilprozessualen Eilrechtsschutz eröffnet hat, hierzu *Berger*, GRUR-Prax 2022, 193, 195.

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

120) BVerfG, 11.01.2022 – 1 BvR 123/21, WRP 2022, 593 Rn. 31.

121) BVerfG, 01.12.2021 – 1 BvR 2708/19, WRP 2022, 423 Rn. 22.

122) BVerfG, 27.7.2020 – 1 BvR 1379/20, WRP 2020, 1179 Rn. 25; *Köhler/Feddersen*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, UWG (Fn. 92), § 12 Rn. 2.23c; *Lerach*, GRUR-Prax 2020, 401, 404.

123) BVerfG, 24.03.2022 – 1 BvR 2000/21, WRP 2022, 975 Rn. 11 ff.; *Lerach*, GRUR-Prax 2022, 366.

Laoutoumai, Greenwashing in der aktuellen Rechtsprechung und europäischen Gesetzgebung

57 Wird die Wirksamkeit einer Beschlussverfügung durch das BVerfG ausgesetzt, muss über den Verfügungsantrag erneut und zeitnah entschieden werden. Selbst wenn dem Verfügungsantrag nach Widerspruch dann wieder stattgegeben wird, steht aufgrund der Anordnung nach § 32 BVerfGG fest, dass die Beschlussverfügung von Anfang an ungerechtfertigt war,¹²⁴⁾ weil die Voraussetzungen für den Erlass der einstweiligen Verfügung zur Zeit des Erlasses objektiv nicht vorlagen.¹²⁵⁾ Dies kann für eine Schadensersatzpflicht des Antragstellers gemäß § 945 ZPO eine Rolle spielen.¹²⁶⁾ Fraglich ist insoweit allerdings, ob über § 945 ZPO ein Schaden ausgeglichen werden kann, wenn nach der maßgeblichen ex-post Betrachtung¹²⁷⁾ objektiv die Voraussetzungen für den Erlass der einstweiligen Verfügung vorlagen und es letztlich nur an der Beachtung der prozessualen Waffengleichheit fehlte.¹²⁸⁾ Das BVerfG hat diese Frage bisher nicht behandelt und in einem Verfahren nur festgestellt, dass es an der Darlegung eines schweren Nachteils fehle, der nicht durch § 945 ZPO ausgeglichen werden könne.¹²⁹⁾

58 Ist der eingelegte Widerspruch nicht erfolgreich, stellt das BVerfG nur nachträglich einen Verstoß gegen die prozessuale Waffengleichheit fest, ohne dass dies zur Aufhebung der einstweiligen Verfügung führt. Soweit das Ausgangsgericht in den Entscheidungsgründen den vorhergegangenen Verstoß gegen die prozessuale Waffengleichheit einräumt, ist damit aber in der Regel auch die für die Verfassungsbeschwerde bzw. die Eilanordnung erforderliche Wiederholungsgefahr beseitigt.¹³⁰⁾

VI. Fazit

59 Die Gewährung des Rechts auf prozessuale Waffengleichheit war zwar wiederholt Gegenstand von Entscheidungen des BVerfG, Klarheit konnte jedoch noch nicht in allen Details erlangt werden. Allerdings kann man aus den Entscheidungen eine Reihe

von Prüfungspunkten ablesen, die bei der Bearbeitung einer einstweiligen Verfügung „abgearbeitet“ werden können.

In der Einzelauslegung kann man, wenn man die Entscheidung insgesamt Revue passieren lässt, sehen, dass das BVerfG in praktisch allen Punkten bei der Prüfung der Einhaltung der Voraussetzungen des „Gesetzes“ der prozessualen Waffengleichheit eine sehr strenge Linie verfolgt, insbesondere im Hinblick auf die Pflicht zur gerichtlichen Anhörung der Antragsgegenseite. Legt man dies jeweils zu Grunde, sollte eine erfolgreiche Bearbeitung eines Eilantrags – trotz des deutlich erhöhten Arbeitsaufwands – gelingen.

Nicht zuletzt stellt die Rechtsprechung des BVerfG auch die anwaltlichen Vertreter vor neue Aufgaben. Mit der Beerdigung der „Schubladenverfügung“ ist es hier noch nicht getan. Vielmehr sollte unmittelbar ab der Beauftragung durch den Mandanten auf ein stringentes, gut vorbereitetes Verfahren geachtet werden, das einerseits eine schnelle Beschlussverfügung ermöglicht und andererseits eine nachträgliche Einstellung der Zwangsvollstreckung bzw. die Aussetzung der Wirksamkeit einer einmal erlassenen einstweiligen Verfügung durch das Ausgangsgericht oder das BVerfG vermeidet. Auf Seiten des Antragsgegners ermöglicht die Rechtsprechung des BVerfG taktische Maßnahmen, etwa eine Schutzschrift, die zu Verzögerungen und damit zu einer mündlichen Verhandlung führen können.

124) Vgl. *Vollkommer*, MDR 2020, 904, 905.

125) Vgl. BGH, 07.06.1988 – IX ZR 278/87, NJW 1988, 3268, 3269; *Bruns*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2020, § 945 Rn. 17 m. w. N.

126) *Vollkommer*, MDR 2020, 904, 905.

127) *Voß*, in: *Cepl/Voß*, Prozesskommentar zum Gewerblichen Rechtsschutz, 2. Aufl. 2018, ZPO § 945 Rn. 7.

128) Vgl. zur Diskussion um das Fehlen des Arrestgrundes oder von Prozessvoraussetzungen *Bruns*, in: Stein/Jonas, ZPO (Fn. 125), § 945 Rn. 20 f.

129) BVerfG, 27.7.2020 – 1 BvR 1379/20, WRP 2020, 1179 Rn. 25.

130) BVerfG, 24.03.2022 – 1 BvR 2000/21, WRP 2022, 975 Rn. 17.

RA Sebastian Laoutoumai, LL.M., Düsseldorf*

Greenwashing in der aktuellen Rechtsprechung und europäischen Gesetzgebung

INHALT

- I. Abgrenzung Green Claims zu Greenwashing
- II. Aktuelle Reformbestrebungen der EU-Kommission
- III. Nationales Lauterkeitsrecht und bisheriger Maßstab des BGH
 1. Schwarze Liste i. V. m. § 3 Abs. 3 UWG
 2. Verbot irreführender Werbung nach § 5 Abs. 1 UWG und Vorenthalten wesentlicher Informationen nach § 5a UWG
 3. Maßstab des BGH zu umweltbezogener Werbung
- IV. Aktuelle nationale Rechtsprechung
 1. LG Kiel, 02.07.2021 – 14 HKO 99/20 (Berufungsentcheidung: OLG Schleswig, 30.06.2022 – 6 U 46/21)
 2. LG Mönchengladbach, 25.02.2022 – 8 O 17/21
 3. LG Oldenburg, 16.12.2021 – 15 O 1469/21
 4. OLG Hamm, 19.08.2021 – 4 U 57/21

5. LG Kleve, 22.06.2022 – 8 O 44/21

6. Bewertung der Entscheidungen

V. Ausblick

1 Immer häufiger liest man in der Presse von Unternehmen, die in der Kritik stehen, weil sie sich über ihre Werbung ein grünes Image aufgebaut haben, welches sich am Ende nur als Greenwashing, also unlautere Umweltwerbung, herausgestellt hat. Dabei trifft der Vorwurf des Greenwashings Unternehmen branchenübergreifend und auch unabhängig von ihrer Größe.¹⁾ Auch

1) So berichtete die FAZ in einem Artikel vom 09.06.2022 von Greenwashing-Vorwürfen bei der DWS, abrufbar unter [https://www.textilwirtschaft.de/business/news/taschenmarke-raeumt-fehler-in-der-kommunikation-ein-greenwashing-vorwurf-gegen-got-bag-236085](https://www.faz.net/aktuell/finanzen/greenwashing-vorwuere-neuer-dws-chef-wirbt-um-vertrauen-18091215.html#:~:text=Die%20Greenwashing%20Anschuldigungen%20waren%20erstmals,Kriterien%20f%C3%BCr%20ESG%20Investments%20umgegangen; auch gegenüber dem Unternehmen Got Bag wurden Greenwashing-Vorwürfe erhoben, wie die Zeitschrift Textilwirtschaft am 08.06.2022 berichtete, abrufbar unter <a href=).

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 1197.