

wenn sich der durch den Schuldner erteilte Auftrag auf die Vertretung im erwarteten Eilverfahren erstreckt.<sup>430</sup> Besteht der Auftrag ausschließlich in der Einreichung einer Schutzschrift, kommt eine 0,8 Verfahrensgebühr nach Nr. 3403 RVG VV in Betracht.<sup>431</sup> Nimmt der Gläubiger den Verfügungsantrag zu einem Zeitpunkt zurück, in dem der Verfahrensbevollmächtigte des Schuldners noch keine Schutzschrift eingereicht, das Geschäft aber gem. Teil 3 Vorb. 3 Abs. 2 RVG VV bereits betrieben hat (etwa durch Entgegennahme des Auftrags und erster Informationen), kann nach Nr. 3101 Nr. 1 RVG VV ebenfalls nur eine 0,8 Verfahrensgebühr geltend gemacht werden.<sup>432</sup>

- 544 **Praxishinweis:** Der am 1.1.2016 in Kraft getretene § 19 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1a RVG bestimmt ausdrücklich, dass die Einreichung von Schutzschriften zum (künftigen) Verfahren gehört. Damit begründet eine weitere Verteidigung innerhalb desselben Instanzenzuges keine Verfahrensgebühr, die über diejenige nach Nr. 3100 RVG VV hinausgehen würde.

### 3. Prozessuale Waffengleichheit

#### a) Einführung

- 545 Die **verfassungsrechtliche Grundierung** des Zivilverfahrens gewinnt für den Rechtsanwender bei der Anspruchsdurchsetzung unmittelbare Bedeutung.<sup>433</sup> Vor diesem Hintergrund sind auch die Anforderungen an den Erlass einstweiliger Verfügungen bei Wettbewerbsverletzungen zu betrachten. Mit Blick auf die Rechtsprechung des *BVerfG* zur prozessualen Waffengleichheit im einstweiligen Verfügungsverfahren seit 2018 muss die bisherige Handhabung sowohl durch die Gerichte als auch durch die Anwaltsseite angepasst werden.

#### aa) Waffengleichheit als Verfassungsgrundsatz

- 546 Der Begriff der „Waffengleichheit“ ist gesetzlich nicht definiert. Verfassungsrechtlich stellt sich die Waffengleichheit als eine Ausprägung der Rechtsstaatlichkeit aus Art. 20 Abs. 3 GG und des allgemeinen Gebots der Gleichbehandlung aus Art. 3 Abs. 1 GG dar.<sup>434</sup> Im Zivilverfahren gewährleistet der allgemeine Gleichheitssatz die **Gleich-**

<sup>430</sup> *BGH*, GRUR 2008, 640, 640 – Kosten der Schutzschrift III; *Büscher*, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, § 12 Rn. 119; *Voß*, in: Cepl/Voß, ZPO, § 945a Rn. 8.

<sup>431</sup> *BGH*, GRUR 2008, 640, 640 – Kosten der Schutzschrift III; *Büscher*, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, § 12 Rn. 119.

<sup>432</sup> *BGH*, GRUR 2007, 727, 728 – Kosten der Schutzschrift II; GRUR 2008, 640, 640 – Kosten der Schutzschrift III.

<sup>433</sup> Das Verhältnis zwischen Zivilrecht und Verfassungsrecht ist spätestens seit der Entscheidung des *BVerfG* zum „Stadionverbot“ und zur sog. mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte (*BVerfG*, NJW 2018, 1667, 1668) zunehmend in den Fokus der Aufmerksamkeit gerückt.

<sup>434</sup> *BVerfG*, BVerfGE 52, 131, 156 f. (zur Beweislast im Arzthaftungsprozess).

**wertigkeit der prozessualen Stellung** der Parteien vor dem Richter. Hierzu zählt die Gleichheit der Rechtsanwendung durch den Richter im Interesse materieller Gerechtigkeit. Diese verfassungsrechtliche Verpflichtung gilt nach der Rechtsprechung des *BVerfG* nicht nur bei der Auslegung und Anwendung sachlichen Rechts, sondern auch für die Handhabung des Verfahrensrechts.<sup>435</sup> Der Richter hat den Prozessparteien – auch im Hinblick auf die grundrechtlich gesicherte Verfahrensgarantie aus **Art. 103 Abs. 1 GG (rechtliches Gehör)** – im Rahmen der Verfahrensordnung gleichermaßen die Möglichkeit einzuräumen, alles für die gerichtliche Entscheidung Erhebliche vorzutragen und alle zur Abwehr des gegnerischen Angriffs erforderlichen prozessualen Verteidigungsmittel selbstständig geltend zu machen.<sup>436</sup> Der u. a. für Wettbewerbsachen zuständige I. Zivilsenat des *BGH* zählt den verfassungsrechtlichen Grundsatz prozessualer Waffengleichheit aus Art. 3 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG zum **verfahrensrechtlichen ordre public**.<sup>437</sup>

#### bb) Effektiver Rechtsschutz und Waffengleichheit

In der gerichtlichen Praxis des Wettbewerbsrechts und des Rechts des geistigen Eigentums – ebenso wie im Presse- und Äußerungsrecht – haben sich **prozessuale Besonderheiten** gegenüber dem „normalen“ Zivilprozess entwickelt. Dies gilt in besonderem Maße für das einstweilige Verfügungsverfahren. Zu diesen Besonderheiten zählt die verbreitete Übung, einstweilige Verfügungen per Beschluss im einseitigen Verfahren ohne mündliche Verhandlung und ohne Beteiligung des Schuldners zu erlassen (sog. Beschlussverfügung, vgl. Rn. 488 ff.).<sup>438</sup> Für die Gläubigerseite sind **Beschlussverfügungen** ein schlagkräftiges Mittel zur sofortigen Unterbindung von Verstößen. Zwar sieht § 937 Abs. 2 ZPO demgegenüber die Entscheidung über den Verfügungsantrag aufgrund mündlicher Verhandlung offenbar als Regelfall vor<sup>439</sup> und will eine Abweichung – jedenfalls seinem Wortlaut nach – wohl nur in besonders dringenden Fällen zulassen. Gleichwohl ist die nach herrschender Leseart der ZPO als

<sup>435</sup> *BVerfG*, BVerfGE 54, 117, 125; BVerfGE 69, 248, 254. Dies dient der Herbeiführung gesetzmäßiger und unter diesem Blickpunkt richtiger, aber darüber hinaus auch – im Rahmen dieser Richtigkeit – gerechter Entscheidungen, vgl. *BVerfG*, BVerfGE 42, 64, 73.

<sup>436</sup> *BVerfG*, BVerfGE 52, 131, 156 f. Vgl. *BVerfG*, BVerfGE 54, 117, 125.

<sup>437</sup> *BGH*, GRUR 2021, 118, 121 – Demontage einer HDPE-Anlage (zum Schiedsverfahren, § 1042 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

<sup>438</sup> Die Praxis des einseitigen Erlasses von Beschlussverfügungen ist – in einem breiteren Kontext – dem Vorwurf ausgesetzt, Gerichtsstandorte würden sich auf diese Weise gezielt als besonders attraktiv für Gläubiger gerieren, um Prestige und Gebühreneinnahmen zu erzielen („forum selling“). Vgl. *Bechtold/Frankenreiter/Klerman*, Southern California Law Review Vol. 92 (2019), 487, 487 ff.

<sup>439</sup> Vgl. *BGH*, B. v. 7.5. 2020 – V ZB 110/19, BeckRS 2020, 14129. Aus den Gesetzgebungsmaterialien lässt sich allerdings der Schluss ziehen, dass die Durchführung einer mündlichen Verhandlung in das Ermessen des Gerichts gestellt sein sollte, vgl. Begründung des Entwurfs einer Civilprozeßordnung und des Einführungsgesetzes bei *Hahn*, Die gesammten Materialien zur Civilprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 30. Januar 1877, Abteilung 1, S. 125.

Ausnahme konzipierte Beschlussverfügung gewissermaßen zum Regelfall geworden.<sup>440</sup>

- 548 Dieses **Auseinanderklaffen von gesetzlichem Normalfall und tatsächlicher Verfahrenspraxis** impliziert verfassungsrechtliche Probleme. Die Praxis der einseitigen Beschlussverfügung wirft aus Perspektive des Schuldners Fragen auf mit Blick auf die Wahrung des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG), des Rechts auf ein faires Verfahren und namentlich die prozessuale Waffengleichheit (jeweils Art. 3 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG). Aus dem Blickwinkel des Gläubigers ist wiederum das Verfahrensgrundrecht des effektiven Rechtsschutzes aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG zu berücksichtigen (vgl. Rn. 579 ff.). Die Gewährung von Eilrechtsschutz ist immer dann erforderlich, wenn dem Betroffenen sonst eine erhebliche, über Randbereiche hinausgehende Verletzung in seinen Rechten droht, die durch die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann.<sup>441</sup> Eine ohne vorherige Anhörung der Gegenpartei erlassene einstweilige Verfügung bewegt sich im Spannungsfeld zwischen der Gewährung effektiven Rechtsschutzes einerseits und der Wahrung elementarer rechtsstaatlicher Verfahrensgrundsätze andererseits.<sup>442</sup>

#### b) Rechtsprechung des BVerfG

- 549 In zwei **grundlegenden Entscheidungen** vom 30.9.2018 hielt die 3. Kammer des Ersten Senats des *BVerfG* erstmals **Verfassungsbeschwerden** wegen Verletzung der prozessualen Waffengleichheit aus Art. 3 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG **unmittelbar gegen einstweilige Verfügungen** für ausnahmsweise zulässig und gab ihnen als offensichtlich begründet statt.<sup>443</sup> In diesen Entscheidungen traf das *BVerfG* zentrale Aussagen zu den Anforderungen an die Handhabung der prozessualen Waffengleichheit im zivilprozessualen einstweiligen Verfügungsverfahren.
- 550 Seitdem hat das *BVerfG* in weiteren Kammerentscheidungen konkretisiert, unter welchen Bedingungen das Recht auf prozessuale Waffengleichheit verletzt wird und wann dies einer Verfassungsbeschwerde oder einem **Antrag auf einstweilige Anordnung gem. § 32 Abs. 1 BVerfGG** zum Erfolg verhelfen kann. Die Kammerentscheidungen bezogen sich zunächst nur auf das Presse- und Äußerungsrecht, im Folgenden aber auch auf das Lauterkeitsrecht<sup>444</sup> respektive das Kartellrecht.<sup>445</sup> Wäh-

<sup>440</sup> Engelschall, GRUR 1972, 103, 103 ff.; Klaka, GRUR 1979, 593, 598 f.; Lambrecht, in: FS Harte-Bavendamm, 2020, 501, 503 f. Kritisch gegenüber dieser Praxis namentlich Teplitzky, GRUR 2008, 34, 34 ff.; WRP 2016, 1181, 1181 ff.; WRP 2017, 1163, 1163 ff.

<sup>441</sup> *BVerfG*, NVwZ 2005, 927, 928.

<sup>442</sup> Wehlau/Kalbfus, GRUR Int. 2011, 396, 397.

<sup>443</sup> *BVerfG*, GRUR 2018, 1288, 1288 ff.; GRUR 2018, 1291, 1291 ff. m. Anm. Roth, NJW 2018, 3636, 3636 f.

<sup>444</sup> *BVerfG*, GRUR 2020, 1119, 1119 ff. m. Anm. Smirra, GRUR-Prax 2020, 426, 426 und m. Anm. Dobrosz, EWIR 2020, 703, 703 f.; *BVerfG*, GRUR 2020, 1236, 1236 f.; WRP 2021, 461, 461 ff. m. Anm. Dienstbühl,

rend das *BVerfG* zunächst nur im Hauptverfahren Verfassungsbeschwerden stattgegeben,<sup>446</sup> vorangegangene Eilanträge aber abgelehnt hatte,<sup>447</sup> gab es später auch Anträgen auf einstweilige Anordnungen statt.<sup>448</sup>

**Praxishinweis:** Die Rechtsprechung des *BVerfG* entwickelt sich kontinuierlich und erscheint stark einzelfallbezogen (vgl. etwa Rn. 604 m. Fn. 904). Bei der Verallgemeinerung von Aussagen einzelner Entscheidungen ist daher Vorsicht geboten. Insgesamt ist die Neigung erkennbar, in presserechtlichen Verfahren eher einen Waffengleichheitsverstoß und auch ein entsprechendes verfassungsprozessuales Feststellungsinteresse anzunehmen als im Wettbewerbsrecht (vgl. Rn. 600, 606, 608). Dies trägt der besonderen Bedeutung der durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG geschützten Freiheit der Presseberichterstattung Rechnung.<sup>449</sup> 551

#### aa) Grundlagen der Waffengleichheit im einstweiligen Verfügungsverfahren

Die **Gleichwertigkeit der prozessualen Stellung** der Verfahrensbeteiligten ist laut *BVerfG* nicht mehr gewährleistet, wenn eine Beschlussverfügung ohne vorherige Anhörung des Schuldners durch das Gericht und ohne eine hinreichende vorgerichtliche Abmahnung ergangen ist.<sup>450</sup> 552

Den Fachgerichten komme zwar zur Beurteilung der Frage, ob ein dringender Fall i. S. v. § 937 Abs. 2 ZPO vorliegt, der den **Verzicht auf eine mündliche Verhandlung** rechtfertige, ein weiter Wertungsrahmen zu.<sup>451</sup> Denn speziell das Presse- und Ge- 553

GRUR-Prax 2021, 180, 180 und m. Anm. *Danckwerts*, jurisPR-WettbR 1/2021 Anm. 1; *BVerfG*, NJW 2021, 2018, 2018 ff.

**445** *BVerfG*, GRUR 2021, 989, 989 ff.

**446** *BVerfG*, GRUR 2018, 1288, 1288 ff.; GRUR 2018, 1291, 1291 ff.

**447** *BVerfG*, 3. Kammer des Ersten Senats, B. v. 23.8.2017–1 BvR 1783/17, zit. nach juris (Antrag auf Erlass der einstweiligen Anordnung und Verfassungsbeschwerde tragen in diesem Fall das gleiche Aktenzeichen); 3. Kammer des Ersten Senats, B. v. 29.1.2018–1 BvQ 70/17, zit. nach juris (isolierter Eilantrag).

**448** Erfolgreich waren entsprechende Eilanträge nach § 32 Abs. 1 BVerfGG in den presse- und außerprozessualen Verfahren: *BVerfG*, GRUR 2020, 773, 773 ff.; WRP 2020, 1177, 1177 ff. Vgl. *Bornkamm*, GRUR 2020, 715, 722 ff.; *BVerfG*, GRUR 2021, 518, 518 ff.; NJW 2021, 1587, 1587 ff.; WRP 2021, 743, 743 ff. Im Verfahren 1 BvR 2743/19 (*BVerfG*, NJW 2021, 2020, 2020 ff.) gab das Gericht – erstmals seit den grundlegenden Kammerentscheidungen von 2018 – wieder einer Verfassungsbeschwerde wegen Verstoßes gegen die prozessuale Waffengleichheit statt.

**449** Beachtung verdient auch, dass presserechtliche und wettbewerbsrechtliche Fälle aktuell zwar gleichermaßen in die Zuständigkeit der 2. Kammer des Ersten Senats des *BVerfG* fallen, aber unterschiedliche Berichterstatter zuständig sind, vgl. Beschluss zur Kammerbesetzung des Ersten Senats vom 15.12.2020 (abrufbar unter [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/GV\\_2021/GV\\_2021\\_S1\\_III\\_Kammern.pdf](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/GV_2021/GV_2021_S1_III_Kammern.pdf), Stand: 01/2022) und Gesamtübersicht über die originären Sachgebiete gem. I. 1. des Geschäftsverteilungsbeschlusses des Ersten Senats vom 15.12.2020 für das Geschäftsjahr 2021 (abrufbar unter [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/GV\\_2021/GV\\_2021\\_S1\\_II\\_Anlage.pdf](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/GV_2021/GV_2021_S1_II_Anlage.pdf), Stand: 01/2022).

**450** *BVerfG*, GRUR 2018, 1288, 1290; GRUR 2018, 1291, 1292.

**451** *BVerfG*, GRUR 2018, 1288, 1290; GRUR 2018, 1291, 1293.

gendarstellungsrecht sei grundsätzlich von dem Erfordernis einer schnellen Reaktion geprägt, wenn es darum gehe, gegen eine möglicherweise rechtswidrige Berichterstattung vorzugehen. Die Möglichkeit der Weiterverbreitung von Informationen werde durch ständig aktualisierte Online-Angebote und soziale Medien noch beschleunigt. Hier könne es verfassungsrechtlich im Interesse effektiven Rechtsschutzes sogar geboten sein, Unterlassungs- ebenso wie Gegendarstellungsansprüche in unmittelbarer zeitlicher Nähe zur Berichterstattung zur Geltung zu verhelfen. Die Annahme besonderer Dringlichkeit und damit der Verzicht auf eine mündliche Verhandlung setze auch eine entsprechend **zügige Verfahrensführung** voraus.<sup>452</sup> Über eine einstweilige Verfügung gegen Veröffentlichungen der Presse oder über den Abdruck einer Gegendarstellung müsse deshalb nicht selten zunächst ohne mündliche Verhandlung entschieden werden.

554 Der Verzicht auf eine mündliche Verhandlung berechtere demgegenüber aber nicht ohne Weiteres dazu, den Schuldner bis zur Entscheidung über den Verfügungsantrag ganz aus dem Verfahren herauszuhalten. Eine stattgebende Entscheidung über den Verfügungsantrag komme grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn für den Schuldner zuvor die Möglichkeit bestanden habe, auf das mit dem Verfügungsantrag geltend gemachte Vorbringen zu **erwidern**. Dabei könne jedoch – je nach den Einzelfallumständen – nach Art und Zeitpunkt der Gehörsverweigerung differenziert werden. Entbehrlich sei eine vorherige Anhörung nur in Ausnahmefällen.

555 In den besonderen Verfahrenslagen des einstweiligen Rechtsschutzes sei eine **vorherige Anhörung verzichtbar**, wenn sie den **Zweck des Verfahrens** – nämlich einen wirksamen vorläufigen Rechtsschutz in Eilfällen – **vereiteln würde**, wie etwa im ZPO-Arrestverfahren.<sup>453</sup> In diesen Fällen reiche es aus, nachträglich – im Rahmen des Widerspruchsverfahrens – Gehör zu gewähren. Auch im Verfahren der einstweiligen Verfügung ist die Verweisung auf eine **nachträgliche Anhörung** möglich, wenn andernfalls ein wirksamer Eilrechtsschutz zu scheitern droht. Eine ausreichende vorausgehende Äußerungsmöglichkeit für den Schuldner könne dabei in zweifacher Weise gewahrt werden: Zum einen durch die Möglichkeit, auf eine vorangegangene Abmahnung zu erwidern, zum anderen durch die Möglichkeit, eine **Schutzschrift** gem. §§ 945a f. ZPO zu hinterlegen (vgl. auch Rn. 528).

556 Die **Erwidlungsmöglichkeiten auf eine vorgerichtliche Abmahnung** genügen dem Grundsatz prozessualer Waffengleichheit danach aber nur unter folgenden Voraussetzungen:<sup>454</sup>

- der Verfügungsantrag wird unverzüglich im Anschluss an eine in der vorgerichtlichen Abmahnung gesetzte angemessene Frist eingereicht (vgl. Rn. 581),

<sup>452</sup> *BVerfG*, GRUR 2018, 1288, 1290; GRUR 2018, 1291, 1293.

<sup>453</sup> *BVerfG*, BVerfGE 70, 180, 188 f. Als weitere Fallgruppe wird die Anordnung von Untersuchungshaft oder Wohnungsdurchsuchungen genannt.

<sup>454</sup> Vgl. *BVerfG*, NJW 2021, 2020, 2022.



- der abgemahnte Verstoß sowie die Begründung für die begehrte Unterlassung sind mit dem bei Gericht geltend gemachten Unterlassungsbegehren identisch (vgl. Rn. 561 ff., 583 ff.),
- der Gläubiger hat ein etwaiges Zurückweisungsschreiben des Schuldners zusammen mit seiner Antragschrift bei Gericht eingereicht (vgl. aber Rn. 568, 609).

Demgegenüber ist der Schuldner anzuhören, wenn er nicht in der „gehörigen Form“ 557 abgemahnt wurde. Eine Anhörung soll ebenfalls erforderlich sein, wenn der Antrag vor Gericht in anderer Weise als in der Abmahnung oder mit **ergänzendem Vortrag** begründet wurde oder auf eine Erwiderung des Schuldners inhaltlich eingeht. Die Anhörung kann – wie das *BVerfG* explizit hervorhebt – auch **fernmündlich oder per E-Mail mit kurz bemessener Frist** erfolgen.<sup>455</sup>

Wenn das Gericht dem Gläubiger **Hinweise nach § 139 ZPO** erteilt (vgl. Rn. 429 ff., 558 587 ff.), ist dem Schuldner nach der Rechtsprechung des *BVerfG* ebenfalls Gehör zu gewähren.<sup>456</sup> Hinweise – insbesondere sofern sie mündlich oder fernmündlich erteilt werden – seien vollständig zu **dokumentieren**. Denn nur dann ergebe sich nachvollziehbar aus den Akten, wer wann wem gegenüber welchen Hinweis gegeben hat. Alsdann sei geboten, den **Gegner zeitnah vor Erlass einer Entscheidung in den gleichen Kenntnisstand** zu versetzen wie den Gläubiger und auch ihm die richterlichen Hinweise mitzuteilen. Dies soll insbesondere bei – in der Praxis sehr üblichen – rechtlichen Hinweisen<sup>457</sup> gelten, die dazu dienen, dem Gläubiger Gelegenheit zur Nachbesserung oder eine Einschätzung zu den Erfolgsaussichten oder zum Vorliegen der Dringlichkeit zu geben.

**Praxishinweis:** Soweit Hinweise erteilt werden, ist dies nach der Rechtsprechung des *BVerfG* dem Schuldner mit Blick auf die Nutzung in anderen gegen ihn gerichteten Verfahren **auch im Fall der Ablehnung eines Antrags** unverzüglich mitzuteilen (vgl. aber Rn. 588). Ein **einseitiges Geheimverfahren** über einen mehrwöchigen Zeitraum, in dem sich Gericht und Gläubiger über Rechtsfragen austauschen, ohne den Schuldner in irgendeiner Form einzubeziehen, ist mit den Verfahrensgrundsätzen des Grundgesetzes unvereinbar. 559

## bb) Prozessuale Waffengleichheit im Wettbewerbsrecht

### (1) Spruchpraxis der 2. Kammer des Ersten Senats

Die 2. Kammer des Ersten Senats des *BVerfG* hat die im Presse- und Äußerungsrecht 560 entwickelten Maßstäbe zur Handhabung der prozessualen Waffengleichheit im einstweiligen Verfügungsverfahren in zwei Entscheidungen vom Juli 2020 konsequenterweise auf das Wettbewerbsrecht angewandt<sup>458</sup> und in der Folge fortlaufend

<sup>455</sup> *BVerfG*, GRUR 2021, 518, 520.

<sup>456</sup> *BVerfG*, GRUR 2018, 1288, 1291; GRUR 2018, 1291, 1293.

<sup>457</sup> Das *BVerfG* bezeichnet dies als „Rechtsauskünfte in Hinweisform“.

<sup>458</sup> *BVerfG*, GRUR 2020, 1119, 1120; GRUR 2020, 1236, 1236 f.