Prozessuale Waffengleichheit im lauterkeitsrechtlichen einstweiligen Verfügungsverfahren und die Bedeutung der Schutzschrift

14. Mai 2021

Ein Beitrag von VorsRiinLG Dr. Elisabeth Stöve

> Das Bundesverfassungsgericht hat in den letzten Monaten mehrfach zur prozessualen Waffengleichheit im einstweiligen Verfügungsverfahren im Lauterkeitsrecht Stellung genommen. Elisabeth Stöve zeigt, in welchen drei Grundkonstellationen beide Parteien im einstweiligen Verfügungsverfahren im Lauterkeitsrecht ausreichend beteiligt sind. In einem vierten Grundsatz stellt sie die Bedeutung der Schutzschrift heraus.



Die prozessuale Waffengleichheit hat im lauterkeitsrechtlichen EV-Verfahren lange ein Schattendasein gefristet.

Dies ändert sich mit den Entscheidungen des BVerfG.

© Eelco Böhtlingk on Unsplash.com

Der Gesetzgeber hat den Ausgleich der Parteiinteressen im lauterkeitsrechtlichen einstweiligen Verfügungsverfahren mit den Instrumenten der Abmahnung und der Schutzschrift eigentlich wunderbar geregelt: Der Antragsteller hat mit der Abmahnung die Möglichkeit, den Gegner schon vorgerichtlich anzuhören. Der Antragsgegner hat mit der Schutzschrift die Möglichkeit, sich selbst rechtliches Gehör zu verschaffen.

Und doch beschäftigt das Bundesverfassungsgericht sich in den letzten Monaten mehrmals mit dem grundrechtsgleichen Recht auf prozessuale Waffengleichheit aus Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG im lauterkeitsrechtlichen einstweiligen Verfügungsverfahren.

Ausgangspunkt ist der *„Gehörsgrundsatz aus Art. 103 Abs. 1 GG, der eine besondere Ausprägung der Waffengleichheit ist. Als prozessuales Urrecht gebietet dieser, in einem gerichtlichen Verfahren der Gegenseite grundsätzlich vor einer Entscheidung Gehör und damit die Gelegenheit zu gewähren, auf eine bevorstehende gerichtliche Entscheidung Einfluss zu nehmen“* (grundlegend BVerfG, Beschluss vom 30.09.2018, 1 BvR 1783/17, Rdn. 15). Vor einer Entscheidung muss das Gericht beiden Parteien ausreichend Gelegenheit geben, sich zu dem Sachverhalt und zu den Rechtsfragen zu äußern.

1. In Hauptsacheverfahren wird die Waffengleichheit durch den Austausch von Schriftsätzen im schriftlichen Verfahren oder zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung Rechnung getragen. Das gilt auch im lauterkeitsrechtlichen einstweiligen Verfügungsverfahren.

> Grundsatz 1:
> Das Recht auf prozessuale Waffengleichheit ist im einstweiligen Verfügungsverfahren immer bei Durchführung einer mündlichen Verhandlung gewahrt.

Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung dauert jedoch zu lange. Schon die Ladung – auch bei Abkürzung der Ladungsfristen nach § 226 Abs. 3 ZPO – nimmt, wenn auf Antragsgegnerseite kein Rechtsanwalt bekannt ist, mehr als eine Woche in Anspruch. Zusätzlich ist nach der mündlichen Verhandlung über

den einstweiligen Verfügungsantrag in einem begründeten Urteil zu entscheiden. Beide Verzögerungen entsprechen nicht der Eilbedürftigkeit im einstweiligen Verfügungsverfahren.

2. Deshalb kann das Gericht dem Gehörsgrundsatz alternativ dadurch genügen, dass es dem Antragsgegner vor Erlass der einstweiligen Verfügung die Möglichkeit gibt, zu der Antragsschrift und zu den Hinweisen des Gerichts nach § 139 ZPO Stellung zu nehmen (BVerfG, Beschluss vom 30.09.2018, 1 BvR 1783/17, Rdn. 21 und 24).

> Grundsatz 2:
> Das Recht auf prozessuale Waffengleichheit ist im einstweiligen Verfügungsverfahren gewahrt, wenn das Gericht den Antragsgegner vor Erlass des einstweiligen Verfügungsbeschlusses anhört.

Diese Form des rechtlichen Gehörs mag im Einzelfall zügig möglich sein, wenn ein Verfahrensbevollmächtigter des Antragsgegners bekannt ist. Dann kann das Gericht die Antragsschrift und mögliche Hinweise nach § 139 ZPO zügig per beA mit einer kurzen Frist zur Stellungnahme an den Rechtsanwalt zustellen. Im Regelfall aber wird der Antragsteller im Lauterkeitsrecht noch keinen Verfahrensbevollmächtigten auf Antragsgegnerseite benennen können. Dann müsste das Gericht die Partei selbst anhören. Schon die Zustellung an die Partei selbst wird länger dauern. Wenn dem Antragsgegner zusätzlich „in gebotenem Umfang“ (BVerfG, aaO, Rdn. 23) ein Recht zur Äußerung zu geben ist, der Antragsgegner also zunächst den Rat eines Rechtsanwalts einholen darf, der sich wiederum vor einer Stellungnahme einarbeiten muss, vergeht erhebliche Zeit. Zusätzlich muss das Gericht im Zweifel dem Antragsteller Gelegenheit geben, sich zum Vortrag des Antragsgegners zu äußern. Die Anhörung durch das Gericht wird noch langwieriger als die Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Auch die schriftliche Anhörung wird im Regelfall der Eilbedürftigkeit im lauterkeitsrechtlichen Verfahren also nicht gerecht.

3. Damit spitzt sich die Einhaltung der prozessualen Waffengleichheit im lauterkeitsrechtlichen einstweiligen Verfügungsverfahren auf das vorgerichtliche Verhalten der Parteien und dessen Kontrolle durch das Gericht zu. Das Instrument, mit dem der Grundrechtssatz „Vor Gericht hat jedermann An-

spruch auf rechtliches Gehör“ auf das vorgerichtliche Verfahren verlegt wird, ist die Abmahnung. Im lauterkeitsrechtlichen Verfügungsverfahren verschaffen sich die Parteien mit der Abmahnung und der Stellungnahme auf die Abmahnung schon vorgerichtlich gegenseitig Kenntnis von Sachverhalt und Rechtslage. Das Gericht überprüft diesen Austausch nur noch (BVerfG, Beschluss vom 30.09.2018, 1 BvR 1783/17, Rdn. 23 zunächst zum Äußerungsrecht; BVerfG, Beschluss vom 30.07.2020, 1 BvR 1422/20 für das Lauterkeitsrecht; zuletzt zum Äußerungsrecht: BVerfG, Beschluss vom 04.02.2021, 1BvR 2743/19, Rdn. 25)

> Grundsatz 3:
> Das Recht auf prozessuale Waffengleichheit ist im einstweiligen Verfügungsverfahren gewahrt, wenn
> (1) dem Gericht eine vorgerichtliche Abmahnung vorliegt,
> (2) der Verfügungsantrag unverzüglich nach Ablauf einer angemessenen Frist für die Unterlassungserklärung eingereicht wird,
> (3) der Antragsteller eine etwaige Stellungnahme des Abgemahnten vorlegt und
> (4) der einstweilige Verfügungsantrag mit der Abmahnung identisch ist.

Diese Gehörsgewährung entspricht voll und ganz der Eilbedürftigkeit des einstweiligen Verfügungsverfahrens. Der Antragsteller hat es selbst in der Hand, den späteren Antragsgegner schon mit der vorgerichtlichen Abmahnung vollständig über den Sachverhalt und seine Bewertung der Rechtslage in Kenntnis zu setzen. Das rechtliche Gehör des Antragsgegners ist vollständig gewährleistet, weil er davon ausgehen kann, dass der Antragsteller seine Sicht der Sach- und Rechtslage dem Gericht vorlegt. Der Antragsteller rechtfertigt diese Vorverlegung des rechtlichen Gehörs damit, dass er – ganz im Sinne der Eilbedürftigkeit der Sache – den einstweiligen Verfügungsantrag unverzüglich nach Verstreichen der Frist zur Stellung auf die Abmahnung bei Gericht einreicht. Bei einem Verfügungsantrag 40 Tage (BVerfG, Beschluss vom 04.02.2021, BvR 2743/19, Rdn. 27 zum Äußerungsrecht) oder drei Wochen (BVerfG, Beschluss vom 06.02.2021, 1 BvR 249/21, Rdn. 25) nach Ablauf der Frist zur Stellungnahme rechtfertigt das Bundesverfassungsgericht diese besondere Gehörsgewährung nicht mehr.

Prozessuale Waffengleichheit der Parteien durch vorgerichtlichen Austausch der Parteien und Information des Gerichts beschränkt das Bundesverfassungsgericht (BVerfG, Beschluss vom 30.07.2020, 1 BvR 1422/20, Rdn. 17) – zunächst – auf die Fälle der Identität zwischen der vorgerichtlichen Abmahnung und dem einstweiligen Verfügungsantrag.

4. In den letzten Monaten hat das Bundesverfassungsgericht das Kriterium der „Identität“ für das Lauterkeitsrecht präzisiert:

a) In einem lauterkeitsrechtlichen Fall (BVerfG, Beschluss vom 30.07.2020, 1 BvR 1422/20) hatte die Antragstellerin die Antragsgegnerin wegen eines Wettbewerbsverstoßes vorgerichtlich abgemahnt und die Reaktion der Antragsgegnerin dem Gericht auch vorgelegt. Der Verfügungsantrag war jedoch nicht identisch mit der Abmahnung, sondern berücksichtigte die Reaktion der Antragsgegnerin. Auf einen telefonischen Hinweis des Gerichts änderte die Antragstellerin ihren Verfügungsantrag zurück in den ursprünglich in der Abmahnung formulierten Antrag. Das Gericht informierte die Antragsgegnerin, die eine Schutzschrift hinterlegt hatte, nicht über diesen Verfahrensgang.

Das Bundesverfassungsgericht (aaO, Rdn. 21) sieht keine Verkürzung prozessualer Rechte oder einen anderweitigen Nachteil der Antragsgegnerin, weil die vom Gericht erlassene einstweilige Verfügung deckungsgleich mit dem ursprünglich abgemahnten Verhalten sei. Alles andere sei eine bloße Förmlichkeit. Grundsatz 3 kann also in Punkt (4) wie folgt erweitert werden:

> Grundsatz 3:
> Das Recht auf prozessuale Waffengleichheit ist im einstweiligen Verfügungsverfahren gewahrt, wenn
> (1) dem Gericht eine vorgerichtliche Abmahnung vorliegt,
> (2) der Verfügungsantrag unverzüglich nach Ablauf einer angemessenen Frist für die Unterlassungserklärung eingereicht wird,
> (3) der Antragsteller eine etwaige Stellungnahme des Abgemahnten vorlegt und
> (4) der einstweilige Verfügungsantrag mit der Abmahnung identisch ist
> oder

> der einstweilige Verfügungstenor mit dem Antrag in der Abmahnung identisch ist.

b) In dem lauterkeitsrechtlichen Fall vom 03.12.2020 (BVerfG, Beschluss vom 03.12.2020, 1 BvR 2575/20) war der Antrag in der Abmahnung ein allgemein formulierter Antrag mit einem insbesondere-Zusatz. Demgegenüber war der Verfügungsantrag auf die angegriffene Verletzung beschränkt, also deutlich enger gefasst als die Abmahnung.

Das Bundesverfassungsgericht sah die prozessuale Waffengleichheit nicht verletzt, weil das tenorierte Verbot ein „Minus" vom Unterlassungsbegehren in der Abmahnung sei und die Abweichung gering, nicht gravierend und keine Verkürzung prozessualer Rechte des Antragsgegners sei (BVerfG, aaO, Rdn. 22; ihm folgend BVerfG, Beschluss vom 22.01.2021, 1 BvR 2793/20, Rdn. 16): „Eine Identität der rechtlichen Begründung ist nicht erforderlich. Eine Grenze ist dort zu ziehen, wo der gerichtliche Verfügungsantrag den im Rahmen der außergerichtlichen Abmahnung geltend gemachten Streitgegenstand verlässt oder weitere Streitgegenstände und Sachverhaltsumstände neu einführt."

Der zweite Gesichtspunkt dieser Entscheidung, dass die Antragstellerin die Stellungnahme der Antragsgegnerin auf die Abmahnung wahrheitswidrig nicht vorgelegt hatte, habe keinen Verstoß des Gerichts gegen die prozessuale Waffengleichheit zur Folge, weil das Gericht gutgläubig war. Rechtsmissbrauch nach § 8 Abs. 4 UWG könne im Widerspruchsverfahren geprüft werden (BVerfG, Beschluss vom 03.12.2020, 1 BvR 2575/20, Rdn. 19).

Für die erstinstanzlichen Gerichte ergibt sich daraus, dass sie auf die ausdrückliche Angabe, es gebe keine Erwiderung des Antragsgegners auf die Abmahnung, vertrauen dürfen. Gleichzeitig besteht eine Pflicht der erstinstanzlichen Gerichte, beim Antragsteller nachzufragen, warum der Antragsteller keine Erwiderung vorlegt, und ihn zu bitten, glaubhaft zu machen, dass die Abmahnung dem Antragsgegner zugegangen ist.

Grundsatz 3 ist also wie folgt zu erweitern:

> Grundsatz 3:
> Das Recht auf prozessuale Waffengleichheit ist im einstweiligen Verfügungsverfahren gewahrt, wenn

> (1) dem Gericht eine vorgerichtliche Abmahnung vorliegt,
> (2) der Verfügungsantrag unverzüglich nach Ablauf einer angemessenen Frist für die Unterlassungserklärung eingereicht wird,
> (3) der Antragsteller erklärt, keine Stellungnahme des Antragsgegners erhalten zu haben,
> (4) der Antragsteller glaubhaft macht, dass die Abmahnung dem Antragsgegner zugegangen ist,
> (5) der einstweilige Verfügungsantrag oder der einstweilige Verfügungstenor den im Rahmen der außergerichtlichen Abmahnung geltend gemachten Streitgegenstand nicht verlässt oder nicht weitere Streitgegenstände und Sachverhaltsumstände neu einführt.

c) Einen weiteren Lauterkeitsstreit nutzt das Bundesverfassungsgericht (BVerfG, Beschluss vom 22.01.2021, 1 BvR 2793/20, Rdn. 16) um klarzustellen, dass ein Abweichen des Gerichts vom beantragten Verbotstenor im Sinne eines aliud einen Hinweis und die Gewährung rechtlichen Gehörs von Antragsteller- und Antragsgegnerseite erforderlich mache.

d) In zwei äußerungsrechtlichen Fällen (BVerfG, Beschluss vom 04.02.2021, 1 BvR 2743/19, Rdn. 28 und BVerfG, Beschluss vom 06.02.2021, 1 BvR 249/21) konkretisiert das Bundesverfassungsgericht die Frage der Identität zwischen Abmahnung und Verfügungsantrag anhand der Seitenzahlen beider Schriften: Identität sei zu verneinen, wenn der Umfang zwischen Abmahnung und Verfügungsantrag augenscheinlich unterschiedlich sei – sieben Seiten gegenüber 20 Seiten bzw. zwei Seiten gegenüber sieben Seiten.

Keine Identität sei gegeben, wenn der Verfügungsantrag „erkennbar relevanten replizierenden Vortrag“ enthalte. Die Schutzschrift, die nur zur kurzen Abmahnung habe erfolgen können, mache das Gebot des rechtlichen Gehörs zum Verfügungsantrag nicht entbehrlich.

5. Zu wenig Beachtung findet bisher die Schutzschrift. Mit der Schutzschrift verschafft der Antragsgegner sich selbst rechtliches Gehör. Durch das Schutzschriftenregister, das nach § 945a Abs. 1 ZPO bei der Landesjustizverwaltung Hessen für die Länder zentral geführt wird, hat jedes Gericht tatsächlich

Zugriff auf die Schutzschrift und ist rechtlich verpflichtet zu recherchieren, ob eine Schutzschrift in dieser Sache im Register eingestellt ist (Begr zu § 945a ZPO, BT-Drs. 17/12634, S. 36).

Die Schutzschrift hat in dem seit dem 02.12.2020 geltenden Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb eine Aufwertung erhalten. Denn seit dem 02.12.2020 hat der unberechtigt Abgemahnte gegen den Abmahnenden gemäß § 13 Abs. 5 UWG einen Anspruch auf Ersatz der für die Rechtsverteidigung erforderlichen Aufwendungen. Diese Vorschrift ist vor allem für Abmahnungen relevant, die nicht der gerichtlichen Klärung zugeführt werden (BT-Drs. 19/12084, S. 31).

Dazu gehören nach Auffassung der Verfasserin auch die Kosten der Schutzschrift. Der Einreicher der Schutzschrift sollte auch dann die Kosten der Schutzschrift als erforderliche Aufwendungen seiner Rechtsverteidigung vom Abmahnenden ersetzt verlangen können, wenn der Abmahnende nach der Abmahnung keinen einstweiligen Verfügungsantrag bei Gericht stellt. Nach bisher geltender Auffassung (BGH, Beschluss vom 13.02.2003, I ZB 23/02) kann der Abgemahnte die Kosten der Schutzschrift nur nach § 91 ZPO ersetzt verlangen, wenn ein entsprechender Verfügungsantrag bei Gericht eingeht. Diese Kostenregelung und die weit verbreitete Sorge in der Anwaltschaft, dass das Gericht die Schutzschrift als ausreichende Anhörung des Abgemahnten bewertet, hält viele von der Hinterlegung einer Schutzschrift ab.

Aus Sicht der Verfasserin ermutigt die Neufassung des § 13 Abs. 5 UWG zur Einreichung von Schutzschriften. Denn die Kosten der Schutzschrift sind als erforderliche Aufwendungen der Rechtsverteidigung auch ohne gerichtliches Verfahren ersatzfähig. Dass die Schutzschrift nach Auffassung der Verfasserin im gerichtlichen einstweiligen Verfügungsverfahren die prozessuale Anhörung des Antragsgegners in bestimmten Fällen ersetzt, ist kein Risiko, sondern eine Chance für den Antragsgegner. Denn die Schutzschrift ersetzt die Anhörung nur in den Fällen, in denen der einstweilige Verfügungsantrag oder der einstweilige Verfügungstenor den im Rahmen der außergerichtlichen Abmahnung geltend gemachten Streitgegenstand nicht verlässt oder nicht weitere Streitgegenstände und Sachverhaltsumstände neu einführt. Eine weitere Anhörung des Antragsgegners, der sich in der Schutzschrift mit dieser Abmahnung auseinandersetzt, ist nicht erforderlich.

Die Schutzschrift hat also nicht nur die Funktion, das Gericht von einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung abzuhalten (so OLG Hamburg, Beschluss

vom 23.10.2013, 4 W 100/13, Abs. 5). Vielmehr ersetzt die Schutzschrift die außergerichtliche Stellungnahme auf die Abmahnung. Dabei verschafft der Abgemahnte sich mit der Hinterlegung einer Schutzschrift sicher rechtliches Gehör. Denn das Gericht ist verpflichtet, vor Erlass einer einstweiligen Verfügung zu recherchieren, ob eine Schutzschrift im Register eingestellt ist. Anders als die Stellungnahme auf die Abmahnung, die vom Antragsteller wahrheitswidrig verschwiegen werden kann (so im Fall BVerfG, Beschluss vom 03.12.2020, 1 BvR 2575/20), wird die hinterlegte Schutzschrift vom Gericht sicher recherchiert und im Rahmen der Pflicht zur prozessualen Waffengleichheit berücksichtigt.

In den Fällen, in denen Antrag oder Tenor von der Abmahnung abweichen, muss das Gericht auch bei Vorliegen einer Schutzschrift zur Herstellung der prozessualen Waffengleichheit dem Antragsgegner weiteres rechtliches Gehör gewähren (vgl. BVerfG, Beschluss vom 06.02.2021, 1 BvR 249/21, Rdn. 25).

Damit gilt nach Auffassung der Verfasserin folgender

> Grundsatz 4:
> Das Recht auf prozessuale Waffengleichheit ist im lauterkeitsrechtlichen einstweiligen Verfügungsverfahren gewahrt, wenn
> (1) dem Gericht eine vorgerichtliche Abmahnung vorliegt,
> (2) der Verfügungsantrag unverzüglich nach Ablauf einer angemessenen Frist für die Unterlassungserklärung eingereicht wird,
> (3) dem Gericht zu der Abmahnung eine Schutzschrift des Antragsgegners vorliegt,
> (4) der einstweilige Verfügungsantrag oder der einstweilige Verfügungstenor den im Rahmen der außergerichtlichen Abmahnung geltend gemachten Streitgegenstand nicht verlässt oder nicht weitere Streitgegenstände und Sachverhaltsumstände neu einführt.