Schriften zum Prozess- und Verfahrensrecht 11

Nikolaus von Bargen

Prozessuale Waffengleichheit im einstweiligen Verfügungsverfahren

Untersuchung eines Verfahrensgrundrechts unter besonderer Beachtung des Rechts des geistigen Eigentums

Nomos

Schriften zum Prozess- und Verfahrensrecht

herausgegeben von

Prof. Dr. Anna H. Albrecht, Universität Potsdam

Prof. Dr. Daniel Oliver Effer-Uhe, BSP Business and Law School Berlin

Prof. Dr. Olaf Muthorst, Freie Universität Berlin

Prof. Dr. Birgit Peters, LL.M., Universität Trier

Prof. Dr. Jens Prütting, LL.M. oec., Bucerius Law School

Prof. Dr. Philipp Reimer, Universität Konstanz

Prof. Dr. Benno Zabel B.A., Universität Bonn

Band 11

Nikolaus von Bargen

Prozessuale Waffengleichheit im einstweiligen Verfügungsverfahren

Untersuchung eines Verfahrensgrundrechts unter besonderer Beachtung des Rechts des geistigen Eigentums

Nomos

Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Zugl.: Düsseldorf, Univ., Diss., 2023

ISBN 978-3-7560-0730-1 (Print)
ISBN 978-3-7489-1824-0 (ePDF)

D 61

1. Auflage 2023
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2023. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde im Sommersemester 2023 von der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten vor Veröffentlichung ganz überwiegend auf den Stand von August 2023 gebracht werden.

Mein besonderer Dank gilt zunächst meinem geschätzten Doktorvater, Prof. Dr. *Jan Busche*. Durch konstruktive Hinweise und Ermutigungen hat er entscheidend zum Gelingen dieser Untersuchung beigetragen. Die Betreuung meines Vorhabens, von der Annahme zur Promotion bis hin zur mündlichen Prüfung, habe ich dabei stets als äußerst wertschätzend empfunden. Danken möchte ich weiterhin Prof. Dr. *Rupprecht Podszun* für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens sowie Prof. Dr. *Andreas Feuerborn* für sein Mitwirken in der Prüfungskommission. Bei den Herausgeber:innen der Schriften zum Prozess- und Verfahrensrecht möchte ich mich für die Aufnahme in die Schriftenreihe bedanken.

Der Friedrich-Ebert-Stiftung danke ich für die ideelle und finanzielle Förderung während Studium und Promotion. Für die Förderung der Drucklegung sei der Studienstiftung ius vivum gedankt.

Sodann muss ich betonen: Ohne die Unterstützung zahlreicher Menschen, die hier ob ihrer Zahl nicht alle genannt werden können, hätte das mit dieser Veröffentlichung abgeschlossene Promotionsvorhaben nicht verwirklicht werden können. Für die vielfältig erfahrene Hilfe bin ich sehr dankbar.

Aus dem Kreise der vielen persönlichen Förder:innen dieser Untersuchung seien zumindest die wichtigsten hier genannt: Großer Dank gilt zunächst Dr. *Patrick Fromlowitz*, der mich auf die zu dieser Untersuchung Anlass gebenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts hingewiesen und mir bei der Erstellung eines ersten Exposés zur Seite gestanden hat. Ganz besonders bedanken möchte ich mich weiter bei Dr. *Mathias Bähr* für die intensive Durchsicht des Manuskripts und den fruchtbaren Austausch dazu. Für wichtige inhaltliche Anmerkungen und Hinweise bin ich zudem *Valerie Böhm* sehr dankbar.

Der größte Dank gebührt jedoch meiner Familie: meinen Eltern, *Kerstin* und *Albrecht von Bargen*, die mir ein steter Rückhalt waren und sind und die die Veröffentlichung dieser Untersuchung finanziell ermöglicht haben,

sowie meinem Bruder, Dr. *Leonard von Bargen*, der mir während der Promotionszeit nicht nur in juristischen Fragen, sondern auch im Übrigen stets ein ratgebender Gesprächspartner war. All dies und viel mehr gilt zuletzt für *Viktoria*, deren fortwährender Zuspruch und tragende Unterstützung in allen Lebenslagen schlechthin unersetzlich sind.

Berlin, im August 2023 *Nikolaus von Bargen*

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis 17

Kapitel 1: Einführung 21

A. Anlass der Untersuchung 21

B. Ziel der Untersuchung 22

C. Gang der Untersuchung 23

D. Vorbemerkung zu den untersuchungsgegenständlichen Rechtsbereichen 24

Kapitel 2: Konkretisierung und Relevanz des Untersuchungsgegenstandes vor dem Hintergrund jüngerer Verfassungsrechtsprechung 27

A. Jüngere Verfassungsrechtsprechung als Ausgangspunkt der Untersuchung 27

I. Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 06. Juni 2017 27

1. Sachverhalt, Hintergrund und Begehren 27

2. Entscheidung 29

II. Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts vom 30. September 2018 30

1. Beschluss 1 BvR 1783/17 30

a. Sachverhalt, Hintergrund und Begehren 30

b. Entscheidung 31

2. Beschluss 1 BvR 2421/17 34

a. Sachverhalt, Hintergrund und Begehren 34

b. Entscheidung 35

B. Einordnung der untersuchungsveranlassenden Entscheidungen 36

I. Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 06. Juni 2017 36

II. Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts vom 30. September 2018 38

C. Übertragbarkeit auf das Recht des geistigen Eigentums 40

I. Anerkennung der Übertragbarkeit auf das Wettbewerbsrecht 40

II. Übertragbarkeit auf die übrigen Teilrechtsbereiche des geistigen Eigentums? 41
III. Gründe für eine Übertragbarkeit auf das gesamte Recht des geistigen Eigentums 44
1. Wortlaut der Beschlüsse vom 30. September 2018 und Verweis auf einschlägige Literatur 44
2. Allgemeingültigkeit durch grundrechtliche Verankerung 45
3. Vergleichbare Interessenlage 46
IV. Zwischenergebnis 47

D. Zwischenergebnis und Vorschau 48

Kapitel 3: Grundlagen und Grundbegriffe der Untersuchung 51

A. Die Waffengleichheit der Parteien im Zivilprozess 51
I. Rechtshistorische Entwicklung im Überblick 53
1. Eduard Bötticher und ein ausbleibendes Echo 53
2. Prozessuale Waffengleichheit, Verfahrens(grund)rechte und die Rolle des Bundesverfassungsgerichts 55
3. Prozessuale Waffengleichheit im Fokus der Literatur 57
II. Inhaltliche Bestimmung 58
1. Bestimmung durch das Bundesverfassungsgericht 58
2. Inhaltsbestimmung nach Anwendungsbereichen 59
a. Prozesskosten 60
aa. Anwendung 60
bb. Erkenntnis 62
b. Richterliche Verhandlungsführung 63
aa. Anwendung 63
bb. Erkenntnis 65
c. Beweisrecht 66
aa. Anwendung 66
(1) Der „Arzthaftungsbeschluss“ 66
(a) Meinung der dissentierenden Richter 66
(b) Meinung der konsentierenden Richter 67
(c) Kritik der Literatur 68
(2) Beweisrechtliche Behandlung von Vier-Augen-Gesprächen 69
(3) Beweisführung 71
bb. Erkenntnis 71

d. Anwaltliche Vertretung 72
aa. Anwendung 72
bb. Erkenntnis 73
e. Fristen 73
aa. Anwendung 73
bb. Erkenntnis 74
f. Prozessuale Gestaltungsmöglichkeiten 75
aa. Anwendung 75
bb. Erkenntnis 76
3. Erste definitorische Annäherung 76
III. Dimensionen prozessualer Waffengleichheit 77
1. Sachlich-zeitliche Dimension prozessualer Waffengleichheit 77
a. Verständnis der Rechtsprechung 77
b. Verständnis der Literatur 78
c. Kritik und eigener Standpunkt 80
2. Materielle Dimension prozessualer Waffengleichheit 81
a. Verständnis der Rechtsprechung 82
b. Verständnis der Literatur 84
c. Kritik und eigener Standpunkt 86
d. Exkurs: Materialisierung des Privatrechts 88
aa. Leitgedanken 89
bb. Schlussfolgerungen 91
e. Schlussfolgerungen für den Begriff der Waffengleichheit 92
3. Personelle Dimension prozessualer Waffengleichheit 94
a. Leitgedanken 94
b. Kritik und eigener Standpunkt 95
4. Weitere definitorische Annäherung 96
IV. Rechtliche und dogmatische Einordnung 96
1. Normative Anknüpfung 96
a. Verfassungsrechtliche Anknüpfung 97
aa. Rechtsprechung 97
bb. Literatur 99
cc. Kritik und eigener Standpunkt 100
(1) Art. 3 GG 100
(2) Recht auf ein faires Verfahren 100
(3) Sozialstaatsprinzip 101

(4) Rechtsstaatsprinzip 102
(5) Zwischenergebnis 103
b. Weitere normative Anknüpfungen 103
aa. Völker- und Europarecht 104
bb. Zivilprozessordnung 105
2. Rechtsnatur 106
a. Leitgedanken 106
b. Kritik und eigener Standpunkt 109
aa. Prozessuale Waffengleichheit als grundrechtlich geschütztes subjektives Recht 109
bb. Prozessuale Waffengleichheit als „Verfahrensgrundrecht“ 110
3. Weitere definitorische Annäherung 111
V. Verhältnis zu anderen Verfahrensgrundsätzen 112
1. Justizgewährungsanspruch 113
a. Bestimmung 113
b. Verhältnis zur prozessualen Waffengleichheit 114
2. Verhandlungsgrundsatz 115
a. Bestimmung 115
b. Verhältnis zur prozessualen Waffengleichheit 116
3. Grundsatz richterlicher Neutralität 117
a. Bestimmung 117
b. Verhältnis zur prozessualen Waffengleichheit 117
4. Recht auf rechtliches Gehör 119
a. Bestimmung 119
b. Verhältnis zur prozessualen Waffengleichheit 120
5. Recht auf ein faires Verfahren 122
a. Bestimmung 122
b. Verhältnis zur prozessualen Waffengleichheit 124
VI. Zwischenergebnis und abschließende definitorische Annäherung 125

B. Die einstweilige Verfügung und das Recht des geistigen Eigentums 126
I. Rechtliche Grundlagen 126
1. Der einstweilige Rechtsschutz 127
a. Rechtliche Begründung und Zweck 127
b. Regelungen der Zivilprozessordnung 128

c. Beschränkung der Darstellung auf die einstweilige Verfügung 129
2. Arten von einstweiligen Verfügungen 130
a. Sicherungsverfügung 130
b. Regelungsverfügung 131
c. Leistungsverfügung 132
aa. Rechtliche Einordnung 133
bb. Einstweiliger Charakter der Leistungsverfügung 135
d. Verhältnis der Verfügungsarten 136
3. Einstweiliges Verfügungsverfahren 138
a. Vorprozessuales Verfahren 138
aa. Abmahnung 138
bb. Schutzschrift 139
b. Prozessuale Voraussetzungen 140
aa. Zuständiges Gericht 140
bb. Verfügungsantrag 141
cc. Streitgegenstand 142
dd. Glaubhaftmachung 143
ee. (Der Verzicht auf) die mündliche Verhandlung 145
(1) Urteilsverfahren 145
(2) Beschlussverfahren 146
ff. Entscheidung 148
gg. Verfahrensfortgang 149
(1) Verfahren nach Urteil 149
(2) Verfahren nach Beschluss 150
(3) Vollstreckung 151
(4) Verhältnis zur Hauptsache 152
c. Materielle Voraussetzungen 153
aa. Verfügungsanspruch 154
bb. Verfügungsgrund 155
d. Spannungsfeld der Verfahrensrechte 156
II. Bedeutung und Besonderheiten im Recht des geistigen Eigentums 159
1. Allgemein im Recht des geistigen Eigentums 159
a. Bedeutung 159
b. Besonderheiten 160

2. In den Teilrechtsgebieten im Besonderen 162
a. Wettbewerbsrecht 162
aa. Bedeutung 162
bb. Besonderheiten 162
(1) Materiell 162
(2) Prozessual 164
b. Marken- bzw. Kennzeichenrecht 168
aa. Bedeutung 168
bb. Besonderheiten 169
(1) Materiell 169
(2) Prozessual 172
c. Design- und Geschmacksmusterrecht 173
aa. Bedeutung 173
bb. Besonderheiten 173
(1) Materiell 173
(2) Prozessual 174
d. Patent- und Gebrauchsmusterrecht 175
aa. Bedeutung 175
bb. Besonderheiten 177
(1) Materiell 177
(2) Prozessual 178
e. Urheberrecht 179
aa. Bedeutung 179
bb. Besonderheiten 179
(1) Materiell 179
(2) Prozessual 181
3. Zwischenergebnis 182

Kapitel 4: Verletzung und Verwirklichung prozessualer Waffengleichheit in einstweiligen Verfügungsverfahren im Recht des geistigen Eigentums 183

A. Gerichtliche Verfügungsverfahrenspraxis und prozessuale Waffengleichheit 184
I. Umgang mit waffengleichheitsrelevanten Aspekten des einstweiligen Verfügungsverfahrens 186
1. Ausschluss und Einbindung des Antragsgegners 186
a. Verzicht (allein) auf die mündliche Verhandlung 187
aa. Status quo der gerichtlichen Praxis 187

bb. Beurteilung durch das Bundesverfassungsgericht 188
cc. Waffengleichheitsrelevante Aspekte 189
(1) Vorüberlegungen 189
(2) Einordnung und eigene Beurteilung 191
b. Vollständiger Ausschluss des Antragsgegners 193
aa. Status quo der gerichtlichen Praxis 194
bb. Beurteilung durch das Bundesverfassungsgericht 195
cc. Waffengleichheitsrelevante Aspekte 195
(1) Einordnung und eigene Beurteilung 195
(2) Rechtliche Konsequenzen im Einzelnen 197
c. Formen der antragsgegnerischen Einbindung jenseits der mündlichen Verhandlung 201
aa. Schriftliche oder fernmündliche Anhörung 201
(1) Beurteilung durch das Bundesverfassungsgericht 202
(2) Einordnung und eigene Beurteilung 202
(a) Fernmündliche Anhörung 203
(b) Schriftliche Anhörung 203
bb. Einbindung etwaiger Abmahnungserwiderung 207
(1) Beurteilung durch das Bundesverfassungsgericht 207
(2) Einordnung und eigene Beurteilung 207
(a) Zügige Verfahrensführung 208
(b) Kongruenz zwischen Abmahnung und Verfügungsantrag 209
(aa) Keine Identität der rechtlichen Begründung notwendig 211
(bb) Keine Wortlautidentität notwendig 211
(cc) Orientierung am Streitgegenstand 212
(dd) Anhörung bei replizierendem Verfügungsantrag 213
(ee) Vertiefung: Zur tatbestandlichen Erfassung einer verfassungsrechtlich relevanten Waffengleichheitsverletzung 213
(ff) Schlussfolgerung und Kommentar 216
(c) Vorlage etwaiger Erwiderung 217
(3) Bewertung 219

cc. Schutzschrift 221
(1) Beurteilung durch das Bundesverfassungsgericht 221
(2) Einordnung und eigene Beurteilung 222
(a) Schutzschrift nach Abmahnung 222
(b) Schutzschrift vor Abmahnung 222
(c) Zurückweisung aufgrund der Schutzschrift 223
(d) Zukunft von Schutzschrift und Abmahnungserwiderung 224
d. Zwischenergebnis 226
2. Richterliche Hinweise 228
a. Beurteilung durch das Bundesverfassungsgericht 229
b. Einordnung und eigene Beurteilung 231
aa. Art und Form der Hinweiserteilung 231
bb. Aktenkundigmachung 233
cc. Inhalte richterlicher Hinweise und Einbeziehung der Gegenseite 235
(1) Inhaltliche Zulässigkeit richterlicher Hinweise 235
(2) Information und Einbeziehung der Gegenseite nach richterlichen Hinweisen 237
(a) Keine pauschale Pflicht zu sofortiger Mitteilung 237
(b) Keine Einbeziehung bei notwendiger Überraschung 238
(c) Varianten der Einbeziehung in übrigen Fällen 238
(aa) Keine Einbeziehung bei Erwirken eines minus in der Antragsstellung 239
(bb) Einbeziehung bei Zweifeln an der Dringlichkeit 239
(cc) Abwägung bei Einschätzung zu Erfolgsaussichten 241
c. Zwischenergebnis 243
3. forum shopping 244
a. Beurteilung durch das Bundesverfassungsgericht 244
b. Einordnung und eigene Beurteilung 245
c. Zwischenergebnis 246

II. Geltendmachung von Verletzungen der prozessualen Waffengleichheit de lege lata 246
1. Widerspruch und sofortige Beschwerde 247
a. Widerspruch 247
b. Sofortige Beschwerde 248
2. Einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung 248
3. Außerordentliche Beschwerde und Gegenvorstellung 250
a. Außerordentliche Beschwerde 250
b. Gegenvorstellung 252
4. Befangenheitsantrag 254
5. Anhörungsrüge 255
6. Verfassungsbeschwerde und einstweilige Anordnung 258
a. Verfassungsbeschwerde 258
b. Antrag auf einstweilige Anordnung 262
7. Zwischenergebnis 264

B. Möglichkeiten besserer Verwirklichung prozessualer Waffengleichheit 265
I. Potenziale der Digitalisierung für ‚waffengleichere' Verfügungsverfahren 266
1. Überblick: Die Digitalisierung des Zivilprozesses 268
a. Historie 268
aa. Von der elektronischen zur digitalen Justiz 268
bb. Probleme partieller Digitalisierung 269
b. Status quo 270
aa. Fehlender gesetzgeberischer Druck? 270
bb. Mangelnde technisch-organisatorische Umsetzung? 271
cc. Konkurrenz durch alternative Streitbeilegung 273
dd. Fazit 274
c. Aktuelle Entwicklungen 275
aa. Arbeitsgruppe „Modernisierung des Zivilprozesses" 276
bb. Bewegung in der politischen Landschaft 276
cc. Ausblick 277
2. Ausgewählte Möglichkeiten digitaler Verfahrensführung de lege lata und de lege ferenda 278
a. § 128a ZPO – (Re)Naissance und Potenzial einer Norm 278
aa. Allgemeines 278
bb. Probleme teildigitalisierter Verhandlungen 280
cc. Abschaffung analog-digitaler Hybridität 281

dd. Anspruch auf die Durchführung audiovisueller Verhandlungen und entsprechende Ausstattung 283
b. Der digitale Verfahrensraum 285
aa. Der „elektronische Nachrichtenraum“ 286
bb. Der „gerichtliche elektronische Datenraum“ 287
cc. Einordnung und eigene Überlegungen 288
dd. Fazit 290
3. Anwendung im einstweiligen Verfügungsverfahren im Recht des geistigen Eigentums 291
a. Das Recht des geistigen Eigentums als ideales Anwendungsfeld der Digitalisierung 291
b. Potenziale für eine bessere Verwirklichung prozessualer Waffengleichheit 293
aa. Gleichwertige Gewährung rechtlichen Gehörs 293
(1) Mündliche Verhandlung als ‚Königsweg‘ 293
(2) Reform zur volldigitalisierten Verhandlung 294
(3) Schnelligkeit und Effektivität trotz mündlicher Verhandlung 296
(4) Höhere Gewähr für die materielle Richtigkeit von Entscheidungen 298
bb. Transparente Erteilung richterlicher Hinweise 299
cc. Beteiligung ausländischer Prozessparteien und Zustellung 301
dd. Unterbinden von forum shopping 303
ee. Transparenz vorprozessualer Kommunikation 304
c. Zwischenergebnis 304
II. Zukünftige Geltendmachung von Verletzungen der prozessualen Waffengleichheit 306
1. Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung 308
2. Antrag nach § 21 GKG 309
3. Waffengleichheitsrüge nach dem Vorbild des § 321a ZPO? 309

Kapitel 5: Zusammenfassung der Erkenntnisse in 24 Thesen 313

Literaturverzeichnis 319

Verzeichnis sonstiger Quellen 337

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.F.	alte Fassung
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
abw.M.	abweichende Meinung
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
allg.M.	allgemeine Meinung
Anm.	Anmerkung
AnwBl (Online)	Anwaltsblatt (Online)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
BB	Betriebs-Berater
Begr.	Begründer:in(nen)
Beschl.	Beschluss/Beschlüsse
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BJ	Betrifft Justiz
BR	Bundesrat
Bsp.	Beispiel/-e
Bspr.	Besprechung
bspw.	beispielsweise
BT	Bundestag
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ders./dies.	derselbe/dieselbe

DesignG	Designgesetz
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DS	Der Sachverständige
ebd.	ebenda
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EU-GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f.	folgende (eine)
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
ff.	folgende (mehrere)
Fn.	Fußnote
GebrMG	Gebrauchsmustergesetz
GG	Grundgesetz
ggnü.	gegenüber
GGV	Gemeinschaftsgeschmacksmusterverordnung
GKG	Gerichtskostengesetz
grds.	grundsätzlich
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Internationaler Teil
GRUR-Prax	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GVRZ	Zeitschrift für das gesamte Verfahrensrecht
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber:in(nen)
i.E.	im Ergebnis
i.S.d.	im Sinne des/-r
i.Ü.	im Übrigen
i.V.m.	in Verbindung mit

insb.	insbesondere
insg.	insgesamt
IPRB	IP-Rechtsberater
JA	Juristische Arbeitsblätter
jM	Juris: die Monatszeitschrift
JR	Juristische Rundschau
jurisPR-WettbR	juris PraxisReport Wettbewerbsrecht
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
K&R	Kommunikation & Recht
KG	Kammergericht
krit.	kritisch
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
lit.	Buchstabe
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
m.z.N.	mit zahlreichen Nachweisen
MarkenG	Markengesetz
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MMR	Multimedia und Recht
n.F.	neue Fassung
NJOZ	Neue juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NLMR	Newsletter Menschenrechte
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
OLG	Oberlandesgericht
PatG	Patentgesetz
RDi	Recht Digital
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung

S.	Seite / Satz
sog.	sogenannte/-r
st.Rspr.	ständige Rechtsprechung
u.a.	unter anderem/-n / und andere
UMV	Unionsmarkenverordnung
UrhG	Urhebergesetz
Urt.	Urteil
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	vom / von
vgl.	vergleiche
VuR	Verbraucher und Recht
wrp	Wettbewerb in Recht und Praxis
z.B.	zum Beispiel
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZdiW	Zeitschrift für das Recht der digitalen Wirtschaft
ZGE	Zeitschrift für geistiges Eigentum
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- u. Gesellschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZJS	Zeitschrift für das juristische Studium
ZKM	Zeitschrift für Konfliktmanagement
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Kapitel 1: Einführung

A. Anlass der Untersuchung

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat in jüngerer Vergangenheit für beachtliche Bewegung im Zivilprozessrecht gesorgt. Zwei Beschlüsse[1] der 3. Kammer des Ersten Senats vom 30. September 2018 vollendeten dabei – zumindest vorläufig – eine Trendwende im Recht des einstweiligen Verfügungsverfahrens, die Karlsruhe selbst gut ein Jahr zuvor eingeleitet hatte.[2]

Im Kern geht es um die Rüge einer im Eilrechtsschutz etablierten prozessualen Praxis, die die Verfahrens(grund)rechte der Parteien, insbesondere die des Antragsgegners[3], gefährdet und teilweise zu verletzen vermag. Sie ist unter anderem geprägt von einer bewussten Missachtung gesetzgeberischer Intentionen (betreffend das Regel-Ausnahme-Verhältnis des § 937 Abs. 2 ZPO), einer Verkürzung prozessualer Rechte zugunsten ‚effektiver' Verfahrensführung (betreffend die Gewährung gleichwertigen rechtlichen Gehörs) und einer ungenügenden Achtung richterlicher Pflichten im Kontext materieller Prozessleitung (betreffend die Erteilung und Dokumentation richterlicher Hinweise). Diese gerichtliche Praxis ist Abbild eines weiten Spannungsfeldes zwischen dem grundgesetzlich abgesicherten Verlangen nach effektiver Rechtsdurchsetzung auf der einen und der Beachtung existenzieller Verfahrens(grund)rechte auf der anderen Seite.

Im Zentrum der seit den verfassungsgerichtlichen Beschlüssen vom 30. September 2018 (neu) entflammten Diskussion steht das Recht auf prozessuale Waffengleichheit. War es in der bisherigen rechtswissenschaftlichen Diskussion eher unterbelichtet – insbesondere *Teplitzky*s Wirken

1 BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018, 1 BvR 1783/17 (= NJW 2018, 3631; BeckRS 2018, 26321) und 1 BvR 2421/17 (= NJW 2018, 3634; BeckRS 2018, 26322).

2 Gemeint ist BVerfG, Beschl. v. 06.06.2017, 1 BvQ 16/17 - 1 BvQ 17/17 - 1 BvR 764/17 - 1 BvR 770/17 (= NJW 2017, 2985).

3 *Schumann*, JZ 2019, 398 (402), Fn. 64, mit Verweis auf eine bereits frühere Feststellung, spricht dementsprechend von der angegriffenen Seite als „Stiefkind des heutigen Zivilprozessrechts".

stellt insoweit eine Ausnahme dar[4] –, hat das Bundesverfassungsgericht ihm nunmehr zu großer Beachtung verholfen. Zahlreiche Autor:innen[5] haben sich mit den genannten Beschlüssen des Bundesverfassungsgerichts befasst.[6] Ganz überwiegend greift die Literatur jedoch nur einzelne Aspekte prozessualer Waffengleichheit im einstweiligen Verfügungsverfahren auf, ohne sie in den verfahrensrechtlichen Gesamtkontext, etwa die strukturellen Besonderheiten des einstweiligen Verfügungsverfahrens oder das Zusammenspiel der verschiedenen Verfahrens(grund)rechte, einzuordnen. Auch werden Lösungen in aller Regel allein auf der Basis bereits bestehender rechtlicher Regelungen und faktischer, regelmäßig analoger Strukturen gesucht. Vor dem Hintergrund einer fortschreitenden Digitalisierung des gesamten gesellschaftlichen wie auch wirtschaftlichen Lebens erscheint eine entsprechende Herangehensweise aber bereits in sich limitiert.

An dieser Stelle setzt die vorliegende Untersuchung an.

B. Ziel der Untersuchung

Zentrales Ziel der Untersuchung ist demnach herauszuarbeiten, wie ein mit dem Verfahrens(grund)recht auf prozessuale Waffengleichheit in Einklang stehendes einstweiliges Verfügungsverfahren im Recht des geistigen Eigentums ausgestaltet sein muss bzw. ausgestaltet sein könnte. Die kritische Analyse bestehender und Entwicklung neuer diesbezüglicher Ansätze und Argumentationslinien soll einen Beitrag zu mehr Rechtssicherheit in einer „zivilprozessualen Grauzone“[7] leisten.

Zugleich verfolgt die Arbeit mehrere Nebenziele. Zum einen möchte sie im Rahmen der Erörterung der entsprechenden Grundlagen und Grundbegriffe über einen rein deskriptiven Ansatz hinaus neue grundlegende Erkenntnisse gewinnen. Dies betrifft neben einer aktuellen Darstellung von Bedeutung und Besonderheiten der einstweiligen Verfügung im Recht des

---

4 Treffend beschreibt *v. Linstow*, wrp 2019, 405, *Teplitzky* in Bezug auf dessen Forderung nach mehr Beachtung für die antragsgegnerische Seite im einstweiligen Verfügungsverfahren als „einsamen Rufer in der Wüste“.

5 Die Untersuchung bemüht sich bei der Bezugnahme auf konkret bestimmbare, real existierende Personengruppen um eine geschlechterinklusive Sprache. Dabei hat sich der Verfasser für die Verwendung des sog. „Gender:Doppelpunkts“ entschieden.

6 Hier sei pauschal auf die genannten Literaturstimmen in den Untersuchungsteilen Kapitel 2: C. und Kapitel 4: A. verwiesen.

7 So in Bezug auf die entsprechende gerichtliche Praxis *Danckwerts*, GRUR 2008, 763 (766).

geistigen Eigentums insbesondere die Ausführungen zum Recht auf prozessuale Waffengleichheit. Zum anderen versteht sich die Untersuchung als Plädoyer für eine Ausschöpfung digitaler Potenziale – nicht nur im einstweiligen Verfügungsverfahren, sondern auch im Zivilprozess insgesamt. Für die weitere Ausarbeitung von Ideen zur Digitalisierung des Zivilprozesses möchte diese Untersuchung als Anstoß dienen.

C. Gang der Untersuchung

Den Ausgangspunkt der vorliegenden Arbeit bilden in Kapitel 2 die bereits erwähnten Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts vom 06. Juni 2017 und vom 30. September 2018, die das Recht auf prozessuale Waffengleichheit wieder auf die ‚Landkarte' (insbesondere) des zivilverfahrensrechtlichen Diskurses gesetzt haben. Neben einer einordnenden Darstellung der Reaktionen aus Literatur und Rechtsprechung wird ausführlich erörtert, dass und warum die entsprechenden verfassungsgerichtlichen Ausführungen auf den gesamten Bereich des Rechts des geistigen Eigentums übertragbar sind.

In Kapitel 3 widmet sich die Untersuchung den Grundlagen und Grundbegriffen der prozessualen Waffengleichheit und des einstweiligen Verfügungsverfahrens. Der erste Teil des Kapitels nimmt die prozessuale Waffengleichheit als Verfahrens(grund)recht in den Fokus. Im zweiten Teil werden zunächst die Grundzüge des einstweiligen Verfügungsverfahrens skizziert. Im Anschluss stellt die Arbeit heraus, welche rechtlichen Besonderheiten dabei im Recht des geistigen Eigentums zu beachten sind und welche Bedeutung die einstweilige Verfügung für die entsprechenden Teilrechtsbereiche hat.

Die Anwendung der gewonnenen Erkenntnisse zur prozessualen Waffengleichheit auf das einstweilige Verfügungsverfahren ist Gegenstand des Kapitels 4. Vor dem materiell-rechtlichen Hintergrund des Rechts des geistigen Eigentums sollen zunächst problematische Umgangsformen der gerichtlichen Praxis mit der prozessualen Waffengleichheit erörtert, eingeordnet und korrigiert werden. Sodann kommen Wege der einfach- und verfassungsrechtlichen Geltendmachung entsprechender Verfahrens(grund)rechtsverletzungen *de lege lata* zur Sprache. Die zweite Kapitelhälfte ist Möglichkeiten einer besseren Verwirklichung prozessualer Waffengleichheit in den untersuchungsrelevanten Konstellationen gewidmet. Im Mittelpunkt stehen insoweit ungenutzte Potenziale der Digitalisierung.

Denn während solche Potenziale für den Zivilprozess *insgesamt* schon breiter beschrieben werden konnten, hat eine Betrachtung *mit konkretem Bezug auf das einstweilige Verfügungsverfahren* – zumal im Recht des geistigen Eigentums – bisher nicht stattgefunden. Abschließend werden Reformüberlegungen hinsichtlich der Geltendmachung von Waffengleichheitsverletzungen einer kritischen Betrachtung unterzogen.

Kapitel 5 fasst die gewonnenen Erkenntnisse in Thesen zusammen.

D. Vorbemerkung zu den untersuchungsgegenständlichen Rechtsbereichen

Anknüpfungspunkte der vorliegenden Untersuchung sind in materiellrechtlicher Hinsicht insbesondere die folgenden fünf Rechtsbereiche: Das Wettbewerbsrecht, das Marken- und Kennzeichenrecht, das Design- und Geschmacksmusterrecht, das Patent- und Gebrauchsmusterrecht – letztere drei Rechtsbereiche werden im Folgenden auch über den Begriff der „gewerblichen Schutzrechte" erfasst – und das Urheberrecht. Es erscheint angezeigt, im Vorfeld der folgenden Ausführungen insoweit eine eindeutige Bestimmung und Abgrenzung der untersuchungsgegenständlichen Begrifflichkeiten vorzunehmen.

Als Oberbegriff soll den genannten Rechtsbereichen das „Recht des geistigen Eigentums" dienen. Während sich dieser Begriff im deutschen Recht (noch) nicht durchsetzen konnte,[8] ist der entsprechende Terminus „Intellectual Property" international vollständig etabliert.[9] Gerade in der insgesamt stark international geprägten anwaltlichen Praxis[10] kann unter dem Begriff „Intellectual Property" bzw. „Geistiges Eigentum" letztlich der

8 Dazu *Ohly*, JZ 2003, 545 (546), der für eine Verwendung des Begriffs „Geistiges Eigentum" auch im deutschen Recht streitet, wobei er freilich die Bereiche Patent-, Marken- und Urheberrecht in Bezug nimmt; ähnlich auch *Pahlow*, ZGE 6 (2014), 429 (442), der sich umfassend mit dem Begriff des Immaterialgüterrechts und seiner Entstehung auseinandersetzt. *Ahrens*, Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht, S. 4 f., versteht den Begriff des „Geistigen Eigentums" – wie hier – als Oberbegriff für die Bereiche des „klassischen" gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts.

9 *Ahrens*, Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht, S. 4; *Pierson*, in: Pierson/Ahrens/Fischer, Geistiges Eigentum, S. 39; *Ohly*, JZ 2003, 545 (554). Auf europäischer Ebene heißt es etwa in Art. 17 Abs. 2 EU-GRCh: „Intellectual property shall be protected." Zur dortigen Verwendung näher *Obergfell/Hauck*, in: Dauses/Ludwigs, HdEUWR, C. III. Rn. 1 f.

10 Zu den nationalen und internationalen Herausforderungen im Recht des geistigen Eigentums in der anwaltlichen Praxis *Hasselblatt*, in: MAH GewRS, § 1 Rn. 2 ff.

gesamte ‚grüne' Bereich[11] verstanden werden, wobei das Wettbewerbsrecht stets als eine Art begleitendes Recht hinzutritt. Dementsprechend soll auch hier der Begriff „Recht des geistigen Eigentums" verwendet werden.[12]

Im Einzelnen gilt es dabei Folgendes zu beachten: Soweit von „Wettbewerbsrecht" gesprochen wird, ist damit stets nur das Lauterkeitsrecht und sind nicht das Kartell- oder Vergaberecht sowie der Geschäftsgeheimnisschutz gemeint. Wird pauschal auf das „Markenrecht" eingegangen, so wird grundsätzlich immer auch der Schutz sonstiger Kennzeichen in Bezug genommen. Aus dem übrigen Bereich der gewerblichen Schutzrechte werden der Sorten- und Halbleiterschutz nicht behandelt.

Unionsrechtliche Aspekte sollen grundsätzlich nicht Bestandteil dieser Arbeit sein. Die Darstellung (auch) unionsrechtlich verankerter Schutzrechte oder unionsrechtlicher Bestimmungen und Sachverhalte dient hier lediglich dem Gesamtverständnis und dem besseren Zugang zu den untersuchungsgegenständlichen prozessrechtlichen Fragestellungen.

---

11 So benannt nach der Farbe des Einbandes der Zeitschrift GRUR; darauf verweist etwa *Ohly*, JZ 2003, 545 (546).

12 Instruktiv zu den Begriffen „gewerbliches Eigentum" und „geistiges Eigentum" etwa *Hasselblatt*, in: MAH GewRS, § 1 Rn. 32 ff. *Pierson*, in: Pierson/Ahrens/Fischer, Geistiges Eigentum, S. 39. *Pierson* verwendet den Begriff im Ergebnis wie in der vorliegenden Untersuchung; insbesondere sei auf die Einbeziehung des Lauterkeitsrechts dort hingewiesen, *Pierson* in Pierson/Ahrens/Fischer, Geistiges Eigentum, S. 47.

Kapitel 2: Konkretisierung und Relevanz des Untersuchungsgegenstandes vor dem Hintergrund jüngerer Verfassungsrechtsprechung

A. Jüngere Verfassungsrechtsprechung als Ausgangspunkt der Untersuchung

Den Anfang der jüngeren verfassungsgerichtlichen Rechtsprechungsentwicklung zur prozessualen Handhabung einstweiliger Verfügungsverfahren bildet ein Nichtannahmebeschluss[13] der 3. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 06. Juni 2017. Fortgeführt wurde der im Nichtannahmebeschluss aufgezeigte Gedankengang in zwei Beschlüssen[14] derselben Kammer vom 30. September 2018.

I. Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 06. Juni 2017

1. Sachverhalt, Hintergrund und Begehren

Der Beschluss[15] vom 06. Juni 2017 erging in einer presserechtlichen Sache und betraf zwei Verfassungsbeschwerden eines Presseverlags sowie jeweils entsprechende Anträge auf Erlass einstweiliger Anordnung. Damit richtete sich der Verlag gegen zwei Beschlüsse des Landgerichts Hamburg. Das Landgericht hatte Anträge des Verlags auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung aus äußerungsrechtlichen einstweiligen Verfügungen abgelehnt. Mit diesen Verfügungen waren dem Verlag zuvor die Äußerung und Verbreitung von Passagen zweier Artikel in einem von ihm verlegten Nachrichtenmagazin untersagt worden. Der Verlag, als Beschwerdeführerin und (Anordnungs-)Antragstellerin, begehrte neben der Aufhebung der landgerichtlichen Beschlüsse die Anordnung der einstweiligen Einstellung

13 BVerfG, Beschl. v. 06.06.2017, 1 BvQ 16/17 - 1 BvQ 17/17 - 1 BvR 764/17 - 1 BvR 770/17 (= NJW 2017, 2985).

14 BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018, 1 BvR 1783/17 (= NJW 2018, 3631; BeckRS 2018, 26321); 1 BvR 2421/17 (= NJW 2018, 3634; BeckRS 2018, 26322).

15 BVerfG, Beschl. v. 06.06.2017, 1 BvQ 16/17 - 1 BvQ 17/17 - 1 BvR 764/17 - 1 BvR 770/17 (= NJW 2017, 2985).

der Zwangsvollstreckung aus den einstweiligen Verfügungen durch das Bundesverfassungsgericht.[16]

In verfassungsrechtlicher Hinsicht machte das Verlagshaus Verletzungen seines rechtlichen Gehörs aus Art. 103 Abs. 1 GG, seiner Meinungs- und Pressefreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG sowie seiner Rechte auf prozessuale Waffengleichheit aus Art. 3 Abs. 1 GG und auf ein faires Verfahren aus Art. 20 Abs. 3 GG geltend.[17] Das Landgericht habe durch den Verzicht auf eine vorherige mündliche Verhandlung nicht nur die Vorschrift des § 937 Abs. 2 ZPO, sondern den Kernbereich seines rechtlichen Gehörs verletzt. Die zugrunde liegenden Fallgestaltungen seien nämlich nicht eilbedürftig gewesen; das Landgericht habe die nicht begründeten Unterlassungsverfügungen im einen Fall dreieinhalb, im anderen Fall fünf Wochen nach Antragstellung erlassen. Zuvor habe es den Antragstellern des Verfügungsverfahrens zudem telefonische Hinweise erteilt. Sie, die Beschwerdeführerin, habe weder förmlich noch auf informellem Wege rechtliches Gehör erhalten. Sie habe zum einen nicht erfahren, welche Anträge gestellt worden und wie sie ursprünglich begründet gewesen seien. Zum anderen habe sie nicht erfahren, was Inhalt der gerichtlichen Hinweise gewesen sei. Letztlich ließ sie anwaltlich versichern, in einstweiligen Verfügungsverfahren unter ihrer Beteiligung entscheide die Pressekammer des Landgerichts Hamburg seit fünf Jahren in ständiger Praxis ohne vorherige mündliche Verhandlung, auch wenn keine besondere Dringlichkeit bestehe.[18]

Die Eilbedürftigkeit ihrer gestellten Anträge vor dem Bundesverfassungsgericht begründete die Beschwerdeführerin damit, dass ein Verstoß gegen § 937 Abs. 2 ZPO zivilprozessual nicht angreifbar sei. Zudem gälten Gehörsverstöße mit der späteren Durchführung der mündlichen Verhandlung im Widerspruchsverfahren vor dem Landgericht als geheilt. Auch nach der mündlichen Verhandlung und der entsprechenden Entscheidung über den Widerspruch bedürfe sie jedoch des Rechtsschutzes in Bezug auf die Feststellung einer aus der verfassungswidrigen ständigen Praxis der Pressekammer folgenden Verletzung der genannten (Verfahrens-)Grundrechte.[19]

---

16 BVerfG, Beschl. v. 06.06.2017, 1 BvQ 16/17 - 1 BvQ 17/17 - 1 BvR 764/17 - 1 BvR 770/17 (= NJW 2017, 2985), Rn. 1.

17 BVerfG, Beschl. v. 06.06.2017, 1 BvQ 16/17 - 1 BvQ 17/17 - 1 BvR 764/17 - 1 BvR 770/17 (= NJW 2017, 2985), Rn. 3.

18 BVerfG, Beschl. v. 06.06.2017, 1 BvQ 16/17 - 1 BvQ 17/17 - 1 BvR 764/17 - 1 BvR 770/17 (= NJW 2017, 2985), Rn. 2.

19 BVerfG, Beschl. v. 06.06.2017, 1 BvQ 16/17 - 1 BvQ 17/17 - 1 BvR 764/17 - 1 BvR 770/17 (= NJW 2017, 2985), Rn. 3.

2. Entscheidung

Das Bundesverfassungsgericht nahm die Verfassungsbeschwerden nicht zur Entscheidung an, womit die entsprechenden Anträge auf Erlass einstweiliger Anordnung gegenstandslos wurden.

Soweit sich die Beschwerdeführerin gegen die Ablehnung der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung wende, hätten sich die von ihr unmittelbar angegriffenen Beschlüsse erledigt. In Bezug auf die Geltendmachung einer mittelbaren Grundrechtsverletzung durch die nach Ansicht des Verlags prozessrechtswidrig erlassenen einstweiligen Verfügungen selbst bestehe jedenfalls zum Zeitpunkt des Beschlusses der Kammer keine Aussicht auf Erfolg. Die gerügte Verletzung des rechtlichen Gehörs sei nach Durchführung der mündlichen Verhandlung im Widerspruchsverfahren geheilt. Betreffend die gerügte Verletzung der Rechte auf prozessuale Waffengleichheit und auf ein faires Verfahren sei die Verfassungsbeschwerde hingegen (lediglich) verfristet.[20]

Im Rahmen eines *obiter dictum* zeigt die 3. Kammer des Ersten Senats im Folgenden erstmals einen Weg zur sofortigen Verfassungsbeschwerde gegen eine einstweilige Verfügung auf: Eine solche Beschwerde sei möglich, soweit mit ihr eine Verletzung der Rechte auf prozessuale Waffengleichheit aus Art. 3 Abs. 1 GG und auf ein faires Verfahren aus Art. 20 Abs. 3 GG geltend gemacht würden. Im zivilrechtlichen Verfügungsverfahren werde die vom Antragsgegner gerügte Verletzung des Rechts auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG zwar zumeist (wie auch hier) durch Nachholung der mündlichen Verhandlung im Widerspruchsverfahren geheilt, sodass eine bereits erhobene Verfassungsbeschwerde mangels Erschöpfung des Rechtsweges insoweit unzulässig werde.[21] Stelle sich die Verletzung von Verfahrens(grund)rechten aber als bewusstes Übergehen prozessualer Rechte ohne sachlichen Grund dar, stehe dem Beschwerdeführer diesbezüglich keine prozessrechtliche Möglichkeit fachgerichtlicher Kontrolle zur Verfügung.[22] In diesen Fällen könne eine Verfassungsbeschwerde daher unmittelbar ge-

20 BVerfG, Beschl. v. 06.06.2017, 1 BvQ 16/17 - 1 BvQ 17/17 - 1 BvR 764/17 - 1 BvR 770/17 (= NJW 2017, 2985), Rn. 5 ff.

21 BVerfG, Beschl. v. 06.06.2017, 1 BvQ 16/17 - 1 BvQ 17/17 - 1 BvR 764/17 - 1 BvR 770/17 (= NJW 2017, 2985), Rn. 7.

22 BVerfG, Beschl. v. 06.06.2017, 1 BvQ 16/17 - 1 BvQ 17/17 - 1 BvR 764/17 - 1 BvR 770/17 (= NJW 2017, 2985), Rn. 9 f.

gen die einstweilige Verfügung erhoben werden, wenn ein „fortwirkendes Feststellungsinteresse" bestehe.[23]

II. Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts vom 30. September 2018

Nachdem die Verfassungsbeschwerde in der oben beschriebenen Sache noch an der Monatsfrist des § 93 Abs. 1 BVerfGG gescheitert war, ließ ein folgender geeigneter Fall – wie *Fricke* bereits unmittelbar nach dem oben genannten Beschluss vermutet hatte – „nicht lange auf sich warten"[24]. In seinen beiden Beschlüssen[25] vom 30. September 2018 setzte sich die 3. Kammer des Ersten Senats mit zwei einstweiligen Verfügungen in entsprechend gelagerten Fällen auseinander.

1. Beschluss 1 BvR 1783/17

a. Sachverhalt, Hintergrund und Begehren

Im ersten Fall ging es um eine vor dem Landgericht Köln[26] erwirkte einstweilige Verfügung.[27] Der Beschwerdeführerin, ein journalistisch-redaktionelles Recherchenetzwerk, war ohne vorherige Abmahnung oder gerichtliche Anhörung im Wege der Beschlussverfügung die Veröffentlichung von Protokollen einer mitgeschnittenen Vorstandssitzung eines Unternehmens verboten worden. Vom Inhalt des Verfügungsantrags und seiner Begründung erhielt sie erst nach Zustellung der Verfügung und mithin drei Wochen nach Erlass dieser durch Akteneinsicht Kenntnis.

Das Recherchenetzwerk beantragte vor dem Bundesverfassungsgericht die Aufhebung der angegriffenen einstweiligen Verfügung bzw. hilfsweise die einstweilige Aussetzung der Vollstreckung und weiterhin hilfsweise die Feststellung, dass der Erlass der einstweiligen Verfügung seine Rechte auf rechtliches Gehör, prozessuale Waffengleichheit und ein faires Verfahren

23 BVerfG, Beschl. v. 06.06.2017, 1 BvQ 16/17 - 1 BvQ 17/17 - 1 BvR 764/17 - 1 BvR 770/17 (= NJW 2017, 2985), Rn. 11.
24 *Fricke*, GRUR-Prax 2017, 406.
25 BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018, 1 BvR 1783/17 (= NJW 2018, 3631; BeckRS 2018, 26321); 1 BvR 2421/17 (= NJW 2018, 3634; BeckRS 2018, 26322).
26 LG Köln, Beschl. v. 10.07.2017, 28 O 200/17 (= BeckRS 2017, 124394).
27 BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018, 1 BvR 1783/17 (= NJW 2018, 3631; BeckRS 2018, 26321).

sowie die Meinungs- und Pressefreiheit verletze. Im Hinblick auf die gerügte Verletzung seiner Verfahrens(grund)rechte führte es aus, „es sei gängige, jahrelang geübte Praxis der […] zuständigen Zivilkammer […], über einstweilige Verfügungen ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden. An die Glaubhaftmachung der besonderen Dringlichkeit im Sinne des § 937 Abs. 2 ZPO würden lediglich geringe Anforderungen gestellt. Des Weiteren sei es üblich, derartige Verfügungen ohne vorherige Abmahnung zu erlassen. […] [Seine] Verfahrensrechte würden durch diese Praxis bewusst übergangen."[28]

b. Entscheidung

Die Kammer setzt sich in ihrem Beschluss zunächst mit der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde und dabei insbesondere mit der Erschöpfung des Rechtswegs, § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG, auseinander. Zwar könne eine einstweilige Verfügung auch im Hinblick auf einen möglichen Verstoß gegen den rechtlichen Gehörsgrundsatz fachgerichtlich angegriffen werden; wende sich die Beschwerdeführerin aber gegen ein nach ihrem Vorbringen „bewusstes und systematisches Übergehen ihrer prozessualen Rechte, das die Fachgerichte im Vertrauen daraufhin praktizierten, dass diese Rechtsverletzungen angesichts später eröffneter Verteidigungsmöglichkeiten folgenlos blieben und deshalb nicht geltend gemacht werden könnten"[29], bestehe gerade kein fachgerichtlicher Rechtsbehelf. Die Verfassungsbeschwerde könne daher unmittelbar gegen die einstweilige Verfügung erhoben werden.[30]

Einschränkend in Bezug auf die Zulässigkeit einer solchen auf Feststellung gerichteten Verfassungsbeschwerde fügt das Bundesverfassungsgericht hinzu, dass die Geltendmachung einer Verletzung prozessualer Rechte unter Berufung auf die prozessuale Waffengleichheit nur bei Vorliegen eines „gewichtigen Feststellungsinteresses" möglich sei. Dies sei insbesondere anzunehmen, wenn eine Wiederholung der mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Maßnahme drohe, also „eine hinreichend konkrete Gefahr

28 BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018, 1 BvR 1783/17 (= NJW 2018, 3631; BeckRS 2018, 26321), Rn. 5.

29 BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018, 1 BvR 1783/17 (= NJW 2018, 3631; BeckRS 2018, 26321), Rn. 10.

30 BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018, 1 BvR 1783/17 (= NJW 2018, 3631; BeckRS 2018, 26321), Rn. 10.

besteht, dass unter im Wesentlichen unveränderten rechtlichen und tatsächlichen Umständen eine gleichartige Entscheidung ergehen würde".[31]

Im Rahmen der Begründetheit der Verfassungsbeschwerde geht die Kammer lediglich auf das Recht der Beschwerdeführerin auf prozessuale Waffengleichheit aus Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG ein. Im Ergebnis verletze der Beschluss des Landgerichts Köln die Beschwerdeführerin in ihrem grundrechtsgleichen Recht auf prozessuale Waffengleichheit. Werde eine einstweilige Verfügung nicht nur ohne vorherige Anhörung des Antragsgegners, sondern gar ohne eine hinreichende vorprozessuale Abmahnung erlassen, sei die Gleichwertigkeit der prozessualen Stellung der Parteien nicht mehr gewährleistet.[32] Der Grundsatz der Waffengleichheit gebiete es, dass ein Gericht auch im Presse- und Äußerungsrecht der Gegenseite vor einer stattgebenden Entscheidung über einen Parteiantrag im Zivilrechtsstreit Recht auf Gehör gewähren müsse. Eine Überraschung oder Überrumpelung des Gegners sei zur effektiven Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen jedenfalls nicht regelmäßig erforderlich. Aus der nichtsdestoweniger häufig anzuerkennenden Eilbedürftigkeit folge kein schutzwürdiges Interesse daran, dass die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs als solche dem (Unterlassungs-)Schuldner verborgen bleibe.[33]

Davon zu unterscheiden ist nach dem Bundesverfassungsgericht die Frage, wann über den Erlass einer einstweiligen Verfügung ohne mündliche Verhandlung im Sinne des § 937 Abs. 2 ZPO entschieden werden kann. Bezüglich der Feststellung einer besonderen Dringlichkeit und dem damit verbundenen Verzicht auf eine mündliche Verhandlung hätten die Fachgerichte einen „weiten Wertungsrahmen"[34]. Angesichts der heutigen Schnelllebigkeit in Zeiten des Online-Journalismus dürften sie dabei insbesondere davon ausgehen, dass im Presserecht grundsätzlich eine schnelle Reaktion erforderlich ist, um effektiv gegen eine möglicherweise rechtswidrige Be-

31 BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018, 1 BvR 1783/17 (= NJW 2018, 3631; BeckRS 2018, 26321), Rn. 11.

32 BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018, 1 BvR 1783/17 (= NJW 2018, 3631; BeckRS 2018, 26321), Rn. 17.

33 BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018, 1 BvR 1783/17 (= NJW 2018, 3631; BeckRS 2018, 26321), Rn. 18.

34 BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018, 1 BvR 1783/17 (= NJW 2018, 3631; BeckRS 2018, 26321), Rn. 19.

richterstattung vorzugehen.[35] Zeige sich im Verlauf des Verfahrens jedoch, dass eine unverzügliche Entscheidung nicht (mehr) zeitnah ergehen muss oder kann, habe das Gericht die Frage der Dringlichkeit zu überdenken und eventuell eine mündliche Verhandlung anzuberaumen.[36]

Von diesem Grundgedanken ausgehend stellt die Kammer sodann fest, dass eine Eilbedürftigkeit gleichwohl nicht selten angenommen werden könne. Der daraus resultierende Verzicht auf eine mündliche Verhandlung berechtige freilich aber nicht ohne Weiteres dazu, die Gegenseite bis zu einer Entscheidung über den Verfügungsantrag generell aus dem Verfahren herauszuhalten. Das Bundesverfassungsgericht macht insoweit klar[37]:

> *Nach dem Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit kommt eine stattgebende Entscheidung über den Verfügungsantrag vielmehr grundsätzlich nur in Betracht, wenn die Gegenseite zuvor die Möglichkeit hatte, auf das mit dem Antrag geltend gemachte Vorbringen zu erwidern.*

Dabei kämen auch vorprozessuale Äußerungsmöglichkeiten in Betracht, neben der Hinterlegung einer Schutzschrift nach §§ 945a und 945b ZPO beispielsweise die Erwiderung auf eine vorangehende Abmahnung. Dem Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit genüge die Erwiderungsmöglichkeit auf eine Abmahnung allerdings nur unter folgenden Voraussetzungen: Zunächst sei der Verfügungsantrag im Anschluss an die Abmahnung unverzüglich nach Ablauf einer angemessenen Frist für die begehrte Unterlassungserklärung bei Gericht einzureichen; weiter müssten die abgemahnte Äußerung und die Begründung für die begehrte Unterlassung mit dem gerichtlich geltend gemachten Unterlassungsbegehren identisch sein; zuletzt habe der Antragsteller ein etwaiges Zurückweisungsschreiben des Antragsgegners zusammen mit seiner Antragsschrift bei Gericht vollständig einzureichen. Nur so sei gewährleistet, dass der Antragsgegner hinreichend Gelegenheit habe, sich zu dem gerichtlich geltend gemachten Vorbringen in gebotenem Umfang zu äußern.[38]

---

35 BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018, 1 BvR 1783/17 (= NJW 2018, 3631; BeckRS 2018, 26321), Rn. 19.

36 BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018, 1 BvR 1783/17 (= NJW 2018, 3631; BeckRS 2018, 26321), Rn. 20.

37 BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018, 1 BvR 1783/17 (= NJW 2018, 3631; BeckRS 2018, 26321), Rn. 21.

38 BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018, 1 BvR 1783/17 (= NJW 2018, 3631; BeckRS 2018, 26321), Rn. 22 f.

Demgegenüber, so das Bundesverfassungsgericht, sei dem Antragsgegner (vor Gericht) Gehör zu gewähren, wenn er nicht ordnungsgemäß abgemahnt worden sei, der Antrag anders oder mit ergänzendem Vortrag, also nicht identisch mit der Abmahnung, begründet werde, oder das Gericht dem Antragsteller Hinweise nach § 139 ZPO erteilt habe, von denen die Gegenseite sonst nicht oder erst nach Erlass einer für sie nachteiligen Entscheidung erfahre.[39]

In Bezug auf die Hinweiserteilung durch das Gericht sei es verfassungsrechtlich geboten, den jeweiligen Gegner vor Erlass einer Entscheidung durch zeitnahe Mitteilung in den gleichen Kenntnisstand zu versetzen wie den Antragsteller. Hinweise müssten, insbesondere bei mündlicher oder fernmündlicher Erteilung, vollständig dokumentiert werden, und zwar so, dass sich nachvollziehbar aus den Akten ergebe, „wer wann wem gegenüber welchen Hinweis gegeben hat"[40]. Dies gelte umso mehr, wenn es um Hinweise zur Nachbesserung eines Antrags oder eine Einschätzung zu den Erfolgsaussichten oder dem Vorliegen der Dringlichkeit nach § 937 Abs. 2 ZPO gehe. Würden Hinweise erteilt, sei dies der Gegenseite im Hinblick auf die Nutzung dieser Hinweise (sogar) auch im Falle der Ablehnung eines Antrags unverzüglich mitzuteilen. Zusammenfassend hält die Kammer fest, dass ein längeres einseitiges Geheimverfahren, in dem sich Gericht und Antragsteller ohne Einbeziehung des Antragsgegners über Rechtsfragen austauschen, mit den grundgesetzlichen Verfahrensgrundsätzen jedenfalls unvereinbar sei.[41]

2. Beschluss 1 BvR 2421/17

a. Sachverhalt, Hintergrund und Begehren

Stein des Anstoßes im zweiten Fall war ein Beschluss[42] des Oberlandesgerichts Hamburg.[43] Das Gericht verpflichtete ein Verlagshaus zum Abdruck

39 BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018, 1 BvR 1783/17 (= NJW 2018, 3631; BeckRS 2018, 26321), Rn. 24; insoweit verweist das BVerfG – das einzige Mal überhaupt in seinem Beschluss – auf *Teplitzky*, GRUR 2008, 34 (35 ff.).

40 BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018, 1 BvR 1783/17 (= NJW 2018, 3631; BeckRS 2018, 26321), Rn. 24.

41 BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018, 1 BvR 1783/17 (= NJW 2018, 3631; BeckRS 2018, 26321), Rn. 24.

42 HansOLG, Beschl. v. 05.10.2017, 7 W 108/17 (= BeckRS 2017, 142420).

43 BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018, 1 BvR 2421/17 (= NJW 2018, 3634; BeckRS 2018, 26322).