

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: Prof. Dr. Carsten Becker

Entscheidungshilfe Nutzerbewertung: Lösungsvorschläge zum Schutz vor Fake-Bewertungen

1513 Dr. Mathias Kochendörfer

Die Neufassung des Rechtsmissbrauchs – Was ändert sich?

1519 Martin Rätze

Gesetz zur Stärkung des (un)fairen Wettbewerbs

1525 Frank Tyra

BVerfG-Vorgaben im UWG-Eilverfahren: Ausgewählte Aspekte für die rechtsanwaltliche Praxis

1533 Dr. Nils Rauer, MJI und Alexander Bibi

Die neue Verantwortlichkeit von Upload-Plattformen – Wie passen die Teile ins Puzzle?

1541 Bertold Schmidt-Thomé, M.A.

Ist der Geburtstagszug schon abgefahren? – Der Werkbegriff im Urheberrecht und in den gewerblichen Schutzrechten

1547 Verbraucherzentrale Bundesverband/Telefónica Germany

EuGH, Urteil vom 03.09.2020 – C-539/19

1549 Belgische Staat u. a./Movic u. a.

EuGH, Urteil vom 16.07.2020 – C-73/19

1553 Recorded Artists Actors Performers/Phonographic Performance (Ireland) u. a.

EuGH, Urteil vom 08.09.2020 – C-265/19

1559 EU/PE Digital

EuGH, Urteil vom 08.10.2020 – C-641/19

1562 Möbel Kraft/ML

EuGH, Urteil vom 21.10.2020 – C-529/19

1564 Telenor Magyarország/Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke

EuGH, Urteil vom 15.09.2020 – C-807/18, C-39/19

1568 Nichtannahme einer Verfassungsbeschwerde: Äußerungsrechtliches einstweiliges Verfügungsverfahren ohne ausreichendes Feststellungsinteresse

BVerfG, Beschluss vom 23.09.2020 – 1 BvR 1617/20

1570 Knuspermüsli

BGH, Beschluss vom 23.07.2020 – I ZR 143/19

1573 Rundfunkübertragung in Ferienwohnungen

BGH, Urteil vom 18.06.2020 – I ZR 171/19

Tyra, BVerfG-Vorgaben im UWG-Eilverfahren: Ausgewählte Aspekte für die RA-Praxis

klagen, für den Verstoß im Katalog steht B der fliegende Gerichtsstand weiterhin offen. B ist auch nicht gehalten, beide Ansprüche vor dem gleichen Gericht einzuklagen. Nur im Einzelfall wird man bei diesem Vorgehen einen Rechtsmissbrauch annehmen können.

- 82** Noch komplizierter wird es, wenn A zusätzlich zu seinem Katalog und dem Online-Shop noch einen Bestellflyer im Umlauf hat, auf dem für die Information zum Widerrufsrecht nicht ausreichend Darstellungskapazität i. S. d. Art. 246a § 3 EGBGB vorhanden ist und er deswegen zur Erfüllung dieser Pflicht auf eine Website verweist.⁵⁰⁾ Wird auf dieser Website ebenfalls falsch (oder gar nicht) über das Widerrufsrecht informiert, liegt erneut ein Verstoß i. S. d. § 13 Abs. 4 UWG n. F. vor und ein Auswendungersatz ist ausgeschlossen.
- 83** Hier muss man sich schon die Frage stellen, ob der Gesetzgeber wesentlich Gleiches (bundesweit abrufbarer Verstoß gegen eine Verbraucherschutzvorschrift) wesentlich ungleich behandeln durfte. Die Gesetzesbegründung jedenfalls vermag diese unterschiedliche Behandlung nicht rechtfertigen.

IV. Fazit

- 84** Das neue Gesetz wird im Kampf gegen rechtsmissbräuchliche Abmahnungen – sofern es solche überhaupt noch in nennenswertem Umfang gibt – nichts ändern. Es wird weiterhin sog. Schwarze Schafe geben, die die Regelungen für sich auszunutzen wissen. Insbesondere die inhaltlichen Vorgaben des § 13 Abs. 2 UWG können durch neue Textbausteine ohne weitere Anstrengungen erfüllt werden. Für seriöse Abmahner, die mit diesem Instrument den unseriösen, weil unfairen Wettbewerb bekämpfen wollen, wird es ungleich schwerer, diesem Ansinnen nachzugehen. Zu hoch ist die Gefahr wegen minimaler Formfehler bei der Abmahnung in den Bereich des Rechtsmissbrauchs abzurutschen. Damit wird es Unternehmen, die sich aus Gewinnerzie-

lungsgründen nicht an die Regeln des Wettbewerbsrechts halten wollen, sehr leicht gemacht. Berechtigte Abmahnungen werden wohl unterbleiben.⁵¹⁾

Der Gesetzgeber hätte die Möglichkeit gehabt, kleinere Änderungen an den Vorschriften über Abmahnungen und sich anschließende wettbewerbsrechtliche Prozesse vornehmen zu können, die es den unseriösen Abmahnern schwer gemacht, aber dem Wettbewerb an sich nicht geschadet hätte. Er hat sich aber dazu entschieden, gewissermaßen die Axt an das deutsche UWG anzulegen. Ehrlicher wäre gewesen, der Gesetzgeber hätte die Anspruchsberechtigung von Mitbewerbern aus dem UWG vollständig gestrichen. Denn dieses – so muss man nach der vorgenommenen Änderung vermuten – war sein eigentliches Ansinnen. Er hat sich aber offenbar letztlich doch nicht getraut, dies umzusetzen. Das neue UWG schadet dem fairen Wettbewerb und allen, die sich an die gesetzlichen Regelungen halten.

Künftig wird man Unternehmen nicht mehr raten, sich an das Wettbewerbsrecht zu halten, sondern eine Online-Vertriebs-GmbH mit unter 100 Mitarbeitern zu gründen. Dann ist die Gefahr der Zahlung von Aufwendungsersatz, Vertragsstrafen und (theoretischen) DSGVO-Abmahnungen durch Mitbewerber erst einmal vom Tisch.

Der Gesetzgeber ist gehalten, die mit dem Gesetz erreichte Schlechterstellung von StartUps wieder aufzuheben, sodass weiterhin faire Marktbedingungen herrschen. In der aktuellen Fassung führt das UWG zu einer Stärkung des unfairen Wettbewerbs.

50) Zu den genauen Voraussetzungen EuGH, 23.01.2019 – C-430/17, WRP 2019, 312 – Walbusch Walter Busch/Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs; BGH, 11.04.2019 – I ZR 54,16, WRP 2019, 1176 – Werbeprospekt mit Bestellpostkarte II.

51) So auch *Timmann*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs, <https://www.bundestag.de/resource/blob/664034/8ef7a7b7b4a12080ce3d140530058a2b/timmann-data.pdf>, S. 14.

RA Frank Tyra, München*

BVerfG-Vorgaben im UWG-Eilverfahren: Ausgewählte Aspekte für die rechtsanwaltliche Praxis

INHALT

- I. Einleitung
- II. BVerfG-Vorgaben
 1. Gleichwertige prozessuale Stellung der Parteien
 2. Mittel der Wahl
 3. Inhaltliche Übereinstimmung
 4. Vollständige und unverzügliche Antragstellung
- III. Folgen für rechtsanwaltliche Tätigkeit
 1. Zügige Rechtsverfolgung
 2. Sorgfältige Rechtsverteidigung
 3. Neue Unterwerfungs- und Dringlichkeitsfristen?
 4. Keine formfreie Abmahnung mehr

5. Entbehrlichkeit nutzloser Abmahnung
6. Aufwendungsersatz auch bei nutzloser Abmahnung
7. RVG-Regelvergütung: 1,8 Geschäftsgebühr

IV. Fazit

I. Einleitung

Das BVerfG hat seit Mitte 2017 einige Beschlüsse erlassen, die zivilrechtliche einstweilige Verfügungsverfahren unter den Gesichtspunkten der prozessualen Waffengleichheit und des rechtlichen Gehörs betrafen. Diese haben schon bis zum Beschluss vom 03.06.2020¹⁾ die Rechtswissenschaft und Praxis intensiv beschäftigt.²⁾ So wiesen bemerkenswert viele Literaturstimmen

1) BVerfG, 03.06.2020 – 1 BvR 1246/20, WRP 2020, 847 – Bestätigung der Anforderungen der prozessualen Waffengleichheit in außerordentlichen Eilverfahren.

2) *Mantz*, NJW 2020, 2007 Rn. 1 m. w. N.

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 1649.

Tyra, BVerfG-Vorgaben im UWG-Eilverfahren: Ausgewählte Aspekte für die RA-Praxis

darauf hin, dass der Anwendungsbereich der Beschlüsse, die bis dahin alle im Presse- und/oder Äußerungsrecht ergingen, nicht auf diese Rechtsgebiete beschränkt sei, sondern auch Verfügungsverfahren im Lauterkeitsrecht, gewerblichen Rechtsschutz und/oder Urheberrecht betreffe.³⁾ Manche gingen sogar von zivilrechtlicher Allgemeingültigkeit aus.⁴⁾ Auf das Verfahrensrecht des unlauteren Wettbewerbs wurden die neuen BVerfG-Vorgaben auch von der fachgerichtlichen Instanzrechtsprechung schon angewandt.⁵⁾

- 2 Mit Beschluss vom 27.07.2020 hat dann das BVerfG selbst klargestellt, dass die von ihm in presse- und äußerungsrechtlichen Eilverfahren entwickelten Maßstäbe zur Handhabung der prozessualen Waffengleichheit und des rechtlichen Gehörs zumindest für Eilverfahren im Lauterkeitsrecht gleichermaßen gelten. Ob dies uneingeschränkt auch für gewerbliche Schutzrechte und das Urheberrecht angenommen werden könne, bedürfe im konkret entschiedenen lauterkeitsrechtlichen Einzelfall ohne grundsätzliche Bedeutung keiner Entscheidung.⁶⁾
- 3 Wegen dieser Einschränkung ist zwar weiterhin offen, wann das, was in der Literatur als verfassungsrechtliche Nachjustierungen des einstweiligen Verfügungsverfahrens bezeichnet wurde, seinen Abschluss finden wird.⁷⁾ Klar ist aber, dass sowohl im Presse- und Äußerungsrecht als auch nun im Lauterkeitsrecht die BVerfG-Vorgaben dazu führen, dass die vorgerichtliche Tätigkeit von Rechtsanwälten, die für ihre Mandanten weiterhin beantragen möchten, eine einstweilige Verfügung ohne mündliche Verhandlung (oder sonstige gerichtliche Anhörung des Antragsgegners) zu erlassen, deutlich aufwändiger zu sein hat, als vor dieser Rechtsentwicklung.⁸⁾ Das wirft Fragen auf, u. a. nach Wortlautidentität oder Deckungsgleichheit, Erzwingung nutzloser Abmahnungen, wer diese ggf. bezahlen soll und in welcher Höhe.

II. BVerfG-Vorgaben

- 4 Die sukzessive Entwicklung der BVerfG-Vorgaben zur prozessualen Waffengleichheit und zum rechtlichen Gehör in einstweiligen Verfügungsverfahren des Presse- und Äußerungsrechts sowie des Lauterkeitsrechts soll hier nicht im Einzelnen dargestellt werden, zumal sie auch Aspekte aufbrachte, die der hier vorliegende Beitrag nicht behandelt.⁹⁾ Letzteres gilt insbesondere dafür, dass nunmehr dem Antragsgegner rechtliches Gehör auch dann zu gewähren ist, wenn das Gericht dem Antragsteller einen Hinweis erteilt, von dem die Gegenseite sonst nicht oder erst nach Erlass einer für sie nachteiligen Entscheidung erfährt.¹⁰⁾ Der Fokus soll vielmehr darauf liegen, dass und wie die vom BVerfG geforderte Gleichwertigkeit der prozessualen Stellung der Parteien vor Gericht durch deren jeweiliges Verhalten im vorprozessualen Stadium erreicht werden kann.

3) *Bornkamm*, WRP 2019, 1242 Rn. 3; *Büscher*, GRUR 2019, 217, 234; *Lerach*, jurisPR-WettbR 11/2018 Anm. 1 D. 1.; *Löffel*, WRP 2019, 8 Rn. 30; *ders.*, WRP 2020, 850 Rn. 6; *Meinhardt*, WRP 2020 Rn. 54; v. *Walter*, K&R 2019, 38.

4) *Bornkamm*, GRUR 2020, 715, 719; *Mantz*, NJW 2019, 953, 954; *Smirra*, ZUM 2019, 63, 65.

5) OLG Düsseldorf, 27.02.2019 – 15 U 45/18, WRP 2019, 773 Rn. 5 – Prozessuale Waffengleichheit und rechtliches Gehör im Wettbewerbsrecht.

6) BVerfG, 27.07.2020 – 1 BvR 1379/20, WRP 2020, 1179 Rn. 6–8 – Verletzung der prozessualen Waffengleichheit in einem lauterkeitsrechtlichen Eilverfahren. Angewandt wurden die Maßstäbe auch in einem weiteren UWG-Einzelfall ohne grundsätzliche Bedeutung, BVerfG, 30.07.2020 – 1 BvR 1422/20, WRP 2020, 1293 Rn. 13 – Identität zwischen Abmahnung und erlassener Untersagungsverfügung bei divergierendem Verfügungsantrag.

7) *Möller*, WRP 2020, 982 Rn. 1.

8) Die hier ausschließlich in männlicher Form benutzte Bezeichnung Rechtsanwalt erfasst unabhängig vom Geschlecht alle Vertreter/innen dieser Berufsgruppe.

9) Vgl. zur Rechtsentwicklung nur *Bornkamm*, GRUR 2020, 715 ff.; *Mantz*, WRP 2020, 1250 Rn. 4–8; *Möller*, WRP 2020, 982 Rn. 4–12.

10) In ursprünglicher Gefolgschaft zu *Teplitzky*, GRUR 2008, 34, 35 ff. inzwischen st. Rspr., zuletzt BVerfG, 30.07.2020 – 1 BvR 1422/20, WRP 2020, 1293 Rn. 18 m. w. N. – Identität zwischen Abmahnung und erlassener Untersagungsverfügung bei divergierendem Verfügungsantrag.

1. Gleichwertige prozessuale Stellung der Parteien

Der Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit, der verfassungsrechtlich die Gleichwertigkeit der prozessualen Stellung der Parteien vor Gericht sichert, veranlasst ein Gericht dazu, den Prozessparteien 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. In einem Gerichtsverfahren ist deshalb der Gegenseite grundsätzlich vor einer Entscheidung Gehör und damit die Gelegenheit zu gewähren, auf eine bevorstehende Gerichtsentscheidung Einfluss zu nehmen. Entbehrlich ist eine vorherige Anhörung nur in Ausnahmefällen, in denen auf eine nachträgliche Anhörung verwiesen werden kann, nämlich wenn sonst der Zweck des einstweiligen Verfügungsverfahrens vereitelt würde.¹¹⁾ Dies ist jeweils der Fall im ZPO-Arrestverfahren, bei der Anordnung von Untersuchungshaft oder bei Wohnungsdurchsuchungen.¹²⁾

Das Anhörungserfordernis besteht allerdings nur in Fällen, in denen das Gericht eine stattgebende Entscheidung über den Verfügungsantrag beabsichtigt. Anderenfalls hätte das BVerfG nicht wiederholt betont, dass eine stattgebende Entscheidung grundsätzlich nur in Betracht komme, wenn die Gegenseite die Möglichkeit hatte, auf das mit dem Antrag geltend gemachte Vorbringen zu erwidern.¹³⁾ Eine Anhörung ist deshalb weiterhin nicht erforderlich, wenn das Gericht den Verfügungsantrag zurückweist oder der Antragsteller ihn zurücknimmt.¹⁴⁾

2. Mittel der Wahl

Das Anhörungserfordernis ist seinem materiellen Gehalt nach zu verstehen und nicht in Übereinstimmung mit der im jeweiligen Verfahren vorgesehenen Weise, die z. B. im Verfügungsverfahren die Zustellung der Antragschrift, die Möglichkeit der Einreichung einer schriftlichen Stellungnahme und die mündliche Verhandlung vorsehen würde.¹⁵⁾ Es ist deshalb von Verfassung wegen nichts dagegen zu erinnern, wenn das Gericht für die Gewährung des Gehörs in Eilverfahren unter bestimmten Voraussetzungen auch die Möglichkeiten einbezieht, die es der Gegenseite vorprozessual erlaubten, sich zu dem Streitgegenstand zu äußern.¹⁶⁾

Wegen der in § 12 Abs. 1 S. 1 UWG manifestierten Obliegenheit, dass der zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs Berechtigte den Schuldner vor der Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens abmahnen und ihm Gelegenheit geben soll, den Streit durch Abgabe einer mit einer angemessenen Vertragsstrafe bewehrten Unterlassungsverpflichtung beizulegen, wird im Lauterkeitsrecht zumeist eine Abmahnung die Möglichkeit bieten, vorgerichtlich auf das mit dem späteren Verfügungsantrag geltend gemachte Vorbringen zu erwidern. Allerdings hat das BVerfG wiederholt betont, dass bei der Möglichkeit, auf das mit dem Verfügungsantrag geltend gemachte Vorbringen zu erwidern, nach Art und Zeitpunkt der Gehörsgewährung differenziert

11) BVerfG, 03.06.2020 – 1 BvR 1246/20, WRP 2020, 847 Rn. 16 m. w. N. – Bestätigung der Anforderungen der prozessualen Waffengleichheit in äußerungsrechtlichen Eilverfahren.

12) BVerfG, 30.09.2018 – 1 BvR 2421/17, WRP 2018, 1443 Rn. 28 – Prozessuale Waffengleichheit beim Erlass von einstweiligen Verfügungen im Beschlusswege I; BVerfG, 30.09.2018 – 1 BvR 1783/17, WRP 2018, 1448 Rn. 15 – Prozessuale Waffengleichheit beim Erlass von einstweiligen Verfügungen im Beschlusswege II.

13) BVerfG, 03.06.2020 – 1 BvR 1246/20, WRP 2020, 847 Rn. 18 m. w. N. – Bestätigung der Anforderungen der prozessualen Waffengleichheit in äußerungsrechtlichen Eilverfahren.

14) *Mantz*, NJW 2020, 2007 Rn. 13.

15) *Bornkamm*, GRUR 2020, 715, 724.

16) BVerfG, 03.06.2020 – 1 BvR 1246/20, WRP 2020, 847 Rn. 18 m. w. N. – Bestätigung der Anforderungen der prozessualen Waffengleichheit in äußerungsrechtlichen Eilverfahren.

Tyra, BVerfG-Vorgaben im UWG-Eilverfahren: Ausgewählte Aspekte für die RA-Praxis

und auf die Umstände des Einzelfalls abgestellt werden könne.¹⁷⁾ Eine bestimmte Art der Gehörgewährung durch eine vorgerichtliche Maßnahme des Antragstellers scheint das nicht zwingend vorzugeben, zumal das BVerfG gleichermaßen ein Abdruckverlangen als Mittel der Wahl akzeptiert hat, wie in den übrigen Fällen jeweils eine Abmahnung.¹⁸⁾ Letztlich wird das vom konkreten Begehren abhängen und davon, wie dieses vorgerichtlich formuliert werden kann, damit es ggf. im anschließenden Verfügungsantrag nicht an der inhaltlichen Übereinstimmung fehlt. Im hier später noch besonders interessierenden Fall einer voraussichtlich, je nach Terminologie, nutz-, erfolg- oder zwecklosen Abmahnung kann es hingegen keine entscheidende Rolle spielen, ob sich die Nutzlosigkeit aus der Erwidern auf eine Abmahnung ergibt oder aus anderen Umständen.¹⁹⁾ Im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht wird man deshalb in geeigneten Fällen z. B. auch eine Berechtigungsanfrage bzw. die Antwort darauf zu berücksichtigen haben, die im Lauterkeitsrecht kaum Bedeutung hat. Gleiches gilt im Lauterkeitsrecht für die unter Mitbewerbern mit regelmäßiger Marktbegegnung nicht selten anzutreffenden Abreden unmittelbarer Kontaktaufnahme über etwaige Rechtsverletzungen, statt der spontanen Veranlassung rechtsanwaltlicher Abmahnungen.

- 9) Was den Antragsgegner betrifft, hat das BVerfG wiederholt darauf hingewiesen, dass zusätzlich zur außergerichtlichen Erwidern auf eine Gehörgewährung durch den Antragsteller per Abmahnung bzw. Abdruckverlangen eine Schutzschrift hinterlegt werden kann.²⁰⁾ Allerdings hielt das Gericht es später für unzumutbar, dass die Gegenseite damit vorsorglich auf einen Vortrag erwidert, den sie noch nicht kennen könne.²¹⁾ Das überzeugt aber nicht, weil Schutzschriften definitionsgemäß vorbeugende Verteidigungsschriftsätze gegen erwartete Anträge auf Arrest oder einstweilige Verfügung sind.²²⁾ Mit solcher Erwartung geht immer einher, dass man den konkreten Vortrag noch nicht kennt. Gleichwohl hat der Gesetzgeber mit der Schaffung eines bundesweiten elektronischen Registers die Schutzschrift als prozessuales Verteidigungsmittel anerkannt.²³⁾

3. Inhaltliche Übereinstimmung

- 10) Dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit genügen vorgerichtliche Erwidernsmöglichkeiten nur unter bestimmten Voraussetzungen, nämlich zunächst einmal, wenn das vorgerichtliche Begehren und dessen Begründung identisch sind mit dem bei Gericht geltend gemachten Begehren und dessen Begründung.²⁴⁾ Nur bei wortlautgleicher Identität sei sichergestellt, dass der Antragsgegner auch hinrei-

chend Gelegenheit hatte, sich zu dem vor Gericht geltend gemachten Vorbringen des Antragstellers in gebotenem Umfang zu äußern.²⁵⁾

Soweit das BVerfG in seinem ersten Beschluss zum Lauterkeitsrecht die wortlautgleiche Identität fordert und dafür auf seine beiden Beschlüsse aus dem Jahre 2018 Bezug nimmt, ist das nicht nachvollziehbar, weil dort eine Wortlautgleichheit nicht gefordert wurde. Dort ist vielmehr zu lesen, dass Abmahnung bzw. Abdruckverlangen mit dem bei Gericht geltend gemachten Unterlassungs- bzw. Gegendarstellungsantrag jeweils „identisch“ zu sein hätten.²⁶⁾ Dem wurde aus der Literatur entgegengehalten, dass es Probleme aufwerfe, dass „Identität“ verlangt und diese nicht angenommen werde, wenn die Antragschrift in anderer Weise als in der Abmahnung oder mit ergänzendem Vortrag begründet sei. Es dürfe allerdings nicht auf „Identität“ im eigentlichen Sinne abzustellen sein, sondern auf Deckungsgleichheit.²⁷⁾ Von solcher sei auszugehen, wenn der (Streit-)Gegenstand der Abmahnung und dessen Begründung in Abmahnung und Antragschrift im Kern „identisch“ seien und dementsprechend der Kenntnisstand des Antragsgegners und des Gerichts übereinstimmen.²⁸⁾

Tendenzielle Zustimmung schien dieses Verständnis durch den BVerfG-Beschluss vom 03.06.2020 zu erfahren, der über die erneute Verwendung des Begriffs „identisch“ hinaus auch formulierte, dass „die gebotene Kongruenz des der Entscheidung zugrunde liegenden Antrags zur vorprozessualen Abmahnung“ gegeben sein müsse.²⁹⁾ Dies wurde in der Literatur als Konkretisierung verstanden, die zeige, dass jedenfalls Wortlautidentität nicht erforderlich sein dürfte, sondern Deckungsgleichheit.³⁰⁾ Dem scheint das BVerfG mit seinem ersten Beschluss zum Lauterkeitsrecht und der dortigen Forderung „wortlautgleicher Identität“ eine Absage erteilt zu haben. Zweifel daran hat es hingegen durch seinen zweiten UWG-Beschluss veranlasst, wonach es eine bloße Förmlichkeit bedeuten würde, wollte man einen Verstoß gegen den Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit allein daran knüpfen, dass zunächst keine Identität zwischen Abmahnung und Verfügungsantrag bestand, in der Folge (auf gerichtlichen Hinweis) aber Kongruenz hergestellt worden und die schließlich vom Gericht erlassene Beschlussverfügung mit dem ursprünglich abgemahnten Verhalten deckungsgleich sei.³¹⁾ Umso mehr ist festzuhalten, dass das BVerfG die Problematik auf den Höhepunkt gebracht hat, ohne der Rechtspraxis eine Lösung anzubieten.³²⁾

Die Lösung kann auch nicht darin gesehen werden, dass das BVerfG im ersten UWG-Beschluss klargestellt hat, dass nicht jede Verletzung prozessualer Rechte unter Berufung auf die prozessuale Waffengleichheit im Wege einer Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden könne, sondern es eines hinreichend

17) BVerfG, 30.09.2018 – 1 BvR 2421/17, WRP 2018, 1443 Rn. 33 – Prozessuale Waffengleichheit beim Erlass von einstweiligen Verfügungen im Beschlusswege I; BVerfG, 30.09.2018 – 1 BvR 1783/17, WRP 2018, 1448 Rn. 21 – Prozessuale Waffengleichheit beim Erlass von einstweiligen Verfügungen im Beschlusswege II.

18) BVerfG, 30.09.2018 – 1 BvR 2421/17, WRP 2018, 1443 Rn. 34 – Prozessuale Waffengleichheit beim Erlass von einstweiligen Verfügungen im Beschlusswege I.

19) Der hier verwandte Begriff „Nutzlosigkeit“ folgt der Kommentierung bei *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), UWG, 38. Aufl. 2020, § 12 Rn. 1.64; vgl. auch *Berneke/Schüttpelz*, Die einstweilige Verfügung in Wettbewerbsachen, 4. Aufl. 2018, A. II. Rn. 19; *Tavanti/Scholz*, in: Fritzsche/Münker/Stollwerck (Hrsg.), BeckOK UWG, 9. Ed. 15.05.2020, § 12 Rn. 48.

20) BVerfG, 30.09.2018 – 1 BvR 2421/17, WRP 2018, 1443 Rn. 34 – Prozessuale Waffengleichheit beim Erlass von einstweiligen Verfügungen im Beschlusswege I; BVerfG, 30.09.2018 – 1 BvR 1783/17, WRP 2018, 1448 Rn. 22 – Prozessuale Waffengleichheit beim Erlass von einstweiligen Verfügungen im Beschlusswege II.

21) BVerfG, 17.06.2020 – 1 BvR 1380/20, WRP 2020, 1177 Rn. 17 – Verletzung der prozessualen Waffengleichheit durch Erlass einer e. V. in außergerichtlicher Sache ohne Anhörung der Gegenseite.

22) § 945a Abs. 1 S. 2 ZPO.

23) *Drescher*, in: Krüger/Rauscher (Hrsg.), MüKo ZPO, 6. Aufl. 2020, § 945a Rn. 1.

24) BVerfG, 30.07.2020 – 1 BvR 1422/20, WRP 2020, 1293 Rn. 17 m. w. N. – Identität zwischen Abmahnung und erlassener Untersagungsverfügung bei divergierendem Verfügungsantrag.

25) BVerfG, 27.07.2020 – 1 BvR 1379/20, WRP 2020, 1179 Rn. 13 m. w. N. – Verletzung der prozessualen Waffengleichheit in einem lauterkeitsrechtlichen Eilverfahren.

26) BVerfG, 30.09.2018 – 1 BvR 2421/17, WRP 2018, 1443 Rn. 35 – Prozessuale Waffengleichheit beim Erlass von einstweiligen Verfügungen im Beschlusswege I; BVerfG, 30.09.2018 – 1 BvR 1783/17, WRP 2018, 1448 Rn. 23 – Prozessuale Waffengleichheit beim Erlass von einstweiligen Verfügungen im Beschlusswege II.

27) *Mantz*, WRP 2020, 416 Rn. 21, im Ergebnis auch *Lerach*, GRUR-Prax 2020, 401, 404.

28) *Mantz*, NJW 2019, 953, 955 f. m. w. N.

29) BVerfG, 03.06.2020 – 1 BvR 1246/20, WRP 2020, 847 Rn. 21 – Bestätigung der Anforderungen der prozessualen Waffengleichheit in außergerichtlichen Eilverfahren. So dann auch BVerfG, 17.06.2020 – 1 BvR 1380/20, WRP 2020, 1177 Rn. 17 – Verletzung der prozessualen Waffengleichheit durch Erlass einer e. V. in außergerichtlicher Sache ohne Anhörung der Gegenseite.

30) *Mantz*, NJW 2020, 2007 Rn. 9. *Bornkamm*, GRUR 2020, 715, 724 geht nach dem BVerfG-Beschluss vom 03.06.2020 ebenfalls davon aus, dass die Abmahnung mit dem Verfügungsantrag deckungsgleich zu sein habe.

31) BVerfG, 30.07.2020 – 1 BvR 1422/20, WRP 2020, 1293 Rn. 21 – Identität zwischen Abmahnung und erlassener Untersagungsverfügung bei divergierendem Verfügungsantrag.

32) So *Müller*, WRP 2020, 982 Rn. 7 bereits zu den BVerfG-Beschlüssen aus 2018.

Tyra, BVerfG-Vorgaben im UWG-Eilverfahren: Ausgewählte Aspekte für die RA-Praxis

gewichtigen Feststellungsinteresses bedürfe.³³⁾ Im konkret entschiedenen UWG-Einzelfall ohne grundsätzliche Bedeutung hat es die Nichtannahme der Verfassungsbeschwerde u. a. damit begründet, dass die Abweichungen zwischen dem außergerichtlich geltend gemachten Unterlassungsverlangen und dem ursprünglich gestellten Verfügungsantrag sowie der nachgebesserten Antragsfassung sich in der Sache als gering und nicht gravierend dargestellt hätten.³⁴⁾ Die diesbezüglichen Erwägungen stehen allerdings erst auf der Rechtsfolgenseite, nachdem das BVerfG dem Fachgericht einen Verfahrensirrturn und damit einen Verstoß gegen den Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit bescheinigt hat.³⁵⁾ Es ist nicht zu erwarten, dass die Fachgerichte aufgrund der Klarstellung, dass nicht jede Beugung des Verfassungsrechts im einstweiligen Verfügungsverfahren erfolgreich mit einer Verfassungsbeschwerde und/oder einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung angegriffen werden kann, etwas daran ändern werden, dass nunmehr vorsorglich eher angehört wird als eben nicht. Den Verdacht einer Rechtsbeugung wird schließlich schon grundsätzlich kein Gericht gegen sich aufkommen lassen wollen, erst recht aber nicht in der aktuellen Zeit, in der als Folge des BVerfG-Beschlusses vom 03.06.2020 eine Vielzahl von Anträgen auf einstweilige Anordnung bzw. Verfassungsbeschwerden gegen einstweilige Verfügungen erwartet wird, gleich, ob tatsächlich ein Verstoß gegen das Recht auf prozessuale Waffengleichheit erfolgt ist oder nicht.³⁶⁾ Es ist jetzt zwar die weitere Erwartung widerlegt, dass das BVerfG zukünftig bei jeder auf einen Gehörsverstoß gestützten Verfassungsbeschwerde dieser zum Erfolg verhelfen und damit für jede Verletzung rechtlichen Gehörs im Verfahren der einstweiligen Verfügung eine relativ unkomplizierte Abhilfemöglichkeit zur Verfügung stehen werde.³⁷⁾ Das Problem der Bestimmung, ob bzw. wann Abmahnung und Antragschrift die BVerfG-Vorgaben erfüllen und deshalb von einer gerichtlichen Anhörung abgesehen werden kann, besteht indessen fort.

- 14 Das gilt auch unter Berücksichtigung des zweiten UWG-Beschlusses, der in der Literatur dahingehend für unklar gehalten wird, ob die strengen Anforderungen an die Identität nur in Bezug auf die Anträge oder auch auf deren Begründung gelten sollen.³⁸⁾ Soweit mit Bezug auf den konkreten Zusammenhang der Forderung „wortlautgleicher Identität“ auch vertreten wird, dass das BVerfG diese nur im Hinblick auf die Antragsfassung verlange, hofft schließlich auch diese Literaturstimme auf mehr Klarheit durch künftige BVerfG-Entscheidungen.³⁹⁾
- 15 Dabei könnte alles bereits klar sein, wenn in Übereinstimmung mit dem aus der Literatur vorgeschlagenen Erfordernis einer

Deckungsgleichheit „im Kern“ für den ersten UWG-Beschluss die entscheidungserheblichen Erwägungen vom BVerfG bei der Prüfung von Identität zwischen Abmahnung und Verfügungsantrag angestellt worden wären. Das hätte zu dem sachgerechten Ergebnis geführt, eine hinreichende Übereinstimmung anzunehmen und deshalb eine vorherige Anhörung des Antragsgegners für entbehrlich zu halten. Von Bedeutung war für das BVerfG nämlich, dass es sich bei dem außergerichtlich geltend gemachten Unterlassungsverlangen und dem ursprünglich gestellten Verfügungsantrag sowie der nachgebesserten Antragsfassung um „kerngleiche“ Verstöße handelte. Dass ein Unterlassungsgebot sich auf den Inhalt der zu unterlassenden Handlung beziehe und weniger auf ihre konkrete Formulierung im Einzelfall, sei auch für Unterlassungsschuldner erkennbar. Eine Grenze sei ggf. dort zu ziehen, wo der gerichtliche Verfügungsantrag den im Rahmen der außergerichtlichen Abmahnung geltend gemachten Streitgegenstand verlasse oder weitere Streitgegenstände neu einführe. Insoweit habe im konkret entschiedenen Fall ein einheitliches tatsächliches Geschehen zugrunde gelegen, auf das bereits die außergerichtliche Abmahnung abgestellt habe, auch wenn noch nicht alle einzelnen Bestandteile gesondert Erwähnung gefunden hätten.⁴⁰⁾ All dies sind Erwägungen, die nicht nahelegen, dass nur bei „wortlautgleicher Identität“ sichergestellt sei, dass der Antragsgegner hinreichend Gelegenheit hatte, sich zu dem vor Gericht geltend gemachten Vorbringen des Antragstellers in gebotenem Umfang zu äußern. Gegen das Erfordernis von Wortlautidentität bei der Antragsfassung spricht dabei im Übrigen die Feststellung, dass für Unterlassungsschuldner erkennbar sei, dass ein Unterlassungsgebot sich auf den Inhalt der zu unterlassenden Handlung beziehe und weniger auf ihre konkrete Formulierung im Einzelfall.

4. Vollständige und unverzügliche Antragstellung

Weitere Voraussetzung dafür, dass vorgerichtliche Erwidermöglichkeiten dem Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit genügen können, ist, dass der Antragsteller ein etwaiges Zurückweisungsschreiben des Antragsgegners zusammen mit seiner Antragschrift bei Gericht eingereicht hat. Nur dann sei sichergestellt, dass der Antragsgegner hinreichend Gelegenheit hatte, sich zu dem vor Gericht geltend gemachten Vorbringen des Antragstellers in gebotenem Umfang zu äußern. Darüber hinaus ist der Verfügungsantrag im Anschluss an die Abmahnung unverzüglich nach Ablauf einer angemessenen Frist für die begehrte Unterlassungserklärung bei Gericht einzureichen.⁴¹⁾

III. Folgen für rechtsanwaltliche Tätigkeit

In der Literatur wurde bereits festgestellt, dass die BVerfG-Vorgaben im einstweiligen Verfügungsverfahren den Aufwand für Antragsteller und Antragsgegner steigern werden.⁴²⁾ Wichtigster Gesichtspunkt ist, dass im Regelfall eine einstweilige Verfügung nicht mehr erlassen werden kann, ohne dass der Antragsgegner eine Gelegenheit zur Stellungnahme erhält.⁴³⁾ Die Fachgerichte haben allerdings einen weiten Wertungsrahmen bei der Frage, ob sie mit oder ohne mündliche Verhandlung über den Verfügungsantrag entscheiden.⁴⁴⁾ Beschlussverfügungen werden deshalb auch unter Geltung der BVerfG-Vorgaben für

33) BVerfG, 27.07.2020 – 1 BvR 1379/20, WRP 2020, 1179 Rn. 9 – Verletzung der prozessualen Waffengleichheit in einem lauterkeitsrechtlichen Eilverfahren.

34) BVerfG, 27.07.2020 – 1 BvR 1379/20, WRP 2020, 1179 Rn. 20 – Verletzung der prozessualen Waffengleichheit in einem lauterkeitsrechtlichen Eilverfahren.

35) BVerfG, 27.07.2020 – 1 BvR 1379/20, WRP 2020, 1179 Rn. 11–14 – Verletzung der prozessualen Waffengleichheit in einem lauterkeitsrechtlichen Eilverfahren.

36) Mantz, NJW 2020, 2007 Rn. 7. Löffel, WRP 2020, 850 Rn. 4 vermutet ebenfalls einen Anstieg der Zahl von Anträgen auf einstweilige Anordnung gegen einstweilige Verfügungen. Als Bestätigung können drei Beschlüsse zum Presserecht und ein Beschluss zum Äußerungsrecht gelten, die aber auch zeigen, dass solche Anträge ggf. abgelehnt werden, BVerfG, 16.07.2020 – 1 BvR 1617/20, WRP 2020, 1292 Rn. 3–5 – Keine einstweilige Anordnung ohne schwerwiegenden Nachteil durch Verletzung prozessualer Waffengleichheit; BVerfG, 17.06.2020 – 1 BvR 1378/20, WRP 2020, 1292 Rn. 3 f. – Ablehnung einer einstweiligen Anordnung gegen Aussetzungsbeschluss mangels Eilbedürfnis; BVerfG, 01.09.2020 – 2 BvO 61/20, WRP 2020, 1425 Rn. 6–11 – Keine einstweilige Anordnung wegen Verstoßes gegen Gebot der prozessualen Waffengleichheit ohne Darlegung eines schweren Nachteils; BVerfG, 23.09.2020 – 1 BvR 1617/20, WRP 2020, 1568 (in diesem Heft) – Nichtannahme einer Verfassungsbeschwerde: Äußerungsrechtliches einstweiliges Verfügungsverfahren ohne ausreichendes Feststellungsinteresse; Ringer/Wiedemann, GRUR-Prax 2020, 359 f. sehen darin ein Zurückrudern des BVerfG; ähnlich Möller, jurisPR-WettbR 9/2020 Anm. 1 C.

37) Bornkamm, GRUR 2020, 715, 723.

38) Ringer/Wiedemann, GRUR-Prax 2020, 359 f.

39) Mantz, WRP 2020, 1250 Rn. 12.

40) BVerfG, 27.07.2020 – 1 BvR 1379/20, WRP 2020, 1179 Rn. 20–24 – Verletzung der prozessualen Waffengleichheit in einem lauterkeitsrechtlichen Eilverfahren.

41) BVerfG, 30.07.2020 – 1 BvR 1422/20, WRP 2020, 1293 Rn. 17 m. w. N. – Identität zwischen Abmahnung und erlassener Untersagungsverfügung bei divergierendem Verfügungsantrag.

42) Mantz, NJW 2019, 953, 959.

43) Mantz, WRP 2020, 416 Rn. 3.

44) BVerfG, 03.06.2020 – 1 BvR 1246/20, WRP 2020, 847 Rn. 17 m. w. N. – Bestätigung der Anforderungen der prozessualen Waffengleichheit in äußerungsrechtlichen Eilverfahren.

Tyra, BVerfG-Vorgaben im UWG-Eilverfahren: Ausgewählte Aspekte für die RA-Praxis

UWG-Eilverfahren möglich sein, wenn Rechtsanwälte mit der Abmahnung und dem Verfügungsantrag einwandfreie Arbeit abliefern.⁴⁵⁾ Dafür müssen sie, soweit nicht bereits geschehen, ihre Praxis künftig an die BVerfG-Vorgaben anpassen.⁴⁶⁾ Um eine Beschlussverfügung zu erwirken, müssen sie eine gerichtliche Anhörung des Antragsgegners vermeiden.⁴⁷⁾ Dafür hat sich vor allem ihr Blick auf die Abmahnung zu ändern.⁴⁸⁾ Im Wesentlichen ist dabei Folgendes zu berücksichtigen:

1. Zügige Rechtsverfolgung

- 18 Die BVerfG-Vorgaben verpflichten Rechtsanwälte zu besonders zügiger und sorgfältiger Arbeit bei der Abmahnung und Beantragung einer einstweiligen Verfügung.⁴⁹⁾ Wenn Antragstellervertreter weiterhin eine gerichtliche Anhörung des Gegners vermeiden wollen, werden sie präziser abmahnen und zügig Anträge bei Gericht stellen müssen.⁵⁰⁾ Dabei dürfte die Formulierung der Abmahnung häufig umfangreicher und detaillierter ausfallen als früher. Es muss insbesondere schon hierbei die Deckungsgleichheit mit der später einzureichenden Antragschrift bedacht werden. Bei deren Einreichung muss zudem ggf. eine vorgerichtliche Erwidern des Antragsgegners beigefügt oder andernfalls durch eine klare Formulierung, dass eine solche nicht erfolgte, eine Rückfrage des Gerichts vermieden werden. Geht die Antwort des Antragsgegners nach Fristablauf ein, sollte diese dem Gericht sofort und vollständig nachgereicht werden. Dies gilt insbesondere, wenn die Unterwerfungsfrist kurz gesetzt wurde.⁵¹⁾
- 19 In der Literatur werden deshalb zahlreiche handwerkliche Fehler und damit einhergehende Verzögerungen für denkbar gehalten. Es wird sogar befürchtet, dass ein Verfügungsantrag bereits bei kleinsten Mängeln das Gericht veranlasse, den Antragsteller zu kontaktieren, was nunmehr regelmäßig zur Einbeziehung des Antragsgegners vor Erlass der einstweiligen Verfügung führe, weil diesem ein etwa vom Gericht erteilter Hinweis an den Antragsteller bekanntzugeben sei. Zu diesen Fehlern könne auch ein zögerliches Verhalten des Antragstellers zählen, wenn dieser als Mandant noch nicht über das weitere Vorgehen entschieden habe, während sein Rechtsanwalt den Verfügungsantrag unverzüglich zu Gericht reichen müsse. Dabei hat dieser insbesondere die Gewährung rechtlichen Gehörs durch das Gericht zu vermeiden, indem er im Verfügungsantrag die vom BVerfG geforderte Kongruenz mit der Abmahnung sicherstellt.⁵²⁾ Hierfür muss der Antragsteller die Abmahnung bereits in einer Art und Weise formulieren, die mit der späteren Antragschrift deckungsgleich ist.⁵³⁾ Er hat den wesentlichen Inhalt der zukünftigen Antragschrift im Abmahnschreiben vorwegzunehmen.⁵⁴⁾
- 20 Hierfür wird u.a. vorgeschlagen, der Abmahnung den Entwurf einer Antragschrift beizufügen.⁵⁵⁾ Darüber hinaus werden weitere Möglichkeiten beschrieben, die hier nicht im Einzelnen darzustellen sind.⁵⁶⁾ Im Ergebnis bedeuten nämlich alle einen deutlich gestiegenen zeitlichen und personellen Aufwand beim Antragsteller, bevor dieser den Erlass einer einstweiligen Verfügung beantragen kann.⁵⁷⁾ Für die Fragestellungen des hier vorliegenden Beitrags reicht diese Feststellung.

45) Löffel, WRP 2019, 8 Rn. 42.

46) Löffel, WRP 2019, 8 Rn. 3.

47) Mantz, NJW 2020, 2007 Rn. 19.

48) Mantz, WRP 2020, 416 Rn. 67.

49) Löffel, WRP 2019, 8 Rn. 33.

50) v. Walter, K&R 2019, 38 f.

51) Mantz, NJW 2019, 953, 959.

52) Löffel, WRP 2019, 8 Rn. 33-35.

53) Mantz, WRP 2020, 416 Rn. 64 f.

54) Löffel, WRP 2019, 8 Rn. 35.

55) Möller, WRP 2020, 982 Rn. 19.

56) Mantz, NJW 2020, 2007 Rn. 19-23.

57) Mantz, WRP 2020, 416 Rn. 64 f.

21 Sodann hat der Rechtsanwalt seinen Verfügungsantrag nach Ablauf der in der Abmahnung gesetzten Unterwerfungsfrist unverzüglich bei Gericht einzureichen. Hierzu wird vertreten, dass das Recht auf prozessuale Waffengleichheit wohl verletzt sei, wenn das Gericht den Antragsgegner nicht (erneut) anhört, obwohl der Antragsteller nach Fristablauf noch zu lange mit der Einreichung des Antrags wartet, z. B. mehr als einige Tage oder eine Woche.⁵⁸⁾ Bei alledem sollte der Rechtsanwalt schließlich auch darauf achten, einen Verweisungsantrag an die Kammer für Handelssachen zu vermeiden, indem er einen UWG-Verfügungsantrag in Übereinstimmung mit § 95 Abs. 1 Nr. 5 GVG direkt dort hin adressiert.⁵⁹⁾

22 Weitere Herausforderungen ergeben sich, wenn der Antragsgegner im Ausland sitzt.⁶⁰⁾ Ohne hier darauf einzugehen, bedeutet ein Ergebnis auch das einen deutlich gestiegenen zeitlichen und personellen Aufwand für den Antragstellervertreter im Abmahnverfahren.

2. Sorgfältige Rechtsverteidigung

23 Für potenzielle Antragsgegnervertreter ergeben sich ebenfalls Änderungen. Sie haben der Antwort auf die Abmahnung größeres Gewicht beizumessen. Diese erfüllt nun eine Funktion vergleichbar mit einer Schutzschrift und sollte mit ähnlicher Sorgfalt erstellt werden.⁶¹⁾ Sie muss nämlich dem Gericht mit dem Verfügungsantrag vorgelegt oder unverzüglich nachgereicht werden und Gerichte haben in Umsetzung der BVerfG-Vorgaben darauf zu bestehen, dass der Antragsteller die Antwort auf die Abmahnung vorlegt oder erklärt, der Antragsgegner habe nicht reagiert. Ob darüber hinaus zur Rechtsverteidigung eine Schutzschrift hinterlegt werden soll, kann zukünftig möglicherweise infrage gestellt werden, wenn eine solche an Bedeutung verlieren sollte, weil sie meist die gleichen Ausführungen enthalten wird, wie eine Antwort auf eine Abmahnung. Das bleibt jedoch abzuwarten und kann aktuell nicht als Regelfall gelten.⁶²⁾ Vielleicht wird auch deshalb ein kombiniertes Vorgehen für denkbar gehalten: So könne man etwa eine Einrede oder bestimmte Glaubhaftmachungsmittel nur über eine Schutzschrift in das Verfahren einbringen, wohingegen andere Ausführungen über ein Antwortschreiben in die Gerichtsakte gelangen.⁶³⁾

24 Jedenfalls wird dem Anspruch des Antragsgegners auf rechtliches Gehör dann ausreichend Rechnung getragen, wenn bereits eine Schutzschrift hinterlegt wurde und das Gericht diese berücksichtigt. Eine zusätzliche Gelegenheit zur Stellungnahme ist dann bestenfalls nicht mehr erforderlich, es sei denn Antragschrift und Schutzschrift sind nicht deckungsgleich aufeinander bezogen.⁶⁴⁾

25 Das rechtliche Gehör kann dem Antragsgegner aber auch dadurch gewährt werden, dass ihm das Gericht Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme gibt.⁶⁵⁾ Diese Anhörung kann sogar fernmündlich oder per E-Mail erfolgen.⁶⁶⁾ Dabei darf die Frist auch kurz sein.⁶⁷⁾ Wenige Tage reichen aus, wenn der Antrags-

58) Mantz, NJW 2020, 2007 Rn. 12.

59) Löffel, WRP 2019, 8 Rn. 33.

60) Löffel, WRP 2019, 8 Rn. 39.

61) Mantz, NJW 2019, 953, 959; Möller, WRP 2020, 982 Rn. 23.

62) Löffel, WRP 2019, 8 Rn. 41.

63) Möller, WRP 2020, 982 Rn. 23.

64) Lerach, jurisPR-WettbR 11/2018 Anm. 1 D. IV.

65) Bornkamm, GRUR 2020, 715, 723.

66) BVerfG, 17.06.2020 – 1 BvR 1380/20, WRP 2020, 1177 Rn. 16 – Verletzung der prozessualen Waffengleichheit durch Erlass einer e.V. in außerordentlichlicher Sache ohne Anhörung der Gegenseite; BVerfG, 03.06.2020 – 1 BvR 1246/20, WRP 2020, 847 Rn. 21 – Bestätigung der Anforderungen der prozessualen Waffengleichheit in außerordentlichlichen Eilverfahren.

67) BVerfG, 17.06.2020 – 1 BvR 1380/20, WRP 2020, 1177 Rn. 18 – Verletzung der prozessualen Waffengleichheit durch Erlass einer e.V. in außerordentlichlicher Sache ohne Anhörung der Gegenseite.

Tyra, BVerfG-Vorgaben im UWG-Eilverfahren: Ausgewählte Aspekte für die RA-Praxis

gegner durch die Abmahnung bereits weitgehend im Bilde ist.⁶⁸⁾ Nimmt der Antragsgegner Stellung und beantragt die Ablehnung des Verfügungsantrags, kommt eine Beschlussverfügung ohne Begründung in der Regel nicht mehr in Betracht.⁶⁹⁾

3. Neue Unterwerfungs- und Dringlichkeitsfristen?

26 Ein neues Problem wird in der mit der Abmahnung zu setzenden Unterwerfungsfrist gesehen. Wegen der Aufwertung der Antwort müsse die Frist nun nämlich so bemessen sein, dass der Antragsgegner auch tatsächlich die Möglichkeit zur Antwort habe. Eine zu kurze Fristsetzung könne das Gericht veranlassen, eine Anhörung durchzuführen. Denkbar sei auch, dass es beim Antragsteller nachfrage, ob binnen angemessener Frist noch eine Antwort eingegangen sei.⁷⁰⁾ Da zudem die Abmahnung aufgrund der Anforderung der Deckungsgleichheit deutlich umfangreicher zu gestalten sei als früher, müsse spiegelbildlich auch die Unterwerfungsfrist länger sein. Denn während der Antragsgegner mehr Sach- und Rechtsvortrag bearbeiten müsse, sei von ihm zu erwarten, dass seine Antwort auf die Abmahnung in Umfang und Gehalt einer Schutzschrift nahekomme, ggf. sogar mit Glaubhaftmachungsmitteln. Deshalb werde man nur in Ausnahmefällen davon ausgehen können, dass eine Frist von drei Tagen ausreichend sei, eher werde man wohl eine Frist von mindestens einer Woche als angemessen anzusehen haben. Dies bedeute im Ergebnis einen deutlich gestiegenen zeitlichen und personellen Aufwand beim Antragsteller, bevor er den Erlass einer einstweiligen Verfügung beantragen könne. Es sei daher zu überlegen, ob die gerichtlich angenommenen Dringlichkeitsfristen generell oder jedenfalls im Einzelfall verlängert werden müssen. Jedenfalls eine Vier-Wochen- oder Ein-Monats-Frist könne hier zu kurz sein.⁷¹⁾

27 Mit dem Argument, dass eine Wochenfrist zur Reaktion auf eine UWG-Abmahnung angemessen sei, wird man allerdings nicht begründen können, dass die BVerfG-Vorgaben zu einer neuen, längeren Unterwerfungsfrist geführt hätten. Schon bislang wird nämlich eine Wochenfrist im Regelfall für angemessen gehalten.⁷²⁾ Teile der Literatur gehen darüber bis zu zehn Tage oder sogar zwei Wochen hinaus.⁷³⁾ Von einer Neuerung insoweit könnte man deshalb allenfalls ausgehen, wenn nunmehr eine Antwortfrist von mindestens oder sogar mehr als zwei Wochen zum Regelfall würde. In vielen UWG-Fällen dürfte allerdings zumindest für eine Überschreitung von zwei Wochen selbst dann kein Bedarf bestehen, wenn die Abmahnung zukünftig aufwändiger gestaltet sein wird. Zur Vermeidung einer Beschlussverfügung wird schließlich schon bislang die Beantwortung einer Abmahnung bestenfalls die Funktion einer Schutzschrift erfüllt und alle denkbaren Verteidigungsmittel geltend gemacht haben. Damit korrespondieren die oft zu lesenden Hinweise in solchen Antwortschreiben, dass diese vom Antragsteller seinem etwaigen Verfügungsantrag beizufügen seien, um nicht gegen die prozessuale Wahrheitspflicht und/oder Standesrecht zu verstoßen.

28 Bis auf Weiteres wird deshalb die vom BVerfG aufgestellte Unverzüglichkeitsanforderung auch in OLG-Bezirken mit großzügigen Dringlichkeitsfristen zu einer beschleunigten Antragstellung führen müssen. Will der Antragsteller sichergehen, dass das vorprozessuale Vorbringen der Gegenseite als ausreichendes recht-

liches Gehör im Gerichtsverfahren gewertet wird, muss er unverzüglich nach dessen Erhalt das Verfahren einleiten. Ein wochenlanges Zuwarten, wie es vielleicht manche OLG-Bezirke im Rahmen der Dringlichkeit für den Verfügungsgrund zulassen würden, gefährdet eine Entscheidung des angerufenen Gerichts im Beschlusswege. Im Zweifel wird das Gericht die Gegenseite neuerlich anhören.⁷⁴⁾

4. Keine formfreie Abmahnung mehr

Eine Abmahnung ist nicht formbedürftig und kann daher in jeder Form wirksam ausgesprochen werden, nämlich mündlich, fernmündlich, schriftlich im Postwege, durch den Gerichtsvollzieher im Wege der Zustellung oder durch Boten, auch per Telefax oder per E-Mail.⁷⁵⁾ Für eine (fern-)mündliche Abmahnung sprach schon vor Manifestierung der BVerfG-Vorgaben für UWG-Eilverfahren aus der Sicht des Abmahnenden wenig, auch wenn die dagegen angeführten Beweisschwierigkeiten sich durch eine schriftliche Bestätigung der mündlich erfolgten Abmahnung ausräumen ließen.⁷⁶⁾ Das gilt nun umso mehr wegen der im UWG-Eilverfahren erforderlichen Deckungsgleichheit zwischen Abmahnung und Antragschrift, die erwarten lässt, dass Abmahnungen zukünftig umfangreicher und detaillierter ausfallen als früher. Die später einzureichende Antragschrift wird in UWG-Fällen schließlich kaum einmal (fern-)mündlich vorweggenommen werden können. Dafür spricht bereits, dass trotz der zivilprozessualen Möglichkeit, einen UWG-Verfügungsantrag ohne rechtsanwaltliche Vertretung vor der Geschäftsstelle des angerufenen Gerichts zu Protokoll zu erklären, dem Verfasser kein Fall bekannt ist, in dem davon Gebrauch gemacht wurde.⁷⁷⁾

Denkbar ist allerdings weiterhin, dass die vorgerichtliche Erwi- **30**
derung des Antragsgegners formfrei erfolgt, z. B. als mündliche Rückäußerung auf einer Messe oder am Telefon, und dann mittels eidesstattlicher Versicherung vom Antragsteller dem Gericht zur Kenntnis gebracht und glaubhaft gemacht wird.⁷⁸⁾

5. Entbehrlichkeit nutzloser Abmahnung

Nach den BVerfG-Vorgaben wird vom Antragsteller verlangt, **31**
dass er vor Beantragung einer einstweiligen Verfügung den Antragsgegner abgemahnt hat.⁷⁹⁾ Für entbehrlich hält das BVerfG eine vorherige Anhörung nur in Ausnahmefällen, in denen auf eine nachträgliche Anhörung verwiesen werden könne, nämlich wenn sonst der Zweck des Verfügungsverfahrens vereitelt würde.⁸⁰⁾ Dies sei jeweils der Fall im ZPO-Arrestverfahren, bei der Anordnung von Untersuchungshaft oder bei Wohnungsdurchsuchungen.⁸¹⁾ Vor dem Hintergrund, dass die BVerfG-Beschlüsse mit diesen Feststellungen das Presse- und Äußerungsrecht betrafen, überrascht die jeweilige Erläuterung, wann der Zweck des einstweiligen Verfügungsverfahrens vereitelt werden könne, insbesondere hinsichtlich der Untersuchungshaft und Wohnungsdurchsuchung. Ein praktischer Bezug zum jeweiligen oder zumindest einem angrenzenden Rechtsgebiet wäre aufgrund der für den Regelfall deutlich gesteigerten Anforderungen wünschenswert gewesen. So aber hat das BVerfG die Fachgerichte

68) Mantz, NJW 2020, 2007 Rn. 14.

69) Bornkamm, GRUR 2020, 715, 723.

70) Mantz, NJW 2019, 953, 956.

71) Mantz, WRP 2020, 416 Rn. 64 f.

72) Tavanti, in: Danckwerts/Papenhausen/Scholz/Tavanti (Hrsg.), Wettbewerbsprozessrecht, 1. Aufl. 2016, B. III. Rn. 90; Tavanti/Scholz, in: Fritzsche/Münker/Stollwerck (Hrsg.), BeckOK UWG, 9. Ed. 15.05.2020, § 12 Rn. 68.

73) Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 19), § 12 Rn. 1.21; Pitz, in: Hasselblatt (Hrsg.), MAH Gewerblicher Rechtsschutz, 5. Aufl. 2017, § 4 Rn. 22.

74) v. Walter, K&R 2019, 38 f.; im Ergebnis auch Ringer/Wiedemann, GRUR-Prax 2020, 359 f.

75) Brining, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg.), UWG, 4. Aufl. 2016, § 12 Rn. 21.

76) Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 19), § 12 Rn. 1.26.

77) Vgl. §§ 920 Abs. 3, 936 i. V. m. 78 Abs. 3 Fall 2 ZPO.

78) Noch offen v. Walter, K&R 2019, 38.

79) Mantz, WRP 2020, 416 Rn. 64.

80) BVerfG, 03.06.2020 – 1 BvR 1246/20, WRP 2020, 847 Rn. 16 m. w. N. – Bestätigung der Anforderungen der prozessualen Waffengleichheit in äußerungsrechtlichen Eilverfahren.

81) BVerfG, 30.09.2018 – 1 BvR 2421/17, WRP 2018, 1443 Rn. 28 – Prozessuale Waffengleichheit beim Erlass von einstweiligen Verfügungen im Beschlusswege I; BVerfG, 30.09.2018 – 1 BvR 1783/17, WRP 2018, 1448 Rn. 15 – Prozessuale Waffengleichheit beim Erlass von einstweiligen Verfügungen im Beschlusswege II.

Tyra, BVerfG-Vorgaben im UWG-Eilverfahren: Ausgewählte Aspekte für die RA-Praxis

alleingelassen und zunächst einmal der Literatur die Deutungs-
hoheit überlassen, welche Fallkonstellationen davon noch erfasst
sein könnten.

- 32** Diese hält daraufhin drei Konstellationen für denkbar, nämlich vor allem die Sequestration, z. B. zur Vorbereitung der Vernichtung von Plagiaten oder der Besichtigung von mutmaßlich schutzrechtsverletzenden Waren durch einen Sachverständigen, und die ganz besonders gesteigerte Eilbedürftigkeit, wenn z. B. ein wettbewerbswidriger Werbeauftritt im Rahmen einer Messe unmittelbar bevorsteht.⁸²⁾ Zudem wird erwogen, in Fällen nach dem GeschGehG eine Abmahnung für entbehrlich zu halten.⁸³⁾ Im Falle einer substantiierten Abmahnung bestehe nämlich das Risiko, dass das Geschäftsgeheimnis konkretisiert und damit faktisch offengelegt werden müsste, was dessen Schutz infrage stelle.⁸⁴⁾
- 33** Ob die „völlige Aussichtslosigkeit“ einer Abmahnung noch reiche, werde sich zeigen müssen, da es nach der Diktion des BVerfG nicht darauf ankomme, ob der Antragsgegner einlenke, sondern ob beide Parteien den gleichen Wissensstand hätten.⁸⁵⁾ Soweit ersichtlich, wird in der Literatur bislang nur singulär und ohne Begründung vertreten, dass bei objektiv begründeter Aussichtslosigkeit einer Abmahnung nach wie vor der Erlass einer einstweiligen Verfügung ohne mündliche Verhandlung und ohne vorherige Abmahnung nicht völlig ausgeschlossen sei.⁸⁶⁾ Das mag vor dem Hintergrund bezweifelt werden können, dass das BVerfG insoweit nicht auf den Wissensstand der Parteien abstellt, sondern darauf, ob der Zweck des einstweiligen Verfügungsverfahrens vereitelt würde. Dieser Zweck besteht nämlich darin, dem Gläubiger einstweiligen Rechtsschutz zu gewähren, wenn ein vollstreckbarer Titel über seinen Anspruch gegen den Schuldner im Klageverfahren für ihn zu spät käme und wertlos bliebe.⁸⁷⁾ Es ist nicht ersichtlich, inwieweit eine nutzlose Abmahnung, die lediglich das Ziel einer außergerichtlichen Erledigung des Rechtsstreits und Vermeidung eines Gerichtsverfahrens verfehlt, diesen Zweck vereiteln soll. Eine solche zeichnet sich schließlich dadurch aus, dass sie sinnlos gewesen wäre, weil der Schuldner – auch ohne eine förmliche Abmahnung erhalten zu haben – zu erkennen gegeben hat, dass er es auf eine gerichtliche Klärung ankommen lassen will.⁸⁸⁾
- 34** Im Lauterkeitsrecht ist die voraussichtliche, je nach Terminologie, Nutz-, Erfolg- oder Zwecklosigkeit einer Abmahnung als Fallgruppe der Entbehrlichkeit von Abmahnungen anerkannt, wenn gleich als Ausnahmefall.⁸⁹⁾ Der Schuldner muss sich hierfür in besonderem Maße eindeutig positioniert haben.⁹⁰⁾ Für eine Entbehrlichkeit wegen fehlender Erfolgsaussicht der Abmahnung müssen aus der maßgeblichen Sicht des Gläubigers eindeutige Anhaltspunkte vorhanden sein, die sich auch aus dem vorprozessualen Verhalten des Schuldners ergeben können.⁹¹⁾ Nutzlos ist eine Abmahnung, wenn der Gläubiger annehmen muss, der Schuldner werde von den Wettbewerbsverstößen nicht ohne ein gerichtliches Verbot absehen.⁹²⁾ Hierzu wird vertreten, dass dies der Fall sei, wenn der Schuldner erklärt habe, er werde es auf

einen Rechtsstreit ankommen lassen.⁹³⁾ Gleiches gelte, wenn sich der Schuldner der Rechtmäßigkeit seines Vorgehens berühme und damit über die Äußerung seines Rechtsstandpunkts hinaus zu erkennen gebe, dass er sich von seinem Verhalten durch eine Abmahnung nicht abbringen lassen werde.⁹⁴⁾ Das wird mitunter dahingehend eingeschränkt, dass mit Berühmung solche Fälle gemeint sein müssten, in denen der Schuldner bereits zum Ausdruck gebracht habe, dass er sein Verhalten auch im Falle der Abmahnung fortsetzen werde. Verfehlt wäre es, die Äußerung einer Rechtsansicht ausreichen zu lassen, da häufig die kaufmännische Vernunft für die Unterwerfung spreche, auch wenn man die Rechtsansicht des Abmahnenden nicht teile und das eigene Verhalten für rechtmäßig halte.⁹⁵⁾ Wegen der BVerfG-Vorgaben empfehle es sich noch weniger als bisher auf die Abmahnung zu verzichten.⁹⁶⁾

So vertretbar diese Empfehlung ist, so wenig schließt sie aus, dass es weiterhin den Ausnahmefall geben kann, wegen voraussichtlicher Nutzlosigkeit auf eine Abmahnung zu verzichten. Es ist auch sachgerecht, in geeigneten Fällen, die bislang der Gruppe der mangels Erfolgsaussicht nutzlosen Abmahnungen zugeordnet worden wären, weiterhin eine Abmahnung für entbehrlich und die Beantragung einer einstweiligen Unterlassungsverfügung ohne vorherige mündliche Verhandlung oder sonstige gerichtliche Anhörung des Antragsgegners für möglich zu halten. Das gilt z. B., falls sich der Antragsgegner in einer vorgeordneten Kommunikation mit dem Antragsteller sinngemäß dahingehend äußert, dass sein streitgegenständliches Verhalten unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt den Antragsteller beeinträchtige und/oder die etwaige Geltendmachung von Ansprüchen einer gerichtlichen Überprüfung keinesfalls standhalten könne und/oder der Antragsgegner sich die Ausschöpfung aller rechtlichen Mittel vorbehalte. Insbesondere, wenn er bei solch einer Äußerung rechtsanwaltlich vertreten ist, kann aus der maßgeblichen Sicht des Antragstellers nämlich nicht angenommen werden, dass der Antragsgegner eine Abmahnung trotzdem zum Anlass nehmen könnte, eine außergerichtliche Erledigung des Rechtsstreits herbeizuführen. Schließlich würde vor allem die Ausschöpfung aller rechtlichen (Verteidigungs-)Mittel die Einreichung einer Schutzschrift umfassen. Dadurch kann, worauf das BVerfG wiederholt hingewiesen hat, der Antragsgegner sich ggf. selbst rechtliches Gehör verschaffen. Da dies in UWG-Eilverfahren sowie in einstweiligen Verfügungsverfahren des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechts insgesamt ebenso gängige Praxis ist, wie das „Daraufankommenlassen“, hat ein Antragsteller im Regelfall auch keinen Grund zu der Annahme, dass der Antragsgegner es mit solchen Äußerungen nicht ernst meine. Mitunter entspricht es nämlich der Unternehmenspolitik des Abgemahnten, sich nicht freiwillig zu unterwerfen.⁹⁷⁾ Auch ziehen Antragsgegner mit Blick auf § 278 BGB eine Abschlusserklärung nach Zustellung der einstweiligen Verfügung oft einer vorprozessualen Unterlassungserklärung vor. Solche Antragsgegner wollen keine mündliche Verhandlung, sondern möglichst schnell eine einstweilige Verfügung, die sie sodann durch Abschlusserklärung anerkennen können.⁹⁸⁾ Unvorstellbar, dass in einer solchen Fallkonstellation das BVerfG einen Antragsteller trotzdem zu einer voraussichtlich nutzlosen Abmahnung veran-

82) *Bornkamm* GRUR 2020, 715, 723; *Mantz*, WRP 2020, 416 Rn. 12; *ders.*, NJW 2019, 953, 955.

83) *Löffel*, WRP 2019, 8 Rn. 31; *Mantz*, WRP 2020, 416 Rn. 12.

84) *Löffel*, WRP 2019, 8 Rn. 31.

85) *Mantz*, NJW 2019, 953, 955.

86) *Smirra*, ZUM 2019, 63, 65.

87) *Mayer*, in: *Vorwerk/Wolf* (Hrsg.), BeckOK ZPO, 37. Ed. 01.07.2020, § 916 Rn. 1.

88) OLG Frankfurt a. M., 10.07.2014 – 6 W 51/14, BeckRS 2014, 17242 amtlicher Leitsatz i. V. m. Rn. 10.

89) A. A. *Löffel*, WRP 2019, 8 Rn. 6, der mit Bezug auf LG Düsseldorf, 17.03.2015 – 4b O 5/15, juris, meint, es komme nicht darauf an, ob die vorherige Abmahnung Erfolg versprechend sei.

90) *Tavanti/Scholz*, in: *Fritzsche/Münker/Stollwerck* (Fn. 72), § 12 Rn. 48.

91) *Büscher*, in: *Fezer/Büscher/Obergfell* (Hrsg.), UWG, 3. Aufl. 2016, § 12 Rn. 27.

92) *Berneke/Schüttelz*, Die einstweilige Verfügung in Wettbewerbsachen, 4. Aufl. 2018, A. II. Rn. 19.

93) *Brüning*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig* (Fn. 75), § 12 Rn. 12; ähnlich *Schulz*, in: *Krüger/Rauscher* (Fn. 23), § 93, Rn. 50, dem die Ersichtlichkeit reicht, dass der Gegner es auf eine gerichtliche Klärung ankommen lassen will.

94) *Brüning*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig* (Fn. 75), § 12 Rn. 12; *Sosnitza*, in: *Ohly/Sosnitza* (Hrsg.), UWG, 7. Aufl. 2016, § 12 Rn. 7.

95) *Bornkamm*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen* (Fn. 19), § 12 Rn. 1.65 f.; *Ottofülling*, in: *Heermann/Schlingloff* (Hrsg.), MüKo UWG, 2. Aufl. 2014, § 12 UWG Rn. 125.

96) *Bornkamm*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen* (Fn. 19), § 12 Rn. 1.65 f.

97) *Pitz*, in: *Hasselblatt* (Fn. 73), § 4 Rn. 5.

98) *Löffel*, WRP 2019, 8 Rn. 18.

Tyra, BVerfG-Vorgaben im UWG-Eilverfahren: Ausgewählte Aspekte für die RA-Praxis

lassen möchte. Das gilt umso mehr, weil die durch seine Vorgaben zur Deckungsgleichheit mit der späteren Antragschrift gesteigerten Anforderungen an den Inhalt einer vorgerichtlichen Abmahnung nicht kostenneutral bleiben können und sich der Antragsgegner gegen eine Belastung mit entsprechend hohen Abmahnkosten voraussichtlich mit dem Argument verteidigen würde, dass die Abmahnung offensichtlich entbehrlich und somit unbegründet war.

- 36** Es ist deshalb auch unter Geltung der BVerfG-Vorgaben für UWG-Eilverfahren sachgerecht, in geeigneten Fällen nutzloser Abmahnungen die Beantragung einer einstweiligen Unterlassungsverfügung ohne vorherige mündliche Verhandlung oder sonstige gerichtliche Anhörung des Antragsgegners zu ermöglichen. Dabei muss der vorgerichtlichen Kommunikation zwischen Antragsteller und Antragsgegner nicht bereits eine förmliche Abmahnung zugrunde liegen.⁹⁹⁾ Bei gewerblichen Schutzrechten ist deshalb z. B. auch an eine Berechtigungsanfrage zu denken, die im Lauterkeitsrecht kaum eine Rolle spielt. Dem steht nicht entgegen, dass mit Bezug auf einen obergerichtlichen Beschluss in der Literatur vertreten wird, dass eine Abmahnung nicht dadurch ohne Weiteres überflüssig werde, dass der Verletzer auf eine Berechtigungsanfrage bereits die Rechtsauffassung geäußert habe, dass sein Handeln erlaubt sei.¹⁰⁰⁾ Der betreffende Beschluss wurde nämlich mit Bezug auf die in der Literatur vertretene Meinung begründet, dass die kaufmännische Vernunft für die Unterwerfung sprechen könne, auch wenn man die Rechtsansicht des Abmahnenden nicht teile und das eigene Verhalten für rechtmäßig halte.¹⁰¹⁾ Maßgeblich ist allerdings die Sicht des Verletzten.¹⁰²⁾ Diesem wird die kaufmännische Vernunft des Rechtsverletzers als innere Eigenschaft in der Regel verborgen bleiben. Für Fälle der hier nur beispielhaft gebildeten Art hat ein Antragsteller im Regelfall hingegen keinen Grund zu der Annahme, dass der Antragsgegner es mit entsprechenden Äußerungen nicht ernst meine.

6. Aufwendungsersatz auch bei nutzloser Abmahnung

- 37** Soweit eine UWG-Abmahnung berechtigt ist, kann der Berechtigte vom Schuldner nach § 12 Abs. 1 S. 2 UWG Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen. Ob allerdings Berechtigter sein kann, wer im vorgenannten Sinne eine nutzlose Abmahnung rechtsanwaltlich aussprechen lässt, mag im Normalfall diskutabel erscheinen, weil in der Literatur vertreten wird, dass nur eine solche Abmahnung berechtigt sei, die nicht entbehrlich ist. Mahne der Gläubiger lieber einmal mehr ab, als ggf. mit Prozesskosten überzogen zu werden, gehe er das Risiko ein, dass ihm seine Abmahnkosten nicht ersetzt würden. Zudem könne eine entbehrliche Abmahnung unter Umständen rechtsmissbräuchlich sein und zum Verlust der Durchsetzbarkeit des Anspruchs führen.¹⁰³⁾ Das kann hingegen nicht gelten, wenn eine wegen Nutzlosigkeit entbehrliche Abmahnung redlicherweise die Erfüllung der BVerfG-Vorgaben in UWG-Eilverfahren bezweckt. Solange nämlich nicht durch die Fachgerichte oder vorzugsweise das BVerfG selbst klaggestellt ist, dass in geeigneten Fällen nutzloser Abmahnungen weiterhin die Beantragung einer einstweiligen Unterlassungsverfügung ohne vorherige mündliche Verhandlung oder sonstige gerichtliche Anhörung des Antragsgegners möglich ist, darf der in seinen Rechten Verletzte nicht durch

Unsicherheit über die Grundlage seines Aufwendungsersatzanspruchs davon abgehalten werden, sich eine solche Beantragung durch die entsprechende Abmahnung offenzuhalten. Bis dahin müssen Antragsteller nämlich befürchten, dass die BVerfG-Vorgaben von den Fachgerichten allzu vorsichtig angewandt und diese nunmehr eher Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmen als fernmündlich oder per E-Mail anhören werden.

7. RVG-Regelvergütung: 1,8 Geschäftsgebühr

Hat ein Rechtsanwalt keinen Klageauftrag und auch nicht den Auftrag, den Erlass einer einstweiligen Verfügung zu beantragen, so bestimmt sich die Geschäftsgebühr, die ihm für die Abmahnung zusteht, nach §§ 2 Abs. 2, 13 i. V. m. Nr. 2300 RVG VV. Hiernach besteht ein Gebührenrahmen von einer 0,5 bis zu einer 2,5 Gebühr. Nach der Anmerkung zu Nr. 2300 RVG VV kann eine Gebühr von mehr als 1,3 nur gefordert werden, wenn die Tätigkeit umfangreich oder schwierig war.¹⁰⁴⁾ Bei einer UWG-Abmahnung ist in einem durchschnittlichen Fall nicht von einer unter dem Regelsatz liegenden 1,3-fachen Gebühr auszugehen.¹⁰⁵⁾

Aufgrund der vom BVerfG geforderten Deckungsgleichheit von Abmahnung und Antragschrift sollte zukünftig eine nicht unter 1,8 liegende Geschäftsgebühr für eine UWG-Abmahnung der Regelsatz sein. Schließlich kann es nicht kostenneutral bleiben, dass diese BVerfG-Vorgabe deutlich gesteigerte Anforderungen an den Inhalt einer vorgerichtlichen Abmahnung stellt. Wenn in der Literatur zu Recht die Konsequenz gezogen wird, dass der Inhalt der zukünftigen Antragschrift im Abmahnschreiben vorwegzunehmen ist, und da hierfür u. a. vorgeschlagen wird, der Abmahnung den Entwurf einer Antragschrift beizufügen, erscheint dieser Ansatz gut vertretbar. Folgt nämlich der Abmahnung ein gerichtliches Verfahren, weil der Verletzer die Unterwerfung verweigert hat, so reduziert sich im Wege der Anrechnung der vorgerichtlich entstandenen 1,3 Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 RVG VV die 1,3 Verfahrensgebühr nach Nr. 3100 RVG VV auf eine 0,65-Gebühr.¹⁰⁶⁾ Addiert man Geschäftsgebühr und reduzierte Verfahrensgebühr, ergibt das in der Summe den Gebührenfaktor 1,95 für das bisherige Nacheinander von Abmahnung und Verfügungsantrag. In etwa gleicher Höhe sollte zukünftig eine Geschäftsgebühr für eine UWG-Abmahnung entstehen, wenn diese den Inhalt der etwaigen Antragschrift vorwegnimmt. Insoweit ist die hier vorgeschlagene RVG-Regelvergütung nicht unter einer 1,8 Geschäftsgebühr an den bisherigen Verhältnissen orientiert.

Um diese zu verdienen, hat der Rechtsanwalt aber darauf zu achten, dass ihm nicht zugleich der Auftrag für ein gerichtliches Vorgehen erteilt wird, obwohl seine Abmahnung bereits die spätere Antragschrift vorwegzunehmen hat und das BVerfG eine unverzügliche Antragstellung nach erfolglos gebliebener Abmahnung verlangt. Hat der Mandant den Rechtsanwalt nämlich von Anfang an sowohl mit der Abmahnung als auch mit der Einleitung gerichtlicher Schritte beauftragt, fällt nach RVG VV Nr. 3101 nur eine 0,8 Gebühr an, wenn der Auftrag für das Gerichtsverfahren sich durch eine Unterwerfungserklärung als Reaktion auf eine Abmahnung vorzeitig erledigt.¹⁰⁷⁾

IV. Fazit

Die vom BVerfG entwickelten Maßstäbe zur Handhabung der prozessualen Waffengleichheit und des rechtlichen Gehörs in

99) OLG Frankfurt a. M., 10.07.2014 – 6 W 51/14, BeckRS 2014, 17242 amtlicher Leitsatz i. V. m. Rn. 10.

100) Jaspersen, in: Vorwerk/Wolf (Fn. 87), § 93 Rn. 54 mit Bezug auf OLG Hamburg, 31.01.2006 – 5 W 12/06, GRUR 2006, 616 = WRP 2006, 488, Ls. – Anerkennnis nach Berechtigungsanfrage.

101) OLG Hamburg, 31.01.2006 – 5 W 12/06, GRUR 2006, 616 = WRP 2006, 488, Ls. – Anerkennnis nach Berechtigungsanfrage.

102) Büscher, in: Fezer/Büscher/Obergfell (Fn. 91), § 12 Rn. 27.

103) Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson (Fn. 19), § 12 Rn. 1.101.

104) Loschelder, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2019, § 92 Rn. 10 f.

105) BGH, 19.05.2010 – I ZR 140/08, WRP 2010, 1495 Rn. 31 – Vollmachtsnachweis.

106) Loschelder, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts (Fn. 104), § 92 Rn. 11.

107) Brüning, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Fn. 75), § 12 Rn. 85; Loschelder, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts (Fn. 104), § 92 Rn. 10; Tavanti, in: Danckwerts/Papenhausen/Scholz/Tavanti (Fn. 72), B. III. Rn. 103.

einstweiligen Verfügungsverfahren sind in UWG-Eilverfahren angekommen. Seither ist klar, dass nicht jede Verletzung prozessualer Rechte unter Berufung auf die prozessuale Waffen-gleichheit im Wege einer Verfassungsbeschwerde und/oder Be-antragung einer einstweiligen Anordnung geltend gemacht werden kann. Unklar ist aber, wann Abmahnung und Antrags-schrift seine Vorgaben erfüllen und deshalb von einer fachge-richtlichen Anhörung abgesehen werden kann. Es bleibt des-halb zu hoffen, dass das BVerfG bei nächster Gelegenheit von der Forderung „wortlautgleicher Identität“ zugunsten einer „Deckungsgleichheit“ wieder Abstand nehmen und dabei klar-

stellen wird, dass kerngleiche Beanstandungen dieser Forde-rung entsprechen. Hilfreich wäre auch die Klarstellung, dass nutzlose Abmahnungen weiterhin entbehrlich sind und diese im Lauterkeitsrecht anerkannte Fallgruppe entbehrlicher Ab-mahnungen nicht unausgesprochen kassiert werden sollte. Da-rüber hinaus dürfte es nur eine Frage der Zeit sein, bis sich die Fachgerichte mit kostenbezogenen Fragen der durch die BVerfG-Vorgaben gestiegenen Anforderungen an den Inhalt ei-ner Abmahnung zu befassen haben werden; kostenneutral kann der dadurch veranlasste Mehraufwand schließlich nicht bleiben.

RA Dr. Nils Rauer, MJl und wiss. Mit. Alexander Bibi, Frankfurt a. M.*

Die neue Verantwortlichkeit von Upload-Plattformen – Wie passen die Teile ins Puzzle?

INHALT

- I. Einleitung
- II. Norm des Art. 17 DSM-RL
- III. Stand der Umsetzung
- IV. Einbettung des Art. 17 DSM-RL
 - 1. Rechtsnatur der Norm
 - 2. Haftungskonzept der Norm
 - 3. Auswirkungen auf das *lex generalis*
- V. Praktische Auswirkungen
 - 1. Kollektive Rechtswahrnehmung und erweiterte kollektive Lizenzen
 - a) Kollektive Rechteeräumung
 - b) Erweiterte kollektive Rechteeräumung
 - 2. Erlaubnistatbestände
- VI. Fazit

I. Einleitung

- 1 Das Urheberrecht ist von Hause aus nicht prädestiniert, die Mas-sen auf die Straße zu bringen. Wenn es daher aus Anlass einer Urheberrechtsnovelle zu Demonstrationen in Brüssel und ande-renorts kommt, muss Grundlegendes passiert sein.¹⁾ Selbst im Kreise der Immaterialgüterrechte fristete der Schutz geistiger Schöpfungen lange Zeit ein Schattendasein. Die ökonomische Wertigkeit von Patent, Marke und Geschäftsgeheimnis wurde nicht selten höher eingestuft. Das Internet und damit die Ent-wicklung digitaler Geschäftsmodelle haben hier zu einem Um-denken geführt. „Digital Content“ ist zu einem zunehmend wich-tigeren Wirtschaftsgut geworden. Das Urheberrecht nimmt hier als Schutzrecht eine zentrale Rolle ein.
- 2 Bester Beweis für den Bedeutungszuwachs sind die nicht selten hoch emotional geführten Diskussionen, welche die *Richtlinie (EU) 2019/790* über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt (nachfolgend: DSM-RL)

in ihrem Werden begleitet haben. Die Richtlinie ist am 06.06. 2019 in Kraft getreten. Damit hat der europäische Gesetzgeber das Heft des Handels an die Mitgliedstaaten weitergereicht. Diese müssen die neuen Vorgaben nun bis zum 07.06.2021 in natio-nales Recht umsetzen. Manche Länder, allen voran Frankreich und die Niederlande, sind auch unmittelbar an diese Aufgabe gegangen, wohl nicht ohne den Hintergedanken, ein Modell zu entwickeln, welches in anderen Mitgliedstaaten Schule machen könnte.

Auch die Bundesregierung hat sich dem Thema zwischenzeitlich angenommen. Sie ist dabei in Etappen vorgegangen. Ein erster Diskussionsentwurf²⁾ zur Umsetzung bestimmter Regelungen der DSM-RL wurde im Januar 2020 veröffentlicht. Das Papier fokussiert sich in erster Linie auf das neue Leistungsschutzrecht der Presseverleger (Art. 15 DSM-RL) und die Verlegerbeteiligung in Form eines gerechten Ausgleichs (Art. 16 DSM-RL). Im Juni 2020 folgte dann der *zweite Diskussionsentwurf*,³⁾ der sich unter anderem kollektiven Lizenzen mit erweiterter Wirkung (Art. 12 DSM-RL) sowie dem neuen Haftungsregime im Bereich von Up-load-Plattformen (Art. 17 DSM-RL) widmet. Gerade letzteres stand im Zentrum der Debatten, welche 2018 die Menschen auf die Straße holte. Auch die akademische Auseinandersetzung mit der Norm ist ebenso umfangreich wie kontrovers.⁴⁾ Darauf aufsatteln wurde erst kürzlich der Referentenentwurf des ver-antwortlich zeichnenden Bundesjustizministeriums veröffent-licht, der einige nicht zu verachtende Details der Diskussions-entwürfe neu fasst.⁵⁾

Art. 17 DSM-RL ist dabei fraglos eine der komplexesten Regelun-gen der DSM-RL. Zudem kann die ökonomische Bedeutung der Norm wohl kaum zu gering bewertet werden. Immerhin geht es um nichts Geringeres als das Kerngeschäft von weltumspannen-

2) Vgl. unter anderem *Jani*, ZUM 2019, 674; *Rauer/Bibi*, GRUR-Prax 2020, 19; *Schack*, ZUM 2020, 165.

3) Zweiter Diskussionsentwurf zur Umsetzung der DSM-RL: www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_IL_Anpassung%20Urheberrecht_digitaler_Binnenmarkt.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

4) Vgl. *Gielen/Tiessen*, EuZW 2019, 639; *Hofmann*, ZUM 2019, 617; *ders.*, GRUR 2019, 1219; *Holzengel*, ZUM 2020, 1; *Leistner*, ZUM 2020, 505; *J. B. Nordemann/Waiblinger*, GRUR 2020, 569; *Pravemann*, GRUR 2019, 783; *Spindler*, JIPITEC 2020, 344; *ders.*, GRUR 2020, 253; *Stieper*, GRUR 2020, 699; *Wandtke/Hauck*, ZUM 2019, 627; *dies.*, ZUM 2020, 671.

5) Referentenentwurf zur Umsetzung der DSM-RL: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Urheberrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=7.

* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. 1649.

1) Siehe auch *Dreier*, GRUR 2019, 771.