

Rechtsanwalt und Notar Dr. Mirko Möller, LL.M., Dortmund

Arbeitshilfe: Verfassungsbeschwerde gegen (aufgehobene) Beschlussverfügung

Das *BVerfG* hat sich unter dem Gesichtspunkt des Rechts auf Waffengleichheit und des Rechts auf ein faires Verfahren mit durchaus wechselvollen Entscheidungen in die Handhabung des einstweiligen Verfügungsverfahrens eingemischt. Hintergrund der diesen Entscheidungen zu Grunde liegenden Verfassungsbeschwerden war der Umstand, dass zumindest einige Gerichte insbesondere in Wettbewerbs- und Presmerechtssachen standardmäßig Beschlussverfügungen ohne vorherige Anhörung des Antragsgegners erlassen haben.

Datum	Kammer/ Senat	Aktenzeichen Ausgangsgesicht	Fundstelle N = NJW 20.. G = GRUR 20.. W = WRP 20.. RS = BeckRS 20..	Anm.	Kurzfassung
06.06.2017	3./I.	1 BvQ 16/17, 1 BvQ 17/17, 1 BvR 764/17, 1 BvR 770/17 LG Hamburg	N 17, 2985 W 17, 1073 RS 17, 118119	1)	<ul style="list-style-type: none"> - Verfassungsbeschwerden nicht zur Entscheidung angenommen; - Verstoß gegen rechtliches Gehör nach Widerspruchsverhandlung geheilt; - Rechte auf prozessuale Waffengleichheit und faires Verfahren nicht geheilt; - Verfassungsbeschwerde(n) verfristet.
23.08.2017	3./I.	1 BvR 1783/17 LG Köln	RS 17, 123654		<ul style="list-style-type: none"> - Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wird abgelehnt; - soweit die Beschwerdeführerin die Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäß Art. 103 I 1 GG rügt, ist die Verfassungsbeschwerde mangels Erschöpfung des Rechtswegs unzulässig und damit auch der beantragte Erlass einer einstweiligen Anordnung insoweit gegenstandslos; - soweit die Beschwerdeführerin die Verletzung von Verfahrensrechten, namentlich der prozessualen Waffengleichheit und des Rechts auf ein faires Verfahren rügt, ist zwar die Verfassungsbeschwerde weder offensichtlich unzulässig noch offensichtlich unbegründet und ein Rechtsweg vor den Fachgerichten nicht eröffnet, der Antrag ist jedoch mangels substantiierter Darlegung eines schweren Nachteils iSd § 32 BVerfGG unzulässig; - die Beschwerdeführerin hat nicht nachvollziehbar dargelegt, dass ihr für den Fall, dass eine einstweilige Anordnung nicht erlassen wird, ein schwerer Nachteil droht. Zum einen kann auch der Erlass einer einstweiligen Anordnung die gerügten Rechtsverletzungen nicht mehr beseitigen, da die Verfahrensfehler lediglich festgestellt, nicht aber beseitigt werden könnten.
30.09.2018	3./I.	1 BvR 2421/17 OLG Hamburg	N 18, 3634 G 18, 1291 W 18, 1443 RS 18, 26322	1)	<ul style="list-style-type: none"> - Feststellung, dass einstweilige Verfügung Beschwerdeführer in grundrechtsgleichem Recht auf prozessuale Waffengleichheit verletzt;

30.09.2018	3./I.	1 BvR 1783/17 LG Köln	N 18, 3631 G 18, 1288 W 18, 1448 RS 18, 26321		<ul style="list-style-type: none"> - bei Feststellungsinteresse kann Feststellungsausspruch erfolgen; - Feststellungsinteresse besteht bei Wiederholungsgefahr.
08.10.2019	2./I.	1 BvR 1078/19 1 BvR 1260/19 LG Frankfurt a.M.	RS 19,30365		<ul style="list-style-type: none"> - Verfassungsbeschwerden nicht zur Entscheidung angenommen; - nicht jede Verletzung prozessualer Rechte kann im Wege einer auf Feststellung gerichteten Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden. Vielmehr bedarf es eines hinreichend gewichtigen Feststellungsinteresses; - die Geltendmachung nur eines error in procedendo reicht hierfür nicht, Feststellungsinteresse ist aber anzunehmen, wenn eine Wiederholung der angegriffenen Maßnahme zu befürchten ist, was hier nicht dargelegt wurde.
03.06.2020	2./I.	1 BvR 1246/20 LG Berlin	N 20, 2021 G 20, 773 W 20, 847 RS 20, 10966	1) 3)	<ul style="list-style-type: none"> - Aussetzung der Wirksamkeit im Wege der einstweiligen Anordnung, § 32 I BVerfGG; - Besonders gewichtiges Feststellungsinteresse muss nicht geltend gemacht werden, da Rechtsbeeinträchtigung durch einstweilige Verfügung noch fort dauert.
17.06.2020	2./I.	1 BvR 1380/20 LG Berlin	W 20, 1177 RS 20, 13380		
16.07.2020	2./I.	1 BvR 1617/20 LG Hamburg	W 20, 1292 RS 20, 17682		<ul style="list-style-type: none"> - Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt; - Darlegung eines grundrechtlich erheblichen schwerwiegenden Nachteil ist auch im Fall offenkundiger Erfolgsaussichten einer Verfassungsbeschwerde erforderlich; - fortgesetzte Belastung durch einen einseitig erstrittenen Unterlassungstitel reicht hierzu nicht aus, wenn die Beschwerdeführerin in der Sache nicht durch die Unterlassungsverpflichtung belastet ist.
27.07.2020	2./I.	1 BvR 1379/20 LG München I	N 20, 3023 G 20, 1119 W 20, 1179 RS 20, 17728	2) 3)	<ul style="list-style-type: none"> - Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen; - nicht jede Verletzung prozessualer Rechte kann mit Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden; vielmehr ist hinreichend gewichtiges Feststellungsinteresse erforderlich; - die bloße Geltendmachung eines error in procedendo reicht hierfür nicht aus; - Feststellungsinteresse besteht, wenn Wiederholung der Maßnahme zu befürchten ist; hierzu bedarf es näherer Darlegungen.
30.07.2020	2./I.	1 BvR 1422/20 LG Köln	G 20, 1236 W 20, 1293 RS 20, 1236		
01.09.2020	3./II.	2 BvQ 61/20 LG Stuttgart	G 20, 1345 W 20, 1425 RS 20, 21887		<ul style="list-style-type: none"> - Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt, Antrag ist unzulässig; - betreffend Rüge der Verletzung rechtlichen Gehörs ist Rechtsweg nicht erschöpft, da Widerspruch möglich; - betreffend Rüge der Verletzung der prozessualen Waffengleichheit kommt selbst bei offenkundigen Erfolgsaussichten der Verfassungsbeschwerde eine einstweilige Anordnung nur dann in Betracht, wenn schwerer Nachteil im Sinne des § 32 I BVerfGG dargelegt wird; daran fehlt es vorliegend.

23.09.2020	2./I.	1 BvR 1617/20 LG Hamburg	N 21, 618 G 21, 517 W 20, 1568 RS 20, 27785	<ul style="list-style-type: none"> - Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen; - nicht jede Verletzung prozessualer Rechte kann mit Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden; vielmehr ist hinreichend gewichtiges Feststellungsinteresse erforderlich; - die bloße Geltendmachung eines error in procedendo reicht hierfür nicht aus; - Feststellungsinteresse besteht, wenn Wiederholung der Maßnahme zu befürchten ist; hierzu bedarf es näherer Darlegungen. - Darlegung eines besonderen Feststellungsinteresses nur ausnahmsweise entbehrlich, solange eine offenkundig prozessrechtswidrig erlassene einstweilige Verfügung noch fortwirkt, das Widerspruchsverfahren zügig beschritten wurde und noch andauert und schwere erhebliche Nachteile iSv §§ 32 I, 90 II 2 BVerfGG geltend gemacht werden; - Verweis auf 1 BvR 1246/20 und 1 BvR 1380/20, bei denen eine Darlegung des Feststellungsinteresses nicht gefordert wurde, geht fehl, weil der Verzicht der dortigen Verfahrenssituation geschuldet war; - außerhalb des verfassungsgerichtlichen Eilverfahrens bedarf es weiterhin der Darlegung eines besonderen Feststellungsinteresses.
03.12.2020	2./I.	1 BvR 2575/20 LG Berlin	W 21, 461 RS 20, 37381	<ul style="list-style-type: none"> - Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen; - Verfassungsbeschwerde mangels Rechtswegerschöpfung unzulässig, § 90 II 1 BVerfGG (geltend gemacht wurde Verletzung des grundrechtsgleichen Rechts auf prozessuale Waffengleichheit aus Art. 3 I GG iVm Art. 20 III GG durch „Vorenthaltung rechtlichen Gehörs“); - eine auf die falsche Behauptung des Antragstellers, der Antragsgegner habe auf eine Abmahnung nicht reagiert zurückzuführende Gehörsvereitelung stellt keinen Verstoß gegen die prozessuale Waffengleichheit durch das Gericht dar; - hinreichend gewichtiges Feststellungsinteresse nicht dargelegt.
22.12.2020	2./I.	1 BvR 2740/20 LG Berlin	N 21, 615 G 21, 518 W 21, 181 RS 20, 36349	<ul style="list-style-type: none"> - Aussetzung der Wirksamkeit im Wege der einstweiligen Anordnung, § 32 I BVerfGG; - Besonders gewichtiges Feststellungsinteresse muss nicht geltend gemacht werden, da Rechtsbeeinträchtigung durch einstweilige Verfügung noch fort dauert. - Es fehlt an einem Rechtsbehelf, mit dem eine Verletzung der prozessualen Waffengleichheit vor den Fachgerichten geltend gemacht werden kann. - Weiter Wertungsrahmen bei Frage, ob mündliche Verhandlung durchgeführt wird. - Möglichkeiten des vorprozessualen Vorbringens nur dann zu berücksichtigen, wenn sichergestellt ist, dass Äußerungen vollständig vorliegen und Antrag zeitnah nach Abmahnung bei Gericht eingereicht wird und Unterlassungsbegehren und -begründung mit Abmahnung identisch/kongruent sind.
11.01.2021	2./I.	1 BvR 2681/20 LG Hamburg OLG Hamburg	N 21, 1587 G 21, 987 W 21, 736 RS 21, 1003	<ul style="list-style-type: none"> - Einbeziehung in jedem Fall erforderlich, wenn Antragschrift inhaltlich weit reichender und umfangreicher als Abmahnung. - Bei richterlichen Hinweisen an Antragsteller ist Einbeziehung der Gegenseite geboten.

22.01.2021	2./I.	1 BvR 2793/20 LG Münster	N 21, 2018 W 21, 740 RS 21, 2602	<ul style="list-style-type: none"> - Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen; - nicht jede Verletzung prozessualer Rechte kann mit Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden; vielmehr ist hinreichend gewichtiges Feststellungsinteresse erforderlich; - die bloße Geltendmachung eines error in procedendo reicht hierfür nicht aus; - Feststellungsinteresse besteht, wenn Wiederholung der Maßnahme zu befürchten ist; hierzu bedarf es näherer Darlegungen. - offen, ob Abweichung von Verfügungsverbot zu Verfügungsantrag Verstoß gegen prozessuale Waffengleichheit bedeutet, denn es fehlt an Darlegung eines hinreichenden Feststellungsinteresses. Verfahrensgestaltung stark von spezifischer Konstellation abhängig, für Wiederholungsgefahr ebenso wenig etwas ersichtlich wie für schweren Nachteil, der nicht durch § 945 ZPO kompensiert werden könnte; - auch hinsichtlich Abweichung von vorgerichtlicher Abmahnung und Verfügungsantrag ist Feststellungsinteresse nicht hinreichend dargelegt; Abweichungen ohnehin nur marginal. Verkürzung prozessualer Rechte nicht ersichtlich. Fehlende Identität zwischen Abmahnung und Antrag hat sich nicht ausgewirkt, da Gericht ohnehin abweichend tenoriert hat.
04.02.2021	2./I.	1 BvR 2743/19 LG Frankfurt a.M.	N 21, 2020 W 21, 1287 RS 21, 5522	<ul style="list-style-type: none"> - Feststellung, dass einstweilige Verfügung Beschwerdeführer in grundrechtsgleichem Recht auf prozessuale Waffengleichheit verletzt; - Rechtsweg ist erschöpft, da sich die Rügen auf Rechtsverletzung unmittelbar durch die Handhabung des Prozessrechts beziehen; diesbezüglich bestehe kein fachgerichtlicher Rechtsbehelf; - bei Feststellungsinteresse kann Feststellungsausspruch erfolgen; Feststellungsinteresse besteht bei Wiederholungsgefahr; - Darlegung eines besonderen Feststellungsinteresses nur ausnahmsweise entbehrlich, wenn eine offenkundig prozessrechtswidrig erlassene einstweilige Verfügung noch fortwirkt und schwere, grundrechtlich erhebliche Nachteile des Beschwerdeführers iSd § 32 I, § 90 II 2 BVerfGG geltend gemacht werden; - Geltendmachung eines error in procedendo reicht für die Darlegung eines besonders gewichtigen Feststellungsinteresses nicht aus, vielmehr ist erforderlich, dass die Zivilgerichte die aus dem Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit folgenden Anforderungen grundsätzlich verkennen und ihre Praxis hieran unter Missachtung der verfassungsrechtlichen Maßstäbe ausrichten. - Möglichkeiten des vorprozessualen Vorbringens nur dann zu berücksichtigen, wenn sichergestellt ist, dass Äußerungen vollständig vorliegen und Antrag zeitnah nach Abmahnung bei Gericht eingereicht wird und Unterlassungsbegehren und -begründung mit Abmahnung identisch/kongruent sind. - Einbeziehung in jedem Fall erforderlich, wenn Antragschrift inhaltlich umfangreicher als Abmahnung ist und replizierenden Vortrag enthält.
06.02.2021	2./I.	1 BvR 249/21 LG Berlin	W 21, 743 RS 21, 5190	<ul style="list-style-type: none"> - Aussetzung der Wirksamkeit im Wege der einstweiligen Anordnung, § 32 I BVerfGG; - Rechtsweg ist erschöpft, da sich die Rügen auf Rechtsverletzung unmittelbar durch die Handhabung des Prozessrechts

				<p>beziehen; diesbezüglich bestehe kein fachgerichtlicher Rechtsbehelf;</p> <ul style="list-style-type: none"> - Darlegung eines besonderen Feststellungsinteresses ausnahmsweise entbehrlich, solange eine offenkundig prozessrechtswidrig erlassene einstweilige Verfügung noch fortwirkt, das Widerspruchsverfahren zügig beschritten wurde und noch andauert und schwere erhebliche Nachteile iSv §§ 32 I, 90 II 2 BVerfGG geltend gemacht werden; - Möglichkeiten des vorprozessualen Vorbringens nur dann zu berücksichtigen, wenn sichergestellt ist, dass Äußerungen vollständig vorliegen. Gehör ist zu gewähren, wenn nicht in der gehörigen Form abgemahnt wurde oder der Antrag auf eine Erwidern des Antragsgegners inhaltlich eingeht und repliziert;
16.03.2021	2./I.	1 BvR 375/21 LG München I	G 21, 989 W 21, 1152 RS 21, 9682	<ul style="list-style-type: none"> - Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt, Antrag ist unzulässig; - zwar ist Verfassungsbeschwerde weder offensichtlich unzulässig noch offensichtlich unbegründet, Antrag ist jedoch mangels substantiiertes Darlegung eines schweren Nachteils iSd § 32 I BVerfGG unzulässig. Darüber hinaus steht dem Erlass der einstweiligen Anordnung entgegen, dass hiermit die Hauptsache vorweggenommen würde; - ein schwerer, grundrechtlich relevanter Nachteil liegt dann nicht vor, wenn der durch die Unterlassungsverfügung verursachte Schaden durch die Schadensersatzpflicht nach § 945 ZPO soweit kompensiert werden kann, dass ein Einschreiten des BVerfGG nicht erforderlich ist; - zwar kann durch das Widerspruchsverfahren die geltend gemachte Grundrechtsverletzung nicht beseitigt werden, dies gilt aber auch für den Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 32 BVerfGG.
23.07.2021	2./I.	1 BvR 1653/21 LG Berlin	RS 21, 27416	<ul style="list-style-type: none"> - Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen; - übersendet das Gericht die Antragschrift zum Zwecke einer möglichen Stellungnahme an den Antragsgegner und erreicht die Verfügung den Antragsgegner wegen der gewählten Übermittlungsart erst nach Ablauf der gesetzten Frist, jedoch vor Erlass der einstweiligen Verfügung, so kann lediglich von einem error in procedendo im Einzelfall und nicht von einer systematischen Praxis ausgegangen werden; - die Nichtberücksichtigung einer Schutzschrift entgegen § 945a ZPO stellt ohne Vorliegen weiterer Voraussetzungen lediglich einen Verfahrensfehler im Einzelfall dar; - die Darlegung eines besonderen Feststellungsinteresses kann ausnahmsweise entbehrlich sein, solange eine offenkundig prozessrechtswidrig erlassene einstweilige Verfügung noch fortwirkt, das darauf bezogene Widerspruchsverfahren zügig beschritten wurde und noch andauert sowie schwere, grundrechtlich erhebliche Nachteile geltend gemacht werden; - geht der Antragsgegnerin die richterliche Verfügung erst nach Ablauf der darin gesetzten Stellungnahmefrist, jedoch vor Erlass der einstweiligen Verfügung, zu, so ist die Antragsgegnerin gehalten, unverzüglich bei Gericht nachzufragen und Fristverlängerung zu beantragen; unterlässt sie dies, so steht einem verfassungsgerichtlichen Einschreiten der Grundsatz der materiellen Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde entgegen, wonach ein Beschwerdeführer vor Erhebung einer Verfassungsbeschwerde alle zur Verfügung ste-

					<p>henden und zumutbaren prozessualen Möglichkeiten ergreifen muss, um in dem jeweils sachnächsten Verfahren eine Korrektur der geltend gemachten Verfassungsverletzung zu erwirken oder eine Grundrechtsverletzung zu verhindern;</p> <ul style="list-style-type: none"> - es ist davon auszugehen, dass die Fachgerichte im Falle eines die prozessuale Waffengleichheit beeinträchtigenden Verfahrensfehlers bei Erlass einer Beschlussverfügung nach Erhebung des Widerspruches mit Vollstreckungsschutzantrag unverzüglich prüfen, ob auf Grundlage des neuen Vortrages eine Einstellung der Zwangsvollstreckung geboten ist und zeitnah Termin zur Verhandlung über den Widerspruch anberaumen.
<p>1) WRP 2020, 982 2) jurisPR-WettbR 9/2020 Anm. 1 3) NJW 41/2020 Editorial</p>					

(1) Verfristete Verfassungsbeschwerden (2017)

Bereits der Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 06.06.2017¹ kam wie ein Paukenschlag² daher. Zwar wurden die zu Grunde liegenden Verfassungsbeschwerden des Spiegel-Verlages nicht zur Entscheidung angenommen, dies jedoch mit einer für entsprechende Entscheidungen³ außergewöhnlich umfangreichen Begründung. In dieser wiederum fand sich das wirklich Interessante in einem *obiter dictum*. In den zu Grunde liegenden Verfahren vor der Pressekammer des LG Hamburg wurden die einstweiligen Verfügungen teilweise erst mehrere Wochen nach Antragstellung und nach einseitigen Hinweisen des Gerichts an die Antragstellerseite erlassen. Die Antragsgegnerin legte hiergegen Widerspruch ein und beantragte, die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung. Mit ihren Verfassungsbeschwerden rügte sie eine Verletzung des Rechts auf rechtliches Gehör nach Art. 103 I GG, ihrer Rechte auf prozessuale Waffengleichheit nach Art. 3 I GG und auf ein faires Verfahren nach Art. 20 III GG. Das BVerfG meinte, die Annahme der Verfassungsbeschwerden sei nicht geboten, weil diesen keine grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zukomme und die Annahme „derzeit“ auch nicht zur Durchsetzung der als verletzt gerügten Rechte angezeigt sei. Soweit sich die Verfassungsbeschwerden gegen die Ablehnung der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung wenden, hätten sich die von ihr unmittelbar angegriffenen Beschlüsse erledigt. Was die Rüge einer Grundrechtsverletzung durch die nach Auffassung der Beschwerdeführerin rechtswidrig erlassenen einstweiligen Verfügungen selbst betrifft, sei die Verletzung des rechtlichen Gehörs nach Durchführung der mündlichen Verhandlungen geheilt. Soweit jedoch die Verletzung der Rechte auf prozessuale Waffengleichheit aus Art. 3 I GG

und auf eine faires Verfahren nach Art. 20 III GG geltend gemacht werden, läge zwar keine Heilung vor, jedoch seien die Verfassungsbeschwerden verfristet; maßgeblich für den Fristbeginn sei insoweit der Zeitpunkt der Entscheidung über die einstweiligen Verfügungen. Die Rügen bezögen sich auf eine Rechtsverletzung unmittelbar durch die einstweiligen Verfügungen selbst. Dabei könnten die Verfügungen hinsichtlich der insoweit geltend gemachten Grundrechtsverletzungen vor den Fachgerichten aber nicht wirksam angegriffen werden. Zwar könnten die einstweiligen Verfügungen in Blick auf andere Rechtsverletzungen – materieller Art, aber auch wegen Verstoßes gegen das rechtliche Gehör – angefochten werden und könne diesbezüglich möglicherweise auch ihre Aufhebung erreicht werden. Die geltend gemachte Grundrechtsverletzung des bei Erlass der Verfügungen bewussten Übergehens prozessualer Rechte könne damit jedoch nicht beseitigt werden. Auch gebe es insoweit keine prozessrechtliche Möglichkeit, etwa im Wege einer Feststellungsklage eine fachgerichtliche Kontrolle eines solchen Vorgehens zu erwirken. Damit war klargestellt, dass eine Verfassungsbeschwerde in derartigen Fällen auch unmittelbar gegen die einstweilige Verfügung selbst erhoben werden kann. Zwar könne, so das BVerfG, auch die Verfassungsbeschwerde die gerügte Rechtsverletzung nicht mehr beseitigen, es sei jedoch nicht ausgeschlossen, dass sie auf ein fortwirkendes Feststellungsinteresse gestützt werden könne. Die für eine unmittelbar gegen die einstweiligen Verfügungen gerichtete Verfassungsbeschwerde geltende Monatsfrist des § 93 I BVerfGG beginne mit Erlass der einstweiligen Verfügung und sei daher bereits abgelaufen gewesen.

¹ 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 = WRP 2017, 1073; dazu Möller, NJW 2018, 1579 (1585 reSp).
² Möller, WRP 2020, 982 Rn. 4; Schumann, JZ 2019, 398 (403); Bornkamm, GRUR 2020, 715; vgl. auch Sajuntz, NJW 2018, 589 („mittleres Beben“).
³ Vgl. zur Begründungspraxis des BVerfG: Zuck, NJW 2013, 2248 (2249 liSp).

(2) Erfolgreicher Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung (2017)

Wohl durch die Beschlüsse des *BVerfG* motiviert, beantragte ein Beschwerdeführer noch im Jahr 2017 den Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 32 *BVerfGG*. Der Antrag wurde indes abgelehnt.⁴ Soweit die Beschwerdeführerin ihren Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung auf die Verletzung von Verfahrensrechten, namentlich der prozessualen Waffengleichheit und des Rechts auf ein faires Verfahren stützt, sei zwar die Verfassungsbeschwerde weder offensichtlich unzulässig noch offensichtlich unbegründet und ein Rechtsweg vor den Fachgerichten nicht eröffnet, der Antrag sei jedoch mangels substantiierter Darlegung eines schweren Nachteils im Sinne des § 32 *BVerfGG* unzulässig. Nach § 32 I *BVerfGG* könne das *BVerfG* im Streitfall einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist. Dabei gölten, selbst wenn eine Verfassungsbeschwerde in der Sache Aussicht auf Erfolg hat, für den Erlass einer einstweiligen Anordnung durch das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der insoweit grundsätzlich maßgeblichen Folgenabwägung strenge Maßstäbe. Die Beschwerdeführerin habe nicht nachvollziehbar dargelegt, dass ihr für den Fall, dass eine einstweilige Anordnung nicht erlassen wird, ein schwerer Nachteil droht. Zum einen könne auch der Erlass einer einstweiligen Anordnung die gerügten Rechtsverletzungen nicht mehr beseitigen, da die Verfahrensfehler lediglich festgestellt, nicht aber beseitigt werden könnten. Die Feststellung würde zudem nur für das vorliegende Verfahren und zumindest nicht ohne weiteres auch für etwaige andere Verfahren der Beschwerdeführerin gelten. Zum anderen sei nicht ersichtlich, warum die Allgemeinheit einen „irreparablen Schaden“ erlitte, wenn sie den streitgegenständlichen Artikel über Ereignisse aus dem Jahr 2009 erst nach Abschluss des fachgerichtlichen Verfahrens lesen könne. Insofern sei auch der Vortrag zum drohenden schweren Nachteil wegen der gerügten Verletzung der Meinungs- und Pressefreiheit, der ohnehin gegebenenfalls vorrangig im Widerspruchsverfahren vor den Fachgerichten zu heilen ist, nicht hinreichend substantiiert. Anmerkung: Die Verfassungsbeschwerde selbst hatte Erfolg (dazu nachfolgend).

(3) Feststellungsaussprüche (2018)

Im Jahr 2018 konnte dieselbe Kammer dann auf ihren Beschluss vom 06.06.2017 aufbauen und hat in zwei – in wesentlichen Teilen wortlautidentischen – Beschlüssen entsprechenden Verfassungsbeschwerden stattgegeben.⁵ In den Beschlüssen wird zunächst noch einmal die Statthaflichkeit von auf Feststellung gerichteten Verfassungsbeschwerden unabhängig vom Verlauf des jeweiligen Ausgangsverfahrens bestätigt. Die gerügte Verletzung des grundrechtsgleichen Rechts auf prozessuale Waffengleichheit, welches aus Art. 3 I iVm Art. 20 III GG folge, könne vor den Fachgerichten nicht wirksam angegriffen werden, weshalb das aus § 90 II 1 *BVerfGG* folgende Zulässigkeitskriterium der Rechtswegerschöpfung erfüllt sei. Drohe eine Wiederholung der Maßnahme, so sei auch ein hinreichendes Feststellungsinteresse gegeben. Sowohl der Erlass einer einstweiligen Verfügung ohne Anhörung des Antragsgegners als auch die Erteilung einseitiger Hinweise allein an den Antragsteller ohne Information des Antragsgegners, verstießen gegen die verfassungsgerichtlichen Anforderungen einer Gleichwertigkeit der prozessualen Stellung der Parteien im Zivilprozess. Auch im Presse- und Äußerungsrecht könne nicht schematisch die Erforderlichkeit einer Überraschung des Gegners bejaht werden. Das *BVerfG* betont jedoch in beiden Beschlüssen, dass das Recht auf Gehör nicht zwingend in einer mündlichen Verhandlung gegeben werden muss. Bei der Frage, ob eine mündliche Verhandlung durchgeführt werden soll, hätten die Fachgerichte einen weiten Wertungsrahmen. Hierbei dürften die Gerichte auch die Möglichkeiten einbeziehen, die es der Gegenseite vorprozessual erlauben, sich zu dem mit dem Antrag verfolgten Begehren zu äußern, wenn sichergestellt ist, dass solche Äußerungen dem Gericht vollständig vorliegen. Die außergerichtlichen Erwidermöglichkeiten, wozu auch die Schutzschrift iSd §§ 945a, 945b ZPO gehöre, würden jedoch nur dann eine (erneute) Gewährung rechtlichen Gehörs verzichtbar machen, wenn sowohl das Begehren als auch die Begründung identisch⁶ mit dem Antrag und dessen Begründung sind und der Antragsteller ein etwaiges Zurückweisungsschreiben des Antragsgegners zusammen mit seiner Antragschrift bei Gericht eingereicht hat. Letzteres wiederum müsse unverzüglich nach Ablauf einer angemessenen Frist geschehen, anderenfalls eine erneute Gehörgewährung erforderlich werde. In einem der Verfahren wurde die einstweilige Verfügung erst nach einem viermonatigen – einseitigen – gerichtlichen Verfahren mit mehreren Anträgen und nach erstinstanzlicher

⁴ *BVerfG*, Beschl. v. 23.08.2017, 1 BvR 1783/17 = BeckRS 2017, 123654.

⁵ *BVerfG*, Beschl. v. 30.09.2018, 1 BvR 1783/17 = NJW 2018, 3631 = GRUR 2018, 1288 = WRP 2018, 1448 und *BVerfG*, Beschl. v. 30.09.2018, 1 BvR 2421/17 = NJW 2018, 3634 mit Anm. Roth = GRUR 2018, 1291 = WRP 2018, 1443; dazu Möller, NJW 2019, 1645 (1648).

⁶ In späteren Entscheidungen spricht das *BVerfG* von „Kongruenz“, siehe nachfolgend.

Zurückweisung durch das *OLG Hamburg* erlassen. Dem Erlass vorausgegangen waren zudem noch telefonische Hinweise von Senatsmitgliedern an den Antragsteller, die dem Antragsgegner nicht einmal im Nachhinein bekannt gegeben wurden.

(4) *Intermezzo (2019)*

Die Beschwerdeführer zweier im Jahr 2019 von der 2. Kammer des Ersten Senats beschiedener Verfassungsbeschwerden⁷ hatten indes keinen Erfolg. Die Verfassungsbeschwerden wurden nicht zur Entscheidung angenommen. Nicht jede Verletzung prozessualer Rechte könne unter Berufung auf die prozessuale Waffengleichheit im Wege einer auf Feststellung gerichteten Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden. Vielmehr bedürfe es eines hinreichend gewichtigen Feststellungsinteresses. Die Geltendmachung nur eines *error in procedendo* reiche hierfür nicht aus. Ein Feststellungsinteresse sei aber anzunehmen, wenn eine Wiederholung der angegriffenen Maßnahme zu befürchten ist, was im konkreten Fall nicht dargelegt worden sei.

(5) *Zugriff I (2020)*

Wurden die Verfassungsbeschwerden aus dem Jahr 2017 aus formalen Gründen nicht zur Entscheidung angenommen und konnten die Verfassungsbeschwerden aus den Jahren 2018 nur noch das Feststellungsinteresse befriedigen, so erklärte das *BVerfG* – wiederum war es die 2. Kammer des Ersten Senats – dann im Jahr 2020 erstmals im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes ohne Anhörung des Antragsgegners erlassene Beschlussverfügungen für – zumindest vorübergehend – unwirksam.⁸ In einem der Fälle⁹ hatte das *LG Berlin* gegen den Beschwerdeführer, eine Polizeigewerkschaft, ohne vorherige Anhörung eine einstweilige Verfügung erlassen und dieser bestimmte Äußerungen untersagt. Das *BVerfG* hat die Wirksamkeit der einstweiligen Verfügung bis zu einer Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde in der Hauptsache oder bis zu einer erneuten Entscheidung des *LG Berlin*, längstens jedoch für die Dauer von sechs Monaten ausgesetzt. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung sei nach § 32 I *BVerfGG* zulässig und begründet. Bemerkenswert ist, dass das *BVerfG* hinsichtlich der Folgenabwägung ausdrücklich auf die bereits erfolgte Klärung der entscheidungswesentlichen Fragen im Jahr 2018 verwiesen hat.¹⁰ Sodann dekliniert es durch: Die Verfassungsbe-

schwerde sei hinsichtlich der Rüge der prozessualen Waffengleichheit zulässig. Die Rügen bezögen sich auf eine Rechtsverletzung unmittelbar durch die Handhabung des Prozessrechts im Verfahren über den Erlass der einstweiligen Verfügung. Der Beschwerdeführer wende sich gegen ein seinem Vorbringen nach bewusstes Übergehen seiner prozessualen Rechte. Diesbezüglich bestünde kein fachgerichtlicher Rechtsbehelf, so dass der Rechtsweg iSd § 90 II 1 *BVerfGG* erschöpft sei. Da die Rechtsbeeinträchtigung durch die einstweilige Verfügung in Gestalt eines weiterhin vollstreckbaren Unterlassungstitels noch fort-dauere, müsse der Beschwerdeführer auch kein besonders gewichtiges Feststellungsinteresse geltend machen. Sodann ruft das *BVerfG* die Bedeutung des grundrechtsgleichen Rechts auf prozessuale Waffengleichheit in Erinnerung, welches sich aus Art. 3 I iVm Art. 20 III GG ergebe. Der Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit sei Ausprägung der Rechtsstaatlichkeit und des allgemeinen Gleichheitssatzes im Zivilprozess und sichere verfassungsrechtlich die Gleichwertigkeit der prozessualen Stellung der Parteien vor Gericht. Dieses müsse den Parteien gleichermaßen die Möglichkeit einräumen, alles für die gerichtliche Entscheidung Erhebliche vorzutragen und alle zur Abwehr des gegnerischen Angriffs erforderlichen prozessualen Verteidigungsmittel selbständig geltend zu machen. Der Grundsatz der Waffengleichheit stünde im Zusammenhang mit dem Gehörsgrundsatz aus Art. 103 I GG. Als prozessuales „Urrecht“ gebiete dieser, der Gegenseite grundsätzlich vor einer Entscheidung Gehör und damit die Gelegenheit zu gewähren, auf eine bevorstehende gerichtliche Entscheidung Einfluss zu nehmen. Von der Frage der Anhörung und Einbeziehung sei jedoch die Frage zu unterscheiden, ob ohne mündliche Verhandlung entschieden werden kann. Hier wird erneut die Formel von dem „weiten Wertungsrahmen“ bemüht, der den Gerichten zustehe. Über eine einstweilige Verfügung werde in äußerungsrechtlichen Angelegenheiten nicht selten zunächst ohne mündliche Verhandlung entschieden werden müssen. Sodann verweist das *BVerfG* auf seine Rechtsprechung aus dem Jahr 2018, wonach der Verzicht auf eine mündliche Verhandlung aber noch nicht dazu berechtige, die Gegenseite bis zur Entscheidung über den Verfügungsantrag ganz aus dem Verfahren herauszuhalten. Nach dem Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit komme eine stattgebende Entscheidung nur in Betracht, wenn die Gegenseite die Möglichkeit hatte, auf

⁷ *BVerfG*, Beschl. 08.10.2019, 1 BvR 1078/19, 1 BvR 1260/19 = BeckRS 2019, 30365.

⁸ *BVerfG*, Beschl. v. 03.06.2020, 1 BvR 1246/20 = NJW 2020, 2021 = GRUR 2020, 773 = WRP 2020, 847; *BVerfG*, Beschl. v. 17.06.2020, 1 BvR 1380/20 = WRP 2020, 1177 = BeckRS 2020, 13380; dazu *Möller*, NJW 2020, 3358 (3362 liSp).

⁹ *BVerfG*, Beschl. v. 03.06.2020, 1 BvR 1246/20 = NJW 2020, 2021 = GRUR 2020, 773 = WRP 2020, 847; dazu *Möller*, NJW 2020, 3358 (3362 liSp).

¹⁰ Zitiert wurde ausdrücklich nur der Beschluss vom 30.09.2018 in der Sache 1 BvR 1783/17, nicht hingegen der Beschluss vom gleichen Tage in der Sache 1 BvR 2421/17 und auch nicht der Beschluss aus dem Jahr 2017.

das mit dem Antrag geltend gemachte Vorbringen zu erwidern. Dabei dürften auch Möglichkeiten einbezogen werden, die es der Gegenseite vorprozessual erlauben, sich zu dem Antrag zu äußern. Es müsse dann aber sichergestellt sein, dass entsprechende Äußerungen dem Gericht vollständig vorliegen. Hier wiederholt das Gericht den Hinweis darauf, dass die Erwidermöglichkeit auf eine Abmahnung nur dann genüge, wenn der Verfügungsantrag im Anschluss an die Abmahnung unverzüglich nach Ablauf einer angemessenen Frist für die begehrte Unterlassungserklärung bei Gericht eingereicht wird, die abgemahnte Äußerung sowie die Begründung für die begehrte Unterlassung mit dem bei Gericht geltend gemachten Unterlassungsbegehren identisch sind und der Antragsteller ein etwaiges Zurückweisungsschreiben des Antragsgegners zusammen mit seiner Antragschrift bei Gericht eingereicht hat. Demgegenüber sei dem Antragsgegner Gehör zu gewähren, wenn er nicht in der gehörigen Form abgemahnt wurde oder der Antrag vor Gericht in anderer Weise als in der Abmahnung oder mit ergänzendem Vortrag begründet werde. Gehör sei auch zu gewähren, wenn das Gericht dem Antragsteller Hinweise nach § 139 ZPO erteile. Dies gelte insbesondere dann, wenn es darum gehe, den Antrag nachzubessern oder eine Einschätzung über die Erfolgsaussichten abzugeben. Ein einseitiges Geheimverfahren über einen mehrwöchigen Zeitraum, in dem sich Gericht und Antragsteller über Rechtsfragen austauschen, ohne den Antragsgegner in irgendeiner Form einzubeziehen, ist mit den Verfahrensgrundsätzen des Grundgesetzes unvereinbar. In dem entschiedenen Fall ging das BVerfG davon aus, dass die Anhörung des Antragsgegners schon deshalb geboten gewesen wäre, weil der Antragsteller zwar das Erwidernsschreiben auf die von ihm ausgesprochene Abmahnung vorgelegt hat, jedoch dazu in seiner Antragschrift noch einmal repliziert hat. Im Übrigen sei die Antragschrift auch wesentlich umfassender und differenzierter gewesen als das Abmahnschreiben, so dass es an der „gebotenen Kongruenz“ fehle. Sei schon im Hinblick auf die ursprüngliche Antragschrift eine Anhörung des Antragsgegners geboten gewesen, so gelte dies erst recht mit Blick auf den diese ergänzenden Schriftsatz, mit dem hilfsweise die Unterlassung anderer Äußerungsteile begehrt wurde als mit der ursprünglichen Antragschrift. Hinsichtlich eines Äußerungsteils – so das BVerfG – gehe zwar aus dem vorgegerichtlichen Schreiben hervor, dass sich die Antragstellerin wohl auch gegen diese wendet, jedoch geschehe dies

nicht in der Deutlichkeit, die ein Absehen von der grundsätzlich gebotenen Anhörung rechtfertigen könne. Was die Art der Anhörung betrifft, so führt das Gericht aus, dass diese auch fernmündlich oder per E-Mail und unter Bestimmung einer kurzen Frist hätte erfolgen können. Schon aufgrund der Möglichkeit einer fernmündlichen Anhörung könne der Verzicht auf die Einbeziehung des Antragsgegners nicht mit den aktuellen Corona-Eindämmungsmaßnahmen gerechtfertigt werden.

In dem zweiten Fall¹¹ konnte der Axel Springer Verlag die Aussetzung einer einstweiligen Verfügung des *LG Berlin* erreichen, die einen Artikel aus der „Welt am Sonntag“ über das „Ibiza-Video“ betraf, das den österreichischen Ex-FPÖ-Chef *Heinz-Christian Strache* zu Fall brachte. Hier war es für das BVerfG entscheidend, dass die Antragschrift deutlich umfassender war als die Abmahnung und auch auf Einwände eingegangen wurde, die in einem Erwidernsschreiben auf die Abmahnung vorgebracht wurden. Es fehlte insofern an der erforderlichen Kongruenz von Abmahnung und Antragschrift. Etwas anderes ergebe sich auch nicht daraus, dass die Beschwerdeführerin eine Schutzschrift hätte hinterlegen können, weil ihr nicht zugemutet werden könne, vorsorglich auf einen Vortrag zu erwidern, den sie noch nicht kennen kann.

(6) Zurück Marsch, Marsch (2020)

Mit den zuletzt dargestellten Entscheidungen wurde den Antragsgegnern zwar eine neue Möglichkeit aufgezeigt, sich mit Hilfe des BVerfG gegen derartige Grundrechtsverletzungen zur Wehr zu setzen,¹² jedoch hat das BVerfG die solchermaßen aufgestoßene Tür bereits kurze Zeit später mit verschiedenen Nichtannahmebeschlüssen wieder weit gehend zugestoßen, indem es von den Beschwerdeführern verlangte, doch wieder ein Feststellungsinteresse in Form einer Wiederholungsgefahr geltend zu machen.¹³ Nicht jede Verletzung prozessualer Rechte könne mit der Verfassungsbeschwerde gerügt werden. Das besondere Feststellungsinteresse könne insofern nicht aus einem bloßen *error in procedendo* abgeleitet werden. Die Nichtannahme nach §§ 93a, 93b BVerfGG wurde in einem der Fälle auch damit begründet, dass die Beschwerdeführer keinen durch die einstweilige Verfügung drohenden schweren Nachteil dargelegt habe, der

¹¹ BVerfG, Beschl. v. 17.06.2020, 1 BvR 1380/20 = WRP 2020, 1177 = BeckRS 2020, 13380; dazu Möller, NJW 2020, 3358 (3362 liSp).

¹² Dazu im Einzelnen Möller, Das Bundesverfassungsgericht und das einstweilige Verfügungsverfahren – Vorhang gefallen? WRP 2020, 982 Rn. 23 ff.; Mantz, Konkretisierung des Rechts auf prozessuale Waffengleichheit durch das BVerfG, NJW 2020, 2007; Bornkamm, Das Ende der ex-parte-Verfügung auch im Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht, GRUR 2020, 715.

¹³ BVerfG, Beschl. v. 16.07.2020, 1 BvR 1617/20 = WRP 2020, 1292 = BeckRS 2020, 17682; BVerfG, Beschl. v. 27.07.2020, 1 BvR 1379/20 = NJW 2020, 3023 = GRUR 2020, 1119 = WRP 2020, 1179; dazu Möller, jurisPR WettbR 9/2020 Anm. 1 und Möller, NJW 2020, 3358 (3362 liSp); BVerfG, Beschl. v. 30.07.2020, 1 BvR 1422/20 = GRUR 2020, 1236 = WRP 2020, 1293.

nicht durch die Schadensersatzpflicht nach § 945 ZPO aufgefangen werden könne.¹⁴ Auch das noch kurz zuvor bestätigte Erfordernis der Kongruenz von Abmahnung und Antragsfassung wurde in dem Beschluss deutlich aufgeleuchtet: Zwar führt das *BVerfG* einerseits aus, dass bereits bei kleinsten Abweichungen rechtliches Gehör zu gewährleisten sei,¹⁵ verneint aber andererseits das Feststellungsinteresse mit der Begründung, dass die nach Verfahrenseinstellung geänderte Antragsfassung wieder dem ursprünglichen Begehren aus der Abmahnung entsprach¹⁶ bzw. sich die abweichende Antragsfassung noch im Kernbereich des mit der Abmahnung geltend gemachten Unterlassungsbegehrens bewege und dem Antragsgegner zuzumuten sei, im Erwidernsschreiben auf eine Abmahnung auch zu kerngleichen, nicht-identischen Verstößen Stellung zu nehmen.¹⁷ In einer weiteren Entscheidung wurde ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung als unzulässig zurückgewiesen, da hinsichtlich der Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs wegen der Möglichkeit des Widerspruchsverfahrens der Rechtsweg nicht erschöpft sei und hinsichtlich der Rüge der Verletzung der prozessualen Waffengleichheit selbst bei offenkundigen Erfolgsaussichten der Verfassungsbeschwerde eine einstweilige Anordnung nur dann in Betracht kommt, wenn ein schwerer Nachteil iSd § 32 I BVerfGG dargelegt wird.¹⁸ Daran fehle es jedoch im entschiedenen Fall.

(7) Abgrenzungsversuch (2020)

Auch in einem weiteren Beschluss hat die *zweite Kammer* des *Ersten Senats* des *BVerfG* noch einmal bekräftigt, dass es für die nachträgliche Feststellung eines Verstoßes gegen die prozessuale Waffengleichheit im einstweiligen Verfügungsverfahren grundsätzlich die Darlegung eines besonderen Feststellungsinteresses verlangt und dass die bloße Geltendmachung eines – auch eines gravierenden *error in procedendo* hierfür nicht ausreicht.¹⁹ Ein Feststellungsinteresse sei vielmehr anzunehmen, wenn eine Wiederholung der angegriffenen Maßnahme zu befürchten sei, also eine hinreichend konkrete Gefahr besteht, dass unter im Wesentlichen unveränderten rechtlichen und tatsächlichen Umständen eine gleichartige Entscheidung ergehen würde. Der Verfassungsbeschwerde lag eine

ohne vorherige Anhörung erlassene einstweilige Verfügung des *LG Hamburg* zu Grunde, mit der dem taz-Verlag eine bestimmte Berichterstattung über eine angebliche frühere Mitgliedschaft des ehemaligen AfD-Landeschefs *Andreas Kalbitz* in dem inzwischen verbotenen, völkisch-rechtsextremen Verein „Heimattreue deutsche Jugend“ untersagt wurde. Die Beschwerdeführerin hatte sich auf die beiden Entscheidungen von Juni 2020 berufen, wonach es angesichts der fortdauernden Rechtsbeeinträchtigung keiner Darlegung eines besonders gewichtigen Feststellungsinteresses bedürfe. Das *BVerfG* grenzt sich nunmehr zu diesen Entscheidungen ab und versucht damit die an verschiedenen Stellen aufgezeigt Widersprüchlichkeit²⁰ seiner bisherigen Entscheidungen aufzulösen: Die Darlegung eines besonderen Feststellungsinteresses könne nur dann ausnahmsweise entbehrlich sein, solange eine offenkundig prozessrechtswidrig erlassene einstweilige Verfügung fortwirkt, das darauf bezogene fachgerichtliche Widerspruchsverfahren zügig beschränkt wurde und noch andauert sowie schwere, grundrechtlich erhebliche Nachteile des Beschwerdeführers iSv § 32 I, 90 II 2 BVerfGG geltend gemacht werden.²¹ Der Verzicht auf die Anforderungen betreffend der Darlegung eines besonderen Feststellungsinteresses in den Beschlüssen von Juni 2020 sei insofern der damaligen Verfahrenskonstellation geschuldet gewesen. Die substantiierte Darlegung und verfassungsgerichtliche Prüfung eines besonderen Feststellungsinteresses dürfte in aller Regel im Eilverfahren nicht mit Aussicht auf Erfolg möglich sein. Handele es sich hingegen nicht mehr um eine besonders dringliche Sache, sondern gehe es um die abschließende Prüfung, ob in dem Verfahren die prozessuale Waffengleichheit verletzt wurde, so seien besondere Anforderungen an das Interesse an einer nachträglichen Feststellung zu stellen, die auch sonst in Fällen einer nachträglichen Feststellung von Verfahrensverstößen gefordert werden.²²

(8) *Rien ne va plus?* (2020)

Wenig überraschend hat dieselbe Kammer auch eine weitere Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen.²³ Überraschend ist indes die Begründung, die mit verschiedenen früheren Beschlüssen kaum zu vereinbaren ist. Während das *BVerfG* hinsichtlich der Frage

¹⁴ *BVerfG*, Beschl. v. 27.07.2020, 1 BvR 1379/20 Rn. 25 = NJW 2020, 3023 = GRUR 2020, 1119 = WRP 2020, 1179.

¹⁵ *BVerfG*, Beschl. v. 27.07.2020, 1 BvR 1379/20 Rn. 14 = NJW 2020, 3023 = GRUR 2020, 1119 = WRP 2020, 1179.

¹⁶ *BVerfG*, Beschl. v. 30.07.2020, 1 BvR 1422/20 Rn. 21 = GRUR 2020, 1236 = WRP 2020, 1293.

¹⁷ *BVerfG*, Beschl. v. 27.07.2020, 1 BvR 1379/20 Rn. 20 = NJW 2020, 3023 = GRUR 2020, 1119 = WRP 2020, 1179.

¹⁸ *BVerfG*, Beschl. v. 01.09.2020, 2 BvQ 61/20 Rn. 7 ff. = GRUR 2020, 1345 = WRP 2020, 1425.

¹⁹ *BVerfG*, Beschl. v. 23.09.2020, 1 BvR 1617/20 Rn. 6 = NJW 2021, 618 = GRUR 2021, 517 = WRP 2020, 1568.

²⁰ Vgl. etwa *Möller*, NJW 41/2020 Editorial; *Mantz*, Die Weiterentwicklung des Rechts auf prozessuale Waffengleichheit – Licht und Schatten, WRP 2020, 1250 Rn. 34; *Löffel*, https://twitter.com/loeffel_abrar/status/1303025566036250624.

²¹ *BVerfG*, Beschl. v. 23.09.2020, 1 BvR 1617/20 Rn. 7 = NJW 2021, 618 = GRUR 2021, 517 = WRP 2020, 1568.

²² *BVerfG*, Beschl. v. 23.09.2020, 1 BvR 1617/20 Rn. 11 = NJW 2021, 618 = GRUR 2021, 517 = WRP 2020, 1568.

²³ *BVerfG*, Beschl. v. 03.12.2020, 1 BvR 2575/20 = WRP 2021, 461 = GRUR-RS 2020, 37381.

der Rechtswegerschöpfung zuvor sauber zwischen der Rüge einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäß Art. 103 I GG und der Rüge der Verletzung des Rechts auf prozessuale Waffengleichheit unterschieden hat,²⁴ hält es dem Beschwerdeführer nunmehr undifferenziert die nicht ausreichende Erschöpfung des Rechtsweges entgegen. Während in dem erst kurz zuvor unternommenen Abgrenzungsversuch²⁵ dargelegt wurde, dass die Darlegung eines besonderen Feststellungsinteresses dann ausnahmsweise entbehrlich sei, wenn eine offenkundig prozessrechtswidrig erlassene einstweilige Verfügung fortwirkt, das darauf bezogene fachgerichtliche Widerspruchsverfahren zügig beschritten wurde und noch andauert sowie schwere, grundrechtlich erhebliche Nachteile für den Beschwerdeführer iSv § 32 I, 90 II 2 BVerfGG geltend gemacht werden, wird dem Beschwerdeführer nunmehr entgegengehalten, er müsse zunächst das laufende (weil zügig eingeleitete) Widerspruchsverfahren abwarten. Erst im Rahmen des Widerspruchsverfahrens sei eine ausreichende Sachaufklärung, die eine zur Beurteilung der Rechtsmissbräuchlichkeit erforderliche Betrachtung der Gesamtumstände einschließt, möglich. In dem zugrunde liegenden Sachverhalt war es so, dass der Antragsteller des Ausgangsverfahrens dem Gericht bei Antragstellung wahrheitswidrig mitgeteilt hatte, der Antragsgegner habe auf die ausgesprochene Abmahnung nicht reagiert. Die hierdurch gezielt bewirkte Gehörsvereitelung stelle indes keinen Verstoß gegen die prozessuale Waffengleichheit von Seiten des Gerichts dar. Das ist insofern bemerkenswert, weil es für gewöhnlich nicht Aufgabe der Parteien ist, das rechtliche Gehör zu ermöglichen und es aus Sicht des Beschwerdeführers unerheblich ist, aus welchen Gründen das rechtliche Gehör nicht gewährt wurde. Etwas merkwürdig mutet auch der Ausflug ins materielle Recht an: Das BVerfG erläutert, dass der wahrheitswidrige Vortrag, auf seine Abmahnung hin sei keine Reaktion erfolgt, zumindest Indiz für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten iSd § 8 IV UWG aF bzw. § 8c UWG nF und § 242 BGB darstellt und dass dem Verfügungsantrag dann der Einwand des Rechtsmissbrauches entgegensteht, mit der Folge, dass die angegriffene Entscheidung aus diesem Grunde aufzuheben ist. Die einstweilige Verfügung wurde später auch tatsächlich aufgehoben, was allerdings nicht mit dem Einwand des Rechtsmissbrauches, sondern mit einer fehlenden Glaubhaftmachung des materiellen Anspruches begründet wurde.²⁶

(9) Zugriff II (2020) und Zugriff III (2021)

Nachdem sich die Fachwelt darauf eingestellt hat, dass verfassungsrechtlicher Eilrechtsschutz dann doch kein Erfolg versprechendes Mittel zur Außerkraftsetzung presse- und wettbewerbsrechtlicher Untersagungsverfügungen ist, hat die 2. Kammer des Ersten Senats erneut die Wirksamkeit einstweiliger Verfügungen der *Pressekammer des LG Berlin*²⁷ und des *OLG Hamburg*²⁸ ausgesetzt. In der einstweiligen Verfügung des *LG Hamburg* wurde der Beschwerdeführerin untersagt, über das Geständnis eines ehemaligen Profi-Fußballers zu berichten, ohne darauf hinzuweisen, dass es sich bei dem „Geständnis“ lediglich um die Einlassung des Verteidigers gegenüber der Staatsanwaltschaft handele, deren Verwertbarkeit zum Zeitpunkt der Berichterstattung nicht fest stehe. Gegen den ehemaligen Profi-Fußballer war Anklage wegen der Verbreitung kinderpornografischer Schriften und des Besitzes kinder- und jugendpornografischer Schriften erhoben worden und er hatte sich bereits zuvor – ohne Erfolg – auf dem Verwaltungsrechtsweg gegen die Veröffentlichung einer Presseerklärung durch das Amtsgericht gewandt. Die vom *OLG Hamburg* erlassene einstweilige Verfügung erging erst nach einem längeren Verfahren vor dem Landgericht. Das *LG Hamburg* hatte dem Antragsteller, der mit seinem Antrag die Verpflichtung zur Veröffentlichung einer Gegendarstellung erzwingen wollte, einseitig Hinweise erteilt, die dazu führten, dass der Antragsteller des Ausgangsverfahrens zunächst die Veröffentlichung überarbeiteter Texte verlangte und sodann erneut den Erlass einer einstweiligen Verfügung beantragt hat. Diesem Antrag hat dann erst das *OLG Hamburg* auf die Beschwerde des Antragstellers hin stattgegeben, wobei der Beschwerdeführer bis zu diesem Zeitpunkt nicht in das Verfahren einbezogen wurde. In beiden Fällen Auch das *LG Berlin* hatte die ursprünglich beantragte einstweilige Verfügung nicht erlassen, dem Antragsteller indes (einseitig) den Hinweis erteilt, dass eine eingeschränkte Unterlassungsverpflichtung in Frage komme. In beiden Fällen war die Antragschrift umfangreicher als das Abmahnschreiben (im Fall des *LG Berlin* wies sie sogar den doppelten Umfang auf).

Das BVerfG verweist in beiden Entscheidungen auf die Beschlüsse aus dem Jahr 2018²⁹ sowie die beiden Beschlüsse, mit denen bereits zuvor verfassungsrechtlicher

²⁴ BVerfG, Beschl. v. 01.09.2020, 2 BvQ 61/20 Rn. 7 ff. = GRUR 2020, 1345 = WRP 2020, 1425.

²⁵ BVerfG, Beschl. v. 23.09.2020, 1 BvR 1617/20 = NJW 2021, 618 = GRUR 2021, 517 = WRP 2020, 1568.

²⁶ Dies berichtet *Danckwerts*, in: *jurisPR-WettbR* 1/2021 Anm. 1 (unter E.).

²⁷ BVerfG, Beschl. v. 22.12.2020, 1 BvR 2740/20 = NJW 2021, 615 = GRUR 2021, 518 = WRP 2021, 181.

²⁸ BVerfG, Beschl. v. 11.01.2021, 1 BvR 2681/20 = NJW 2021, 1587 = GRUR 2021, 987 = WRP 2021, 736.

²⁹ Dazu *Möller*, NJW 2019, 1645 (1648) sowie vorstehend unter (2).

Eilrechtsschutz gewährt wurde.³⁰ Sodann hat das *BVerfG* ausgeführt, dass es im Prozessrecht an einem Rechtsbehelf fehlt, mit dem eine Verletzung der prozessualen Waffengleichheit vor den Fachgerichten geltend gemacht werden kann. Insbesondere mit dem Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung könne eine Missachtung von Verfahrensrechten als solche nicht geltend gemacht werden, weil er von den Erfolgsaussichten in der Sache abhängt. Die Verfassungsbeschwerde könne daher ausnahmsweise gegen die einstweilige Verfügung erhoben werden. Ausgesprochen erstaunlich ist, dass das *BVerfG* ohne nähere Erläuterung oder Abgrenzung zu seinen früheren Entscheidungen in beiden Entscheidungen die Formel wiederholt, wonach es nicht der Geltendmachung eines besonders gewichtigen Feststellungsinteresses bedürfe, da die Rechtsbeeinträchtigung durch die Verfügung in Gestalt eines weiterhin vollstreckbaren Unterlassungstitels fortdauert. Im Falle der vom *OLG Hamburg* erlassenen einstweiligen Verfügung war es sogar so, dass bereits das Vollstreckungsverfahren eingeleitet war, worauf das *BVerfG* gesondert hingewiesen hat. Die einstweiligen Verfügungen verletzen, so das *BVerfG*, die Beschwerdeführerin in ihrem grundrechtsgleichen Recht auf prozessuale Waffengleichheit aus Art. 3 I iVm Art. 20 III GG. Dieses Recht stehe im Zusammenhang mit dem Gehörsgrundsatz aus Art. 103 I GG, der eine besondere Ausprägung der Waffengleichheit sei und als prozessuales „Urrecht“ gebiete, dass in einem gerichtlichen Verfahren der Gegenseite Gehör und damit die Gelegenheit gewährt werde, auf eine bevorstehende gerichtliche Entscheidung Einfluss zu nehmen. Von der Frage der Anhörung und Einbeziehung der Gegenseite sei die Frage zu unterscheiden, in welchen Fällen auch ohne mündliche Verhandlung entschieden werden kann. Hier hätten die Gerichte einen weiten Wertungsrahmen. In äußerungsrechtlichen Angelegenheiten werde wegen der Eilbedürftigkeit nicht selten zunächst ohne mündliche Verhandlung entschieden werden müssen. Eine stattgebende Entscheidung über den Verfügungsantrag komme jedoch grundsätzlich nur in Betracht, wenn die Gegenseite die Möglichkeit hatte, auf das geltend gemacht Vorbringen zu erwidern. Hierbei könnten auch die Möglichkeiten berücksichtigt werden, die es der Gegenseite vorprozessual erlauben, sich zu dem Verfügungsantrag zu äußern, wenn sichergestellt ist, dass solche Äußerungen dem Gericht vollständig vorliegen. Dem Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit genügen die Erwidermöglichkeiten auf eine Abmahnung indes nur, wenn der Verfügungsantrag im Anschluss an die Abmahnung zeitnah bei Gericht eingereicht wird, die abgemahnte Äußerung sowie die Begründung für die begehrte Unterlassung mit dem

bei Gericht geltend gemachten Begehren identisch ist und der Antragsteller ein etwaiges Zurückweisungsschreiben des Antragsgegners mit einreicht. Lägen diese Voraussetzungen nicht vor oder erteile das Gericht dem Antragsteller Hinweise nach § 139 ZPO, sei zwingend Gehör zu gewähren. Ein einseitiges Geheimverfahren über einen mehrwöchigen Zeitraum, sei mit den Verfahrensgrundsätzen des Grundgesetzes unvereinbar. Jedenfalls im Fall der vom *LG Berlin* erlassenen einstweiligen Verfügung hätte schon der Blick auf den Umfang der Abmahnung – 20 Seiten – und auf den Umfang der Antragschrift – 42 Seiten nebst eidesstattlicher Versicherung und Kurzgutachten – dem Gericht vor Augen führen müssen, dass eine Kongruenz nicht gegeben war. Der Verzicht der Beschwerdeführerin auf eine Äußerung auf die Abmahnung könne nicht als Verzicht auf eine prozessual gebotene Anhörung missverstanden werden. Das Gericht hätte zumindest fernmündlich oder per E-Mail die Gelegenheit geben müssen, den Vortrag des Antragstellers zur Kenntnis zu nehmen und darauf zu erwidern. Hinzu komme, dass in den drei Wochen zwischen Eingang des Antrages und der Entscheidung des Gerichts hinreichend Zeit für eine Einbindung bestanden hätte. Erst recht hätte das Gericht aufgrund des erteilten gerichtlichen Hinweises und des daraufhin angepassten Antrages Gelegenheit zur Stellungnahme einräumen müssen. Es sei verfassungsrechtlich geboten, den Gegner vor Erlass einer Entscheidung in den gleichen Kenntnisstand zu versetzen wie den Antragsteller. Eine Frist zur Stellungnahme hätte kurz bemessen sein können. Unzulässig sei es indes mit Blick auf die arbeitsintensive Auseinandersetzung mit der Stellungnahme oder einer befürchteten Verzögerung gänzlich von einer Einbeziehung abzusehen und den Antragsteller bis zum Zeitpunkt der auf Widerspruch hin anberaumten mündlichen Verhandlung mit einem einseitig erstrittenen gerichtlichen Unterlassungstitel zu belasten.

(10) Mit Maske, aber ohne Feststellungsinteresse

Ogleich das *BVerfG* betont hat, dass das Grundrecht auf prozessuale Waffengleichheit im Lauterkeitsrecht ebenso wie im Presserecht besteht, zeigt es sich deutlich strenger, wenn es um Verfassungsbeschwerden gegen einseitigen Verfahren ergangene Beschlussverfügungen im Lauterkeitsrecht geht. Mit Beschluss vom 22.01.2021 nahm die 2. Kammer des Ersten Senats des *BVerfG* die gegen eine Beschlussverfügung des *LG Münster* gerichtete Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an.³¹ Das *LG Münster* untersagte der Beschwerdeführerin, im Wettbewerb Mund-Nasen-Schutz zu vertreiben, der optisch den Eindruck erweckt, es handele sich um eine me-

³⁰ Dazu Möller, NJW 2020, 3358 (3362) sowie vorstehend unter (4).

³¹ *BVerfG*, Beschl. v. 22.01.2021, 1 BvR 2793/20 = NJW 2021, 2018 = WRP 2021, 740.

dizinische Gesichtsmaske, ohne auf die nicht nachgewiesene Schutzwirkung hinzuweisen, wie aus einer näher bezeichneten Anlage ersichtlich. Dem vorausgegangen war ein von diesem Tenor abweichender Antrag, dem wiederum eine Abmahnung vorausgegangen war, deren Unterlassungsbegehren sich davon teilweise unterschied. Das *BVerfG* wiederholt die bereits bekannte Formel, wonach nicht jede Verletzung prozessualer Rechte unter Berufung auf die prozessuale Waffengleichheit im Wege einer auf Feststellung gerichteten Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden könne. Es bedürfe vielmehr eines hinreichend gewichtigen Feststellungsinteresses. Die bloße Geltendmachung eines *error in procedendo* reiche hierfür nicht aus. Ein Feststellungsinteresse ist insbesondere dann anzunehmen, wenn eine Wiederholung der angegriffenen Maßnahme zu befürchten ist, wozu es näherer Darlegungen bedürfe. Es könnte offen bleiben, ob die Abweichung des Verfügungsverbots von dem gestellten Verfügungsantrag ohne vorherige Gewährung rechtlichen Gehörs einen Verstoß gegen den Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit bedeutet, denn es fehle jedenfalls an der Darlegung eines hinreichenden Feststellungsinteresses. Die vorliegende Verfahrensgestaltung sei stark von der spezifischen Konstellation abhängig. Für eine Wiederholungsgefahr sei ebenso wenig etwas ersichtlich wie für einen schweren Nachteil, der nicht durch § 945 ZPO kompensiert werden könnte. Anders als etwa im Falle einer untersagten Presseveröffentlichung dürfe diese Kompensationsmöglichkeit in lauterkeitsrechtlichen Fällen regelmäßig in Betracht kommen, wenngleich auch in bestimmten Konstellationen Schwierigkeiten bei der Bezifferung auftreten können. Soweit die Abweichung zwischen der Abmahnung und dem gestellten Verfügungsantrag geltend gemacht wird, fehle es ebenfalls an der Darlegung eines hinreichend gewichtigen Feststellungsinteresses. Die Abweichungen seien im konkreten Fall ohnehin nur marginal. Im Übrigen wäre es eine bloße Förmlichkeit, einen Verstoß gegen den Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit allein daran anzuknüpfen, dass keine Identität zwischen Abmahnung und Verfügungsantrag bestand, weil sich dies im Tenor der angegriffenen Entscheidung gar nicht niedergeschlagen hat, weil das Gericht nach § 938 I ZPO insgesamt abweichend tenoriert hat.

(11) Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde und Antrag nach § 32 I BVerfGG im Presse- und Äußerungsrecht

Der Eindruck, dass das *BVerfG* das Feststellungsinteresse bei ohne Anhörung ergangenen einstweiligen Verfügungen im Presserecht eher bejaht, verstärkt sich mit dem Blick auf die Entscheidungen der 2. Kammer des Ersten

Senats vom 04.02.2021³² und 06.02.2021.³³ Der erstgenannten Entscheidung lag eine einstweilige Verfügung des *LG Frankfurt a.M.* gegen den Spiegel-Verlag zu Grunde, die im Anschluss an die schriftlichen Zurückweisung eines – aus sieben Seiten bestehenden – Abmahnschreibens ohne mündliche Verhandlung oder anderweitige Anhörung im Beschlusswege erlassen wurde. Mit der einstweiligen Verfügung wurde die Veröffentlichung einer bestimmte Wortberichterstattung sowie eines den dortigen Antragsteller zeigenden Bildnisses untersagt. Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen diesen Beschluss, den das *LG Frankfurt a. M.* auf den Widerspruch des Verlages hin, nach mehreren Monaten aufgehoben hatte. Das *BVerfG* erklärt die Verfassungsbeschwerde für zulässig, insbesondere sei der Rechtsweg erschöpft. Die Rügen bezögen sich auf eine Rechtsverletzung unmittelbar durch die Handhabung des Prozessrechts. Diesbezüglich bestehe kein fachgerichtlicher Rechtsbehelf. Das *BVerfG* bestätigt einmal mehr seine Rechtsprechung, dass bei Vorliegen eines Feststellungsinteresses ein Feststellungsausspruch erfolgen könne, wobei das Feststellungsinteresse insbesondere bei Wiederholungsgefahr bestehe. Die Darlegung eines besonderen Feststellungsinteresses sei nur ausnahmsweise entbehrlich, wenn eine offenkundig prozessrechtswidrig erlassene einstweilige Verfügung noch fortwirkt und schwere, grundrechtlich erhebliche Nachteile des Beschwerdeführers iSd § 32 I, § 90 II 2 BVerfGG geltend gemacht werden. Die Geltendmachung eines *error in procedendo* reiche für die Darlegung eines besonders gewichtigen Feststellungsinteresses nicht aus, vielmehr sei erforderlich, dass die Zivilgerichte die aus dem Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit folgenden Anforderungen grundsätzlich verkennen und ihre Praxis hieran unter Missachtung der verfassungsrechtlichen Maßstäbe ausrichten. Diese Voraussetzungen habe der Spiegel-Verlag dargelegt. Die prozessuale Waffengleichheit stehe im Zusammenhang mit dem Gehörsgrundsatz aus Art. 103 I GG, der eine besondere Ausprägung der Waffengleichheit sei. Als prozessuales „Unrecht“, gebiete dieser, der Gegenseite grundsätzlich Gehör und damit die Gelegenheit zu gewähren, auf eine gerichtliche Entscheidung Einfluss zu nehmen. Im Presse- und Äußerungsrecht könne nicht als Regel von dem Erfordernis einer Überraschung des Gegners ausgegangen werden. Von der Frage der Anhörung und Einbeziehung der Gegenseite sei die Frage zu unterscheiden, ob ohne mündliche Verhandlung entschieden werden kann. Hier hätten die Fachgerichte einen weiten Wertungsrahmen. Bei äußerungsrechtlichen Angelegenheiten müsse nicht selten ohne mündliche Verhandlung ent-

³² *BVerfG*, Beschl. v. 04.02.2021, 1 BvR 2743/19 = NJW 2021, 2020 = WRP 2021, 1287.

³³ *BVerfG*, Beschl. v. 06.02.2021, 1 BvR 249/21 = WRP 2021, 743 = BeckRS 2021, 5190.

schieden werden, was das Gericht jedoch nicht dazu berechtigt, die Gegenseite bis zur Entscheidung aus dem Verfahren herauszuhalten. Das Gericht könne auch berücksichtigen, ob die Gegenseite die Möglichkeit gehabt habe, sich vorprozessual zu dem Verfügungsantrag zu äußern, wenn sichergestellt ist, dass solche Äußerungen dem Gericht vollständig vorliegen. Dem genüge die Erwiderungsmöglichkeit auf eine Abmahnung nur dann, wenn der Verfügungsantrag im Anschluss an die Abmahnung nach Ablauf einer angemessenen Frist für die begehrte Unterlassungserklärung bei Gericht eingereicht wird, die abgemahnte Äußerung sowie die Begründung für die begehrte Unterlassung mit dem bei Gericht eingereichten Unterlassungsbegehren identisch sind und der Antragsteller ein etwaiges Zurückweisungsschreiben zusammen mit seiner Antragschrift bei Gericht eingereicht hat. Demgegenüber sei dem Antragsgegner Gehör zu gewähren, wenn er nicht in der gehörigen Form abgemahnt wurde oder der bei Gericht eingereichte Antrag auf eine Erwiderung des Antragsgegners inhaltlich eingeht oder sonst mit ergänzendem Vortrag begründet wird. Im vorliegenden Fall habe der Antragsteller des Ausgangsverfahrens in seiner Abmahnung nur eine sehr kurze Unterwerfungsfrist gesetzt, nach deren Ablauf aber 40 Tage verstreichen lassen. Er habe keinen überzeugenden Grund dafür vorgetragen, warum ihm eine gerichtliche Geltendmachung nicht unmittelbar möglich gewesen sein sollte. Die Einbeziehung der Beschwerdeführerin wäre bereits aufgrund der fehlenden Kongruenz zwischen vorprozessualer Abmahnung und Verfügungsantrag verfassungsrechtliche geboten gewesen. Neben dem Unterschied im Umfang – sieben Seiten zu 20 Seiten – habe der Verfügungsantrag relevanten replizierenden Vortrag enthalten. Unzulässig sei es, wegen einer durch die im Falle einer Anhörung eintretenden Verzögerung oder wegen einer mit der zu erwartenden Stellungnahme verbundenen arbeitsintensiven Auseinandersetzung mit dem Vortrag des Antragsgegners von einer Einbeziehung der Gegenseite abzusehen und diese auf die nach Einlegung eines Widerspruchs anzuberaumende mündliche Verhandlung zu verweisen. Ähnlich auch die Argumentation in der letztgenannten Entscheidung vom 06.02.2021. Das BVerfG hat im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 32 I BVerfG angeordnet, dass eine vom LG Berlin erlassene Beschlussverfügung bis zu einer Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde oder bis zu einer erneuten Entscheidung des LG Berlin ausgesetzt wird. Das BVerfG hat allerdings ausgeführt, dass für den Erlass einer einstweiligen Anordnung durch das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der insoweit grundsätzlich maßgeblichen Folgenabwägung strenge Maßstäbe gelten und zwar selbst dann, wenn eine Verfassungsbeschwerde in der Sache Aussicht auf Erfolg hat. Die Anforderungen, die sich aus

der prozessualen Waffengleichheit in äußerungsrechtlichen einstweiligen Verfügungsverfahren ergeben, seien eingehend verfassungsgerichtlich klargestellt. Angesichts dessen führe die vorzunehmende Folgenabwägung zu dem Ergebnis, dass die für den Erlass einer einstweiligen Anordnung sprechenden Gründe überwiegen. Die Verfassungsbeschwerde sei zulässig, insbesondere innerhalb der Monatsfrist des § 93 I 1 BVerfGG erhoben worden. Der Rechtsweg ist, unabhängig von dem noch fortdauernden Ausgangsverfahren, erschöpft. Die Beschwerdeführerin mache eine Rechtsverletzung unmittelbar durch die Handhabung des Prozessrechts im Verfahren über den Erlass einer einstweiligen Verfügung geltend. Sie wende sich dabei gegen ein bewusstes Übergehen ihrer prozessualen Rechte. Eine Missachtung von Verfahrensrechten als solche könne insbesondere mit dem Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung nicht geltend gemacht werden, denn im Rahmen dessen seien die Erfolgsaussichten in der Sache maßgeblich. Auch darüber hinaus gebe es keinen Rechtsbehelf, mit dem die Verletzung der prozessualen Waffengleichheit als solche vor den Fachgerichten geltend gemacht werden könnte. Die Verfassungsbeschwerde könne daher ausnahmsweise unmittelbar gegen die einstweilige Verfügung erhoben. Ein besonders gewichtiges Feststellungsinteresse müsse die Beschwerdeführerin nicht geltend machen. Die Darlegung eines solchen könne ausnahmsweise entbehrlich sein, solange eine offenkundig prozessrechtswidrig erlassene einstweilige Verfügung noch fortwirkt, das darauf bezogene fachgerichtliche Widerspruchsverfahren zügig beschrritten wurde und noch andauert sowie schwere, grundrechtlich erhebliche Nachteile des Beschwerdeführers im Sinne von § 32 I, § 90 II 2 BVerfGG geltend gemacht werden, die ein Einschreiten des Bundesverfassungsgerichts noch während des laufenden fachgerichtlichen Verfahrens gebieten. Sofern das Äußerungsrecht und das Recht der Beschwerdeführerin, an der Willensbildung des Volkes mitzuwirken, im zugrundeliegenden Verfahren betroffen sei, werde aufgrund der besonderen Bedeutung dieser Grundrechte in der Regel davon auszugehen sein, dass der durch die einstweilige Verfügung belasteten Partei ohne das Einschreiten des BVerfG ein besonders schwerer Nachteil droht. Die Beschwerdeführerin als die Volksinitiative unterstützender Landesverband einer Partei sei nach wie vor durch den Unterlassungstitel belastet. Über den von ihr eingelegten Widerspruch sei noch nicht entschieden. Der Erlass der einstweiligen Verfügung durch das LG Berlin verletze die Beschwerdeführerin in ihrem grundrechtsgleichen Recht auf prozessuale Waffengleichheit aus Art. 3 I in Verbindung mit Art. 20 III GG. Die maßgeblichen Rechtsfragen habe das BVerfG bereits entschieden. Der Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit sei Ausprägung der

Rechtsstaatlichkeit und des allgemeinen Gleichheitssatzes im Zivilprozess und sichere verfassungsrechtlich die Gleichwertigkeit der prozessualen Stellung der Parteien vor Gericht. Das Gericht müsse den Prozessparteien im Rahmen der Verfahrensordnung gleichermaßen die Möglichkeit einräumen, alles für die gerichtliche Entscheidung Erhebliche vorzutragen und alle zur Abwehr des gegnerischen Angriffs erforderlichen prozessualen Verteidigungsmittel selbständig geltend zu machen. Die prozessuale Waffengleichheit stehe dabei im Zusammenhang mit dem Gehörsgrundsatz aus Art. 103 I GG, der eine besondere Ausprägung der Waffengleichheit sei. Als prozessuales Urrecht gebiete dieser, in einem gerichtlichen Verfahren der Gegenseite grundsätzlich vor einer Entscheidung Gehör und damit die Gelegenheit zu gewähren, auf eine bevorstehende gerichtliche Entscheidung Einfluss zu nehmen. Entbehrlich sei eine vorherige Anhörung nur in Ausnahmefällen. Voraussetzung der Verweisung auf eine nachträgliche Anhörung sei, dass ansonsten der Zweck des einstweiligen Verfügungsverfahrens vereitelt würde. Im Presse- und Äußerungsrecht könne jedenfalls nicht als Regel von einer Erforderlichkeit der Überraschung des Gegners bei der Geltendmachung von Ansprüchen ausgegangen werden. Von der Frage der Anhörung und Einbeziehung der Gegenseite zu unterscheiden sei die Frage, in welchen Fällen über den Erlass einer einstweiligen Verfügung ohne mündliche Verhandlung entschieden werden kann. Für die Beurteilung, wann ein dringender Fall im Sinne des § 937 II 2 ZPO vorliege und damit auf eine mündliche Verhandlung verzichtet werden könne, hätten die Fachgerichte einen weiten Wertungsrahmen. Die Annahme einer Dringlichkeit setze sowohl seitens des Antragstellers als auch seitens des Gerichts eine entsprechend zügige Verfahrensführung voraus. Gleichwohl müsse in äußerungsrechtlichen Angelegenheiten angesichts der Eilbedürftigkeit nicht selten zunächst ohne mündliche Verhandlung entschieden werden. Der Verzicht auf eine mündliche Verhandlung berechtere ein Gericht jedoch nicht dazu, die Gegenseite bis zur Entscheidung über den Verfügungsantrag aus dem Verfahren herauszuhalten. Eine stattgebende Entscheidung über den Verfügungsantrag komme grundsätzlich nur in Betracht, wenn die Gegenseite die Möglichkeit hatte, auf das mit dem Antrag und weiteren an das Gericht gerichteten Schriftsätzen geltend gemachte Vorbringen zu erwidern. Dabei sei es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Gericht in solchen Eilverfahren auch die Möglichkeiten einbeziehe, die es der Gegenseite vorprozessual erlauben, sich zu dem Verfügungsantrag zu äußern, wenn sichergestellt ist, dass solche Äußerungen vollständig dem Gericht vorliegen. Demgegenüber sei dem Antragsgegner Gehör zu gewähren, wenn er nicht in der gehörigen Form abgemahnt wurde oder der bei Ge-

richt eingereichte Antrag auf eine Erwidierung des Antragsgegners inhaltlich eingeht und repliziert oder sonst mit ergänzendem Vortrag begründet wird. Nach diesen Maßstäben verletze der angegriffene Beschluss die Beschwerdeführerin offenkundig in ihrem grundrechtsgleichen Recht auf prozessuale Waffengleichheit aus Art. 3 I in Verbindung mit Art. 20 III GG. Durch Erlass der einstweiligen Verfügung ohne jegliche Einbeziehung der Beschwerdeführerin sei vorliegend keine Gleichwertigkeit ihrer prozessualen Stellung gegenüber der Verfahrensgegnerin gewährleistet. Dass die zweiseitige Abmahnung des Antragstellers gegenüber der Beschwerdeführerin nicht kongruent mit der siebenseitigen Antragschrift gegenüber dem Gericht gewesen sei, liege auf der Hand. Zwar habe die Beschwerdeführerin eine Schutzschrift hinterlegt. Inhaltlich hätte sie sich dabei nur an der sehr knapp gefassten Abmahnung des Antragstellers orientieren können. Eine Stellungnahme zu den weitergehenden Ausführungen des Antragstellers, die dieser erst in der Antragschrift gemacht hat, sei der Beschwerdeführerin nicht möglich gewesen. Der Verzicht der Beschwerdeführerin auf eine Stellungnahme zur Abmahnung könne auch nicht als Verzicht auf eine prozessual gebotene Anhörung durch das Gericht missverstanden werden, zumal die Beschwerdeführerin in ihrer Schutzschrift ausdrücklich um die Gewährung rechtlichen Gehörs ersuchte. Hinzu komme, dass der Antragsteller seinen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung mehr als drei Wochen nach Ablauf der der Beschwerdeführerin gesetzten Frist zur Abgabe einer Unterlassungsverpflichtungserklärung einreichte und auch das Landgericht zwölf Tage zwischen Eingang des Antrags und Bescheidung desselben benötigte. Dass die Gewährung rechtlichen Gehörs zentrale Bedeutung für ein rechtsstaatliches und faires gerichtliches Verfahren besitzt, habe die Kammer dem *LG Berlin* in nunmehr drei jüngeren Entscheidungen mitgeteilt. Auch vorliegend sei die Einbeziehung der Beschwerdeführerin durch das Gericht vor Erlass der Verfügung offensichtlich geboten gewesen. Es habe hinreichend Zeit hierfür bestanden. Unzulässig sei es jedoch, wegen einer gegebenenfalls durch die Anhörung des Antragsgegners befürchteten Verzögerung oder wegen einer durch die Stellungnahme erforderlichen, arbeitsintensiven Auseinandersetzung mit dem Vortrag des Antragsgegners bereits in einem frühen Verfahrensstadium gänzlich von einer Einbeziehung der Gegenseite abzusehen und sie stattdessen bis zum Zeitpunkt der auf Widerspruch hin anberaumten mündlichen Verhandlung mit einem einseitig erstrittenen gerichtlichen Unterlassungstitel zu belasten.

(12) Erfolgreicher Antrag nach § 32 I BVerfGG im Kartellrecht

Keinen Erfolg hatte der Antrag von Amazon auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 32 I BVerfGG.³⁴ Das *LG München I* hatte ohne vorherige Anhörung eine Beschlussverfügung gegen die Sperre eines Verkäuferkontos gegen Amazon erlassen und seine Entscheidung auf §§ 33 I, 19 II Nr. 1 GWB gestützt. Amazon rügt eine Verletzung des Rechts auf prozessuale Waffengleichheit. Die Anhörung sei insbesondere nicht im Hinblick auf die vorprozessuale Korrespondenz der Parteien des Ausgangsverfahrens entbehrlich gewesen. An einer gleichwertigen Erwidermöglichkeit fehle es bereits deshalb, weil der Beschluss zahlreiche grundsätzliche Rechtsfragen auf juristischem Neuland zu Lasten der hierdurch stark beeinträchtigten Beschwerdeführerin entscheide. Die einstweilige Verfügung betreffe das Kundenrezensionssystem, das für Amazon von zentraler Bedeutung sei. Die Antragstellerin und andere Verkaufspartner, die Fake-Bewertungen veranlassten, schädeten nicht nur der Beschwerdeführerin, sondern auch weiteren zum Konzern gehörenden Gesellschaften, den auf die Wahrhaftigkeit der Bewertungen vertrauenden Kunden und der großen Mehrzahl der lauterer Verkaufspartner. Das *BVerfG* erklärt den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung für unzulässig. Selbst im Fall offenkundiger Erfolgsaussichten einer Verfassungsbeschwerde komme ein Einschreiten des *BVerfG* im Wege der einstweiligen Anordnung nur in Betracht, wenn ein schwerer Nachteil im Sinne des § 32 BVerfGG dargelegt wird. Wegen der meist weittragenden Folgen, die eine einstweilige Anordnung in einem verfassungsgerichtlichen Verfahren auslöst, sei bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 32 I BVerfGG ein strenger Maßstab anzulegen. Zwar sei die Verfassungsbeschwerde bei derzeitigem Verfahrensstand weder offensichtlich unzulässig noch offensichtlich unbegründet. Der Antrag sei jedoch mangels substantiiertes Darlegung eines schweren Nachteils im Sinne des § 32 I BVerfGG unzulässig. Darüber hinaus stehe dem Erlass der beantragten einstweiligen Anordnung entgegen, dass hiermit die Hauptsache vorweggenommen würde. Die Beschwerdeführerin habe nicht hinreichend dargelegt, dass ihr für den Fall, dass eine einstweilige Anordnung nicht erlassen wird, ein schwerer Nachteil im Sinne des § 32 I BVerfGG droht. Allein die fortgesetzte Belastung durch einen einseitig erstrittenen Unterlassungstitel reiche hierzu nicht aus. Vielmehr müsse die Beschwerdeführerin auch in der Sache durch die Unterlassungsverpflichtung belastet sein. Ein schwerer, grundrechtlich relevanter Nachteil in diesem Sinne liege auch dann nicht vor, wenn der durch die angegriffene Unterlassungsverfügung verursachte Schaden durch die Schadensersatzpflicht nach § 945 ZPO

jedenfalls insoweit kompensiert werden kann, dass ein Einschreiten des Bundesverfassungsgerichts noch während des laufenden fachgerichtlichen Verfahrens nicht erforderlich ist. Dafür, dass die Beschwerdeführerin einen irreparablen Schaden erlitt, wenn sie das Verkäuferkonto der Antragstellerin erst nach Abschluss des fachgerichtlichen Verfahrens wieder deaktivieren könnte, sei nichts vorgetragen oder sonst ersichtlich. Nach dem Vortrag der Beschwerdeführerin entstehe ihr zwar durch die Begründung des angegriffenen Beschlusses ein Schaden, derzufolge sie zur Deaktivierung eines Verkäuferkontos wegen des Vorwurfs gefälschter Kundenrezensionen aufgrund ihrer marktbeherrschenden Stellung nur dann berechtigt sein soll, wenn sie die als missbräuchlich oder falsch eingestuften Kundenbewertungen dem betroffenen Verkaufspartner zuvor konkret benannt und diesem Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat. Die Beschwerdeführerin befürchte diesbezüglich eine präjudizielle Wirkung für andere Verfahren. Außerdem könne durch täuschende Meldungen zu dem Beschluss der Eindruck entstehen, dass die Beschwerdeführerin weder missbräuchlichen Rezensionen angemessen entgegenetrete noch einen angemessenen Austausch mit ihren Verkaufspartnern pflege. Hierbei handelt es sich um Schäden, die der Beschwerdeführerin gerade nicht aus dem Vollzug der angegriffenen Entscheidung entstehen, sodass eine Schadensersatzpflicht nach § 945 ZPO insofern ausscheide. Allerdings sei zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin mit ihrem Antrag auf einstweilige Anordnung (nur) erreichen kann, dass der Verstoß gegen das Recht auf prozessuale Waffengleichheit festgestellt und die Wirksamkeit des angegriffenen Beschlusses bis zu einer Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde in der Hauptsache oder bis zu einer erneuten Entscheidung des Landgerichts ausgesetzt wird. Die Beschwerdeführerin habe nicht substantiiert vorgetragen, dass ihr diesbezüglich ein Abwarten bis zu der Entscheidung über ihren bereits erhobenen Widerspruch nicht zugemutet werden könne. Zwar könne durch das Widerspruchsverfahren die geltend gemachte Grundrechtsverletzung in Gestalt des bewussten Übergehens der prozessualen Rechte der Beschwerdeführerin im einstweiligen Verfügungsverfahren nicht beseitigt werden. Dies gelte aber auch für den Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 32 BVerfGG, da der gerügte Verfahrensfehler lediglich festgestellt, nicht aber beseitigt werden könne. Dass ihr ohne die Feststellung eines möglichen Verstoßes gegen die prozessuale Waffengleichheit bis zu einer Entscheidung über ihren Widerspruch ein schwerer, irreparabler Nachteil entstünde, gehe aus dem Vortrag der Beschwerdeführerin indes nicht nachvollziehbar hervor. Dies gelte jedenfalls dann, wenn über den Widerspruch zeitnah mündlich verhandelt

³⁴ *BVerfG*, Beschl. v. 16.03.2021, 1 BvR 375/21 = GRUR 2021, 989 = WRP 2021, 1152.

und entschieden wird. Soweit mit dem Antrag auf einstweilige Anordnung die Feststellung eines Verstoßes gegen prozessuale Waffengleichheit begehrt wird, stehe der Zulässigkeit des Antrags zudem entgegen, dass damit die Hauptsache vorweggenommen würde. Durch eine einstweilige Anordnung dürfe nach der Rechtsprechung des BVerfG die Hauptsache nicht vorweggenommen werden, denn durch den Erlass einer einstweiligen Anordnung solle lediglich ein Zustand vorläufig geregelt, nicht aber die Hauptsache präjudiziert werden. Über die in der Hauptsache aufgeworfenen Fragen könne daher im Verfahren über den Erlass einer einstweiligen Anordnung grundsätzlich nicht entschieden werden. Hier seien der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung und die Verfassungsbeschwerde jedoch auf dasselbe Rechtsschutzziel gerichtet. Denn auch im Verfassungsbeschwerdeverfahren könne die hier gerügte Rechtsverletzung, namentlich die Verletzung der prozessualen Waffengleichheit, regelmäßig nur festgestellt, nicht aber beseitigt werden. Zwar stehe die Vorwegnahme der Hauptsache ausnahmsweise dann der Zulässigkeit eines Antrags auf einstweilige Anordnung nach § 32 BVerfGG nicht entgegen, wenn eine Entscheidung in der Hauptsache möglicherweise zu spät käme und dem Antragsteller in anderer Weise ausreichender Rechtsschutz nicht mehr gewährt werden könnte, dass dies hier der Fall sein könnte, sei jedoch weder vorgetragen noch ersichtlich. Der vorliegende Fall unterscheide sich insofern wesentlich von den Fallgestaltungen, die den Entscheidungen der Kammer vom 17.06.2020 und vom 22.12.2020 zugrunde lagen. Dort sei jeweils unmittelbar die von Art. 5 I GG geschützte Freiheit der Presseberichterstattung betroffen gewesen. Bei einem Zuwarten bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache hätte eine Veröffentlichung der durch die angegriffene Verfügung untersagten Berichterstattung nicht mehr oder jedenfalls nicht mehr in der ursprünglich intendierten Art und Weise erfolgen können. Dass der Beschwerdeführerin durch ein Zuwarten bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache ein vergleichbarer grundrechtserheblicher und irreparabler Schaden entstünde, sei hier jedoch nicht ersichtlich.

(13) Falscher Übermittlungsweg

Mit durchaus nachvollziehbarer Begründung hat die 2. Kammer des Ersten Senats am 23.07.2021 beschlossen, eine Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung anzunehmen.³⁵ Die Beschwerdeführerin rügte eine Verletzung des Rechts auf prozessuale Waffengleichheit und ein faires Verfahren aus Art. 3 I iVm Art. 20 III GG und des Rechts auf rechtliches Gehör aus Art. 103 I GG. Das Landgericht habe die gegen sie beantragte einstweilige Verfügung ohne ordnungsgemäße Anhörung und auch ohne

Beachtung der eingereichten Schutzschrift erlassen. Die Besonderheit des Falles bestand darin, dass das Gericht ihr den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zwar zur Stellungnahme übermittelt hatte, die richterliche Verfügung aber erst nach Ablauf der darin gesetzten Frist – aber noch vor Erlass der einstweiligen Verfügung – zugegangen ist. Das BVerfG geht davon aus, dass in der Wahl des offensichtlich ungeeigneten, weil zu langsamen, Übermittlungsweges lediglich ein *error in procedendo* und nicht eine systematische Praxis des Gerichts zu sehen sei. Auch die Nichtberücksichtigung einer hinterlegten Schutzschrift entgegen § 945a ZPO könne ohne Darlegung weiterer Voraussetzungen lediglich als Verfahrensfehler im Einzelfall angesehen werden. Zwar könne die Darlegung eines besonderen Feststellungsinteresses ausnahmsweise entbehrlich sein, solange eine offenkundig prozessrechtswidrig erlassene einstweilige Verfügung noch fortwirkt, das darauf bezogene fachgerichtliche Widerspruchsverfahren zügig beschrritten wurde und noch andauert sowie schwere, grundrechtlich erhebliche Nachteile des Beschwerdeführers iSv § 32 I, § 90 II 2 BVerfGG geltend gemacht werden, die ein Einschreiten des BVerfG noch während des laufenden fachgerichtlichen Verfahrens geböten, jedoch sei in lauterkeitsrechtlichen Fallkonstellationen die Kompensationsmöglichkeit des § 945 ZPO regelmäßig möglich und ausreichend. Die Beschwerdeführerin habe dem Grundsatz der materiellen Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde nicht genügt. Dieser geböte, dass ein Beschwerdeführer vor Erhebung einer Verfassungsbeschwerde alle zur Verfügung stehenden und zumutbaren prozessualen Möglichkeiten ergreift, um in dem jeweils sachnächsten Verfahren eine Korrektur der geltend gemachten Verfassungsverletzung zu erwirken oder eine Grundrechtsverletzung zu verhindern. Nachdem dem Prozessbevollmächtigten der Beschwerdeführerin die Antragschrift nebst richterlicher Verfügung zur Kenntnis gebracht worden sei, hätte es der Beschwerdeführerin obliegen, unverzüglich bei Gericht nachzufragen sowie Fristverlängerung zu beantragen. Es sei davon auszugehen, dass das Landgericht, wie es bei einem die prozessuale Waffengleichheit beeinträchtigenden Verfahrensfehler geboten ist, auf den durch die Beschwerdeführerin erhobenen Widerspruch und den Antrag auf Einstellung der Zwangsvollstreckung unverzüglich geprüft hat, ob eine Einstellung der Zwangsvollstreckung auf Grundlage des neuen Vortrags der Antragsgegnerin geboten war, sowie jedenfalls unverzüglich und zeitnah Termin zur Verhandlung über den Widerspruch bestimmt hat. Letzteres könne erforderlichenfalls – sollte eine Aufhebung der einstweiligen Verfügung in Betracht

³⁵ BVerfG, Beschl. v. 23.07.2021, 1 BvR 1653/21 = BeckRS 2021, 27416.

kommen – zur Gewährleistung fachgerichtlicher Kontrolle auch sehr kurzfristig zu geschehen.

(14) Vorläufiges Fazit

Trotz der viel versprechenden Entscheidungen der Jahre 2017 und 2018 und vor allem der einstweiligen Anordnungen aus Juni 2020, hat sich der verfassungsgerichtliche Rechtsschutz nur im Ausnahmefall als Mittel zur Wahrung der Rechte des übergangenen Antragsgegners erwiesen. Während die *zweite Kammer des Ersten Senats des BVerfG* im September 2020 noch erläutert hat, dass die Darlegung eines besonderen Feststellungsinteresses dann ausnahmsweise entbehrlich sei, wenn eine offenkundig prozessrechtswidrig erlassene einstweilige Verfügung fortwirke, das darauf bezogene fachgerichtliche Widerspruchsverfahren zügig beschritten wurde und noch andauert sowie schwere, grundrechtlich erhebliche Nachteile des Beschwerdeführers iSv § 32 I, 90 II 2 BVerfGG geltend gemacht werden, hat dieselbe Kammer den Beschwerdeführer der am 03.12.2020 beschiedenen Verfassungsbeschwerde gerade auf das laufende Widerspruchsverfahren verwiesen, welches er zunächst abwarten müsse. Nur wenige Wochen später hat sich derselbe Spruchkörper dann aber wieder dazu veranlasst gesehen, in den Beschlüssen vom 22.12.2020 und vom 11.01.2021 darauf hinzuweisen, dass es an einem geeigneten Rechtsbehelf zur Rüge der Grundrechtsverletzungen vor den Fachgerichten fehle, weshalb ein Einschreiten des *BVerfG* erforderlich sei. In dem Beschluss vom 04.02.2021 wurde ebenfalls darauf abgestellt, dass es an einem geeigneten Rechtsbehelf im fachgerichtlichen Verfahren fehle, wobei das *BVerfG* mit Blick auf die zwischenzeitliche Aufhebung der Beschlussverfügung nur noch die Feststellung treffen konnte, dass die Beschlussverfügung die Beschwerdeführerin in ihrem grundrechtsgleichen Recht auf prozessuale Waffengleichheit verletzt. In einzelnen Nichtannahmebeschlüssen wird hingegen der Aspekt der (fehlenden) Rechtswegerschöpfung oder der Kompensationsmöglichkeit über § 945 ZPO in den Mittelpunkt gerückt. Alles in allem kann nur immer wieder³⁶ der Hoffnung Ausdruck verliehen werden, dass die dargestellte verfassungsgerichtliche Rechtsprechung der nach wie vor verbreiteten Praxis verschiedener Gerichte, einstweilige Verfügungen standardmäßig ohne jede Anhörung der Antragsgegnerseite zu erlassen, nachhaltig entgegenwirkt.³⁷ ■

³⁶ So bereits Möller, NJW 2018, 1579 (1585 reSp).

³⁷ So jedenfalls die Prognose von von der Thüsen, JM 2019, 61 (64); noch optimistischer Petersenn/Peters, NJW 2021, 725 Rn. 33.