

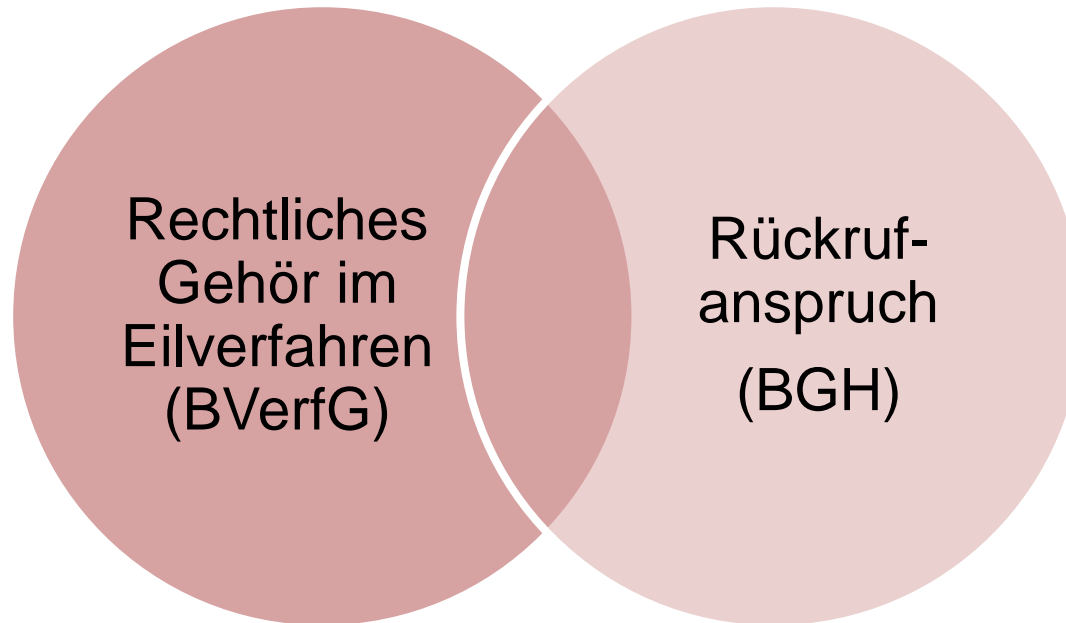
Aktuelle Rechtsprechung des BVerfG und des BGH zum Rückrufanspruch und zum rechtlichen Gehör **– Praktische Auswirkungen**

Rainer Kaase, LL.M. (Cantab)



Zwei aktuelle Themenkreise

„Ich darf mit Ihnen eigentlich gar nicht mehr sprechen.“
(Anruf eines Richters im Dezember 2018)



„OLG ruft BGH-Entscheidung zurück“
(JUVE Rechtsmarkt 5/19)

„Zwischenruf“ GRUR
Fachausschuss Wettb. u. MarkenR (GRUR 2017, 885)

„Berechtigter Aufstand gegen den BGH?“ (Ahrens, GRUR 2018, 374)

Teil 1: Rechtliches Gehör im Eilverfahren

BVerfG v. 30.9.2018, Az. 1 BvR 1783/17 u. 1 BvR 2421/17
(GRUR 2018, 1288 u. 1299)



Die Ausgangsverfahren LG Köln und OLG Hamburg

Die F.-Tonbänder (LG Köln)

- Unterlassungsverfügung ohne vorherige Abmahnung oder sonstige Anhörung.
- AG erfuhr erstmals durch die Zustellung vom Verbot und vom Inhalt des Antrages erst durch Akteneinsicht.

Steuersparmodell eines Fernsehmoderators (OLG Hamburg)

- 3 Verfügungsanträge auf Gegendarstellung vom LG zurückgewiesen.
- Mehrere telefonische Hinweise durch OLG, „Bedenken erörtert“
- Einstweilige Verfügung nach 4 Monaten, „4 Monate währendes Geheimverfahren“ (BVerfG)
- AG erfuhr erstmals davon durch Zustellung.

BVerfG zur prozessualen Waffengleichheit im Eilverfahren (1)

- Der Gehörsgrundsatz aus Art.103 I GG ist eine besondere Ausprägung der prozessualen Waffengleichheit.
*„Als **prozessuales Unrecht** gebietet dieser, in einem gerichtlichen Verfahren der Gegenseite grundsätzlich **vor einer Entscheidung Gehör** und damit Gelegenheit zu gewähren, auf eine bevorstehende Entscheidung Einfluss zu nehmen.“*
- **Anhörung vor Erlass** einer einstweiligen Verfügung **nur in Ausnahmefällen entbehrlich** (z.B. Arrest, Haft, Durchsuchung).
„Von der Erforderlichkeit einer Überraschung oder Überrumpelung des Gegners kann bei der Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen im Presse- und Äußerungsrecht jedenfalls nicht als Regel ausgegangen werden.“

BVerfG zur prozessualen Waffengleichheit im Eilverfahren (2)

*„Hiervon zu unterscheiden ist die Frage, wann über den Erlass... **ohne mündliche Verhandlung** entschieden werden kann. Für die Beurteilung, wann ein dringender Fall iSd § 937 II ZPO vorliegt, haben die Fachgerichte einen **weiten Wertungsrahmen**.“*

Die „neue Verfahrensordnung“ in Verfügungsverfahren

- Gilt für den gesamten Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes und des Wettbewerbsrechts (OLG Düsseldorf GRUR Prax 2019,292).
- Beschlussverfügungen ohne Abmahnung oder sonst. vorheriges Gehör nur noch in seltenen Ausnahmefällen (Sequestration, etc). Die „Schubladenverfügung“ ist tot.
- **Vier Konstellationen:**
 1. Der kurze Weg zur Beschlussverfügung
 2. Verfügungsantrag ist nachbesserungsbedürftig
 3. Antrag insgesamt unbegründet
 4. Antrag nur teilweise begründet

1. Fall: Der kurze Weg zur Beschlussverfügung

Beschlussverfügung ohne gerichtliche Anhörung – Voraussetzungen

Abmahnung mit
angemessener
Frist

Antwort des Ag.
wird vorlegt,
Schutzschrift
beigezogen

Antragsschrift
und
Abmahnung
deckungsgleich

**Beschluss:
Einstweilige
Verfügung**

2. Fall: Verfügungsantrag ist nachbesserungsbedürftig

*„Gehör ist auch zu gewähren, wenn das Gericht dem Antragsteller **Hinweise** nach § 139 ZPO erteilt, von denen die Gegenseite nicht oder erst nach Erlass einer für sie **nachteiligen** Entscheidung erfährt.“*

- Form der Hinweise
- In jedem Fall: vollständige Dokumentation in der Akte (wer, wann, was, mit wem)
- Art der Hinweise
- Keine Anhörung bei Hinweisen zu
 - reinen Formalien, „kleineren Versäumnissen“, Glaubhaftmachungsmitteln?
 - Verständnisrückfragen?
 - TÜV-Reihenfolge?
 - fehlender Begründetheit?
- Entscheidend: Deckungsgleichheit (Streitgegenstand, Sach- u. Rechtsvortrag), gleicher Informationsstand

3. Fall: Antrag insgesamt unbegründet

Unverzügliche Mitteilung an Antragsgegner bei Zurückweisung oder Rücknahme – entgegen § 922 Abs. 3 ZPO?

*„Soweit Hinweise erteilt werden, ist der Gegenseite dies in Blick auf die Nutzung dieser Hinweise (...) auch in anderen Verfahren auch im Falle einer Ablehnung des Antrags **unverzüglich** mitzuteilen“*

- Verfassungsgemäße Auslegung von § 922 Abs. 3 ZPO / teleologische Reduktion? (OLG München v. 8.8.2019, Az. 29 W 940/19)
- Mitteilungspflicht bei Zurückweisung u. Rücknahme, auch wenn keine Hinweise?
- § 5 Abs. 3 SRV: *„Mitteilung an Einreicher 3 Monate nach Kennzeichnung als einschlägig“*.

§ 5 Abs. 3 Schutzschriftenregisterverordnung (SRV)

„als einschlägig gekennzeichnet“

DE DE

Verfahrensgegenstand
Untersagung einer Versorgungssperre Gewerbemiete

Schutzschrift Dokument
Schutzschrift [redacted] Signaturstatus *Unsigniert* Signaturstatus des Nachrichtencontainers: Signaturstatus **Gültig**
Vertrauenswürdiger Herkunftsnachweis: Sicherer Übermittlungsweg aus einem besonderen Anwaltspostfach.

Weitere Anlagen des Einreichers

Einschlägigkeiten
Keine Einschlägigkeit festgestellt

„Einschlägigkeit feststellen“

4. Fall: Antrag nur teilweise begründet

- Hinweise auf teilweise Unbegründetheit

- Antrag zu weit
- Antrag zu 1) begründet, Antrag zu 2) nicht

begründen keine Anhörungspflicht vor Erlass, müssen aber mit Beschlussverfügung mitgeteilt werden.

- Hamburger Praxis:

I. (Verbot)

II. *Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 1, 100 Abs. 1 ZPO. Der Antragsteller hat nach folgendem Hinweis des Gerichts den Antrag auf die konkrete Verletzungsform zurückgeführt / den Verfügungsantrag zu 2) zurückgenommen:*

(Wiedergabe des dokumentierten Hinweises)

Aktuelle Urteile und Praxis der Instanzgerichte (1)

- OLG München v. 8.8.2019, Az. 29 W 940/19: „**Dringlichkeitsschädliche Sachbehandlung**“
 - Beschluss über Zurückweisung der sof. Beschwerde ist dem AG bekanntzugeben.
 - Waffengleichheit auch mit Blick auf künftige Verfahren.
 - § 922 Abs. 3 ZPO steht nicht entgegen (a.A. Büscher/*Schmidt*, UWG, § 12, Rn. 288).
- OLG Düsseldorf v. 31.1.2019, GRUR 2019, 438: „**Verweigerter Hinweis**“
 - Kein Rechtsschutzbedürfnis für Antrag bei einem weiteren Gericht, wenn das erste Gericht Bedenken gegen Erlass (ohne mündliche Verhandlung) geäußert hat.
 - „Verweigerter Hinweis“ zur Dringlichkeit rechtfertigt erst recht keine erneute Einreichung bei einem anderen Gericht (Stichwort: Waffengleichheit).

Aktuelle Urteile und Praxis der Instanzgerichte (2)

- OLG Düsseldorf v. 6.3.2019, GRUR-RR 2019, 286: „**Schuhmodelle**“
 - Spannungsfeld zwischen Hinweisen und Befangenheit – Bedeutung der Schutzschrift.
- OLG Düsseldorf v. 27.2.19, GRUR-Prax 2019, 292:
 - Widerspruchsverhandlung heilt Gehörsverstoß.
- LG Hamburg, bisherige Praxis zum **rechtlichen Gehör und KfH-Antrag in der Schutzschrift**
 - Textbaustein: *„Unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessenlage und unter umfassender Abwägung des Beschleunigungsgedankens (...) war der Anregung auf Verweisung nicht zu folgen.“*
 - Kein Sachantrag/Verfahrensantrag, sondern nur „Anregung“.
 - Fraglich, ob die „Hamburger Praxis“ aufrechterhalten werden kann (bejahend Büscher/Schmidt, UWG, § 12, Rn. 282).

FAZIT

- BVerfG:
 - stärkt die Position des AG
 - fordert aber nicht die mündliche Verhandlung als Regelfall (§ 937 Abs. 2 ZPO), sondern vollständige Gehörs-gewährung durch Abmahnung und Schutzschrift sowie bei bestimmten gerichtlichen Hinweisen.
- Sofortige Beschlussverfügungen sind nach wie vor (als Regel) möglich, aber höhere Sorgfalt des Antragsstellers erforderlich.
- Bei substantiellen gerichtlichen Hinweisen zur Nachbesserung ist Antragsgegner **vor** einer für ihn nachteiligen Entscheidung anzuhören.
- Nach Rücknahme/Zurückweisung: Antragsgegner unverzüglich in Kenntnis zu setzen.
- Angemessener Interessenausgleich auch für den „grünen Bereich“.
- Berechtigte Kritik: Höhere Arbeitsbelastung, mehr Anhörungen, Hinweise, mündliche Verhandlungen?

Teil 2: Neues zum Rückruf

BGH: „Piadina-Rückruf“ (GRUR 2016, 406), „Hot Sox“ (GRUR 2016, 720), „RESCUE Tropfen“ (GRUR 2017, 208), „Luftentfeuchter“ (GRUR 2017, 823), „Produkte zur Wundversorgung“ (GRUR 2018, 292)

Die Agenda

- Es war einmal..... „Was raus ist, ist raus!“
- Die fünf Entscheidungen des BGH von „Piadina-Rückruf“ bis „Produkte zur Wundversorgung“
- Die Kritik und der „offene Aufstand“
- Die Konsequenzen in der Praxis (für Gläubiger, Schuldner, Gericht)
- FAZIT

Es war einmal „Was raus ist, ist raus“!

„.....nach dem Grundsatz von Treu und Glauben sind Maßnahmen nicht zumutbar, die auf die Rückabwicklung abgeschlossener Vorgänge zielen und der Schuldner muss sich auch nicht an belieferte Dritte wenden, wenn er nicht die Rechtsmacht hat, auf deren Verhalten Einfluss zu nehmen....

Er ist grds. nur in der von ihm beherrschten Sphäre der Vertriebsorganisation verantwortlich.....

Es bedürfte eigenständiger Gebotsanträge, wenn im Einzelfall eine Rückrufaktion oder auch nur eine Information der Abnehmer gewollt ist. Denn die Streitfrage, ob solche Maßnahmen auch geboten sind, gehört in das Erkenntnisverfahren und soll nicht erst in der Zwangsvollstreckung ausgetragen werden.“

OLG Hamburg v. 31.3.2003, PharmR 2003, 171

Ausdrücklich aufgegeben in OLG HH 30.1.2017, GRUR-RS 2017, 114631

Und heutevon Piadina über Hot Sox zur Wundversorgung

Vier Schritte vor, ein halber Schritt zurück

- Der Unterlassungstitel verpflichtet den Schuldner ..,
„aktiv Maßnahmen zu ergreifen, die den Weitervertrieb verhindern“, „im Rahmen des Möglichen, Erforderlichen und Zumutbaren auf Dritte einzuwirken“, „beinhaltet regelmäßig auch den Rückruf bereits gelieferter Produkte“
 - gilt auch für Unterlassungserklärungen
 - gilt auch für Werbematerial
- Im Eilverfahren abgemildert:
 - *„Aufforderung (an Abnehmer), die Waren im Hinblick auf das Verbot vorläufig nicht weiter zu vertreiben.“*

Die Kritik und der „offene Aufstand“ (Ahrens)

Rechtsverletzung wird durch das Handeln der eigenständigen Abnehmer unterbrochen.

Spezialgesetzlich geregelt, §§ 140a PatG, 18 Abs. 2 MarkG, 98 Abs. 2 UrhG, 8 UWG.

Vorwegnahme der Hauptsache: Aufforderung zum (vorl.) Vertriebsstopp kommt faktisch einem Rückruf gleich.

Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz.

Grenzen zwischen Unterlassung und Beseitigung werden ohne Not verwischt (*Bornkamm*).

Die Prüfung der Möglichkeit, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit wird ohne Not in das Vollstreckungsverfahren verlagert.

Inhalt der Abschlusserklärung, „mutiert“ die eV zu einem endgültigen Titel mit Rückrufpflicht?

OLG Düsseldorf „Rasierklingeneinheiten“, 15. Senat (GRUR 2018, 855) – Rechtsbeschw. nicht eingelegt?

OLG Düsseldorf „Tinnitus-Präparat“, 20. Senat (GRUR RR 2019, 278) – Rechtsbeschw. anhängig

Die Konsequenzen in der Praxis (1)

Für den Gläubiger

- In der Abmahnung den Rückruf ausdrücklich ausnehmen, ausdrücklich geltend machen oder offen lassen?
- Im EV-Antrag ausnehmen (kein Verlust der Dringlichkeit), offen lassen oder ausdrücklich erwähnen?
- Bei Vollziehung erklären, was konkret gewollt wird?
- Risiko des § 945 ZPO ist immer zu bedenken!
- „Man trifft sich immer zweimal“
- Betrifft der Rückruf eigene Kunden?

Die Konsequenzen in der Praxis (2)

Für den Schuldner

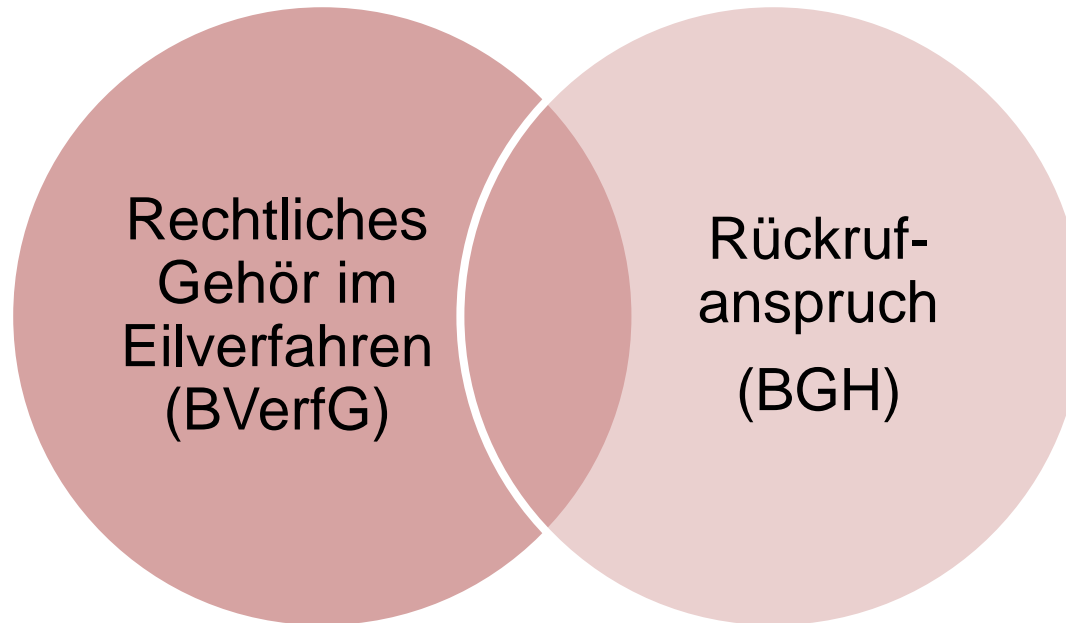
- Rückruf
 - Hoher materieller Schaden (Auslistung im LEH, AV in der Lauertaxe)
 - Hoher Imageschaden (Arzneimittelsicherheit betroffen?)
 - Hohe Unsicherheit (was ist zu tun?)
- In der Unterlassungserklärung den Rückruf ausdrücklich ausnehmen?
- In der Erwiderung/ Schutzschrift zur Unzumutbarkeit, Unmöglichkeit vortragen?

Für das Gericht

- Nachfragen, Hinweise gem § 139 ZPO geben, Unsicherheiten möglichst beseitigen.
- Ggf. gesondert tenorieren.
- Soweit ersichtlich bislang bislang wenig Fälle vor Gericht gelangt, weder im Erkenntnis- noch im Vollstreckungsverfahren.
- Dispositionsmaxime der Parteien!

Zwei aktuelle Themenkreise – Ein Fazit

Es darf weiter
telefoniert werden!



Die Parteien und das
Gericht haben es in der
Hand!

Vielen Dank

rainer.kaase@harmesen.utescher.com