

**In dem Verfahren
über
die Verfassungsbeschwerde**

der G... GmbH,
vertreten durch den Geschäftsführer G.,

- Bevollmächtigte: ... -

gegen den Beschluss des Landgerichts Berlin

vom 25. September 2020 - 102 O 79/20 -

und Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung

hat die 2. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts durch

die Richter Paulus,

Christ

und die Richterin Härtel

gemäß § 93b in Verbindung mit § 93a BVerfGG in der Fassung der
Bekanntmachung vom 11. August 1993 (BGBl I S. 1473)
am 3. Dezember 2020 einstimmig beschlossen:

Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen.

Mit der Nichtannahme der Verfassungsbeschwerde wird der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gegenstandslos (§ 40 Abs. 3 GOBVerfG).

G r ü n d e :

Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen den Erlass einer einstweiligen Verfügung in einem lauterkeitsrechtlichen Verfahren ohne Beteiligung der Beschwerdeführerin, nachdem ihre Reaktion auf die vorgerichtliche Abmahnung dem Gericht durch die Gegenseite nach Angaben der Beschwerdeführerin wahrheitswidrig verschwiegen worden ist.

1

I.

Die Beschwerdeführerin – mit Sitz in Österreich – stellt Nahrungsergänzungsmittel her. Ein Wettbewerbsverein – der Gegner des Ausgangsverfahrens – mahnte die Be-

2

schwerdeführerin mit Schreiben vom 2. September 2020 wegen unlauteren Anbietens und Vertreibens eines Nahrungsergänzungsmittels in der Bundesrepublik Deutschland ab und setzte ihr eine Frist zur Abgabe einer Unterlassungsverpflichtungserklärung bis zum 14. September 2020. Die der Abmahnung beigefügte, vorformulierte Unterlassungsverpflichtungserklärung enthielt unter anderem den Passus:

„verpflichten uns [...]

es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr auf dem deutschen Markt Nahrungsergänzungsmittel in den Verkehr zu bringen und/oder zu vertreiben und/oder zu bewerben, die Benfotiamin als Zutat enthalten,

insbesondere das Mittel ‚BENFOTIAMIN 100mg GPH Kapseln‘ und/oder ‚BENFOTIAMIN 300mg GPH Kapseln‘ [...].“

Die Beschwerdeführerin erwiderte nach ihrem Vortrag mit Schreiben vom 14. September 2020 auf die Abmahnung und wies die Beanstandung zurück. Die Erwiderung auf die Abmahnung übersandte sie der Gegnerin des Ausgangsverfahrens ausweislich des Übermittlungsprotokolls am 14. September 2020 um 14:56 Uhr per Telefax. 3

Am 17. September 2020 beantragte der Gegner des Ausgangsverfahrens beim Landgericht den Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen die Beschwerdeführerin. In der Antragschrift wird unter anderem ausgeführt: 4

„Der Antragsteller mahnte die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 2. September 2020 ab (Anlage A 6). Diese reagierte hierauf nicht, gab insbesondere nicht die von ihr geforderte strafbewehrte Unterlassungserklärung ab. Die Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe ist somit erforderlich.“

Das Landgericht erließ daraufhin die angegriffene einstweilige Verfügung, mit welcher der Beschwerdeführerin untersagt wurde, 5

„im geschäftlichen Verkehr auf dem deutschen Markt das Nahrungsergänzungsmittel ‚BENFOTIAMIN 100mg GPH Kapseln‘ und/oder ‚BENFOTIAMIN 300mg GPH Kapseln‘ in den Verkehr zu bringen und/oder zu vertreiben und/oder zu bewerben,

hinsichtlich der Bewerbung soweit dies geschieht wie in Anlage A 3 [liegt nicht vor] wiedergegeben [...].“

Der Unterlassungstenor entspricht dem Verfügungsantrag. Die angegriffene einstweilige Verfügung wurde der Beschwerdeführerin am 14. Oktober 2020 zugestellt. Die Beschwerdeführerin legte am 9. November 2020 Widerspruch gegen die einstweilige Verfügung ein. Zugleich beantragte sie die Einstellung der Zwangsvollstreckung aus dem Beschluss gemäß § 924 Abs. 3 Satz 2, § 707 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Dieser Antrag ist noch nicht beschieden. Das Landgericht bestimmte Termin zur mündlichen Verhandlung über den Widerspruch zunächst auf den 1. Dezember 2020, dann – auf einen Verlegungsantrag des Beschwerdeführerinnenvertreters hin – auf den 8. Dezember 2020. 6

II.

Die Beschwerdeführerin rügt die Verletzung in ihrem grundrechtsgleichen Recht auf prozessuale Waffengleichheit aus Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG durch „Vorenthaltung rechtlichen Gehörs“.

Der Gegner des Ausgangsverfahrens habe wahrheitswidrig behauptet, die Beschwerdeführerin habe auf eine vorgerichtliche Abmahnung durch denselben nicht reagiert. Diese Behauptung sei nicht glaubhaft gemacht worden. Die Antragsbegründung weiche entscheidend von der Begründung der vorgerichtlichen Abmahnung ab. Das Landgericht habe verkannt, dass die Behauptung einer unterlassenen Abmahnerwiderung glaubhaft zu machen sei. In Bezug auf diesen Punkt bestehe kein fachgerichtlicher Rechtsbehelf, weder durch den Widerspruch noch durch den Antrag auf Aussetzung der Vollziehung. Das Landgericht habe die Beschwerdeführerin aufgrund der fehlenden Glaubhaftmachung anhören müssen und dies willkürlich unterlassen. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gemäß § 32 Abs. 1 BVerfGG sei zur Abwehr schwerer Nachteile für die Beschwerdeführerin dringend geboten. Denn der Beschwerdeführerin werde durch die angegriffene Unterlassungsverfügung verboten, ihre Produkte in Deutschland zu vertreiben.

III.

Die Verfassungsbeschwerde ist nicht zur Entscheidung anzunehmen, da kein Grund zur Annahme nach § 93a Abs. 2 BVerfGG besteht.

1. Die Verfassungsbeschwerde ist mangels ausreichender Erschöpfung des fachgerichtlichen Rechtswegs unzulässig, § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG.

Die Beschwerdeführerin ist gehalten, zunächst den Weg des Widerspruchsverfahrens und des Verfahrens zur Aussetzung der Vollziehung der einstweiligen Verfügung weiterzuverfolgen. Das Widerspruchsverfahren ist vorliegend noch anhängig und der Antrag der Beschwerdeführerin auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung noch nicht beschieden. Der von der Beschwerdeführerin gerügte Umstand – nämlich, dass die einstweilige Verfügung auf den wahrheitswidrigen Vortrag der Gegenseite ergangen sei, die Beschwerdeführerin habe auf eine vorgerichtliche Abmahnung nicht reagiert – kann im zunächst vorrangigen fachgerichtlichen Verfahren korrigiert werden, ohne dass es einer verfassungsgerichtlichen Intervention bedarf.

Erwiese sich der von der Beschwerdeführerin dargestellte Sachverhalt im weiteren Verlauf des Widerspruchsverfahrens als zutreffend, so bildete dies jedenfalls ein Indiz für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten im Sinne von § 8 Abs. 4 UWG (in der Fassung bis zum 1. Dezember 2020; jetzt § 8c UWG in der Fassung vom 2. Dezember 2020) und § 242 BGB. Dem Verfügungsantrag stünde dann der Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegen. Bei Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs nach § 8 Abs. 4 UWG (in der Fassung bis zum 1. Dezember 2020; jetzt § 8c UWG in der Fassung vom 2. Dezember 2020) entfällt die Klagebefugnis, und die auf Unterlassung oder Beseitigung gerichtete Klage ist als unzulässig abzuweisen (vgl. Goldmann, in:

Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 4. Aufl. 2016, § 8 Rn. 729). Dies gilt für einen Verfügungsantrag gleichermaßen. Die angegriffene Entscheidung wäre bereits aus diesem Grunde aufzuheben.

Ein Indiz für ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen kann darin gesehen werden, dass der Antragsteller die Reaktion des Antragsgegners auf eine vorgerichtliche Abmahnung verschweigt. Die prozessuale Wahrheitspflicht nach § 138 Abs. 1 ZPO verpflichtet den Antragsteller zu vollständiger Erklärung über die tatsächlichen Umstände (vgl. OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 22. Februar 2019 - 1 W 9/19 -, BeckRS 2019, 12651 Rn. 10). Kann dem Antragsteller eine planmäßig gezielte Gehörsvereitelung zur Erschleichung eines Titels vorgeworfen werden, kann ein Verfügungsantrag als rechtsmissbräuchlich zurückzuweisen sein (OLG München, Urteil vom 8. Juni 2017 - 29 U 1210/17 -, BeckRS 2017, 124245).

Auf Grundlage des Sachvortrags der Beschwerdeführerin kommt hier – vorbehaltlich einer umfassenden Tatsachenfeststellung und Gesamtwürdigung der Umstände – ein Fall des Rechtsmissbrauchs im Sinne von § 8 Abs. 4 UWG (in der Fassung bis zum 1. Dezember 2020; jetzt § 8c UWG in der Fassung vom 2. Dezember 2020) in Betracht, da der Gegner des Ausgangsverfahrens die ihm ausweislich des Sendebereichs unter zutreffender Telefaxnummer und innerhalb der vom ihm gesetzten Frist am 14. September 2020 übersandte Erwidernungsschreiben auf die Abmahnung dem Landgericht nicht vorgelegt hat, sondern vielmehr angab, eine Reaktion sei nicht erfolgt.

Erst im Rahmen des Widerspruchsverfahrens ist eine ausreichende Sachaufklärung, die eine zur Beurteilung der Rechtsmissbräuchlichkeit erforderliche Betrachtung der Gesamtumstände einschließt, möglich.

2. Die Verfassungsbeschwerde genügt zudem auch in der Sache nicht den Anforderungen der § 23 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1, § 92 BVerfGG.

a) Soweit die Beschwerdeführerin ihre Rüge auf den Erlass der einstweiligen Verfügung trotz unterlassener Vorlage des Erwidernungsschreibens auf die vorgerichtliche Abmahnung stützt, hat sie die Möglichkeit einer Verletzung in ihrem grundrechtsgleichen Recht aus Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG nicht hinreichend dargetan.

Der Erlass der angegriffenen Entscheidung hätte vorliegend auf Grundlage des Sachvortrags der Beschwerdeführerin zwar nicht erfolgen dürfen, da das Erwidernungsschreiben der Beschwerdeführerin auf die vorgerichtliche Abmahnung dem Landgericht nicht vorgelegt worden ist und somit die prozessualen Äußerungsmöglichkeiten der Beschwerdeführerin nicht hinreichend gewahrt wurden. Das Absehen von einer Anhörung der Beschwerdeführerin beruht aber nicht auf einer Missachtung der prozessualen Rechte durch das Gericht. Vielmehr wurde das Gericht durch den wahrheitswidrigen Vortrag der Antragstellerseite im Verfügungsantrag selbst darüber getäuscht, dass tatsächlich sehr wohl eine Erwidernung auf die Abmahnung erfolgt

war.

Diese nach Vortrag der Beschwerdeführerin gezielte Gehörsvereitelung durch den Gegner des Ausgangsverfahrens stellte keinen Verstoß gegen die prozessuale Waffengleichheit von Seiten des Gerichts dar. Eine sachgerechte Entscheidung über die etwaige Durchführung einer mündlichen Verhandlung vor Erlass der einstweiligen Verfügung oder eine schriftliche Anhörung der Beschwerdeführerin respektive den Verzicht darauf unter dem Aspekt der Dringlichkeit nach § 937 Abs. 2 ZPO wäre dem Gericht erst bei Vorliegen der gesamten vorgerichtlichen Korrespondenz möglich gewesen. Dieser Form der missbräuchlichen Titel-erschleichung ist durch den Einwand des Rechtsmissbrauchs nach § 8 Abs. 4 UWG (in der Fassung bis zum 1. Dezember 2020; jetzt § 8c UWG in der Fassung vom 2. Dezember 2020) auf fachrechtlicher Ebene adäquat zu begegnen.

19

b) Soweit die Beschwerdeführerin den Erlass der einstweiligen Verfügung trotz Abweichungen zwischen der vorgerichtlichen Abmahnung und dem bei Gericht gestellten Verfügungsantrag sowie dessen Begründung rügt, liegen die Voraussetzungen, unter denen eine Verfassungsbeschwerde ausnahmsweise unmittelbar gegen eine einstweilige Verfügung selbst erhoben werden kann, nicht vor. Es fehlt insoweit jedenfalls an der Darlegung eines hinreichend gewichtigen Feststellungsinteresses (vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 6. Juni 2017 - 1 BvQ 16/17 u.a. -, Rn. 11; Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 30. September 2018 - 1 BvR 1783/17 -, Rn. 11; Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 30. September 2018 - 1 BvR 2421/17 -, Rn. 24; Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 8. Oktober 2019 - 1 BvR 1078/19 u.a. -, Rn. 3; Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 27. Juli 2020 - 1 BvR 1379/20 -, Rn. 10).

20

aa) Das ursprünglich in der vorgerichtlichen Abmahnung geltend gemachte Unterlassungsbegehren wich von demjenigen, das mit dem gerichtlichen Verfügungsantrag geltend gemacht wurde, insoweit ab, als sich die Beschwerdeführerin in der vorformulierten Unterlassungsverpflichtungserklärung generell verpflichten sollte, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr auf dem deutschen Markt Nahrungsergänzungsmittel in den Verkehr zu bringen und/oder zu vertreiben und/oder zu bewerben, die Benfotiamin als Zutat enthalten. Die konkreten Präparate „BENFOTIAMIN 100mg GPH Kapseln“ und/oder „BENFOTIAMIN 300mg GPH Kapseln“ wurden nur durch einen „insbesondere“-Zusatz benannt. Demgegenüber adressierte der Verfügungsantrag nur noch die konkreten Nahrungsergänzungsmittelpräparate – hinsichtlich der Bewerbung bezogen auf eine konkrete Verletzungsform – nicht mehr sämtliche Nahrungsergänzungsmittel, die Benfotiamin enthalten. Der Verfügungsantrag war also deutlich enger gefasst als das in der Abmahnung postulierte Unterlassungsbegehren.

21

Die Abweichungen zwischen dem außergerichtlich geltend gemachten Unterlassungsverlangen und dem gestellten Verfügungsantrag stellen sich in der Sache jedoch als gering und nicht gravierend dar. Denn das mit dem Verfügungsantrag bean-

22

trage und schließlich mit der angegriffenen Entscheidung tenorierte Verbot war als „Minus“ bereits in dem außergerichtlichen Unterlassungsverlangen enthalten. Eine Verkürzung prozessualer Rechte der Beschwerdeführerin, ihrer Äußerungsmöglichkeiten oder anderweitige Nachteile sind insoweit von ihr nicht vorgetragen worden und auch nicht ersichtlich (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 30. Juli 2020 - 1 BvR 1422/20 -, Rn. 21).

bb) Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die Begründung des Verfügungsantrags weiche entscheidend von der Begründung der Abmahnung ab, ist dies unzutreffend. Anders als von der Beschwerdeführerin behauptet, waren das Inverkehrbringen, der Vertrieb und die Bewerbung des Produkts ausweislich der vorformulierten Unterlassungsverpflichtungserklärung aus der Abmahnung auch bereits Gegenstand derselben. Daraus, dass der Gegner des Ausgangsverfahrens im Verfügungsantrag gegenüber der Abmahnung zusätzliche Rechtsnormen anführt, die sein Unterlassungsbegehren tragen sollen und damit möglicherweise auf die Ausführungen der Beschwerdeführerin in ihrem Erwidierungsschreiben reagierte, ergibt sich nichts anderes. Denn das Unterlassungsbegehren wurde nicht erweitert, sondern eingeschränkt. Eine Identität der rechtlichen Begründung ist nicht erforderlich. Eine Grenze ist dort zu ziehen, wo der gerichtliche Verfügungsantrag den im Rahmen der außergerichtlichen Abmahnung geltend gemachten Streitgegenstand verlässt oder weitere Streitgegenstände und Sachverhaltsumstände neu einführt (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 30. Juli 2020 - 1 BvR 1422/20 -, Rn. 21). Der Gegner des Ausgangsverfahrens hat bereits in der Abmahnung auf die Richtlinie 2002/46/EG (ABl Nr. L 183 vom 12. Juli 2002) und deren Anhang II abgestellt. Dass im Verfügungsantrag neben der Richtlinie nunmehr § 3 Abs. 1 NemV angeführt wurde – anstatt § 2 Abs. 1 Nr. 1, § 21 AMG und § 3a HWG wie in der Abmahnung –, ist unschädlich.

23

Von einer weiteren Begründung wird nach § 93d Abs. 1 Satz 3 BVerfGG abgesehen.

24

Diese Entscheidung ist unanfechtbar.

25

Paulus

Christ

Härtel

Bundesverfassungsgericht, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 3. Dezember 2020 - 1 BvR 2575/20

Zitiervorschlag BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 3. Dezember 2020 - 1 BvR 2575/20 - Rn. (1 - 25), http://www.bverfg.de/e/rk20201203_1bvr257520.html

ECLI ECLI:DE:BVerfG:2020:rk20201203.1bvr257520