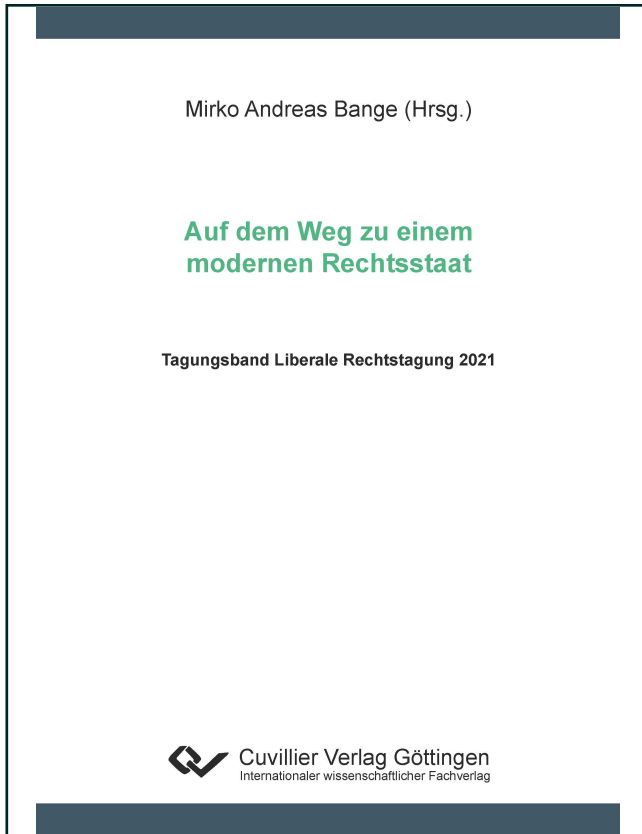




Mirko Andreas Bange (Herausgeber)  
**Auf dem Weg zu einem modernen Rechtsstaat**  
Tagungsband Liberale Rechtstagung 2021



<https://cuvillier.de/de/shop/publications/8546>

Copyright:  
Cuvillier Verlag, Inhaberin Annette Jentsch-Cuvillier, Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen,  
Germany  
Telefon: +49 (0)551 54724-0, E-Mail: [info@cuvillier.de](mailto:info@cuvillier.de), Website: <https://cuvillier.de>

# Eilrechtsschutz und prozessuale Waffengleichheit

## Karlsruhe locuta, causa finita?

Marc Bauer

Universität zu Köln  
marc\_bauer@outlook.com

---

### Abstract

Waffengleichheit ist ein Eckpfeiler jedes rechtsstaatlichen Verfahrens. Das BVerfG hat in den vergangenen Jahren die Anforderungen an die Wahrung der prozessualen Waffengleichheit auch im zivilrechtlichen Eilrechtsschutz präzisiert. Die fachgerichtliche Praxis ist jedoch bis in die jüngste Zeit von teils systematischen Verfassungsverstößen gekennzeichnet. Entscheidungen des BVerfG sind exceptioneller Natur und können allein die Wahrung der Prozessgrundrechte nicht in der Breite des gerichtlichen Alltags gewährleisten. Daher wird die Einführung einer speziellen Feststellungsklage für Fälle der irreversiblen Verletzung der prozessualen Waffengleichheit vorgeschlagen. Zudem sollte abgewartet werden, ob die Rechtsprechung die vorläufige Einstellung der Zwangsvollstreckung künftig auch allein aufgrund eines Waffengleichheitsverstößes zulässt. Im Übrigen bedarf es keiner Kodifikation der inzwischen ausgearbeiteten Grundsätze in die ZPO. Eine Ausnahme betrifft die Aufhebung des strengen Mitteilungsverbot in § 922 Abs. 3 ZPO.

---

### I. Einleitung

„Die Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingschwester der Freiheit“: Dieses eindrückliche Bild Jherings<sup>1</sup> mag bei Betrachtung der Grundrechtsdogmatik in den Sinn kommen. Die materiellen Garantien des Grundgesetzes werden vielfach formell und prozedural abgesichert. Neben den eigentlichen

---

<sup>1</sup> Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 2. Teil, 1. Abt., S. 471.

Verfahrensrechten (wie Art. 19 Abs. 4, 101, 103 GG) erkennt das BVerfG generell einen Grundrechtsschutz durch Verfahren an.<sup>2</sup>

Zu diesen Verfahrensgrundrechten gehört auch das – im GG nicht explizit erwähnte – Recht auf Waffengleichheit. Wie bei anderen Verfahrensgarantien stellt sich auch bei ihm die Frage, welcher Eigenwert ihm unabhängig vom sachlich richtigen Ergebnis zukommt. Im Verwaltungsrecht gibt es zu Verfahrensfehlern teils sehr weitgehende Regelungen, welche aus der Zwillingschwester der Freiheit eine entfernte Verwandte machen, §§ 45, 46 VwVfG. Auch im zivilrechtlichen Eilrechtsschutz neigen die Fachgerichte dazu, sie um des richtigen Ergebnisses willen zu vernachlässigen.

Dem ist das BVerfG entgegengetreten – erst mit einem obiter dictum in einem Nichtannahmebeschlusses<sup>3</sup>, dann mit zwei feststellenden Beschlüssen in Verfassungsbeschwerdeverfahren<sup>4</sup> und schließlich mit einer Serie einstweiliger Anordnungen<sup>5</sup>. Diese eskalierende Vorgehensweise ist nur verständlich im Angesicht der Beharrungskräfte, die in der Fachgerichtsbarkeit bestehen.

Ob diese Judikatur genügt, um die Praxis flächendeckend zu verändern, bleibt abzuwarten. Der Beitrag zeichnet die Anforderungen an die Waffenrechtsgleichheit und ihren Stand in der Rechtswirklichkeit nach (II). Sodann wird die Verfassungsbeschwerde als Durchsetzungsinstrument kritisch gewürdigt (III). Schließlich werden Handlungsempfehlungen zur effektiveren Verankerung der Waffenrechtsgleichheit auch in der Praxis aufgezeigt (IV).

## **II. Die prozessuale Waffengleichheit**

### **1. Verfassungsrechtliche Maßstäbe**

#### a) Herleitung und Inhalt der prozessualen Waffengleichheit

Der Gedanke der Waffengleichheit ist bereits in römischer Zeit bekannt: Qui statuit aliquid parte inaudita altera, aequum licet statuerit, haud aequus fuit.<sup>6</sup> Maßgeblich geprägt wurde er durch die Judikatur des EGMR zu Art. 6 Abs. 1 EMRK.<sup>7</sup>

---

<sup>2</sup> BVerfGE 53, 30 (65); BVerfGE 69, 315 (355).

<sup>3</sup> BVerfG, Beschl. v. 06.06.2017, NJW 2017, 2985.

<sup>4</sup> BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018, NJW 2018, 3631; BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018, NJW 2018, 3634.

<sup>5</sup> BVerfG, Beschl. v. 03.06.2020, NJW 2020, 2021; BVerfG, Beschl. v. 17.06.2020, BeckRS 2020, 13380; BVerfG, Beschl. v. 22.12.2020, NJW 2021, 615; BVerfG, Beschl. v. 11.01.2021, NJW 2021, 1587.

<sup>6</sup> „Wer etwas beschließt, ohne die andere Partei gehört zu haben, handelt nicht fair, selbst wenn er Fairnes beschlossen haben sollte, *Seneca*, *Medea* Vers 199 f., zitiert nach *Safferling*, *NStZ* 2004, 181.

<sup>7</sup> *Safferling*, *NStZ* 2004, 181 (182).

Er ist im Strafprozess anerkannt<sup>8</sup> und stellt einen eigenständigen Prozessgrundsatz des Zivilprozesses dar.<sup>9</sup>

Das BVerfG leitet den Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit im Zivilprozess aus dem Rechtsstaatsprinzip und dem allgemeinen Gleichheitssatz ab.<sup>10</sup> Er sichert die Gleichwertigkeit der prozessualen Stellung der Parteien vor dem Richter, der – auch im Blick auf die grundrechtlich gesicherte Verfahrensgarantie aus Art. 103 I GG – den Prozessparteien im Rahmen der Verfahrensordnung gleichermaßen die Möglichkeit einzuräumen hat, alles für die gerichtliche Entscheidung Erhebliche vorzutragen und alle zur Abwehr des gegnerischen Angriffs erforderlichen prozessualen Verteidigungsmittel selbstständig geltend zu machen.<sup>11</sup> Ihm entspricht die Pflicht des Richters, diese Gleichstellung der Parteien durch eine objektive, faire Verhandlungsführung, durch unvoreingenommene Bereitschaft zur Verwertung und Bewertung des gegenseitigen Vorbringens, durch unparteiische Rechtsanwendung und durch korrekte Erfüllung seiner sonstigen prozessualen Obliegenheiten gegenüber den Prozessbeteiligten zu wahren.<sup>12</sup> Prägnant lässt sich ein nicht verfassungskonformes Verfahren als „Geheimverfahren“ kennzeichnen.<sup>13</sup>

Die prozessuale Waffengleichheit steht dabei im Zusammenhang mit dem Gehörgrundsatz (Art. 103 Abs. 1 GG), der eine besondere Ausprägung der Waffengleichheit ist.<sup>14</sup> Als prozessuales Urrecht<sup>15</sup> gebietet 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.<sup>16</sup>

b) Das Spannungsverhältnis zur Garantie effektiven Rechtsschutzes

Die prozessuale Waffengleichheit steht in einem Spannungsverhältnis zur Garantie effektiven Rechtsschutzes. Diese verbürgt nicht nur die Möglichkeit irgendei-

---

<sup>8</sup> BVerfGE 110, 226 (253).

<sup>9</sup> Siehe dazu grundlegend *Jung*, Der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozeß, 1990, S. 111 ff.

<sup>10</sup> BVerfGE 52, 131 (156); BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018, NJW 2018, 3631 Rn. 14.

<sup>11</sup> BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018, NJW 2018, 3631 Rn. 14.

<sup>12</sup> BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018, NJW 2018, 3631 Rn. 14.

<sup>13</sup> BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018, NJW 2018, 3631 Rn. 24.

<sup>14</sup> BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018, NJW 2018, 3631 Rn. 15.

<sup>15</sup> BVerfGE 70, 180 (188).

<sup>16</sup> BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018, NJW 2018, 3631 Rn. 15.

nes Rechtsschutzes, sondern verlangt auch effektiven, insbesondere rechtzeitigen Rechtsschutz.<sup>17</sup> Dies umfasst auch die Gewährung von Eilrechtsschutz.<sup>18</sup> Dieser ist zu gewähren, wenn ohne sie dem Betroffenen eine erhebliche, über Randbereiche hinausgehende Verletzung in seinen Rechten droht, die durch die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann.<sup>19</sup>

Für öffentlich-rechtliche Streitigkeiten gründet sich die Rechtsschutzgarantie auf Art. 19 Abs. 4 GG, für zivilrechtliche Streitigkeiten folgt sie aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG).<sup>20</sup> Der Erlass von Entscheidungen ohne Einbeziehung der Gegenseite ist daher nicht schlechterdings untersagt. Die Ausgestaltung der Verfahrensordnungen muss beiden Rechten hinreichend Rechnung tragen. Hierbei wird dem Gesetzgeber ein Gestaltungsspielraum einzuräumen sein.<sup>21</sup> Das BVerfG hat bislang die gerichtliche Praxis des zivilrechtlichen Eilrechtsschutzes in den Blick genommen, ohne die gesetzgeberischen Grundentscheidungen infrage zu stellen.

#### c) Maßstäbe für den zivilrechtlichen Eilrechtsschutz

Als Mittel des einstweiligen Rechtsschutzes hält die ZPO den Arrest sowie die einstweilige Verfügung bereit, §§ 916 ff. ZPO. Diese Instrumente kommen insbesondere auch zur Anwendung bei Streitigkeiten aus dem – wirtschaftlich bedeutsamen – Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes und des Lauterkeitsrechtes sowie dem Presse- und Äußerungsrecht. Praktisch steht die einstweilige Verfügung im Vordergrund, da der Arrest auf die Sicherung von Geldforderungen beschränkt ist.<sup>22</sup> Wird eine einstweilige Verfügung ohne mündliche Verhandlung erlassen, so ergeht die Entscheidung als Beschluss (Beschlussverfügung).

##### (1) Entbehrlichkeit einer vorherigen Anhörung

Entbehrlich ist eine vorherige Anhörung nur in Ausnahmefällen.<sup>23</sup> Voraussetzung der Verweisung auf eine nachträgliche Anhörung ist, dass ansonsten der Zweck des einstweiligen Verfügungsverfahrens verhindert würde.<sup>24</sup> Das BVerfG nennt

---

<sup>17</sup> *Sachs*, in: *Sachs*, GG Art. 19 Rn. 144.

<sup>18</sup> *Sachs*, in: *Sachs*, GG Art. 19 Rn. 148a; *Drescher*, in: *Münchener Kommentar*, ZPO Vorb. zu § 916 Rn. 3.

<sup>19</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 12.05.2005, NVwZ 2005, 927 (928) für verwaltungsrechtliche Streitigkeiten.

<sup>20</sup> BVerfGE 93, 99 (107); BVerfGE 88, 123.

<sup>21</sup> Vgl. zu Art. 19 Abs. 4 GG *Sachs*, in: *Sachs*, GG Art. 19 Rn. 149.

<sup>22</sup> *Drescher*, in *Münchener Kommentar*, ZPO Vorb. zu § 916 Rn. 34.

<sup>23</sup> BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018, NJW 2018, 3631 Rn. 15.

<sup>24</sup> BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018, NJW 2018, 3631 Rn. 15.

aus dem Zivilrecht das ZPO-Arrestverfahren.<sup>25</sup> Anzunehmen wird dies auch im Falle einer beantragten Sequestration oder bei einer „ganz besonders gesteigerten Eilbedürftigkeit“ sein.<sup>26</sup> Bei den sog. Messefällen dürfte dies nicht mehr prinzipiell gelten.<sup>27</sup> Für das Presse- und Äußerungsrecht hat das BVerfG eine solche Entbehrlichkeit verneint.<sup>28</sup> Dies ist vor dem Hintergrund, dass selbst im Strafprozess der Erlass eines Haftbefehls ohne vorherige Anhörung nur, wenn dies unabweisbar ist, um den Zweck der Maßnahme nicht zu gefährden, zulässig ist, einleuchtend.<sup>29</sup>

## (2) Mündliche Verhandlung

Eine verfassungsrechtliche Pflicht, mündliche Verhandlungen vorzusehen, hat das BVerfG bislang nicht postuliert. Vor dem Hintergrund der gebotenen Berücksichtigung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz liegt dies auch fern. Der Gesetzgeber dürfte daher grundsätzlich frei sein, auch von dem Erfordernis einer mündlichen Verhandlung abzusehen. Augenfällig ist dies bei einstweiligen Anordnungen in Gewaltschutzsachen (§§ 210, 214, 49, 51 Abs 2 S 2 FamFG i.V.m. §§ 1, 2 GewSchG). Selbst im Hauptsacheverfahren ist die mündliche Verhandlung dort nicht als Regelfall ausgestaltet.

Im zivilrechtlichen Verfügungsverfahren nach § 935 ff. ZPO ist die mündliche Verhandlung dagegen der gesetzliche Regelfall. Ohne mündliche Verhandlung darf eine Verfügung nur in dringenden Fällen ergehen, § 937 Abs. 2 ZPO. Da bereits das Verfügungsverfahren eine Eilbedürftigkeit voraussetzt, muss der ohne mündliche Verhandlung zu entscheidende Fall nach der gesetzgeberischen Entscheidung eine über den Verfügungsgrund hinausgehende Dringlichkeit aufweisen.<sup>30</sup>

Ob diese gesetzliche Regelung verfassungsrechtlich erforderlich ist, wird vom BVerfG nicht beleuchtet. Dass sich das BVerfG dennoch mit der Erforderlichkeit einer mündlichen Verhandlung beschäftigt, lässt sich im Ergebnis so interpretieren, dass wenn das Verfahrensrecht Waffengleichheit auch durch eine mündliche

---

<sup>25</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 30.09.2018, NJW 2018, 3631 Rn. 15.

<sup>26</sup> *Bornkamm*, GRUR 2020, 715 (723).

<sup>27</sup> So *Petersenn/Peters*, NJW 2021, 725 Rn. 39.

<sup>28</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 30.09.2018, NJW 2018, 3631 Rn. 18; *BVerfG*, Beschl. v. 30.09.2018, NJW 2018, 3634 Rn. 31.

<sup>29</sup> *BVerfGE* 9, 89 (97). Zur fehlenden Übertragbarkeit auch deutlich *Bornkamm*, GRUR 2020, 715 (720).

<sup>30</sup> *Bornkamm*, GRUR 2020, 715 (723).

Verhandlung sichert, die Verletzung dieser einfachgesetzlichen Vorschriften auch auf das Grundrecht durchschlagen kann.

Allerdings wird den Fachgerichten ein weiter Wertungsrahmen zugebilligt und darauf hingewiesen, dass ein Verzicht auf eine mündliche Verhandlung um des effektiven Rechtsschutzes willen sogar geboten sein kann.<sup>31</sup> Dem zurückgenommenen Kontrollmaßstab entspricht, dass an der fehlenden mündlichen Verhandlung bislang in keinem Fall Anstoß genommen wurde. An der von der Praxis etablierten Umkehrung des Regel-Ausnahmeverhältnisses hat das BVerfG daher wohl nicht rütteln wollen.<sup>32</sup>

### (3) Vorprozessuale Einbeziehung des Gegners

Schwerpunkt der Entscheidungen des BVerfG bilden Ausführungen zu der Frage, ob gänzlich auf eine gerichtliche Anhörung des Gegners verzichtet werden darf. Auch dies ist nicht prinzipiell unzulässig. Vorprozessuale Äußerungsmöglichkeiten, insbesondere auf eine Abmahnung, können genügen.<sup>33</sup> Auch die Möglichkeit der Einreichung von Schutzschriften hebt das BVerfG hervor.<sup>34</sup> Später allerdings hat es ausgeführt, es sei einer Partei nicht zuzumuten, auf diese Weise vorsorglich auf einen Vortrag zu erwidern, den sie noch nicht kennen kann.<sup>35</sup> Zumindest bei neuen Argumenten im Verfügungsantrag wird eine Anhörung auch bei Vorliegen einer Schutzschrift erforderlich sein.<sup>36</sup>

Die rein vorprozessuale Äußerungsmöglichkeit genügt nur dann, wenn 1. der Verfügungsantrag in Anschluss an die Abmahnung unverzüglich nach Ablauf einer angemessenen Frist für die begehrte Unterlassungserklärung bei Gericht eingereicht wird, 2. die abgemahnte Äußerung sowie die Begründung für die begehrte Unterlassung mit dem bei Gericht geltend gemachten Unterlassungsbegehren identisch sind und 3. der Antragsteller ein etwaiges Zurückweisungsschreiben des Antraggegners zusammen mit seiner Antragschrift bei Gericht eingereicht hat.<sup>37</sup>

Die in der Literatur als „Deckungsgleichheit“ bezeichnete Identität von abgemahnter Äußerung und Gegenstand des Verfügungsantrags erfordert keine

---

<sup>31</sup> BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018, NJW 2018, 3631 Rn. 19.

<sup>32</sup> So auch das Fazit von Mantz, NJW 2019, 953 (959); Petersenn/Peters, NJW 2021, 725 Rn. 48; Bornkamm, NJW 2019, 953 (959).

<sup>33</sup> BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018, NJW 2018, 3631 Rn. 22.

<sup>34</sup> BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018, NJW 2018, 3631 Rn. 22.

<sup>35</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.06.2020, BeckRS 2020, 13380 Rn. 17.

<sup>36</sup> Petersenn/Peters, NJW 2021, 725 Rn. 46.

<sup>37</sup> BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018, NJW 2018, 3631 Rn. 23.

Wortlautidentität,<sup>38</sup> sondern lediglich eine Kongruenz, die insbesondere bei einem gegenüber der Abmahnung wesentlich differenzierten und umfassenderen Antragschriftsatz fehlt.<sup>39</sup> Im Zweifel ist das Gehör auch bei kleinsten Abweichungen zu gewähren.<sup>40</sup>

(4) Gerichtliche Anhörung nach Erteilung von Hinweisen

Die prozessuale Waffengleichheit bezieht sich auch auf vom Gericht selbst erteilte Hinweise, die beiden Parteien zeitnah mitgeteilt und vollständig dokumentiert werden müssen.<sup>41</sup> Auch wenn eine vorprozessuale Stellungnahme des Gegners den oben unter (3) genannten Voraussetzungen genügt, bedarf es sodann einer gerichtlichen Anhörung auf die erteilten Hinweise hin.<sup>42</sup>

(5) Nicht-mündliche Anhörung im gerichtlichen Verfahren

Ist eine Anhörung im gerichtlichen Verfahren erforderlich, hat das Gericht eine Reihe von Handlungsoptionen. Insbesondere kann es auch eine kurze Anhörungsfrist setzen.<sup>43</sup> Die Anhörung kann schriftsätzlich, fernmündlich oder auch per E-Mail erfolgen.<sup>44</sup>

(6) Obliegenheit zur schnellen Terminierung der mündlichen Verhandlung auf den Widerspruch hin

Auch nach Erlass einer einstweiligen Verfügung sieht das BVerfG die Fachgerichte in der Pflicht. Wird ohne Einbeziehung der Gegenseite eine einstweilige Verfügung erlassen, so besteht die besondere Obliegenheit, eine mündliche Verhandlung zeitnah anzuberaumen.<sup>45</sup> Im konkreten Fall wurde bemängelt, dass der Termin zur Verhandlung über den Widerspruch gegen die am 30. April erlassene einstweilige Verfügung in den Juli gelegt wurde.<sup>46</sup> Etwas anders wird die Bedeutung der Terminierungsfrist in einer späteren Entscheidung verstanden, in der die

---

<sup>38</sup> *Mantz*, NJW 2020, 2007 Rn. 9. Anders wohl die Lesart von *Lerach*, GRUR-Prax 2020, 401 (404), der ein „striktes Identitätserfordernis“ als zu weitgehend kritisiert.

<sup>39</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 03.06.2020, NJW 2020, 20213 Rn. 21.

<sup>40</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 27.07.2020, NJW 2020, 3023 Rn. 14.

<sup>41</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 30.09.2018, NJW 2018, 3631 Rn. 24; *BVerfG*, Beschl. v. 30.09.2018, NJW 2018, 3634 Rn. 36.

<sup>42</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 30.09.2018, NJW 2018, 3631 Rn. 24.

<sup>43</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 03.06.2020, NJW 2020, 2021 Rn. 23.

<sup>44</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 17.06.2020, BeckRS 2020, 13380 Rn. 16.

<sup>45</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 03.06.2020, NJW 2020, 2021 Rn. 24.

<sup>46</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 03.06.2020, NJW 2020, 2021 Rn. 24.



in concreto nicht beanstandete, gut achtwöchige Frist als zusätzliches Argument gegen das Feststellungsinteresse verwendet wurde.<sup>47</sup>

#### (7) Stellungnahme

Das BVerfG spricht aus, was eigentlich selbstverständlich sein sollte: Gründe, einer Partei in keiner Weise Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, sind in aller Regel nicht vorhanden. Die moderne Technik ermöglicht Stellungnahmen auch binnen weniger Stunden per E-Mail. Gerade die Praxis der Beschlussverfügungen zeigt, dass informelle Kommunikationsformen wie der Griff zum Telefon auch der Richterschaft nicht unbekannt sind. Gleichzeitig ist es begrüßenswert, dass das BVerfG keine Fixierung auf die mündliche Verhandlung vornimmt und so den Nöten der Praxis Beachtung schenkt. Denn an einer effektiven Rechtsdurchsetzung im Eilrechtsschutz besteht ebenfalls ein hohes, von Art. 19 Abs. 4 gesichertes Interesse. Die schnelle Rechtsverfolgung mittels Beschlussverfügung stellt sich auch international als Erfolgsmodell dar.<sup>48</sup>

## 2. Wirklichkeit des zivilrechtlichen Eilrechtsschutzes

### a) Systematische Verletzung des Grundsatzes der prozessualen Waffengleichheit

Die Rechtswirklichkeit stellt sich als betrüblich dar: Die Verletzung des Grundsatzes der prozessualen Waffengleichheit ist über Jahrzehnte verstetigt worden.<sup>49</sup> Dies hat auch zur missbräuchlichen Titelerstleichung beigetragen.<sup>50</sup> Das Phänomen ist bundesweite Praxis.<sup>51</sup> Der Verzicht auf die mündliche Verhandlung stellt sich in Umkehrung der gesetzlichen Anordnung in § 937 Abs. 2 ZPO als faktischer Regelfall dar.<sup>52</sup> Eine Erfüllung der gesetzlichen Regel bedürfe nach Schätzungen einer Verdopplung der personellen und sächlichen Ressourcen an den Landgerichten;<sup>53</sup> im einzelnen Verfahren bedürfe eine Entscheidung mit mündlicher Verhandlung gegenüber einer Beschlussverfügung den zehnfachen Aufwand, während jedoch bei Einlegung eines Widerspruchs der Arbeitsaufwand in etwa gleich

---

<sup>47</sup> BVerfG, Beschl. v. 27.07.2020, NJW 2020, 3023 Rn. 26.

<sup>48</sup> Dissmann, GRUR 2020, 1152 (1156).

<sup>49</sup> Dissmann, GRUR 2020, 1152 (1154); Roth, NJW 2018, 3634 (3636 f.).

<sup>50</sup> Roth, NJW 2018, 3634 (3637) unter Hinweis auf LG München I, Urt. v. 24.01.2017, MMR 2017, 423.

<sup>51</sup> Dissmann, GRUR 2020, 1152 (1154).

<sup>52</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.01.2021, MarkenR 2021, 113 (117); Mantz, NJW 2019, 953 (954).

<sup>53</sup> Lerach, jurisPR-WettbR 11/2018 Anm. 1.

bleibe.<sup>54</sup> Auch die einseitigen, nicht der Gegenseite bekanntgemachten Hinweise an den Antragsteller seien keine Ausnahmefälle, sondern an der Tagesordnung.<sup>55</sup>

Die „Unsitte“<sup>56</sup> der Beschlussverfügung entsprach daher der Rechtswirklichkeit zu Beginn der einschlägigen BVerfG-Judikatur. Auch lange danach sei ein grundlegender Wandel in der Praxis noch nicht zu beobachten gewesen.<sup>57</sup>

#### b) Fehlende fachgerichtliche Abhilfemöglichkeit

Gegen eine einstweilige Verfügung ist kein Rechtsbehelf statthaft, mit dem eine Verletzung der prozessualen Waffengleichheit unabhängig von der materiellen Rechtslage geltend gemacht werden könnte. Der Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung gemäß §§ 924 Abs. 3 i.V.m. 707 Abs. 1 S. 2 ZPO setzt nach wohl allgemeiner Auffassung eine Prüfung der Erfolgsaussichten in der Sache voraus.<sup>58</sup> Dies ist auch von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden.<sup>59</sup> Auch der Widerspruch gegen die Beschlussverfügung (§§ 936, 924, 925 ZPO) führt zu einer mündlichen Verhandlung, auf die hin durch Urteil über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung in der Sache entschieden wird.

Dies führt denn auch zu dem mit den Verfassungsbeschwerden erhobenen Vorwurf eines bewussten und systematischen Übergehens der prozessualen Rechte, welches die Fachgerichte im Vertrauen darauf praktizierten, dass diese Rechtsverletzungen angesichts später eröffneter Verteidigungsmöglichkeiten folgenlos blieben und deshalb nicht geltend gemacht werden könnten.<sup>60</sup>

### III. Die Verfassungsbeschwerde als außerordentlicher Rechtsbehelf

#### 1. Vom Feststellungstenor zur einstweiligen Anordnung

In den zunächst vom BVerfG entschiedenen Konstellationen hat es sich darauf beschränkt, im Hauptsacheverfahren den Verfassungsbeschwerden stattzugeben und im Tenor die Grundrechtsverletzung festzustellen. Die Verfassungsbeschwerde übernimmt damit die Funktion, die im Verwaltungsprozessrecht die

<sup>54</sup> *Dissmann*, GRUR 2020, 1152 (1154 f.).

<sup>55</sup> *Löffel*, WRP 2019, 8 (11); *Ringer/Wiedemann*, GRUR-Prax 2020, 359 (360).

<sup>56</sup> *Sajuntz*, NJW 2018, 589, (594).

<sup>57</sup> *Ringer/Wiedemann*, GRUR-Prax 2020, 359 (360). So auch trotz positiver Tendenz das Fazit von *Hartmann*, K&R 2021, 229, 231.

<sup>58</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 03.06.2020, NJW 2020, 2021 Rn. 12; *Götz*, in: Münchener Kommentar, ZPO, § 707 Rn. 12;

<sup>59</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 06.06.2017, NJW 2017, 2985 Rn. 5.

<sup>60</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 30.09.2018, NJW 2018, 3631 Rn. 10.

Fortsetzungsfeststellungsklage (§ 113 Abs. 1 S. 5 VwGO) hat, die im Zivilprozessrecht aber, bezogen auf eine rein prozessuale Rechtsverletzung, nicht besteht.<sup>61</sup>

Die Feststellung eines Rechtsverstoßes kommt für die in ihren Rechten verletzte Partei in der Sache zu spät. Der Schwerpunkt einer feststellenden Entscheidung des BVerfG liegt in der Signalwirkung, die sie für zukünftige Entscheidungen der Fachgerichte hat. So konnte man bereits das obiter dictum<sup>62</sup> im Jahre 2017 deuten. Diesem „deutlichen Schuss vor den Bug einer gesetzwidrigen Gerichtspraxis“<sup>63</sup> folgte dann der „Paukenschlag“<sup>64</sup> in Gestalt zweier stattgebender Verfassungsbeschwerden.<sup>65</sup> Die Hoffnung, die Fachgerichte würden sich dies zur Warnung gereichen lassen und künftig solche Verletzungen abstellen,<sup>66</sup> hat sich offenbar nicht bestätigt.

Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass das BVerfG 2020 einen Schritt weiter gegangen ist und eine einstweilige Anordnung erließ,<sup>67</sup> nachdem es dies zuvor mehrfach auch bei den letztlich erfolgreichen Verfassungsbeschwerden abgelehnt hatte.<sup>68</sup>

## 2. Bestehende Rechtsschutzdefizite

Auch wenn Waffengleichheitsverstöße nunmehr direkt zur Außerkraftsetzung der Verfügung durch eine einstweilige Anordnung des BVerfG führen können, ist die Effektivität des Rechtsschutzes in der Praxis weiter fraglich.

a) Faktische Grenzen der Verfassungsbeschwerde als Rechtsschutzinstrument

Das BVerfG hat traditionell mit einer hohen Arbeitsauslastung zu kämpfen.<sup>69</sup> Wie die Einfügung des § 93a BVerfGG verdeutlicht, kann nicht jede Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung gelangen, sondern es braucht besondere Gründe, die in der grundsätzlichen Bedeutung einer Rechtsfrage (§ 93 Abs. 2 lit. a BVerfGG)

---

<sup>61</sup> Vgl. *Bornkamm*, GRUR 2020, 715 (717).

<sup>62</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 06.06.2017, NJW 2017, 2985.

<sup>63</sup> Vgl. *M. Vollkommer*, MDR 2017, 1287 1288.

<sup>64</sup> *Bornkamm*, GRUR 2020, 715. Zur Deutung als Paukenschlag auch *Möller*, WRP 2020, 982 (983).

<sup>65</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 30.09.2018, NJW 2018, 3631 und *BVerfG*, Beschl. v. 30.09.2018, NJW 2018, 3634.

<sup>66</sup> So noch die Hoffnung von *Roth*, NJW 2018, 3634 (3637) nach den Entscheidungen *BVerfG*, Beschl. v. 30.09.2018, NJW 2018, 3631 und *BVerfG*, Beschl. v. 30.09.2018, NJW 2018, 3634. Ähnlich *Bornkamm*, GRUR 2020, 715 (722).

<sup>67</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 03.06.2020, NJW 2020, 2021.

<sup>68</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 30.09.2018, NJW 2018, 3631 und *BVerfG*, Beschl. v. 30.09.2018, NJW 2018, 3634.

<sup>69</sup> *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Vorbemerkung Rn. 222 f.