

Zeitschrift für Anwalts- und Gerichtspraxis

Dringlichkeit(svermutung) und Selbstwiderlegung im Recht des geistigen Eigentums

Prof. Dr. Ludwig Gramlich / Rechtsanwalt Dr. Hans-Josef Lütke, Chemnitz*

Bei Verletzungen von Rechten geistigen Eigentums (i. w. S.) geht es primär um Unterlassung, also darum, den rechtmäßigen Zustand möglichst rasch wiederherzustellen. Auch wenn es dem Verletzten grundsätzlich frei steht, seinen Unterlassungsanspruch durch Klage oder einstweilige Verfügung zu verfolgen, ja, er diesen auch „doppelspurig“,¹ mithin parallel oder nebeneinander geltend machen kann, kommt einstweiligen Verfügungen² im Recht des geistigen Eigentums besondere Bedeutung zu.³ Wegen der raschen Auswirkung der Rechtsverstöße sind beide Parteien (meist) an einer umgehenden Klärung der Rechtslage interessiert, so dass häufig bereits eine Unterlassungsverfügung den Streit entscheidet und sich ein Hauptsacheverfahren erübrigt.⁴ Einstweiliger Rechtsschutz ist deshalb im Regelfall unverzichtbarer Bestandteil wirksamen Rechtsschutzes.⁵ Fragen in Bezug auf den Verfügungsanspruch stellen sich eher selten(er); die eigentliche Problematik betrifft die Dringlichkeits(vermutung) und deren Selbstwiderlegung durch das Verhalten der Antragsteller oder ihrer Prozessbevollmächtigten.

A. DRINGLICHKEIT

I. Begriff

Nach § 940 ZPO sind einstweilige Verfügungen zulässig, wenn die Regelung „nötig erscheint“. Beispielhaft werden dort die „Abwendung wesentlicher Nachteile, die „Verhinderung drohender Gewalt“ sowie (nicht näher erläuterte) „andere Gründe“ genannt. Die auf diese Weise beschriebene Eilbedürftigkeit wird unter dem Begriff der „Dringlichkeit“⁶ zusammengefasst, der den Verfügungsgrund und die gesetzlichen Beispiele treffend beschreibt. Als besondere Form des Rechtsschutzinteresses⁷ und damit als Prozessvoraussetzung ist die Dringlichkeit von Amts wegen zu prüfen.⁸ Auch bei der Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums ist ihr Vorliegen nach allgemeinen (Be-)Wertungskriterien zu beurteilen. Spezielle norm- oder bereichsbezogene Merkmale hat die Rechtsprechung für den Bereich geistigen Eigentums bisher nicht herausgearbeitet, wenn man nicht die deutliche Zurückhaltung der Gerichte, bei Patentverletzungen Unterlassungsverfügungen zu erlassen,⁹ als eine solche (dann allerdings negative) Ausprägung ansehen will. Dabei stellt sich die Frage, ob hier noch Rechtsauslegung oder -fortbildung

oder aber schon (der Legislative vorbehaltene [negative]) Rechtssetzung vorliegt. Bei der Entscheidung über die Dringlichkeit sind die schutzwürdigen Interessen beider Seiten im Rahmen des gerichtlichen Beurteilungsspielraumes gegeneinander abzuwägen.¹⁰ Maßnahmen nach § 940 ZPO sind

* Der Autor Gramlich ist Univ. Prof. i. R. Der Autor Lütke ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht in Chemnitz.

- 1 Gegen eine Doppelvollstreckung wird der Schuldner über § 775 Nr. 4, 5 ZPO geschützt: Zöller/G. Vollkommer, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 940 ZPO, Rn. 7. Zum Rechtsmissbrauch bei einer Mehrfachverfolgung BGH, Urt. v. 6. April 2000 - I ZR 76/98 - Mißbräuchliche Mehrfachverfolgung, BGHZ 144, 168, Rn. 20 ff. = NJW 2000, 3566.
- 2 Zur Einordnung der Unterlassungsverfügung als Regelungs- oder Leistungsverfügung vgl. Zöller/G. Vollkommer (Fn. 1), § 940 ZPO, Rn. 1.
- 3 Anders/Gehle/Becker, ZPO, § 935 ZPO, Rn. 2: „ganz erhebliches Bedürfnis“.
- 4 Zöller/G. Vollkommer, ZPO (Fn. 1), § 940 ZPO, Rn. 8.36, Wettbewerbsrecht; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 19. Aufl. 1996, § 25 UWG, Rn. 1.
- 5 LG Köln, Urt. v. 3. Februar 2022 - 14 O 392/21, ZUM-RD 2022, 710, Rn. 94 ff.
- 6 Etwa BVerfG, Beschl. v. 3. April 1998 - 2 BvR 415/96 - juris, Rn. 3 f.; OLG Stuttgart, Urt. v. 8. Februar 2017 - 4 U 166/16 - juris, Rn. 35 ff.; KG Berlin, Urt. v. 9. Februar 2001 - 5 U 9667/00, NJW-RR 2001, 1201, Rn. 14; OLG Nürnberg, Beschl. v. 7. Oktober 2022 - 3 U 2178/22 - Kontolöschung, MMR 2023, 375, Rn. 16 (dort: besondere Dringlichkeit); OLG Köln, Beschl. v. 12. April 2021 - 6 W 98/20 - Trainerfoto, MMR 2021, 990, Rn. 12 f.; OLG Frankfurt/Main, Urt. v. 14. Juli 2005 - 16 U 23/05 - Forum-Shopping, GRUR 2005, 972, Rn. 39.
- 7 OLG Hamburg, Urt. v. 6. Dezember 2006 - 5 U 67/06 - forum-shopping, GRUR 2007, 614, Rn. 15; Köhler/Bornkamm/Fedderson/Köhler/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 12 UWG, Rn. 2.1.
- 8 OLG Köln, Urt. v. 28. April 2017 - 6 U 152/16 - Dampfreinigungsgeräte, GRUR 2017, 1048, Rn. 21; OLG Stuttgart, Urt. v. 23. September 2015 - 4 U 101/15, NJW-RR 2016, 932, Rn. 85; § 25 UWG macht einen Verfügungsgrund nicht entbehrlich, sondern begründet lediglich eine widerlegbare Vermutung für die Dringlichkeit und befreit damit nur von der Darlegung und Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes.
- 9 Etwa OLG Karlsruhe, Urt. v. 23. September 2015 - 6 U 52/15, GRUR-RR 2015, 509, Ziffer 5.; OLG Karlsruhe, Urt. v. 8. Juli 2009 - 6 U 61/09, GRUR-RR 2009, 442, Rn. 21; OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.12.2014 - I-2 U 60/14, 2 U 60/14 - juris, Rn. 44. Für eine besonders sorgfältige Prüfung des Verfügungsgrundes in Patentverletzungsstreitigkeiten, dann aber bejahend, OLG Düsseldorf, Urt. v. 29. Mai 2008 - 2 W 47/07 - Olanzapin, GRUR-RR 2008, 329 Rn. 41. Zur Verpflichtung, jedenfalls bei „druckfrischen“ Patenten auch im einstweiligen Rechtsschutz nicht ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden, OLG München, Urt. v. 12. Dezember 2019 - 6 U 4009/19, GRUR 2020, 385, Rn. 78.
- 10 OLG München, OLGR 1999, 245, Rn. 8.

deshalb nur zulässig, wenn dadurch nicht gewichtigere Interessen der Antragsgegner beeinträchtigt werden.¹¹ Die Belange des Antragstellers müssen die gegenläufigen Interessen, insbesondere auch das Interesse der anderen Seite, nicht aufgrund eines bloß summarischen Verfahrens möglicherweise mit der Folge weitreichender Einschränkungen ihrer (wirtschaftlichen) Betätigungsmöglichkeiten in Anspruch genommen zu werden, überwiegen.¹² Hierzu ist von Bedeutung, in welchem Maße der Antragsteller in seinen Interessen betroffen wird, wenn die Eilmaßnahme nicht ergeht, bzw. umgekehrt, wie schwer der Antragsgegner durch die beantragte Eilentscheidung in seinen Rechten betroffen werden kann.¹³ Bei der Abwägung ist auf Seiten des Antragstellers vor allem die zeitliche Komponente¹⁴ zu berücksichtigen, nämlich, ob und inwieweit seine schutzwürdigen Interessen dadurch beeinträchtigt werden, dass die Durchsetzung des zu sichernden Anspruchs in einem Hauptsacheverfahren wesentlich länger dauern wird.¹⁵ Dabei ist ein Blick auf die Statistik hilfreich: So betrug bei deutlich, ja drastisch gesunkenen Eingangszahlen die Verfahrensdauer 2021 in (Hauptsache-)Verfahren vor Amtsgerichten durchschnittlich 8,7 Monate (2020: 6,8 Monate), vor Landgerichten 13,1 Monate (2020: 11,2 Monate), jeweils bezogen auf die erste Instanz.¹⁶ Da ohne den Erlass einer einstweiligen Verfügung die Rechtsverletzung bis zur Entscheidung in der Hauptsache andauert, müssen schon gewichtige Gründe auf Seiten des Antragsgegners vorliegen, die gegen den Erlass einer Verfügung sprechen. Zwar kommt die Betonung des (nahezu immer vorliegenden) Aspekts der zeitlichen Verzögerung der Annahme einer allgemeinen Dringlichkeitsvermutung recht nahe. Jedoch haben Antragsteller auf die Gestaltung der Arbeitsabläufe in der Justiz, den allgemeinen Arbeitsanfall der Gerichte, aber auch auf Komplexität und Umfang anderer Verfahren, mithin die zeitliche Dauer von Verfahren (von Fristverlängerungs- oder Terminverlegungsgesuchen¹⁷ abgesehen, die aber zur Widerlegung der Dringlichkeitsvermutung führen) schlicht keinen Einfluss. Gleichwohl wirken sich all diese Faktoren direkt darauf aus, wie lange Antragsteller einen rechtswidrigen Zustand hinnehmen müssten, der durch den Erlass einer Unterlassungsverfügung möglichst rasch beendet werden soll (und kann).

II. Glaubhaftmachung

Verfügungsanspruch und -grund sind glaubhaft zu machen, § 936 i. V. m. § 920 Abs. 2 ZPO. Bei der Glaubhaftmachung tritt an die Stelle des Vollbeweises eine bloße Wahrscheinlichkeitsprüfung. Die Behauptung ist glaubhaft gemacht, sofern eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass die jeweils beinhaltete Tatsache zutrifft.¹⁸ Zur Glaubhaftmachung ist ein geringerer Grad der richterlichen Überzeugungsbildung erforderlich als beim Vollbeweis.¹⁹ Deshalb kann eine Glaubhaftmachung auch bei Vorliegen vernünftiger Zweifel noch vorliegen.²⁰ Eine Behauptung ist schon dann glaubhaft gemacht, wenn eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass sie zutrifft,²¹ wenn also bei umfassender Würdigung der Umstände des jeweiligen Falles mehr für das Vorliegen der in Rede stehenden Behauptung spricht als dagegen.²² Dies ist auch im Wege des Indizienbeweises möglich.²³ Die Haupttatsache ist glaubhaft gemacht, wenn die auf die Hilfstatsachen gestützte Schlussfolgerung überwiegend wahrscheinlich erscheint, ohne dass da-

durch bereits alle anderen Möglichkeiten praktisch ausgeschlossen sein müssen.²⁴ Die Wahrscheinlichkeitsfeststellung unterliegt dabei dem Grundsatz der freien Würdigung des gesamten Vorbringens.²⁵ Insgesamt dürfen die Anforderungen an die Glaubhaftmachung nicht überspannt werden.²⁶

Als Mittel der Glaubhaftmachung nennt § 294 ZPO alle präsenten Beweismittel, auch die Versicherung an Eides Statt des Beweisführers selbst, soweit sie in anderen Vorschriften (wie §§ 44 Abs. 2, 406 Abs. 3, 511 Abs. 3 ZPO) nicht ausdrücklich als unzulässig erklärt wird. Faktisch ist die Glaubhaftmachung auf die Versicherung an Eides Statt und auf die Vorlage schriftlicher Erklärungen von Zeugen und Privatgutachten beschränkt, da § 52 Abs. 1 DesignG, § 27 Abs. 1 GebrMG, § 15 Abs. 1 GeschGehG, 140 Abs. 1 MarkenG, § 143 Abs. 1 PatG, § 38 Abs. 1 SortSchG und § 14 Abs. 1 UWG unabhängig vom Streitwert eine Zuständigkeit der Landgerichte normieren, mithin für diese Verfahren Anwaltszwang besteht (§ 78 ZPO) und vorbereitende Schriftsätze samt deren Anlagen sowie schriftlich einzureichende Anträge und Erklärungen ab Anfang 2022 grundsätzlich als elektronisches Dokument zu übermitteln sind (§§ 130 a,

11 OLG München, OLGR 1999, 245, Rn. 8.

12 LG Köln, Urte. v. 3. Februar 2022 – 14 O 392/21, ZUM-RD 2022, 710, Rn. 98; LG Ingolstadt, Urte. v. 11. März 2014 – 1 HK O 1981/13, WRP 2014, 1364, Rn. 24.

13 LG Ingolstadt, Urte. v. 11. März 2014 – 1 HK O 1981/13, WRP 2014, 1364, Rn. 24.

14 Für eine über die zeitliche Komponente hinausgehende materielle Rechtfertigung des vorläufigen Unterlassungsgebotes OLG Düsseldorf, Urte. v. 29. Mai 2008 – 2 W 47/07 – Olanzapin, GRUR-RR 2008, 329, Rn. 40.

15 LG Ingolstadt, Urte. v. 11. März 2014 – 1 HK O 1981/13, WRP 2014, 1364, Rn. 24.

16 <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/ziviljustiz-statistisches-bundesamt-weniger-verfahren-amtsgerichte-landgerichte>; https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/_inhalt.html#_7hsxmckpx, (Zivilgerichte – Fachserie 10, Reihe 2.1 – 2021); zuletzt abgerufen am 14. Oktober 2023.

17 Zur spezifischen Dringlichkeit bei § 937 Abs. 2 ZPO jüngst BVerfG, Beschl. v. 31. August 2023 – 1 BvR 1601/23, BeckRS 2023, 24241, Rn. 25 ff., 1 BvR 1602/23, BeckRS 2023, 24244, Rn. 25 ff., zu presse-/äußerungsrechtlichen Verfahren.

18 BGH, Beschl. v. 16. August 2016 – VI ZB 19/16, NJW 2016, 3312, Rn. 12; Beschl. v. 11. September 2003 – IX ZB 37/03, BGHZ 156, 139, Rn. 8; Beschl. v. 5. Mai 1976 – IV ZB 5/76, VersR 1976, 928, Rn. 9. Dabei betrifft die überwiegende Wahrscheinlichkeit den Grad richterlicher Überzeugung(sbildung), nicht jedoch statistische Häufigkeitsverteilungen.

19 BGH, Beschl. v. 16. August 2016 – VI ZB 19/16, NJW 2016, 3312, Rn. 12; Beschl. v. 11. September 2003 – IX ZB 37/03, BGHZ 156, 139, Rn. 8; Beschl. v. 5. Mai 1976 – IV ZB 5/76, VersR 1976, 928, Rn. 9.

20 BGH, Beschl. v. 21. Oktober 2010 – V ZB 210/09, NJW-RR 2011, 136, Rn. 7; LAG Düsseldorf, Urte. v. 3. Juni 2020 – 12 SaGa 4/20, MMR 2021, 181, Rn. 102.

21 BGH, Beschl. v. 21. Oktober 2010 – V ZB 210/09, NJW-RR 2011, 136, Rn. 7; LAG Düsseldorf, Urte. v. 3. Juni 2020 – 12 SaGa 4/20, MMR 2021, 181, Rn. 102.

22 BGH, Beschl. v. 21. Oktober 2010 – V ZB 210/09, NJW-RR 2011, 136, Rn. 7.

23 BGH, Beschl. v. 9. Februar 1998 – II ZB 15-97, NJW 1998, 1870, Rn. 2; LAG Düsseldorf, Urte. v. 3. Juni 2020 – 12 SaGa 4/20, MMR 2021, 181, Rn. 102.

24 BGH, Beschl. v. 9. Februar 1998 – II ZB 15-97, NJW 1998, 1870, Rn. 2; LAG Düsseldorf, Urte. v. 3. Juni 2020 – 12 SaGa 4/20, MMR 2021, 181, Rn. 102.

25 BGH, Beschl. v. 21. Dezember 2006 – IX ZB 60/06, NJW-RR 2007, 776, Rn. 12; LAG Düsseldorf, Urte. v. 3. Juni 2020 – 12 SaGa 4/20, MMR 2021, 181, Rn. 102.

26 BVerfG, Beschl. v. 1. August 2017 – 1 BvR 1910/12, NJW 2017, 3142, Rn. 13; Beschl. v. 12. September 2016 – 1 BvR 1630/16, juris, Rn. 9.

130 d ZPO, § 31 a BRAO). Als (vorzulegende) schriftliche Erklärungen kommen etwa schriftliche Zeugenaussagen,²⁷ gerichtlich protokollierte Aussagen in anderen Verfahren,²⁸ Fotokopien,²⁹ Ausdrucke von E-Mails und Webseiten,³⁰ Privatgutachten³¹ oder Screenshots³² in Betracht, wobei es sich bei letzteren jedoch weder um elektronische Dokumente (i. S. d. § 371 Abs. 1 Satz 2 ZPO) noch um Urkunden (i. S. d. §§ 415 ff. ZPO) handelt, sondern um Augenscheins-Objekte (i. S. d. § 371 Abs. 1 Satz 1 ZPO).³³ Glaubhaftmachung durch präsente Beweismittel (§ 294 Abs. 2 ZPO), etwa Zeugen, scheint dagegen bzw. daneben jedenfalls vor einem Termin zur mündlichen Verhandlung kaum noch praktikabel. Eine Versicherung an Eides Statt muss eine eigene Darstellung der glaubhaft zu machenden Tatsachen enthalten und darf sich nicht in der Bezugnahme auf Angaben oder Schriftsätze Dritter oder der Prozessbevollmächtigten erschöpfen³⁴ oder Vorgänge schildern, die sich der eigenen Wahrnehmung des Versichernden entziehen.³⁵

B. DRINGLICHKEITSVERMUTUNG

I. Fehlen einheitlicher Regelungen

Fragen der Darlegung und Glaubhaftmachung der Dringlichkeit stellen sich indes nicht, wenn für den Antragsteller eine gesetzliche Dringlichkeitsvermutung streitet oder die Dringlichkeit dem Rechtsgebiet inhärent ist.³⁶ In diesen Fällen können Unterlassungsansprüche auch ohne Darlegung und Glaubhaftmachung der in §§ 935 und 940 ZPO bezeichneten Voraussetzungen durchgesetzt werden.³⁷ Ein gesonderter Vortrag zur Eilbedürftigkeit und deren Glaubhaftmachung sind dabei nicht erforderlich. Indes verwundert (angesichts des derzeitigen Standes der Gesetzgebungs-„kunst“ in Deutschland³⁸ eher gerade nicht), dass die für die Praxis der Rechtsdurchsetzung im Recht des geistigen Eigentums (so) wichtige Dringlichkeitsvermutung nicht normübergreifend einheitlich oder zumindest generell, wenn auch lückenhaft, sondern nur punktuell geregelt ist. Im Überblick stellt sich die (fehlende) Normierung (in alphabetischer Reihung) wie folgt dar:

Bereich / Rechtsgebiet	Normierung
DesignG	Keine gesetzliche Regelung
GebRMG	Keine gesetzliche Regelung
GeschGehG	Keine gesetzliche Regelung, aber: Dringlichkeit ist auf gewisse Weise dem Geheimnisschutz inhärent. Vor diesem Hintergrund verlangt die Rechtsordnung in der Regel bei einer eingetretenen Verletzung nach einer dringlichen Untersagungsverfügung. ³⁹
MarkenG	§ 140 Abs. 3 MarkenG
PatG	Keine gesetzliche Regelung

Bereich / Rechtsgebiet	Normierung
Medien- / Persönlichkeitsrecht	Keine gesetzliche Regelung, aber: Eilbedürftigkeit (Dringlichkeit) wird im Äußerungsrecht regelmäßig daraus abgeleitet, dass mit einer jederzeitigen Wiederholung der beanstandeten Äußerung zu rechnen ist, was bei (Massen-)Medien ohne weiteres angenommen werden kann, weshalb in der Praxis des Äußerungs- und Presserechts ein Verfügungsgrund bejaht wird, wenn keine Selbstwiderlegung der Dringlichkeit gegeben ist. ⁴⁰
SortenSchG	Keine gesetzliche Regelung
UKlaG	§ 5 UKlaG
UrhG	Keine gesetzliche Regelung
UWG	§ 12 Abs. 1 UWG

II. Die gesetzliche Normierung

1. § 12 Abs. 1 UWG

Die zentrale und zugleich älteste Regelung enthält der durch das Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs⁴¹ neu gefasste § 12 Abs. 1 UWG.⁴² Diese Norm geht auf § 25 Satz 1 UWG (1909)⁴³ zurück. Schon dort hieß es: „Zur Sicherung der in diesem Gesetz bezeichneten Ansprüche auf Unterlassung können einstweilige Verfügungen erlassen werden, auch wenn die in den §§ 935, 940 der Zivilprozessordnung bezeichneten Voraussetzungen nicht zutreffen“. Dies ent-

27 BGH, Urt. v. 16. April 2002 - KZR 5/01 - Wettbewerbsverbot in Realteilungsvertrag, GRUR 2002, 915, Rn. 21.

28 OLG Brandenburg Urt. v. 14.4.2011 - 4 U 79/10, juris, Rn. 23.

29 Harte-Bavedamm/Ohly/Kalbfus/Kalbfus, § 20 GeschGehG, Rn. 26.

30 OLG Köln, Urt. v. 25. November 2005 - 6 U 129/05 - Bluerate Tarifwunder, GRUR-RR 2006, 205, Rn. 13, dort im Streitfall aber abgelehnt.

31 Harte-Bavedamm/Ohly/Kalbfus/Kalbfus, § 20 GeschGehG, Rn. 26.

32 OLG Jena, Urt. v. 28. November 2018 - 2 U 524/17 - Screenshot, GRUR-RR 2019, 238, Rn. 2 f.

33 OLG Jena, Urt. v. 28. November 2018 - 2 U 524/17 - Screenshot, GRUR-RR 2019, 238, Rn. 2 f.

34 OLG Karlsruhe Beschl. v. 11. November 1997 - 8 U 106/97, juris, Rn. 14; BGH, Beschl. v. 13. Januar 1988 - IVa ZB 13/87, NJW 1988, 2045, Rn. 10, dort „verbreitete Unsitte“; anders aber OLG Koblenz, Beschl. v. 11. November 2004 - 3 W 727/04, MDR 2005, 827, Rn. 10.

35 BGH, Beschl. v. 22. Juni 2004 - VI ZB 14/04, MDR 2004, 1374, Rn. 10.

36 OLG Nürnberg, Beschl. v. 6. Juli 2023 - 3 U 889/23, WRP 2023, 1135 = GRUR-RS 2023, 18858, Rn. 11.

37 OLG Koblenz, Urt. v. 23. Februar 2011 - 9 W 698/10 - Kurze Regelfrist, GRUR 2011, 451, Rn. 2 f., widerlegte Vermutung der Dringlichkeit.

38 Vgl. Gramlich/Lütke, wistra 2019, 480; dies, wistra 2020, 354.

39 OLG Nürnberg, Beschl. v. 6. Juli 2023 - 3 U 889/23, WRP 2023, 1135 = GRUR-RS 2023, 18858, Rn. 11.

40 OLG Stuttgart, Urt. v. 8. Februar 2017 - 4 U 166/16, juris, Rn. 35; Urt. v. 23. September 2015 - 4 U 101/15, NJW-RR 2016, 932, Rn. 86.

41 Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs v. 26. November 2020, BGBl. I, S. 2568

42 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in der Fassung der Bekanntmachung v. 2. Februar 2010, BGBl. I, S. 254

43 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb v. 7. Juli 1909, RGBl. 1909, S. 499.

spricht wörtlich § 3 des Entwurfes des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3. Dezember 1895;⁴⁴ wo allerdings noch die §§ 814, 819 der Civilprozeßordnung 1877 zitiert werden. Zur Begründung heißt es: „Um die Verwirklichung dieses Anspruchs zu sichern, kann der Berechtigte vor oder neben der Klage auch eine einstweilige gerichtliche Verfügung nach Maßgabe der Civilprozeßordnung beantragen. Letzterer Weg hat für die Bekämpfung der unlauteren Reklame ganz besondere Bedeutung. Es wird häufig darauf ankommen, eine gegen das Gesetz verstoßende Form der geschäftsschädigenden Ankündigung möglichst schnell und, ehe sie anderen Gewerbetreibenden Schaden zufügen kann, zu beseitigen. Um diesen Weg noch gangbarer zu machen, soll gemäß § 3 des Entwurfs der Erlass einer einstweiligen Verfügung an die Voraussetzungen §§ 814, 819 der Civilprozeßordnung nicht gebunden sein“.⁴⁵

2. § 140 Abs. 3 MarkenG

Sprachlich mit § 12 Abs. 1 UWG übereinstimmend bestimmt auch der durch Art. 1 MaMoG⁴⁶ eingeführte § 140 Abs. 3 MarkenG, zur Sicherung der in diesem Gesetz bezeichneten Ansprüche auf Unterlassung könnten einstweilige Verfügungen auch ohne Darlegung und Glaubhaftmachung der in §§ 935 und 940 der Zivilprozessordnung bezeichneten Voraussetzungen erlassen werden. In den Gesetzesmaterialien heißt es dazu: „Mit der vorgesehenen Einfügung des § 140 Abs. 3 MarkenG wird ... eine dem § 12 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb entsprechende Regelung eingeführt. Dadurch wird eine einheitliche Rechtspraxis im einstweiligen Rechtsschutzverfahren bei Markenverletzungen hergestellt. Angesichts zuletzt divergierender Rechtsprechung zu diesem Punkt wird Rechtsklarheit geschaffen“.⁴⁷ Die Stellungnahme des Bundesrates ist ausführlicher, stellt aber im Wesentlichen darauf ab, eine gesetzliche Regelung sei geboten, um die unterschiedliche Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zu vereinheitlichen.⁴⁸

3. § 5 UKlaG

Schließlich erklärt das mit Art. 3 des SchModG⁴⁹ geschaffene UKlaG⁵⁰ in § 5 die Vorschriften der ZPO und § 12 Abs. 1, 3 und 4, § 13 Abs. 1 bis 3 und 5 sowie § 13 a UWG auf Verfahren nach dem UKlaG für anwendbar, soweit sich aus diesem Gesetz nicht etwas anderes ergibt. § 5 UKlaG soll § 15 Abs. 1 AGBG aF entsprechen.⁵¹ Das gilt aber nur für dessen ab dem 30. Juni 2000 geltende Fassung.⁵² In der ursprünglichen, ab 1977 geltenden Version⁵³ fand sich noch keine Bezugnahme auf § 25 UWG. Zu Geltung der „besonderen Verfahrensvorschriften“⁵⁴ der §§ 23 a, 23 b und 25 UWG heißt es lediglich (und im Vergleich zur Begründung des § 140 Abs. 3 MarkenG sehr kurz), diese Vorschriften seien auch für Verfahren nach § 13 AGBG zweckmäßig, weil auch hier eine einstweilige Verfügung „oft zur schnelleren Klärung beitragen“⁵⁵ würde.

III. Analoge Anwendung?

Insoweit drängt sich die Frage förmlich auf, ob (unbewusste) Regelungslücken bestehen und zudem Normzweck und Interessenlage eine analoge Anwendung der vorstehend erläuterten einzelnen Normen (erlauben oder gar) gebieten.⁵⁶ Dieser Punkt wird in der obergerichtliche Rechtsprechung eher

zurückhaltend bis ablehnend erörtert, zum Teil aber offen gelassen.⁵⁷ Für das Urheberrecht haben das KG Berlin,⁵⁸ das OLG Köln⁵⁹ und das OLG München⁶⁰ eine analoge Anwendung des § 25 UWG aF verneint, das OLG Karlsruhe⁶¹ sie ausdrücklich bejaht, das OLG Celle⁶² diese Frage dahinstehen lassen hat. Im Patentrecht hat das OLG Düsseldorf⁶³ eine analoge Anwendung mit der Begründung abgelehnt, es seien technische Sachverhalte zu erkennen und zu vergleichen und habe mit einer einfachen Rechtsfindung in der Regel nicht sein Bewenden. Zudem mindere die gesetzliche Beschränkung der Möglichkeiten der Sachaufklärung im Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung den Wert eines vom Gericht gefundenen Ergebnisses für die Parteien. Um eine analoge Anwendung zu verneinen, bedarf es indes einer eingehenden Begründung und umfassender Würdigung nicht nur der Gesetzesmaterialien, sondern auch des Gesamtzusammenhanges, um aus einer fehlenden Normierung folgern zu können, der Gesetzgeber habe bewusst keine gesetzliche Regelung getroffen.⁶⁴ Mit dem Fehlen einer gesetz-

44 Verhandlungen des Reichstages, Bd.: 151. 1895/1897, Anlage Nr. 35, Aktenstück Nr. 35, S. 98 ff.; <https://daten.digitale-sammlungen.de/bsb00002764/images/index.html?id=00002764&groesser=&fip=193.174.98.30&no=&seite=149>.

45 Verhandlungen des Reichstages, Bd.: 151. 1895/1897, Anlage Nr. 35, Aktenstück Nr. 35, S. 104; <https://daten.digitale-sammlungen.de/bsb00002764/images/index.html?id=00002764&groesser=&fip=193.174.98.30&no=&seite=155>.

46 Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2015/2436 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16. Dezember 2015 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (Markenrechtsmodernisierungsgesetz - MaMoG) v. 11. Dezember 2018, BGBl. I, S. 2357.

47 BT-Drs. 19/4878, S. 6.

48 BT-Drucks. 19/2898, S. 109, zur Stellungnahme des Bundesrates zu § 140 Abs. 2 a MarkenG-E

49 Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts v. 26. November 2001, BGBl. I, S. 3138.

50 Unterlassungsklagengesetz in der Fassung der Bekanntmachung v. 27. August 2002 (BGBl. I S. 3422, 4346), zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes v. 20. Juli 2022 (BGBl. I S. 1237).

51 BT-Drucks. 14/6040, S. 275.

52 Art. 3 Nr. 6 des Gesetzes über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro v. 27. Juni 2000, BGBl. I, S. 897.

53 Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) v. 9. Dezember 1976, BGBl. I, S. 3317

54 BT-Drucks. 14/2658, S. 52.

55 BT-Drucks. 14/2658, S. 52.

56 Köhler/Bornkamm/Feddersen-Köhler/Feddersen, UWG (Fn. 7), § 12 UWG, Rn. 2.14.

57 S. auch Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler/Feddersen (Fn. 7), § 12 UWG, Rn. 2.14.

58 KG Berlin, Urt. v. 3. Dezember 2002 - 5 U 245/02 - Harry-Potter-Lehrerhandbuch, GRUR-RR 2003, 262, Rn. 9.

59 BGH, Urt. v. 2. Oktober 2008 - I ZR 48/06 - Küchentieftpreis-Garantie. Dort wird die Dringlichkeitsvermutung verneint ohne indes Möglichkeit einer analogen Anwendung zu erörtern.

60 OLG München, Urt. v. 17. Oktober 2019 - 29 U 1661/19, WRP 2020, 109, Rn. 5. Dort wird eine direkte und auch analoge Anwendung der § 12 Abs. 2 UWG und 140 Abs. 3 MarkenG abgelehnt, aber ebenfalls nicht weiter erörtert oder begründet.

61 OLG Karlsruhe, Urt. v. 13. Juni 1994 - 6 U 52/94, NJW-RR 1995, 176, Rn. 15

62 OLG Celle, Urt. v. 16. Juli 1997 - 13 U 97/9 - AMIGA-Betriebssystem, GRUR 1998, 50, Rn. 3.

63 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22. Dezember 1993 - 2 W 97/93 - Dringlichkeit, GRUR 1994, 508, Rn. 5. A.A. OLG Karlsruhe, Urt. v. 11. Juli 1979 - 6 U 13/79 - Knickarm-Markise, GRUR 1979, 700.

64 Deshalb nicht überzeugend OLG München, Beschl. v. 8. August 2019 - 29 W 940/19, GRUR-RR 2019, 443, Rn. 15.

lichen Vorschrift allein kann die Ablehnung einer Analogie niemals begründet werden. Vielmehr ist dies gerade Voraussetzung für eine analoge Anwendung. Aus fehlender Normierung auf einen lückenlosen Regelungswillen schließen zu wollen verlangt freilich einen Gesetzgeber, der die „Einheit der Rechtsordnung“⁶⁵ (noch) im Blick hat und bestrebt ist, möglichst Normkonflikte zu vermeiden⁶⁶ und Wertungswidersprüche aufzulösen.⁶⁷ Der Stand heutiger Gesetzgebungs-„kunst“ sieht leider anders aus.⁶⁸ Im Fokus steht der Schutz (vermeintlich) besonders schutzwürdiger Gruppen (etwa Verbraucher oder Hinweisgeber), Bezüge zur Einheit der Rechtsordnung werden hingegen weitgehend ausgeblendet. Beispielhaft dafür ist eine Zielsetzung, die Durchbrechung von Geschäftsgeheimnissen auch allein aus ethischen Motiven⁶⁹ (§ 5 Nr. 2 GeschGehG) zuzulassen.⁷⁰ In Bezug auf eine analoge Anwendung der Dringlichkeitsvermutung auf das GeschGehG erscheint die Sicht des OLG Nürnberg⁷¹ zutreffend, Dringlichkeit sei dem Geheimnisschutz auf gewisse Weise inhärent. Dies bildet zudem die Überlegungen in ErwGr 26 der GeschGehRL⁷² ab, dass rechtswidriger Erwerb, rechtswidrige Nutzung oder rechtswidrige Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses (§ 2 Nr. 1 GeschGehG) durch einen Dritten verheerende Folgen für den rechtmäßigen Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses (§ 2 Nr. 2 GeschGehG) haben können, da dieser nach Offenlegung den Zustand vor den Verlust nicht wiederherzustellen vermag. Der Ansatz des OLG München⁷³ kann hingegen nicht (mehr) überzeugen, insbesondere nachdem der Gesetzgeber mit der Normierung der Dringlichkeitsvermutung in § 140 Abs. 3 MarkG bewusst eine einheitliche Rechtspraxis im einstweiligen Rechtsschutzverfahren bei Markenverletzungen geschaffen hat.⁷⁴ Zuzustimmen ist insoweit den vom LG Köln⁷⁵ geäußerten Bedenken aus dem allgemeinen Gleichheitssatz, wenn Inhaber eines urheberrechtlichen Schutzgegenstands im Eilverfahren strenger Voraussetzungen unterworfen werden als Inhaber eines Kennzeichenrechts. Vielmehr verbietet Art. 3 Abs. 1 GG, eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen anders zu behandeln, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, welche die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten.⁷⁶ Die rechtliche Unterscheidung muss also in sachlichen Divergenzen eine ausreichende Basis finden. Solche Gründe sind hinsichtlich der Durchsetzung von Marken- und Kennzeichenrechten einerseits, Urheber- einschl. Leistungsschutzrechten andererseits im Eilverfahren nicht ersichtlich.⁷⁷ Eine unterschiedliche Behandlung beider Schutzrechtsarten im einstweiligen Rechtsschutz bei Auslegung und Anwendung von §§ 935, 940 ZPO erscheint deshalb nicht gerechtfertigt.⁷⁸ Auch insoweit ist eine Vereinheitlichung der Rechtspraxis geboten, mit der Folge, dass im Hinblick auf Urheberrechtsverletzungen der Erlass einstweiliger Verfügungen ebenfalls ohne Darlegung und Glaubhaftmachung der in §§ 935 und 940 ZPO bezeichneten Voraussetzungen ermöglicht werden muss.⁷⁹ Die Überlegung gilt indes für alle Aspekte des geistigen Eigentums, auf welche die Dringlichkeitsvermutung des § 12 Abs. 1 UWG deshalb analog anwendbar ist. Ob die vom OLG Düsseldorf⁸⁰ genannten technisch schwierigen Sachverhalte es zulassen, die Dringlichkeitsvermutung nur auf „gehärtete“ Patente anzuwenden, bedarf allerdings gesonderter Erörterung.

C. WIDERLEGUNG

I. Grundsatz

Die Dringlichkeitsvermutung (in direkter oder analoger Anwendung) macht einen Verfügungsgrund nicht entbehrlich. Sie begründet vielmehr eine widerlegbare Vermutung für Dringlichkeit, befreit also nur von Darlegung und Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes.⁸¹ Ist die Vermutung widerlegt, obliegt es dem Antragsteller, die Dringlichkeit darzulegen und glaubhaft zu machen.⁸² Allerdings kann jede Partei nur Tatsachen vortragen, die sie kennt oder kennen kann. Insoweit genügt es, Fakten vorzutragen, die den Schluss auf eine Widerlegung der Dringlichkeit zulassen.⁸³ Bloßes Bestreiten reicht nicht aus.

II. Selbstwiderlegung

1. Vor- bzw. außergerichtliches Verhalten

Wichtigster Fall der Widerlegung der Dringlichkeitsvermutung ist die sog. Selbstwiderlegung, bei welcher der Verfügungskläger durch eigenes Verhalten zu erkennen gibt, es sei

65 *Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung, unveränd. reprograf. Nachdruck d. 1935 bei Heidelberg erschienenen Ausg., Darmstadt 1987.

66 *Engisch* (Fn. 65), S. 46 ff.

67 *Engisch* (Fn. 65); *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 337.

68 *Lütke*, FS Ludwig Gramlich 2021, S. 311; *Gramlich/Lütke*, wistra 2019, 480.

69 So soll die Durchbrechung von Geschäftsgeheimnissen von der Tatbestandsausnahme des § 5 GeschGehG umfasst sein, wenn es um Aktivitäten geht, „die ein unethisches Verhalten darstellen, aber nicht notwendigerweise gegen Rechtsvorschriften verstoßen“, BT-Drucks. 19/4724, S. 29.

70 Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens hatte die Bundesregierung zudem erklärt, auf Wunsch des Europäischen Parlamentes sei die HinSchRL so gefasst worden, dass (durch deren Art. 5) geschützt werde(n) solle, wer Gutes wolle, BT-Drucks. 19/8300, S. 12. Derartige Überlegungen finden sich in den Erwägungsgründen indes nicht; vgl. *Gramlich/Lütke*, wistra 2019, 480.

71 OLG Nürnberg, Besch. v. 6.7.2023 – 3 U 889/23 – Rn. 11.

72 Richtlinie (EU) 2016/943 des Europäischen Parlamentes und des Rates v. 8. Juni 2016 zum Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung; ABl. EU Nr. L 157/1 v. 15. Juni 2016.

73 OLG München, Beschl. v. 8. August 2019 – 29 W 940/19, GRUR-RR 2019, 443, Rn. 15.

74 BT-Drucks. 19/4879, S. 6

75 LG Köln, Urte. v. 3. Februar 2022 – 14 O 392/21, ZUM-RD 2022, 710, Rn. 94 ff.

76 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 7. Oktober 1980 – 1 BvR 240/79, BVerfGE 55, 72 (88).

77 LG Köln, Urte. v. 3. Februar 2022 – 14 O 392/21, ZUM-RD 2022, 710, Rn. 94 ff.

78 LG Köln, Urte. v. 3. Februar 2022 – 14 O 392/21, ZUM-RD 2022, 710, Rn. 94 ff.

79 LG Köln, Urte. v. 3. Februar 2022 – 14 O 392/21, ZUM-RD 2022, 710, Rn. 94 ff.

80 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22. Dezember 1993 – 2 W 97/93 – Dringlichkeit, GRUR 1994, 508, Rn. 5. A.A. OLG Karlsruhe, Urte. v. 11. Juli 1979 – 6 U 13/79 – Knickarm-Markise, GRUR 1979, 700.

81 St. Rspr., siehe nur BGH, Beschl. v. 1. Juli 1999 – I ZB 7/99, GRUR 2000, 151, Rn. 10.

82 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler/Feddersen (Fn. 7), § 12 UWG, Rn. 2.15.

83 Ähnlich Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler/Feddersen (Fn. 7), § 12 UWG, Rn. 2.15.

„ihm nicht eilig“. ⁸⁴ Die zahlreichen, inhaltlich z.T. aber deutlich voneinander abweichenden Judikate der Oberlandesgerichte sollen hier den in der Praxis wichtigsten Themenkreisen bzw. Fallgruppen zugeordnet werden. Im Vordergrund steht auch hier die zeitliche Komponente: Ausgangspunkt ist stets die Frage, welcher (Höchst-)Zeitraum für Inanspruchnahme von Rechtsschutz unter Berücksichtigung aller Aspekte des jeweiligen Einzelfalls ⁸⁵ dem Antragsteller zuzubilligen ist, obwohl er den Rechtsverstoß und die Person des Rechtsverletzers kennt oder grob fahrlässig nicht kennt ⁸⁶ oder sich eine drohende Rechtsverletzung geradezu aufdrängt. ⁸⁷ Eine lediglich fahrlässige Unkenntnis hingegen ist unschädlich, da es keine allgemeine Marktbeobachtungspflicht (als Obliegenheit) gibt. ⁸⁸ Zudem darf sich jeder Rechtsinhaber darauf verlassen, dass sich Wettbewerber rechtstreu verhalten. ⁸⁹ Zeitlich ist zwischen einer „dringlichkeitsunschädlichen“ und „dringlichkeitsunschädlichen“ ⁹⁰ Frist zu differenzieren: Erstere betrifft die Zeitspanne, die der Verletzte benötigt, um zuverlässige Kenntnis von allen maßgeblichen Umständen zu erlangen, die letztgenannte bezeichnet die Zeitspanne zwischen Kenntniserlangung und Tätigwerden. ⁹¹ Indes gibt es auch in den normierten Fällen der Dringlichkeitsvermutung keine gesetzlich geregelte „Dringlichkeitsfrist“. ⁹² Die stark divergierende Rechtsprechung der Oberlandesgerichte reicht von der Annahme starrer Fristen bis zur Einzelfallbetrachtung, bei Fristdauern von einem bis 4 ½ Monaten. ⁹³ Die Tendenz geht aber (wohl insgesamt) dahin, im Regelfall eine kurze Frist von einem Monat zugrunde zu legen. ⁹⁴ Dieser Zeitraum gebe dem Rechtsinhaber ausreichend Gelegenheit, fachkundige (anwaltlicher) Beratung einzuholen und zu entscheiden, ob und wie er gegen einen Rechtsverstoß vorgehen wolle; ⁹⁵ also ob der Rechtsverletzer zunächst abgemahnt oder wegen der besonderen Bedeutung sofort einstweiliger Rechtsschutz in Anspruch genommen werden solle. In besonders schwierig gelagerten Fällen, wenn Ermittlungen anzustellen sind, Korrespondenz zu führen ist oder Einigungsverhandlungen stattfinden, kann die Frist aber auch länger bemessen sein. ⁹⁶ Für zurechenbares Wissen Dritter („Wissensvertreter“ ⁹⁷) gelten die allgemeinen Regeln (§ 166 BGB analog ⁹⁸). Maßgeblich ist grundsätzlich nur das Wissen der Personen, die im Unternehmen für die Ermittlung und/oder Geltendmachung von Wettbewerbsverstößen zuständig sind. ⁹⁹ Darüber hinaus kann im Einzelfall auf das Wissen eines Sachbearbeiters abzustellen sein, von dem nach seiner Funktion erwartet werden darf, dass er das „Störende“ des zu beanstandenden Verhaltens erkennt und seine Kenntnis auch an Personen seines Unternehmens weitergibt, die zur Entscheidung über das Einleiten entsprechender Reaktionen befugt sind. ¹⁰⁰ Nach herrschender Meinung ¹⁰¹ soll ein Verfügungsgrund nicht mehr bestehen, wenn der Rechtsinhaber gegen (zumindest kerngleiche) Verstöße nicht vorgegangen ist. Überzeugend ist das nicht. Jeder kann selbst entscheiden, ob und wie er gegen einen Rechtsverstoß vorgeht. (Einmaliges) Untätigbleiben kann niemals zu Gunsten eines vorsätzlichen handelnden Rechtsverletzers einen „Vertrauenstatbestand“ dahin schaffen, dem Rechtsinhaber sei es auch bei künftigen (vorsätzlichen!) Rechtsverletzungen verwehrt, einstweiligen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen.

2. Prozesshandlungen

Ähnliches gilt, wenn Verzögerungen auf einem Verhalten des

Prozessbevollmächtigten des Verfügungsklägers beruhen. Die auch insoweit uneinheitliche Judikatur erscheint jedenfalls in Teilen die Stellung eines Rechtsanwalts als (unabhängiges) Organ der Rechtspflege (§ 1 BRAO) zu verkennen. Probleme ergeben sich insbesondere bei Fristverlängerungs- oder Terminverlegungsanträgen. So könne sich ein Prozessbevollmächtigter weder auf eine eigene starke berufliche Beanspruchung noch auf Urlaub berufen, da Verfügungssachen vorrangig zu erledigen seien. ¹⁰² Zudem müsse er alles in seiner Macht Stehende tun, um einen möglichst baldigen Erlass der einstweiligen Verfügung zu erreichen. ¹⁰³ Grundsätzlich ist jedoch die vollständige Ausschöpfung von gesetzlichen

84 St. Rspr., siehe nur BGH, Beschl. v. 1. Juli 1999 - I ZB 7/99, GRUR 2000, 151, Rn. 3, 13; OLG Hamburg, Urte. v. 21. März 2019 - 3 U 105/18, WRP 2019, 917, Rn. 43.

85 OLG Hamburg, Urte. v. 21. März 2019 - 3 U 105/18, WRP 2019, 917, Rn. 45. Dort werden beispielhaft „Art des Verstoßes, der Erforderlichkeit von Ermittlungen, der Reaktion des Gegners auf eine Abmahnung usw.“ genannt.

86 OLG Koblenz, Urte. v. 23. Februar 2011 - 9 W 698/10 - Kurze Regelfrist, GRUR 2011, 451, Rn. 4; OLG Stuttgart, Urte. v. 12. Oktober 2017 - 2 U 162/16, WRP 2018, 369, Rn. 48.

87 OLG Frankfurt/Main, Urte. v. 13. September 2018 - 6 U 74/18 - Mastschellen, GRUR-RR 2019, 63, Rn. 20.

88 OLG Frankfurt/Main, Urte. v. 26. September 2018 - 6 U 49/18, - Exzenterzähne II, WRP 2019, 99, = GRUR-RR 2019, 70, Rn. 22.

89 OLG Frankfurt/Main, Urte. v. 26. September 2018 - 6 U 49/18, - Exzenterzähne II, WRPP 2019, 99, = GRUR-RR 2019, 70, Rn. 22; OLG Stuttgart, Urte. v. 4. Juli 2013 - 2 U 157/12 - Mark Brandenburg, GRUR-RR 2014, 251, Rn. 25; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler/Feddersen (Fn. 7), § 12 UWG, Rn. 215 a; Fromm/Nordemann/Jan Bernd Nordemann, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 97 UrhG, Rn. 205.

90 Zöllner/G. Vollkommer (Fn. 1), § 940 ZPO, Rn. 8.36, Wettbewerbsrecht.

91 Zöllner/G. Vollkommer (Fn. 1), § 940 ZPO, Rn. 8, Wettbewerbsrecht

92 Fromm/Nordemann/Jan Bernd Nordemann (Fn. 9), § 97 UrhG, Rn. 203.

93 S. etwa die Übersicht bei Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler/Feddersen (Fn. 7), § 12 UWG, Rn. 2.15 b; Fromm/Nordemann/Jan Bernd Nordemann (Fn. 9), § 97 UrhG, Rn. 203 f; zum Ganzen auch OLG Hamburg, WRP 2019, 917, Rn. 44.

94 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler/Feddersen (Fn. 7), § 12 UWG, Rn. 2.15 b; OLG Hamburg, Urte. v. 21. März 2019 - 3 U 105/18, WRP 2019, 917, Rn. 44; krit., aber letztlich offen lassend zu einer fünfjährigen „Regelfrist“ BVerfG, Beschl. v. 15.6.2023 - 1 BvR 1011/23, NJW 2023, 2770, Rn. 34.

95 OLG Koblenz, Urte. v. 23. Februar 2011 - 9 W 698/10 - Kurze Regelfrist, GRUR 2011, 451, Rn. 9.

96 OLG Koblenz, Urte. v. 23. Februar 2011 - 9 W 698/10 - Kurze Regelfrist, GRUR 2011, 451, Rn. 9.

97 BGH, Urte. v. 23. Januar 2007 - XI ZR 44/06, BGHZ 171, 1, = NJW 2007, 1584, Rn. 35.

98 BGH, Urte. v. 11. Juni 2015 - I ZR 19/14 - Tauschbörse I, NJW 2016, 946, Rn. 61; Urte. v. 23. Januar 2007 - XI ZR 44/06, BGHZ 171, 1 = NJW 2007, 1584, Rn. 35.

99 BGH, Urte. v. 9. März 2000 - III ZR 198/99, NJW 2000, 1411, Rn. 10 ff.; OLG Frankfurt/Main, Urte. v. 10. August 2017 - 6 U 63/17 - Pharma-Vertriebsbereiche, GRUR-RR 2018, 251, Rn. 31; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler (Fn. 7), § 11 UWG, Rn. 1.27.

100 BGH, Urte. v. 9. März 2000 - III ZR 198/99, NJW 2000, 1411, Rn. 10 ff.; OLG Frankfurt/Main, Urte. v. 10. August 2017 - 6 U 63/17 - Pharma-Vertriebsbereiche, GRUR-RR 2018, 251, Rn. 31; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler (Fn. 7), § 11 UWG, Rn. 1.27.

101 Vgl. etwa die Nachweise bei Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler/Feddersen (Fn. 7), § 12 UWG, Rn. 2.19; Fromm/Nordemann/Jan Bernd Nordemann (Fn. 9), § 97 UrhG, Rn. 205.

102 OLG München, Beschl. v. 16. September 2021 - 29 U 3437/21 Kart, WRP 2021, 1622, Rn. 7.

103 OLG Hamm, Beschl. v. 1. Dezember 2022 - 4 U 72/22 - Rollboxen, GRUR-RR 2023, 314, Rn. 5.

Fristen¹⁰⁴ nicht dringlichkeitsschädlich, da Fristen an sich mit Dringlichkeit nichts zu tun haben.¹⁰⁵ Zudem dürfen die Anforderungen an den Rechtsschutzsuchenden nicht überspannt werden; prozessuale Fristen dürfen deshalb bis zu ihrer Grenze ausgenutzt werden,¹⁰⁶ da sie auch den Zweck haben, eine (erwünschte) gründliche Prüfung des weiteren Vorgehens zu ermöglichen.¹⁰⁷ Deshalb ist die Ansicht des KG Berlin abzulehnen, schon die teilweise Ausschöpfung verlängerter Fristen sei dringlichkeitsschädlich.¹⁰⁸ Die obergerichtliche Rechtsprechung ist aber auch insoweit nicht einheitlich.¹⁰⁹ Bei Antragsrücknahme und neuerlicher Einreichung bei einem anderem Gericht („Forum Shopping“¹¹⁰) ist wie folgt zu differenzieren: Nimmt der Antragsteller den in erster Instanz zurückgewiesenen Antrag zurück (anstatt Rechtsmittel einzulegen) und stellt ihn vor einem anderen Gericht neu, soll die Dringlichkeitsvermutung¹¹¹ widerlegt sein.¹¹² Anderes gilt indes, wenn ein Antrag vor Bescheidung zurückgenommen und bei einem anderen Landgericht anhängig gemacht wird. Ein solches Vorgehen - regelmäßig in Reaktion auf einen verlautbarten Hinweis des zunächst angerufenen Gerichts, wegen rechtlicher und/oder tatsächlicher Bedenken die begehrte einstweilige Verfügung nicht oder jedenfalls nicht ohne mündliche Verhandlung erlassen zu wollen - widerlegt die Dringlichkeitsvermutung grundsätzlich nicht. Denn wer in dieser Situation anstatt des - ggf. zeitraubenden - Wegs bis zur Entscheidung der zweiten Instanz (nach mündlicher Verhandlung und Berufungsverhandlung oder nach sofortiger Beschwerde und Nichtabhilfebeschluss) den möglicherweise wesentlich schnelleren Weg wählt, nämlich zurückzunehmen und ein anderes Landgericht anzurufen (in der Hoffnung, dort eine günstigere Beurteilung der Sach- und Rechtslage zu erfahren und die einstweilige Verfügung sofort zu erlangen), unterstreicht mit diesem Verhalten gerade, dass er es eilig hat.¹¹³ Das Gleiche muss auch dann gelten, wenn die Rücknahme erfolgt, weil der Antragsteller das Vertrauen in eine zeitnahe, rechtsstaatlichen Grundsätzen (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG) genügende Sachbearbeitung verloren hat, etwa dann, wenn ein Antrag monatelang un bearbeitet bleibt, der zuständige Richter telefonisch nicht erreichbar ist und/oder Sachstands anfragen nicht beantwortet werden.¹¹⁴ Auch Terminverlegungsgesuche sollen im Regelfall¹¹⁵ zur Selbstwiderlegung der Dringlichkeit(svermutung) führen.¹¹⁶ Auf Urlaub des Prozessbevollmächtigten oder Terminkollision soll ein Verlegungsantrag nicht gestützt werden können.¹¹⁷ In diesen Fällen müsse ein Vertreter in einem der (kollidierenden) Termine auftreten.¹¹⁸ Den derzeitigen Tiefpunkt (jedenfalls aus anwaltlicher Sicht) dürfte das OLG Hamm¹¹⁹ markiert haben: Der Senatsvorsitzende hatte in einem Telefonat dem Prozessbevollmächtigten des Verfügungsklägers im Zeitraum vom 5. Juli bis 1. September 2022 sieben Termine zur mündlichen Verhandlung angeboten, von denen der Prozessbevollmächtigte den vorletzten als „passend“ bezeichnet hatte. In einem Hinweisbeschluss musste er aber dann lesen, mit der Wahl dieses Termins habe er die Dringlichkeitsvermutung selbst widerlegt. Zwar habe die Verfügungsklägerin nicht die Verlegung eines Termins beantragt, damit sei aber konsequenterweise zu rechnen gewesen, wenn der erste mögliche Termin anberaumt worden wäre. Insofern sei die Konstellation nicht anders zu bewerten als ein selbst gestellter Terminverlegungsantrag.¹²⁰ Eine solche Handhabung widerspricht einem fairen Verfahren

(Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG¹²¹) wie auch einem gesitteten und respektvollem Umgang der Beteiligten miteinander. Anwälte werden indes beherzigen, dass von mehreren angebotenen Terminen der erste angenommen werden sollte, ohne böse Überraschungen zu erleben. Hinzunehmen wäre dieses Vorgehen allenfalls, wenn dem eine Verpflichtung der Gerichte gegenüberstünde, über Anträge auf einstweilige Verfügungen auch zeitnah zu entscheiden (oder kurzfristig zu terminieren). Parteien haben jedoch schlicht „keine in ihrer Macht stehende Option“¹²² sich zur Wehr zu setzen, wenn Gerichte Verfahren über Monate unbearbeitet liegen lassen,¹²³ erst über einen Monat nach Eingang eines Antrages auf vorläufigen Rechtsschutz terminieren¹²⁴ oder

104 KG Berlin, Urt. v. 7. Mai 1999 - 5 U 720/99, juris = GRUR 1999, 1133 (Ls.), Rn. 13.

105 Köhler/Bornkamm/Fedderson/Bornkamm/Fedderson (Fn. 7), § 13 UWG Rn. 2.16.

106 BVerfG, Beschl. v. 14. Februar 2023 - 2 BvR 653/20, NSTZ-RR 2023, 145, Rn. 22.

107 KG Berlin, Urt. v. 7. Mai 1999 - 5 U 720/99, juris = GRUR 1999, 1133 (Ls.), Rn. 13.

108 KG Berlin, Urt. v. 7. Mai 1999 - 5 U 720/99, juris = GRUR 1999, 1133 (Ls.), Rn. 13; ähnlich, aber nicht eindeutig OLG Düsseldorf, Urt. v. 13. Juni 1996 - 2 U 2/96 - Handy für 4,98 DM, NJWE-WettbR 1997, 27, Rn. 14.

109 So ist nach „ständiger Ansicht“ des 3. Senates des OLG Hamburg, Urt. v. 16. Februar 2017 - 3 U 194/15 - HSA FREI, GRUR-RR 2018, 27, Rn. 70, die Ausschöpfung der ggf. auch verlängerten Berufungsbe gründungsfrist nicht dringlichkeitsschädlich.

110 Köhler/Bornkamm/Fedderson/Köhler/Fedderson (Fn. 7), § 12 UWG, Rn. 2.16 a; Fromm/Nordemann/Jan Bernd Nordemann (Fn. 9), § 97 UrhG, Rn. 204.

111 Köhler/Bornkamm/Fedderson/Köhler/Fedderson (Fn. 7), § 12 UWG, Rn. 2.16 a nehmen an, dass in diesen Fällen nicht die Dringlichkeit, sondern das Rechtsschutzinteresse entfällt.

112 KG Berlin, Urt. v. 11. Oktober 2016 - 5 U 139/15 - gezielte Gehörsverteilung, GRUR-RR 2017, 128, Rn. 3.

113 KG Berlin, Urt. v. 11. Oktober 2016 - 5 U 139/15 - gezielte Gehörsverteilung, GRUR-RR 2017, 128, Rn. 3; dort auch zur Frage des missbräuchlichen „Forum-Shoppings“. Das soll jedenfalls dann der Fall sein, „wenn der Antragsteller den erfolglosen Erstversuch gegenüber dem Zweitgericht verheimlicht“.

114 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 26. Juni 2023 - 1 BvR 491/23, BeckRS 2023, 20203, Rn. 6.

115 OLG München, Beschl. v. 16. September 2021 - 29 U 3437/21 Kart, WRP 2021, 1622, Rn. 8.

116 OLG Stuttgart, Urt. v. 12. Oktober 2017 - 2 U 162/16, GRUR-RS 2017, 139897, Rn. 44 „Hauptfallgruppe der Selbstwiderlegung ist die verzögerliche Prozessführung, etwa durch Anträge auf Terminverschiebung.“;

117 OLG München, Beschl. v. 16. September 2021 - 29 U 3437/21 Kart, WRP 2021, 1622, Rn. 7, OLG München, Beschl. v. 8. August 2019 - 29 W 940/19 - Medizinisches Fachpersonal, GRUR-RR 2019, 443, Rn. 17; OLG Hamm, Beschl. v. 1. Dezember 2022 - 4 U 72/22 - Rollboxen, GRUR-RR 2023, 314, Rn. 6, 11.

118 OLG Hamm, Beschl. v. 1. Dezember 2022 - 4 U 72/22 - Rollboxen, GRUR-RR 2023, 314, Rn. 11.

119 OLG Hamm, Beschl. v. 1. Dezember 2022 - 4 U 72/22 - Rollboxen, GRUR-RR 2023, 314, Rn. 3 ff.

120 OLG Hamm, Beschl. v. 1. Dezember 2022 - 4 U 72/22 - Rollboxen, GRUR-RR 2023, 314, Rn. 8.

121 S. dazu etwa BVerfG, Beschl. v. 12. November 2020 - 2 BvR 1616/18, NJW 2021, 455, Rn. 32 ff.

122 Erstaunlicherweise ebenfalls OLG Hamm, Urt. v. 19. August 2021 - 4 U 57/21, WRP 2021, 1489, Rn. 49.

123 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 26. Juni 2023 - 1 BvR 491/23, BeckRS 2023, 20203, Rn. 1 ff, 16 ff., 22. In dem der Entscheidung zu Grunde liegenden Sachverhalt blieb ein Eilantrag acht Monate unbearbeitet liegen.

124 OLG Hamm, Urt. v. 19. August 2021 - 4 U 57/21, WRP 2021, 1489, Rn. 49.

Termine aus (nicht genannten und nie überprüfbar) „dienstlichen Gründen“ verlegt werden. Eine prozessuale Verpflichtung zu beantragen, ein Termin möge vorverlegt werden, um die Dringlichkeitsvermutung nicht zu verlieren, besteht nicht¹²⁵ - und würde auch im Regelfall nichts nutzen. Was hilft es da, dass ein effektiver und möglichst lückenloser Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG) sich nicht in der bloßen Möglichkeit der Anrufung eines Gerichts erschöpfen darf, sondern auch in angemessener Zeit zu einer wirksamen Kontrolle in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht durch ein mit zureichender Entscheidungsmacht ausgestattetes Gericht führen muss,¹²⁶ wenn die prozessualen Möglichkeiten fehlen, dieses Grundrecht auch effektiv (zeitnah) durchzusetzen?

D. FAZIT

Im Recht des geistigen Eigentums kommt einstweiligen Verfügungen besondere Bedeutung zu. Fragen der (grundsätz-

lich erforderlichen) Darlegung und Glaubhaftmachung der Dringlichkeit stellen sich nicht, wenn für den Antragsteller eine gesetzliche Dringlichkeitsvermutung streitet, die aber nur punktuell (§ 12 Abs. 1 UWG, § 140 Abs. 3 MarkenG, § 5 UKlaG) geregelt ist. Allerdings sind diese Regelungen in den übrigen Bereichen des Rechts des geistigen Eigentums analog anwendbar. Auch die Dringlichkeitsvermutung ist widerleglich. Soweit die Rechtsprechung indes (auch) aus der Ausschöpfung gesetzlicher oder gerichtlich gesetzter Fristen, insbesondere aber aus Terminverlegungsgesuchen eine Selbstwiderlegung der Dringlichkeit folgern will, überzeugt das kaum.

¹²⁵ OLG Hamm, Urt. v. 19. August 2021 – 4 U 57/21, WRP 2021, 1489.

¹²⁶ BVerfG, Beschl. v. 26. Juni 2023 – 1 BvR 491/23, BeckRS 2023, 20203, Rn. 16.

Aktuelle Entwicklungen im Arbeitsrecht 2022/2023 (Teil 2)*

Rechtsanwalt Jörg Thomas, LL.M. (Universität London), Berlin**

3. Befristungsrecht

a) Keine Sachgrundbefristung bei Kenntnis der anhaltenden Arbeitsunfähigkeit des befristet eingestellten Vertreters¹

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer mit Sachgrund erfolgten Befristung des Arbeitsverhältnisses und um vorläufige Weiterbeschäftigung. Die Beklagte beschäftigt den Kläger seit dem 19. Oktober 2020 als Paketzusteller. Dieser Beschäftigung liegt der Arbeitsvertrag vom 19. Oktober 2020 zu Grunde, der eine Befristung bis zum 14. November 2020 enthielt und sodann zunächst von den Parteien dreimal aufgrund weiterer befristeter Verträge bis zum 30. April 2022 verlängert worden war. Der Kläger war seit dem 23. April 2022 über den Mai 2022 hinaus arbeitsunfähig erkrankt. Am 23. April 2022 kontaktierte er seinen Niederlassungsleiter per WhatsApp. Er teilte mit, dass er mit einem Paket gestürzt sei, sein Bauch immer dicker geworden sei, er ins Krankenhaus gebracht und ihm schwindlig gewesen sei. Ferner teilte er mit, einen Nabelbruch zu haben und die Auskunft erhalten zu haben, dass er vielleicht noch heute operiert werde. Die Arbeitsunfähigkeit des Klägers wurde durch mehrere Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen dokumentiert. Die Beklagte ließ nunmehr dem Kläger einen unterschriebenen streitgegenständlichen Vertrag über die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses dem Kläger zukommen, den dieser gegenzeichnete. Dieser streitgegenständlich befristete Vertrag vom 27. April 2022 sah die Tätigkeit des Klägers als Paketzusteller vom 1. Mai 2022 bis 28. Mai 2022 (befristet) vor, in welchem als Sachgrund „Vertretung wegen vorübergehender Abwesenheit des Mitarbeiters S., L., M. und H.“ genannt ist.

Das LAG entschied, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgrund der Befristung des streitgegenständlichen Vertrages vom 27. April 2022 zum 28. Mai 2022 beendet wor-

den sei. Eine sachgrundlose Befristung gem. § 14 Abs. 2 TzBfG kam aufgrund der bereits zum fünften Mal erfolgten Befristung durch den streitgegenständlichen Vertrag nicht mehr in Betracht. Auch der Sachgrund des § 14 Abs. 1 Nr. 3 TzBfG, der einzig in Betracht kommt, ist nicht einschlägig. Nach dieser Norm liegt ein sachlicher Grund, der eine Befristung rechtfertigt, insbesondere vor, wenn der Arbeitnehmer zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers beschäftigt wird. Ein Arbeitgeber, der jedoch sicher weiß, dass der befristet beschäftigte Arbeitnehmer aufgrund Erkrankung oder sonstiger Umstände keinen einzigen Tag die vertraglich vorgesehene Vertretungsaufgabe wahrnehmen kann, kann sich auf diesen Sachgrund nicht berufen. Der Grund für die Befristung liege im Vertretungsfall darin, dass der Arbeitgeber bereits zu einem vorübergehend ausgefallenen Mitarbeiter in einem Rechtsverhältnis steht und mit der Rückkehr dieses Mitarbeiters rechnet. Der Sachgrund der Vertretung setzt des Weiteren einen Kausalzusammenhang zwischen dem zeitweiligen Ausfall des Vertretenden und der Einstellung des Vertreters voraus. Der Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages mit einem Erkrankten als Vertreter sei jedoch völlig sinnlos, weil der Zweck, den der Sachgrund der Vertretung verfolgt, nämlich die Aufgabenwahrnehmung des vertretenen

* Fortsetzung und Schluss des in NJ 10/2023, 436 ff., veröffentlichten Beitrags.

** Der Autor ist Partner der Rechtsanwaltskanzlei Rosenberger & Koch (Hamburg, Berlin, Dresden, Rostock), die neben Wirtschafts- und Medienrecht traditionell einen Schwerpunkt in der Beratung und Vertretung von Arbeitgebern und Führungskräften hat. Er ist Fachanwalt für Arbeitsrecht und Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht sowie Lehrbeauftragter der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder).

¹ LAG Niedersachsen, Urt. v. 11. Mai 2023 – 5 Sa 27/23, NZA-RR 2023, 413.