



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

I ZB 18/19

vom

17. Oktober 2019

in dem Zwangsvollstreckungsverfahren

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 17. Oktober 2019 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Koch, den Richter Feddersen, die Richterinnen Pohl, Dr. Schmaltz und den Richter Odörfer

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der Gläubigerin wird der Beschluss des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 14. Februar 2019 (20 W 83/17) im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als darin zum Nachteil der Gläubigerin erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur erneuten Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsbeschwerde, an das Beschwerdegericht zurückverwiesen.

Streitwert der Rechtsbeschwerde: 4.000 €

#### Gründe:

- 1 I. Der Schuldnerin ist durch Urteil des Landgerichts Düsseldorf vom 2. August 2017 im Wege der einstweiligen Verfügung unter Androhung von Ordnungsmitteln untersagt worden, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs das diätetische Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke (bilanzierte Diät) mit dem Namen "M. B. " in den Verkehr zu bringen und/oder in den Verkehr bringen zu lassen und/oder zu bewerben und/oder bewerben zu lassen mit der Angabe "zur diätetischen Behandlung von Migräne", wenn dies geschieht wie in den im Urteil eingeblendeten Anlagen (Produktinformation, Kartonverpackung und Produktbehältnis). Dieses Urteil hat die Gläubigerin der Schuldnerin am 10. August 2017 zustellen lassen, die daraufhin eine Abschluss-

erklärung abgegeben und die genannte Entscheidung des Landgerichts als endgültige Regelung anerkannt hat.

2            Aufgrund von Testkäufen bei unterschiedlichen Händlern erhielt die Gläubigerin am 17., 18. und 19. August 2017 das Produkt "M.        B. " mit der untersagten Werbung als diätetisches Mittel zur Behandlung von Migräne geliefert.

3            Auf Antrag der Gläubigerin hat das Landgericht gegen die Schuldnerin wegen Zuwiderhandlung gegen die Urteilsverfügung vom 2. August 2017 für den streitgegenständlichen Verstoß ein Ordnungsgeld in Höhe von 5.000 € festgesetzt. Die sofortige Beschwerde der Schuldnerin hat zur Zurückweisung des Vollstreckungsantrags geführt.

4            Mit ihrer vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde, deren Zurückweisung die Schuldnerin beantragt, erstrebt die Gläubigerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Beschlusses.

5            II. Das Beschwerdegericht hat angenommen, die Schuldnerin sei weder zum Rückruf des Produkts noch zur Aufforderung an selbständige Abnehmer, die angegriffene Ausführungsform vorläufig nicht weiter zu vertreiben, verpflichtet gewesen. Hierzu hat es ausgeführt:

6            Die Abnehmer des Produkts seien rechtlich selbständige Unternehmen, für deren Handeln die Schuldnerin nicht einzustehen habe. Nach Auslieferung habe die Schuldnerin keine Weisungs- oder Entscheidungsbefugnis über den Weitervertrieb durch ihre Abnehmer gehabt. Es liege keine Dauerverletzungshandlung vor, die durch schlichtes Unterlassen aufrechterhalten werde. Die durch die Belieferung der Abnehmer begründete Kausalität werde durch das eigenständige Handeln der Abnehmer unterbrochen. Der Unterlassungsanspruch könne nicht dieselben Rechtsfolgen zeitigen wie der spezialgesetzlich, etwa in § 140a Abs. 3 PatG, normierte Rückrufanspruch. Die Durchsetzung eines etwaig auf Rückruf gerichtete-

ten Unterlassungsanspruchs im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes komme nicht in Betracht, weil andernfalls eine Vorwegnahme der Hauptsache durch sofortige Befriedigung des Gläubigers drohe. Auch eine als Minus zum Rückrufanspruch anzusehende Pflicht, die Abnehmer aufzufordern, den Produktvertrieb vorläufig zu unterlassen, sei nicht anzuerkennen, weil eine solche Aufforderung faktisch wie ein Rückruf wirke. Werde ein Unterlassungstenor in Richtung einer Pflicht zum Rückruf ausgelegt, verstoße dies gegen das auf die strafähnliche Unterlassungsvollstreckung anwendbare Erfordernis, dass der Schuldner dem Titel bereits entnehmen können müsse, wie er sich zu verhalten habe. Gebe der Schuldner nach Erlass einer einstweiligen Verfügung eine Abschlusserklärung ab, sei zudem fraglich, welche Pflichten den Schuldner träfen. Sofern es bei der Pflicht zur Aufforderung an Abnehmer, das Produkt vorläufig nicht weiter zu vertreiben, als Minus zur Rückrufpflicht bleibe, bestehe die Gefahr der Entwertung des Instruments der Abschlusserklärung und der erhöhten Belastung der Gerichte, weil eine etwaige Rückrufpflicht in einem nachfolgenden Hauptsacheverfahren geltend gemacht werden könne.

7 III. Die vom Beschwerdegericht zugelassene Rechtsbeschwerde ist statthaft (§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Fall 1, Abs. 3 Satz 2 ZPO) und auch ansonsten zulässig (§ 575 ZPO). In der Sache hat sie ebenfalls Erfolg. Mit der vom Beschwerdegericht gegebenen Begründung kann ein Verstoß der Schuldnerin gegen das ihr obliegende Unterlassungsgebot nicht verneint werden.

8 1. Handelt der Schuldner der Verpflichtung zuwider, eine Handlung zu unterlassen, so ist er nach § 890 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 ZPO wegen einer jeden Zuwiderhandlung auf Antrag des Gläubigers von dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges zu einem Ordnungsgeld und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, zur Ordnungshaft oder zur Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu verurteilen.

9           2. Die allgemeinen Voraussetzungen für die Verhängung eines Ordnungsgeldes waren zur Zeit der von der Gläubigerin geltend gemachten Zuwiderhandlung der Schuldnerin gegen die Unterlassungsverpflichtung erfüllt.

10           a) Durch die Urteilsverfügung des Landgerichts vom 2. August 2017 ist der Schuldnerin eine Verpflichtung zur Unterlassung einer Handlung im Sinne von § 890 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 ZPO auferlegt worden.

11           b) Die nach § 890 Abs. 2 ZPO vor der Verhängung eines Ordnungsmittels erforderliche Androhung von Ordnungsmitteln war in der Urteilsverfügung vom 2. August 2017 enthalten.

12           c) Die Urteilsverfügung vom 2. August 2017 war mit Verkündung des Urteils und damit zur Zeit der geltend gemachten Zuwiderhandlung unbedingt vollstreckbar und von der Schuldnerin zu beachten (vgl. BGH, Beschluss vom 22. Januar 2009 - I ZB 115/07, BGHZ 180, 72). Eines Ausspruchs der Vollstreckbarkeit bedarf es im Verfahren der einstweiligen Verfügung nicht (vgl. BGH, Beschluss vom 11. Oktober 2017 - I ZB 96/16, GRUR 2018, 292 Rn. 14 = WRP 2018, 473 mwN).

13           d) Die Gläubigerin hat die Urteilsverfügung vom 2. August 2017 der Schuldnerin am 10. August 2017 zustellen lassen.

14           3. Der Annahme des Beschwerdegerichts, die Schuldnerin habe nicht gegen die einstweilige Verfügung verstoßen, liegt ein falscher rechtlicher Maßstab zugrunde. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kommt ein solcher Verstoß in Betracht, sofern die Schuldnerin es im Zeitraum zwischen der Verkündung der Urteilsverfügung und den durch die Gläubigerin veranlassten Testkäufen unterlassen hat, diejenigen rechtsverletzend gekennzeichneten und aufgemachten Produkte, die sie vor Erlass der einstweiligen Verfügung an ihre Abnehmer ausgeliefert hatte, entweder zurückzurufen oder die Abnehmer der Produkte immerhin

aufzufordern, diese im Hinblick auf die ergangene einstweilige Verfügung vorläufig nicht weiterzuvertreiben.

- 15 a) Nach der Rechtsprechung des Senats verpflichtet das in einem Unterlassungstitel enthaltene Verbot den Schuldner außer zum Unterlassen weiterer Vertriebshandlungen auch dazu, aktiv Maßnahmen zu ergreifen, die den Weitertrieb der rechtsverletzend aufgemachten Produkte verhindern. Diese Handlungspflicht des Schuldners beschränkt sich allerdings darauf, im Rahmen des Möglichen, Erforderlichen und Zumutbaren auf Dritte einzuwirken. Zudem gelten bei der Vollziehung einer einstweiligen Verfügung im Unterschied zur Vollstreckung eines Titels aus einem Hauptsacheverfahren Beschränkungen, die sich aus der Eigenart des Verfügungsverfahrens und aus den engen Voraussetzungen für die Vorwegnahme der Hauptsache sowie aus den im Verfügungsverfahren eingeschränkten Verteidigungsmöglichkeiten des Antragsgegners ergeben (zu allem ausführlich BGH, GRUR 2018, 292 Rn. 17 ff.).
- 16 b) Die vom Beschwerdegericht ausgeführten Einwände veranlassen den Senat nicht, von dieser Rechtsauffassung abzuweichen.
- 17 aa) Ist der Schuldner nach dem Ergebnis der Auslegung des Unterlassungstitels verpflichtet, durch positives Tun Maßnahmen zur Beseitigung des fortdauernden Störungszustands zu ergreifen und dabei auf Dritte einzuwirken, kommt es nicht darauf an, ob er entsprechende Ansprüche gegen die in Betracht kommenden Dritten hat. Der Schuldner eines Unterlassungsanspruchs hat zwar nicht für das selbständige Handeln Dritter einzustehen. Das entbindet ihn im Rahmen seiner durch Auslegung ermittelten positiven Handlungspflicht aber nicht davon, auf Dritte einzuwirken, deren Handeln ihm wirtschaftlich zugutekommt und bei denen er mit - gegebenenfalls weiteren - Verstößen ernstlich rechnen muss. Der Schuldner ist daher verpflichtet, im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren auf solche Personen einzuwirken. Mit Blick auf seine Einwirkungsmöglichkeiten

auf Dritte kommt es nur darauf an, ob der Schuldner rechtliche oder tatsächliche Einflussmöglichkeiten auf das Verhalten Dritter hat. Es reicht daher aus, wenn ihm eine tatsächliche Einwirkung möglich ist (vgl. BGH, GRUR 2018, 292 Rn. 25).

- 18           bb) Die spezialgesetzlich vorgesehenen Rückrufansprüche des Immaterialgüterrechts stehen - entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts - der Annahme von Beseitigungspflichten im Rahmen der Unterlassungshaftung nicht entgegen, weil diese in Umsetzung der Richtlinie 2004/48/EG ergangenen Vorschriften keinen Vorrang vor anderen Vorschriften beanspruchen (vgl. BGH, GRUR 2018, 292 Rn. 29). Im vorliegend betroffenen Fall einer lauterkeitsrechtlichen Unterlassungspflicht kommt eine Sperrwirkung schon deshalb nicht in Betracht, weil es an einer solchen speziellen Regelung fehlt.
- 19           cc) Dem Bedenken, die Geltendmachung einer Rückrufpflicht könne im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes zu einer unzulässigen Vorwegnahme der Hauptsache führen, trägt der Senat Rechnung, indem er den Schuldner gegebenenfalls lediglich für verpflichtet hält, Maßnahmen zu treffen, die die Abwehransprüche des Gläubigers sichern, ohne ihn in diesen Ansprüchen abschließend zu befriedigen. Hierzu zählt die Aufforderung an die Abnehmer, die erhaltenen Waren im Hinblick auf die einstweilige Verfügung vorläufig nicht weiterzuvertreiben (vgl. BGH, GRUR 2018, 292 Rn. 37 bis 39).
- 20           dd) Die Annahme einer positiven Handlungspflicht aufgrund des Unterlassungsgebots verstößt - entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts - nicht gegen das in Art. 103 Abs. 2 GG geregelte Bestimmtheitsgebot (vgl. BVerfG, Beschluss vom 8. Mai 1991 - 2 BvR 1654/90, juris; BVerfG, GRUR 2007, 618, 619 [juris Rn. 16 bis 22]; BGH, GRUR 2018, 292 Rn. 24 mwN).

21

22

ee) Entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts begründet die Annahme einer Pflicht zum Rückruf oder zur Aufforderung der Abnehmer, nicht weiterzuvetreiben, nicht die Besorgnis einer Entwertung des Abschlussverfahrens oder einer gesteigerten Inanspruchnahme der Gerichte. Beschränkt sich die Pflicht des Schuldners auf eine solche Aufforderung, weil andernfalls im Eilverfahren eine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache vorläge, kann der Gläubiger eine weitergehende Verpflichtung zum Rückruf allein im Hauptsacheverfahren erlangen, sofern sich der Schuldner nicht entsprechend strafbewehrt verpflichtet. Nimmt man mit dem Beschwerdegericht an, von der Pflicht zur Unterlassung sei keinerlei Beseitigungshandlung umfasst, so muss der Gläubiger hierfür auch dann gesonderte gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen, wenn eine Abschlusserklärung abgegeben wurde.

c) Zur Frage, ob die Schuldnerin im Zeitraum zwischen der Verkündung der Urteilsverfügung und den durch die Gläubigerin veranlassten Testkäufen einen Rückruf oder auch nur eine Aufforderung, nicht weiterzuvetreiben, an ihre Abnehmer gerichtet hat, hat das Beschwerdegericht - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - keine Feststellungen getroffen. Darüber hinaus fehlt es an Feststellungen zum Verschulden der Schuldnerin, zur Höhe des wegen des Verstoßes gegen die Schuldnerin festzusetzenden Ordnungsgeldes und zur Dauer der deswegen ersatzweise festzusetzenden Ordnungshaft.

23

IV. Eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 Abs. 3 AEUV ist nicht veranlasst (vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982 - C-283/81, Slg. 1982, 3415 Rn. 21 = NJW 1983, 1257 - C.I.L.F.I.T. u.a.; Urteil vom 1. Oktober 2015 - C-452/14, GRUR Int. 2015, 1152 Rn. 43 - Doc Generici, mwN). Im Streitfall stellt sich keine entscheidungserhebliche Frage zur Auslegung des Unionsrechts, die nicht bereits durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs geklärt oder nicht zweifelsfrei zu beantworten ist. Es unterliegt keinen unionsrechtlichen Zweifeln, dass die Annahme von Handlungspflichten im Rahmen des nach



Art. 11 Abs. 2 Unterabs. 1 und 2 der Richtlinie 2005/29/EG vorzusehenden Unterlassungsanspruchs ein geeignetes und wirksames Mittel zur Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken im Sinne des Art. 11 Abs. 1 dieser Richtlinie sowie eine wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktion im Sinne des Art. 13 Satz 2 dieser Richtlinie darstellt.

24 V. Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif und deshalb an das Beschwerdegericht zurückzuverweisen.

Koch

Feddersen

Pohl

Schmaltz

Odörfer

Vorinstanzen:

LG Düsseldorf, Entscheidung vom 30.10.2017 - 12 O 127/17 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 14.02.2019 - I-20 W 83/17 -