



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

I ZB 79/19

vom

9. Juli 2020

in dem Zwangsvollstreckungsverfahren

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO §§ 104, 788 Abs. 1 Satz 1, § 890 Abs. 2, §§ 892, 928, 936

- a) Eine einstweilige Verfügung, mit der dem Schuldner eines Besichtigungsanspruchs im Rahmen eines selbständigen Beweisverfahrens aufgegeben wird, die Inaugenscheinnahme durch einen Sachverständigen und Eingriffe in die Substanz der untersuchten Sache zu dulden und zudem dem Sachverständigen sowie anderen Personen Zutritt zu seinen Geschäftsräumen zu gewähren, stellt ihrem Schwerpunkt nach eine Duldungsverfügung dar, die nach § 890 ZPO zu vollstrecken ist.
- b) Die Kosten der Hinzuziehung eines Gerichtsvollziehers zum Begutachtungstermin sind regelmäßig notwendige Kosten der Zwangsvollstreckung (§ 788 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 ZPO) einer solchen Duldungsverfügung.
- c) Kosten, die durch die Teilnahme von anwaltlichen Vertretern des Gläubigers am Begutachtungstermin entstehen, sind keine Kosten der Zwangsvollstreckung einer solchen Duldungsverfügung. Sie sind als Kosten des Beweisverfahrens im Wege eines materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs oder im Rahmen der Kostenerstattung des nachfolgenden Hauptsacheprozesses geltend zu machen.

BGH, Beschluss vom 9. Juli 2020 - I ZB 79/19 - LG Lübeck  
AG Ahrensburg

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 9. Juli 2020 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Koch, den Richter Dr. Löffler, die Richterin Dr. Schwonke, den Richter Feddersen und die Richterin Dr. Schmaltz

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der Gläubigerin wird der Beschluss der 7. Zivilkammer des Landgerichts Lübeck vom 18. Juli 2019 unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als darin hinsichtlich der Kosten des Gerichtsvollziehers und der Zustellung in Höhe von 99 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gemäß § 247 BGB seit dem 25. August 2016 zum Nachteil der Gläubigerin entschieden worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die sofortige Beschwerde der Schuldnerinnen gegen den Kostenfestsetzungsbeschluss des Amtsgerichts Ahrensburg vom 25. Januar 2017 zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsmittels trägt die Gläubigerin.

Der Gegenstandswert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 2.580,14 € festgesetzt.

Gründe:

- 1 I. Die Gläubigerin erwirkte am 28. April 2016 gegen die Schuldnerinnen eine einstweilige Verfügung des Landgerichts Flensburg, mit der den Schuldnerinnen zur Ermöglichung der Beweisanordnung in einem ebenfalls beim Landgericht Flensburg anhängigen selbständigen Beweisverfahren unter Androhung von Ordnungsmitteln die Duldung der Untersuchung ihres IT-Systems durch einen Sachverständigen und die Duldung der Anwesenheit von vier namentlich genannten anwaltlichen Vertretern der Gläubigerin aufgegeben wurde.
- 2 Die einstweilige Verfügung wurde den Schuldnerinnen im Parteibetrieb durch den Gerichtsvollzieher zugestellt. Ein Termin zur Begutachtung fand am 12. Mai 2016 in Anwesenheit des Gerichtsvollziehers und zweier Rechtsanwälte der Gläubigerin in den Räumen der Schuldnerinnen statt. Die Kosten des einstweiligen Verfügungsverfahrens hat das Landgericht Flensburg mit Kostenfestsetzungsbeschluss vom 19. Juli 2016 festgesetzt.
- 3 Im vorliegenden Verfahren begehrt die Gläubigerin die Festsetzung von Zwangsvollstreckungskosten. Das Amtsgericht hat Kosten in Höhe von insgesamt 2.580,14 € festgesetzt. Darin enthalten sind Kosten für die Anwesenheit der beiden Rechtsanwälte der Gläubigerin beim Begutachtungstermin in Höhe von 2.481,14 € (eine 0,3-Verfahrensgebühr gemäß Nr. 3309 VV RVG nach einem Gegenstandswert von 50.000 € nebst Auslagenpauschale sowie Reisekosten und Abwesenheitsgeld gemäß Nr. 7003 bis 7006 VV RVG), Kosten des Gerichtsvollziehers für den Begutachtungstermin in Höhe von 92 € (Beseitigung von Widerstand und Zeitzuschlag gemäß Nr. 250 und 500 KV GvKostG) sowie der Kostenvorschuss für die Zustellung des Kostenfestsetzungsbeschlusses in Höhe von 7 € (§ 17 Abs. 3 GKG in Verbindung mit Nr. 9002 VV GKG). Auf die gegen diese Kostenfestsetzung gerichtete sofortige Beschwerde der Schuldnerinnen hat das Beschwerdegericht den Beschluss des Amtsgerichts aufgehoben

und den Kostenfestsetzungsantrag der Gläubigerin zurückgewiesen. Mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Gläubigerin ihren Kostenfestsetzungsantrag weiter.

4           II. Das Beschwerdegericht hat angenommen, bei den geltend gemachten Kosten handele es sich nicht um solche der Zwangsvollstreckung oder der Vollziehung der einstweiligen Verfügung. Die Gläubigerin habe keine Zwangsvollstreckung aus der einstweiligen Verfügung betrieben. Die Zwangsvollstreckung eines Duldungstitels erfolge gemäß § 890 Abs. 1 ZPO durch die Verurteilung zu Ordnungsmitteln durch das Prozessgericht. Die in der einstweiligen Verfügung erfolgte Androhung von Ordnungsmitteln sei noch keine Maßnahme der Zwangsvollstreckung. Mit der Duldung der Anwesenheit des Sachverständigen und der anwaltlichen Vertreter der Gläubigerin hätten die Schuldnerinnen nur den titulierten Duldungsanspruch erfüllt.

5           III. Die vom Beschwerdegericht zugelassene Rechtsbeschwerde ist statthaft (§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 2 ZPO) und auch im Übrigen zulässig (§ 575 ZPO). In der Sache hat sie nur hinsichtlich der geltend gemachten Gerichtsvollzieher- und Zustellungskosten Erfolg.

6           1. Bei den mit dem Festsetzungsantrag der Gläubigerin begehrten Kosten des Gerichtsvollziehers und der Zustellung handelt es sich - entgegen der Entscheidung des Beschwerdegerichts - um Kosten der Zwangsvollstreckung im Sinne der §§ 936, 928, 788 und § 104 Abs. 1 ZPO. Zu Recht hat das Beschwerdegericht hingegen die Festsetzung der Kosten für die Anwesenheit der Rechtsanwältinnen der Gläubigerin beim Begutachtungstermin abgelehnt.

7           a) Mit der einstweiligen Verfügung vom 28. April 2016 ist den Schuldnerinnen aufgegeben worden, zur Ermöglichung der Beweisanordnung im parallel geführten selbständigen Beweisverfahren eine Reihe von Maßnahmen zu dulden. Hierzu zählte die Duldung der Untersuchung des IT-Systems der Schuld-

nerinnen (Ziff. 1 a), der Inaugenscheinnahme und Untersuchung des Programm- und Quellcodes des Programms iTrade (Ziff. 1 b) sowie des Extrahierens, Sicherns und Vervielfältigens und der Mitnahme des Programm- und Quellcodes (Ziff. 1 c). Weiter wurde den Schuldnerinnen untersagt, für die Dauer der Begutachtung Veränderungen am Programm vorzunehmen oder dieses zu löschen (Ziff. 2). Die Schuldnerinnen wurden weiter verpflichtet, die Anwesenheit des Sachverständigen, seiner Hilfspersonen und vier namentlich genannter anwaltlicher Vertreter der Gläubigerin in ihren Geschäftsräumen während der Begutachtung zu dulden (Ziff. 3). Die Rechtsanwälte der Gläubigerin wurden zur Geheimhaltung verpflichtet (Ziff. 4) und den Schuldnerinnen wurde die Möglichkeit eingeräumt, während der Zurückstellung der Besichtigung binnen einer Stunde anwaltliche Hilfe hinzuzuziehen (Ziff. 5). Der Gerichtsvollzieher wurde im Falle der Weigerung der Schuldnerinnen zur Sequestration ermächtigt (Ziff. 6). Den Schuldnerinnen wurden für den Fall der Zuwiderhandlung Ordnungsmittel angedroht (Ziff. 7).

- 8            b) Für die Kosten der Zwangsvollstreckung aus einer einstweiligen Verfügung gelten die Vorschriften der §§ 788 und 104 ZPO entsprechend. Dies folgt aus § 928 ZPO, der auf die einstweilige Verfügung gemäß § 936 ZPO entsprechende Anwendung findet, und der vorsieht, dass auf die Vollziehung des Arrests die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung entsprechend anzuwenden sind. Das Gesetz versteht unter Vollziehung die Zwangsvollstreckung des Arrests und der einstweiligen Verfügung, wobei die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung deshalb nur entsprechend angewendet werden sollen, weil Arrest- und Verfügungsgläubiger im Regelfall lediglich Sicherung, aber nicht Befriedigung verlangen können (vgl. BGH, Urteil vom 22. Oktober 1992 - IX ZR 36/92, BGHZ 120, 73, 77 [juris Rn. 18]; Urteil vom 15. Juli 1999 - IX ZR 239/98, BGHZ 142, 208, 209 [juris Rn. 6]; Zöller/Vollkommer, ZPO, 33. Aufl., § 928 Rn. 1; Ahrens/Büttner, Der Wettbewerbsprozess, 8. Aufl., Kap. 57 Rn. 2;

Teplitzky/Feddersen, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 12. Aufl., Kap. 55 Rn. 37).

- 9            Der Vorwurf der Rechtsbeschwerde, das Beschwerdegericht habe zu Unrecht die Begriffe der Vollziehung und der Zwangsvollstreckung gleichgesetzt, geht danach fehl. Vielmehr entspricht die Sichtweise des Beschwerdegerichts der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.
- 10            c) Die von der Gläubigerin geltend gemachten Gerichtsvollzieherkosten sowie der Auslagenvorschuss für die Zustellung des Kostenfestsetzungsbeschlusses stellen notwendige Kosten der Zwangsvollstreckung im Sinne des § 788 Abs. 1 ZPO dar. Die danach festzusetzenden Kosten belaufen sich auf 99 €.
- 11            aa) Gemäß § 788 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 ZPO fallen die Kosten der Zwangsvollstreckung, soweit sie notwendig waren, dem Schuldner zur Last. Für die Beurteilung der Notwendigkeit der Kosten verweist die Vorschrift auf § 91 ZPO. Notwendig sind danach Kosten, wenn sie für eine Maßnahme angefallen sind, die der Gläubiger zum Zeitpunkt ihrer Vornahme bei verständiger Würdigung der Sachlage zur Durchsetzung seines titulierten Anspruchs objektiv für erforderlich halten durfte. Nicht notwendig sind insbesondere die Kosten voreiliger Vollstreckungsmaßnahmen (vgl. BGH, Beschluss vom 5. März 2020 - I ZB 50/19, juris Rn. 16 mwN).
- 12            bb) Die Hinzuziehung des Gerichtsvollziehers zum Begutachtungstermin stellt sich mit Blick darauf als für die Anspruchsdurchsetzung erforderlich dar, dass der Erfolg der Begutachtung gefährdet gewesen wäre, wenn die Gläubigerin bei einem ohne Gerichtsvollzieher unternommenen Begutachtungsversuch auf Widerstand der Schuldnerinnen gestoßen wäre. Ein solcher Widerstand hätte nur unter Zuhilfenahme des Gerichtsvollziehers nach § 892 ZPO überwunden werden können. Nur der Gerichtsvollzieher war zudem durch die einst-

weilige Verfügung für den Fall der Weigerung der Schuldnerinnen zur Wegnahme der zu sequestrierenden Sache (vgl. BGH, Urteil vom 9. November 2000 - III ZR 314/99, BGHZ 146, 20, 22 [juris Rn. 9]), ermächtigt. Die Gläubigerin musste nicht das Risiko eingehen, dass in der bis zu einem zweiten, nunmehr in Anwesenheit des Gerichtsvollziehers durchzuführenden Begutachtungstermin verstreichenden Zeit den Untersuchungszweck gefährdende Veränderungen am zu begutachtenden Computerprogramm vorgenommen würden, sondern durfte zur Sicherstellung der Begutachtung den Gerichtsvollzieher sogleich beim ersten Begutachtungstermin hinzuziehen.

13                   cc) Die von der Gläubigerin geltend gemachten Gerichtsvollzieherkosten sind in Höhe von 92 € angefallen.

14                   Nach Nr. 250 KV GvKostG fällt für die Zuziehung des Gerichtsvollziehers zur Beseitigung des Widerstandes nach § 892 ZPO eine Gebühr in Höhe von 52 € an; neben dieser Gebühr kommt zudem die Erhebung eines Zeitzuschlags nach Nr. 500 KV GvKostG in Betracht. Die Gebühr fällt bereits mit der Hinzuziehung des Gerichtsvollziehers an. Für das Vorliegen des Gebührentatbestands ist nicht erforderlich, dass der Schuldner tatsächlich Widerstand leistet (vgl. Eggers in Schröder-Kay, Das Kostenwesen der Gerichtsvollzieher, 14. Aufl., Nr. 250 KV Rn. 8; Kessel in Schneider/Volpert/Fölsch, Gesamtes Kostenrecht, 2. Aufl., KV GvKostG Nr. 250 Rn. 2). Dass die Schuldnerinnen im Streitfall der einstweiligen Verfügung freiwillig Folge geleistet haben, steht dem Anfallen dieser Gebühr daher nicht entgegen.

15                   Nach Nr. 500 KV GvKostG beträgt der Zeitzuschlag für die Erledigung einer Amtshandlung, die mehr als drei Stunden in Anspruch nimmt, 20 € für jede weitere angefangene Stunde. Im Streitfall beläuft sich der Zeitzuschlag nach der von den Parteien nicht beanstandeten Rechnung des Gerichtsvollziehers auf 40 €.

- 16            dd) Nicht zu beanstanden ist weiter, dass das Amtsgericht einen Betrag von 7 € (2 x 3,50 €) als Auslagenvorschuss für die Zustellung des Kostenfestsetzungsbeschlusses gemäß § 17 Abs. 3 GKG in Verbindung mit Nr. 9002 VV GKG hinzugesetzt hat.
- 17            d) Hingegen handelt es sich - wie das Beschwerdegericht zutreffend entschieden hat - bei den von der Gläubigerin geltend gemachten Kosten für die Anwesenheit ihrer Rechtsanwälte im Begutachtungstermin nicht um notwendige Kosten der Zwangsvollstreckung im Sinne des § 788 Abs. 1 ZPO.
- 18            aa) Die Rechtsbeschwerde macht ohne Erfolg geltend, erst durch die Teilnahme ihrer anwaltlichen Vertreter habe die Gläubigerin ihren Willen nach außen dokumentiert, von der einstweiligen Verfügung auch hinsichtlich der Pflicht der Schuldnerinnen Gebrauch zu machen, den Rechtsanwälten der Gläubigerin Zutritt zu verschaffen und ihre Anwesenheit während der Begutachtung zu dulden.
- 19            Im Falle eines im Wege der einstweiligen Verfügung erlassenen Verbots folgt bereits aus der im Parteibetrieb vorgenommenen Zustellung einer mit Ordnungsmittellandrohung gemäß § 890 Abs. 2 ZPO versehenen Beschlussverfügung der hinreichende Wille des Gläubigers, von diesem Titel Gebrauch zu machen (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juli 2014 - I ZR 249/12, GRUR 2015, 196 Rn. 17 und 30 = WRP 2015, 209 - Nero; Teplitzky/Feddersen aaO Kap. 57 Rn. 41).
- 20            Im Streitfall handelt es sich um eine Duldungs- und Unterlassungsverfügung. Die Titulierung einer Duldungs- oder Unterlassungsverpflichtung kann eine gleichfalls nach § 890 ZPO vollstreckbare Verpflichtung zur Handlung beinhalten, wenn der Schuldner der Pflicht zur Duldung oder Unterlassung nur genügen kann, indem er die hierfür erforderliche positive Handlung vornimmt (vgl. BGH, Urteil vom 28. Januar 1977 - I ZR 109/75, GRUR 1977, 614, 616 [juris Rn. 22] - Gebäudefassade; Beschluss vom 11. Oktober 2017 - I ZB 96/16,



GRUR 2018, 292 Rn. 20 = WRP 2018, 473, mwN; Zöller/Seibel aaO § 890 Rn. 4). Ob ein Titel Handlungspflichten auferlegt oder Unterlassung fordert, ist im Wege der Auslegung mit Blick auf den Schwerpunkt der jeweils in Rede stehenden Verpflichtung zu beurteilen (vgl. MünchKomm.ZPO/Gruber, 5. Aufl., § 890 Rn. 6). Der Schwerpunkt der Verpflichtung des Schuldners eines Besichtigungsanspruchs, der die Inaugenscheinnahme durch einen Sachverständigen, Eingriffe in die Substanz der untersuchten Sache oder ihre Stilllegung dulden muss und zudem dem Sachverständigen sowie etwaigen anderen Personen Zutritt zu seinen Geschäftsräumen zu gewähren hat, liegt in der Duldung des gesamten Besichtigungs- und Untersuchungsvorgangs (vgl. Grabinski in Festschrift Mes, 2009, S. 129, 135 f.).

21 Die im Streitfall ergangene einstweilige Verfügung enthält ihrem Schwerpunkt nach die Anordnung von Duldungspflichten. Soweit die Schuldnerinnen aktive Handlungen - etwa die Gewährung des Zugangs oder die Bereitstellung von Passwörtern - vorzunehmen hatten, waren diese lediglich zur Erfüllung der durch die einstweilige Verfügung auferlegten Duldungspflichten erforderliche Hilfshandlungen.

22 bb) Selbst wenn es - wie im Streitfall nicht - infolge einer Weigerung der Schuldnerinnen der zwangsweisen Durchsetzung des Anwesenheitsrechts der Rechtsanwältin der Gläubigerin beim Begutachtungstermin bedurft hätte, wäre nicht - wie von der Rechtsbeschwerde postuliert - die Anwesenheit der Rechtsanwältin selbst ein Akt der Zwangsvollstreckung, sondern lediglich deren Sicherstellung durch Zwangsmaßnahmen etwa des Gerichtsvollziehers nach § 892 ZPO. Die Rechtsbeschwerde verwechselt hier eine Maßnahme der zwangsweisen Durchsetzung der Duldungspflicht mit dem Gegenstand dieser Duldungspflicht.

23 cc) Die Rechtsbeschwerde dringt auch nicht mit ihrem Einwand durch, die Anwesenheit der anwaltlichen Vertreter der Gläubigerin sei zur Koordinierung der Besichtigung und zur Vermeidung von Problemen hinsichtlich der in der einstweiligen Verfügung angeordneten Maßnahmen erforderlich gewesen.

24 Selbst wenn - wie die Rechtsbeschwerde in der Sache geltend macht - die Anwesenheit der anwaltlichen Vertreter im Besichtigungstermin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig gewesen sein sollte, ändert dies nichts an dem Umstand, dass nach dem Vorstehenden die Teilnahme der anwaltlichen Vertreter keine Maßnahme der Zwangsvollstreckung darstellt.

25 Die Gläubigerin ist daher darauf zu verweisen, die Kosten der Besichtigung, die Kosten des Beweisverfahrens darstellen, entweder im Wege eines materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs (vgl. BGH, Urteil vom 10. Oktober 2017 - VI ZR 520/16, NJW 2018, 402 Rn. 19) oder im Rahmen der Kostenerstattung des nachfolgenden Hauptsacheprozesses geltend zu machen (vgl. Kühnen, Handbuch der Patentverletzung, 12. Aufl., Kap. B Rn. 169 und 175; Kühnen/Grunwald, GRURPrax 2018, 513 f.).

26                    2. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 2 Nr. 1, § 97 Abs. 1  
ZPO.

Koch

Löffler

Schwonke

Feddersen

Schmaltz

Vorinstanzen:

AG Ahrensburg, Entscheidung vom 25.01.2017 - 62 M 1407/16 -

LG Lübeck, Entscheidung vom 18.07.2019 - 7 T 126/17 -