



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

I ZB 68/08

vom

18. Dezember 2008

in der Zwangsvollstreckungssache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Auskunft über Tintenpatronen

ZPO § 888

- a) Verfügt nicht die zur Auskunftserteilung verurteilte Konzerngesellschaft, sondern ein anderes Konzernunternehmen über die Kenntnisse, die zur Erteilung der geschuldeten Auskunft benötigt werden, hat die verurteilte Konzerngesellschaft alles ihr Zumutbare zu tun, um sich diese Kenntnisse zu verschaffen. Notfalls muss sie den Rechtsweg beschreiten.
- b) Die dem Schuldner eingeräumte Befugnis, die Beitreibung eines festgesetzten Zwangsmittels durch die Vornahme oder den Nachweis einer Handlung abzuwenden, stellt keine nach § 888 Abs. 2 ZPO unzulässige Androhung von Zwangsmitteln dar.

BGH, Beschluss vom 18. Dezember 2008 - I ZB 68/08 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshof hat am 18. Dezember 2008 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Pokrant, Prof. Dr. Büscher, Dr. Schaffert und Dr. Koch

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerden der Gläubigerin und der Schuldner zu 1 bis 5 gegen den Beschluss des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 31. Juli 2008 werden zurückgewiesen, die Rechtsbeschwerden der Schuldner zu 1 bis 5 allerdings mit der Maßgabe, dass die Frist zum Nachweis einer gerichtlichen Inanspruchnahme der P. AG drei Wochen nach Zustellung dieses Beschlusses endet.

Die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens werden zu 35/136 der Gläubigerin, zu jeweils 15/136 den Schuldnern zu 1, 2 und 4 und zu jeweils 7/34 den Schuldnern zu 3 und 5 auferlegt.

Gründe:

- 1 I. Die Gläubigerin steht mit der in der Schweiz ansässigen P. AG (im Weiteren: P. AG) auf dem Gebiet der Herstellung und des Vertriebs von Tintenpatronen in Wettbewerb.
- 2 Die Schuldnerin zu 1 ist in Deutschland als Handelsvertreterin der P. AG tätig, wobei sie für diese Geschäftsabschlüsse vermittelt und den weiteren "Vertriebssupport" vornimmt. Beide Unternehmen gehören zum P. -Konzern

und werden über die P. Europe Ltd. sowie jeweils eine weitere zwischengeschaltete Gesellschaft von der ebenfalls in der Schweiz ansässigen P. Holding AG (im Weiteren: P. Holding) beherrscht.

3 Die Schuldner zu 2 und 3 waren während des dem vorliegenden Vollstreckungsverfahrens zugrunde liegenden Erkenntnisverfahrens Geschäftsführer der Schuldnerin zu 1. Ihre Geschäftsführerstellung hat am 19. Juli 2007 (Schuldner zu 2) bzw. 1. Juni 2004 (Schuldner zu 3) geendet.

4 Die Schuldnerin zu 4, ein 1999 gegründetes Lagerhaltungsunternehmen, führt für die P. AG die Ein- und Auslagerung von Materialien und deren Versendung durch. Sie wird ebenfalls über zwischengeschaltete Unternehmen von der P. Holding beherrscht. Der Schuldner zu 5 war ursprünglich der Geschäftsführer der Schuldnerin zu 4. Nachdem er bereits seit Oktober 2002 freigestellt war, hat sein Anstellungsverhältnis am 31. Oktober 2003 geendet.

5 Zwischen der Gläubigerin und insbesondere der Schuldnerin zu 1 waren seit 1997 wiederholt gerichtliche Auseinandersetzungen um die widerrechtliche Benutzung von Patenten und Gebrauchsmustern anhängig. In dem dem vorliegenden Vollstreckungsverfahren zugrunde liegenden Erkenntnisverfahren hat die Gläubigerin die Schuldner zu 1 bis 5 wegen Verletzung ihres eine Tintenpatrone betreffenden deutschen Gebrauchsmusters Nr. 297 13 911 (im Weiteren: Klagegebrauchsmuster) in allen drei Instanzen mit Erfolg in Anspruch genommen (LG Düsseldorf, Urt. v. 28.10.2003 - 4a O 63/02, juris; OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.11.2005 - 2 U 104/03, juris; BGHZ 176, 311 - Tintenpatrone).

6 Die Schuldner sind mit dem landgerichtlichen Urteil vom 28. Oktober 2003 unter anderem verurteilt worden, der Gläubigerin unter Angabe

- der Menge der erhaltenen oder bestellten Erzeugnisse, der Namen und Anschriften der Hersteller, Lieferanten und anderer Vorbesitzer sowie der bezahlten Preise,
- der einzelnen Lieferungen, aufgeschlüsselt nach Liefermengen, -zeiten und -preisen und Typenbezeichnungen sowie den Namen und Anschriften der Arbeitnehmer,
- der einzelnen Angebote, aufgeschlüsselt nach Angebotsmengen, -zeiten und -preisen und Typenbezeichnungen sowie den Namen und Anschriften der Angebotsempfänger,
- der betriebenen Werbung, aufgeschlüsselt nach Werbeträgern, deren Auflagenhöhe, Verbreitungszeitraum und Verbreitungsgebiet und
- der nach den einzelnen Kostenfaktoren aufgeschlüsselten Gesteuerungskosten und des erzielten Gewinns

Rechnung zu legen, in welchem Umfang sie seit 1. März 1998 in Bezug auf das Klagegebrauchsmuster näher bezeichnete Benutzungshandlungen begangen haben.

7 Die Schuldner haben mit Schreiben vom 27. März 2006 über solche Benutzungshandlungen Auskunft erteilt. Die dabei vorgenommene Rechnungslegung war allerdings allein auf die Erinnerung der Personen gestützt, die bei den Schuldnerinnen zu 1 und 4 mit den das Klagegebrauchsmuster verletzenden Tintenpatronen befasst waren. Sie ergibt unstreitig keine vollständige und detaillierte Übersicht über die mit diesen Patronen getätigten Geschäfte.

8 Die Gläubigerin hat daher im vorliegenden Vollstreckungsverfahren beantragt, gegen die Schuldner Zwangsmittel festzusetzen.

9 Die Schuldner haben dem entgegengehalten, sie seien zu weitergehenden Auskünften nicht in der Lage. Die Schuldnerin zu 1 wickle, seit sie im Zuge der Umstrukturierung des P. -Konzerns 1997 Handelsvertreterin geworden sei, die Bestellungen unter Nutzung eines EDV-Vertriebs-Verwaltungssystems ab, das auf dem Server der P. AG laufe. Auf die dortigen Daten habe sie nur im

Rahmen des Vertriebssupports Zugriff. Nach etwa sechs Monaten übertrage die P. AG die Bestell- und Lieferdaten dann in ein Archivsystem, auf das die Schuldnerin zu 1 nur noch im Wege der Einzelabfrage für das laufende und das vorangegangene Geschäftsjahr zugreifen könne. Eine Aufforderung an die der P. AG, die Schuldner bei der Rechnungslegung zu unterstützen, sei erfolglos geblieben. Bestellschreiben bewahre die Schuldnerin zu 1 lediglich fünf bis sechs Monate lang auf. Das von der Schuldnerin zu 4 verwendete EDV-Lagerverwaltungssystem werde wegen seiner begrenzten Speicherkapazität innerhalb von vier Monaten überschrieben. Schriftstücke wie Lieferscheine und Frachtbriefe übergebe die Schuldnerin zu 4 in vierteljährlichem Turnus an die P. AG; Lieferadressen halte sie nicht fest. Die Schuldner zu 2, 3 und 5 seien schon deshalb allein auf ihre Erinnerung angewiesen, weil sie seit ihrem Ausscheiden bei den Schuldnerinnen zu 1 und 4 keinen Zugang zu deren betriebsinternen Dokumenten mehr hätten.

10 Das Landgericht hat die Schuldnerinnen zu 1 und 4 sowie den Schuldner zu 2, der seinerzeit noch Geschäftsführer der Schuldnerin zu 1 war, mit einem Zwangsgeld von jeweils 15.000 € belegt, es ihnen aber nachgelassen, dessen Beitreibung durch den innerhalb von sechs Wochen zu führenden Nachweis der Erhebung einer Auskunftsklage gegen die P. AG abzuwenden. Die gegen die Schuldner zu 3 und 5 gerichteten Zwangsmittelanträge hat es zurückgewiesen.

11 Hiergegen haben die Gläubigerin und die Schuldner zu 1, 2 und 4 sofortige Beschwerde eingelegt. Die Gläubigerin hat weiterhin die Festsetzung von Zwangsmitteln gegen die Schuldner zu 3 und 5 erstrebt und zudem die den Schuldnern zu 1, 2 und 4 gewährte Abwendungsbefugnis beanstandet. Die Schuldner zu 1, 2 und 4 haben sich gegen die gegen sie festgesetzten Zwangsmittel gewandt.

12 Das Beschwerdegericht hat die sofortigen Beschwerden der Schuldner zu 1, 2 und 4 zurückgewiesen. Auf das Rechtsmittel der Gläubigerin hat es auch die Schuldner zu 3 und 5 mit einem Zwangsgeld in Höhe von jeweils 15.000 € belegt, ihnen aber eine auf drei Wochen begrenzte Abwendungsbefugnis eingeräumt und die Dauer der den Schuldnern zu 1, 2 und 4 eingeräumten Abwendungsbefugnis ebenfalls auf drei Wochen verkürzt.

13 Im Wege der Rechtsbeschwerde wenden sich die Schuldner weiterhin gegen die Zurückweisung der gegen sie verhängten Zwangsgelder und die Gläubigerin gegen die den Schuldnern gewährte Abwendungsbefugnis.

14 II. Die Rechtsbeschwerden der Parteien sind im angefochtenen Beschluss zugelassen worden, damit gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 2 ZPO statthaft und auch im Übrigen zulässig. In der Sache haben sie keinen Erfolg.

15 1. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

16 Die Schuldner seien mit den bislang mitgeteilten Daten ihrer Rechnungslegungspflicht nicht nachgekommen. Allerdings sei ihnen das Wissen der P. AG nicht direkt zuzurechnen. Ein Zwangsmittel könne nur verhängt werden, wenn die Handlung (allein) vom Willen des Schuldners abhängt, und scheide aus, wenn dieser die Handlung aus welchem Grund auch immer nicht (mehr) vornehmen könne. Auch eine Wissenszurechnung im Konzern liefe auf die mit der reinen Beugefunktion des Zwangsmittels unvereinbare Bestrafung (schuldhafter) Unkenntnis hinaus.

17 Den Schuldnerinnen zu 1 und 4 sei aber vorzuhalten, die P. AG nicht auf Erteilung der Informationen gerichtlich in Anspruch genommen zu haben, die sie für die der Gläubigerin geschuldete Rechnungslegung benötigten. Ein

Schuldner, der eine Auskunft nur mit Hilfe eines Dritten geben könne, müsse alles ihm Zumutbare tun, um sich von diesem die erforderlichen Kenntnisse zu verschaffen. Die Erfüllung dieser Pflicht könne mit den Mitteln des § 888 Abs. 1 ZPO durchgesetzt werden und auch die gerichtliche Durchsetzung der Mitwirkungspflicht des Dritten umfassen. Die Schuldnerinnen zu 1 und 4 treffe diese Pflicht schon deshalb, weil sie damit hätten rechnen müssen, in Anspruch genommen zu werden, und ihre Archivierungspraxis geeignet sei, berechnigte Ansprüche Dritter zu vereiteln. Die allein vom Willen der Schuldnerinnen zu 1 und 4 abhängige Erhebung einer Auskunftsklage gegen die P. AG sei geeignet, diesen die für die Rechnungslegung notwendigen Informationen zu verschaffen. Sie sei auch zumutbar. Auch den Schuldnern zu 2, 3 und 5 stünde als ehemaligen Geschäftsführern der Schuldnerinnen zu 1 und 4 ein Auskunftsanspruch gegen die P. AG zu.

18 Wegen der nachhaltigen Weigerung der Schuldner, sich um eine auch nur annähernd vollständige Rechnungslegung zu bemühen, sei gegen die Schuldner ein Zwangsgeld festzusetzen. Der angeordnete Vollstreckungsaufschub sei erforderlich, weil der Beschwerdesenat die Vollziehung der landgerichtlichen Zwangsgeldbeschlüsse einstweilen eingestellt habe, nachdem die Schuldner zu 1, 2 und 4 geltend gemacht hätten, ihnen sei eine Klageerhebung gegen die P. AG erst zumutbar, wenn die Frage des Bestehens einer solchen Verpflichtung endgültig entschieden sei, und das Vertrauen der Schuldner auf diese Beurteilung nicht enttäuscht werden dürfe. Er gelte aber nur so lange, wie die Schuldner das Auskunftsverfahren zügig betrieben.

19 2. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung stand. Das Beschwerdegericht hat zutreffend angenommen, dass den Schuldnern im Zwangsvollstreckungsverfahren zwar nicht das Wissen der P. AG zuzurechnen, ihnen aber anzulasten ist, dass sie bislang nicht die ihnen zumutbare Klage auf Erteilung derjenigen Auskünfte erhoben haben, die sie zur abschließenden Er-

füllung des - inzwischen rechtskräftig - titulierten Rechnungslegungsanspruchs der Gläubigerin benötigen.

20 a) Das Beschwerdegericht ist mit Recht davon ausgegangen, dass die von den Schuldnern gemäß der Ziffer I 2 des Tenors des landgerichtlichen Urteils vom 28. Oktober 2003 obliegende Rechnungslegung eine nicht vertretbare Handlung i.S. des § 888 Abs. 1 ZPO darstellt und dass die Festsetzung eines Zwangsmittels wegen der Nichtvornahme dieser Handlung voraussetzt, dass die Schuldner zu ihrer Vornahme tatsächlich in der Lage sind (vgl. MünchKomm.ZPO/Gruber, 3. Aufl., § 888 Rdn. 13; Musielak/Lackmann, ZPO, 6. Aufl., § 888 Rdn. 9, jeweils m.w.N.). Danach scheidet die Festsetzung eines Zwangsmittels gemäß § 888 Abs. 1 ZPO aus, wenn der Schuldner die geschuldete Handlung nicht vornehmen kann, und zwar auch dann, wenn er sein Unvermögen schuldhaft herbeigeführt hat (vgl. Stein/Jonas/Brehm, ZPO, 22. Aufl., § 888 Rdn. 10). Weil die Handlung noch im Zeitpunkt der Vollstreckung ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängen muss, ist in Fällen, in denen der Schuldner zu diesem Zeitpunkt über das für die Vornahme der Handlung erforderliche Wissen nicht (mehr) verfügt, auch kein Raum für die Zurechnung des entsprechenden Wissens eines Dritten.

21 b) Das Beschwerdegericht hat des Weiteren mit Recht angenommen, dass der Schuldner im Vollstreckungsverfahren gemäß § 888 ZPO in Fällen, in denen die Möglichkeit der Vornahme der Handlung von der Mitwirkung eines Dritten abhängt und diese Mitwirkung zweifelhaft ist, die ihm zustehenden tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten ausschöpfen muss, um den Dritten zu einer Mitwirkung zu bewegen (BayObLG NJW 1975, 740, 741; NJW-RR 1989, 462, 463; MünchKomm.ZPO/Gruber aaO § 888 Rdn. 15 m.w.N.). Dementsprechend hat der Schuldner, wenn die Kenntnisse, die er zur Erteilung der geschuldeten Auskunft benötigt, nicht bei ihm selbst vorhanden sind, sondern bei einem Dritten liegen, alles ihm Zumutbare zu tun, um sich diese Kenntnisse von

dem Dritten zu verschaffen, und daher insoweit gegebenenfalls auch den Rechtsweg zu beschreiten (vgl. BayObLG NJW-RR 1989, 462, 463; OLG Karlsruhe FamRZ 1999, 1436, 1437; OLG Hamburg ZMR 2003, 863, 864; Stein/Jonas/Brehm aaO § 888 Rdn. 14; MünchKomm.ZPO/Gruber aaO § 888 Rdn. 15).

22 c) Im Streitfall ist allen Schuldnern eine die Erfüllung ihrer Rechnungslegungspflicht ermöglichende Auskunftsklage gegen die P. AG zumutbar.

23 aa) Das Beschwerdegericht ist bei seiner Beurteilung davon ausgegangen, dass die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass den Schuldnern die Erhebung einer Auskunftsklage gegen die P. AG zumutbar ist, bei der Gläubigerin liegt. Diese Beurteilung entspricht der herrschenden Meinung (vgl. Stein/Jonas/Brehm aaO § 888 Rdn. 9; Walker in Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 4. Aufl., § 888 ZPO Rdn. 19; a.A. etwa OLG Stuttgart MDR 2005, 777 f.; MünchKomm.ZPO/Gruber aaO § 888 Rdn. 16 m.w.N.) und enthält, da sie sich zugunsten der Schuldner auswirkt, jedenfalls keinen Rechtsfehler zu deren Lasten.

24 bb) Die Rechtsbeschwerde gemäß §§ 574 ff. ZPO kann nach § 576 Abs. 1 und 3, § 564 ZPO allein darauf gestützt werden, dass die Entscheidung der Vorinstanz darauf beruht, dass das Recht nicht oder nicht richtig angewendet worden ist. Soweit die Beurteilung der Frage der Zumutbarkeit eine von den Schuldnern zu erhebende Auskunftsklage gegen die P. AG Elemente trichterlicher Würdigung enthält, kann sie daher nur in beschränktem Umfang überprüft werden (vgl. BGH, Beschl. v. 26.3.1997 - III ZR 295/96, NJW 1997, 2109).

25 cc) Die Beurteilung des Beschwerdegerichts, allen fünf Schuldnern sei die Erhebung einer Auskunftsklage gegen die P. AG zumutbar, hält danach den Angriffen der Rechtsbeschwerde der Schuldner stand.

26 (1) Soweit die Rechtsbeschwerde der Schuldner geltend macht, die Gläubigerin hätte die Auskunftsansprüche gegen die P. AG selbst geltend machen können, übersieht sie, dass die Schuldner zu 1 bis 5 diesen allenfalls gegen die Bejahung der Zumutbarkeit der ihnen obliegenden Rechnungslegung gerichteten Einwand bereits im Erkenntnisverfahren hätten geltend machen können und müssen (vgl. BGH, Urt. v. 21.12.2005 - X ZR 165/04, GRUR 2006, 401 Tz. 33 = WRP 2006, 483 - Zylinderrohr). Außerdem ist daran zu erinnern, dass es im Fall der Gesamtschuld - wie hier bei einer von mehreren Personen und dabei gegebenenfalls auch der P. AG begangenen Gebrauchsmusterverletzung (vgl. § 840 Abs. 1 BGB; vgl. Benkard/Rogge/Grabinski, PatG, 10. Aufl., § 24 GebrMG Rdn. 1 i.V. mit § 139 PatG Rdn. 20) - dem Gläubiger gemäß § 421 Satz 1 BGB grundsätzlich freisteht, welche(n) Schuldner er in Anspruch nimmt.

27 (2) Ohne Erfolg machen die Schuldnerinnen zu 1 und 4 geltend, das Beschwerdegericht habe zu Unrecht angenommen, dass die spezialgesetzlichen Anspruchsgrundlagen zur Auskunftserteilung und Rechnungslegung aus dem Recht des Handelsvertreters und des Lagerhalters keine Sperrwirkung gegenüber weitergehenden Auskunfts- und Rechnungslegungsansprüchen aus § 242 BGB entfalteteten. Sie vernachlässigen dabei, dass die Schuldnerinnen zu 1 und 4 mit der P. AG jeweils (auch) insofern in geschäftlicher Verbindung standen und stehen, als sie diese mit der Archivierung der von ihnen nach Handelsrecht aufzubewahrenden Unterlagen beauftragt haben. Insofern kommen von den Vorinstanzen zwar nicht festgestellte, aber - was für die Frage der Zumutbarkeit der von den Schuldnerinnen zu 1 und 4 gegenüber der P. AG zu erhebenden Klage ausreicht - naheliegende Ansprüche dieser Schuldnerinnen aus der jeweiligen Geschäftsverbindung in Betracht. Des Weiteren können sich auch aus dem zwischen diesen Schuldnerinnen und der P. AG möglicherweise bestehenden Gesamtschuldverhältnis und der sich daraus gemäß § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB ergebenden Mitwirkungspflicht der P. AG neben einer Verpflichtung

zur Beibringung von Beweisen (vgl. dazu OLG Hamm NJW-RR 1988, 55; Staudinger/Noack, BGB [2005], § 426 Rdn. 76 m.w.N.) Auskunftsansprüche ergeben.

28 (3) Die Schuldner zu 2, 3 und 5 sind im Erkenntnisverfahren ungeachtet dessen, dass sie im Zeitpunkt der letzten Tatsachenverhandlung am 20. Oktober 2004 teilweise bereits aus dem P. -Konzern oder immerhin aus ihrer ursprünglich innegehabten Geschäftsführerstellung ausgeschieden waren, in sachlicher wie auch in zeitlicher Hinsicht im selben Umfang wegen Verletzung des Klagegebrauchsmusters verurteilt worden wie die Schuldnerinnen zu 1 und 4. Nicht anders als den Schuldnerinnen zu 1 und 4 stehen daher auch ihnen aus den vorstehend dargestellten Gründen Auskunftsansprüche gegen die P. AG zu. Damit ist ihnen die Erhebung einer entsprechenden Auskunftsklage in gleicher Weise zumutbar wie den Schuldnerinnen zu 1 und 4.

29 d) Das Beschwerdegericht hat das Zwangsmittel dadurch, dass es den Schuldnern eine Abwendungsbefugnis eingeräumt hat, nicht entgegen § 888 Abs. 2 ZPO angedroht. Es hat vielmehr mit dieser Maßnahme lediglich dem Umstand Rechnung getragen, dass den Schuldnern die Vorfertigung einer Klageschrift gegen die P. AG so lange nicht zuzumuten war, wie nicht endgültig feststand, dass sie eine entsprechende Klage zu erheben hatten, wobei ein Zeitraum von drei Wochen erforderlich, aber auch ausreichend erscheint, um dieser Verpflichtung nachzukommen (vgl. Begründung des Regierungsentwurfs zur 2. Zwangsvollstreckungsnovelle, BT-Drucks. 13/341, S. 41; MünchKomm. ZPO/Gruber aaO § 888 Rdn. 24; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, 67. Aufl., § 888 Rdn. 13; Hüßtege in Thomas/Putzo, ZPO, 29. Aufl., § 888 Rdn. 11; Hk-ZPO/Pukall, 2. Aufl., § 888 Rdn. 10).

30 III. Nach allem sind sowohl die Rechtsbeschwerde der Gläubigerin als auch die Rechtsbeschwerden der Schuldner zurückzuweisen. Zur Vermeidung unbilliger Härten ist den Schuldnern allerdings nochmals ein Vollstreckungsaufschub einzuräumen.

31 Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 i.V. mit § 92 Abs. 1 ZPO.

Bornkamm

Pokrant

Büscher

Schaffert

Koch

Vorinstanzen:

LG Düsseldorf, Entscheidung vom 16.10.2006 - 4a O 63/02 ZV I -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 31.07.2008 - I-2 W 59/06 + I-2 W 60/06 -