

Besprechung | Compte rendu

Nils Graber

Die Rückrufverpflichtung des Unterlassungsschuldners im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht

Voraussetzungen, Inhalt und Folgen

Verlag Dr. Kovač, Hamburg 2021, XIX + 290 Seiten, EUR 99.80, ISBN 978-3-339-12328-2

Es gibt grundsätzlich zwei Arten juristischer Dissertationen: Diejenigen, die «in die Breite» gehen, also neue Querbezüge zwischen verschiedenartigen Themengebieten aufdecken, und diejenigen, die sich der detaillierten Durchdringung eines eng eingegrenzten Spezialthemas widmen. NILS GRABER hat letztere Variante gewählt und analysiert in seiner Dissertationsschrift auf 268 Textseiten das spezifische Problem der «Rückrufverpflichtung des Unterlassungsschuldners im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht», also die Frage, inwieweit ein Unterlassungsschuldner in den genannten Rechtsgebieten aufgrund seiner Unterlassungsverpflichtung über das bloße Unterlassen hinaus auch zum Rückruf der rechtsverletzenden Gegenstände von unabhängigen Dritten verpflichtet ist. Anlass der Untersuchung sind drei neuere Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofs (BGH), mit welchen dieser nur «vermeintlich» die «auf Ebene der Oberlandesgerichte seit Jahrzehnten strittige Frage nach der Rückrufpflicht des Unterlassungsschuldners» (S. 1) beendete. Da nach Ansicht des Verfassers der Inhalt der Entscheidungen «keineswegs zu einem Ende der Diskussionen» (S. 2) führte, sondern sich in ihrer Folge vielmehr «etliche Problemfelder» (ebd.) auftraten, ist es Ziel von GRABERS Arbeit, «die entstandenen Unsicherheiten über die Voraussetzungen für die Rückrufverpflichtung des Unterlassungsschuldners im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht und die sich daraus ergebenden Konsequenzen auszuräumen» (S.3).

Angesichts der immensen rechtlichen und wirtschaftlichen Bedeutung des Unterlassungsanspruchs als zentraler immaterialgüter- und lauterkeitsrechtlicher Rechtsbehelf handelt es sich in der Tat um eine bedeutende Thematik, die nach der Entwicklung ausgewogener Lösungen verlangt. GRABERS methodischer Ansatz zur Beantwortung seiner Forschungsfrage ist ein rechtsdogmatischer und praxisorientierter: Er analysiert die einschlägigen tatbestandlichen Voraussetzungen der Rückrufverpflichtung anhand der juristischen Auslegungsmaximen und legt dabei einen besonderen Fokus auf die Auseinandersetzung mit zur Problematik ergangener höchstrichterlicher und instanzgerichtlicher Rechtsprechung.

Nach einem einleitenden Problemaufriss und Darstellung des Gangs der Untersuchung bietet der Verfasser in Kapitel 2 zunächst einen Überblick über die Entwicklung

der Rechtsprechung zur Rückrufverpflichtung, die er in die Zeit vor und nach den Leitentscheidungen des Bundesgerichtshofs «Hot Sox», «Rückruf von RESCUE-Produkten» und «Luftentfeuchter» untergliedert. Besonders interessant sind dabei die Ausführungen (S. 20 ff.) zur Frage, inwieweit «klassische» Rückrufkonstellationen der analogen Welt mit dem Umfang der Pflicht zur Entfernung rechtswidriger Inhalte aus dem Internet vergleichbar sind. Im Übrigen systematisiert der Verfasser die Erwägungen der früheren instanzgerichtlichen Rechtsprechung anschaulich in zwei Lager: eine «einschränkende Ansicht» (S. 13), nach welcher «den Unterlassungsschuldner bei fehlender Verfügungsbefugnis bzw. fehlender rechtlicher Einflussmöglichkeit keine Rückrufpflicht treffen könne» (ebd.), und eine «umfassende [...] Ansicht, die eine Verfügungsmacht und eine rechtliche Einflussmöglichkeit des Schuldners nicht als essentielle Voraussetzung für die Annahme einer Rückrufpflicht des Schuldners sah» (S. 14). GRABER stellt fest, der BGH habe sich in den genannten Leitentscheidungen der umfassenden Ansicht angeschlossen (S. 27, 36), und arbeitet als deren «Essenz» heraus, dass nicht länger rechtliche Einwirkungsmöglichkeiten Voraussetzung einer solchen Verpflichtung seien, sondern bereits tatsächliche genüßten (S. 36 ff.). Dass der Verfasser im Rahmen der Darstellung der «Zeit nach den Leitentscheidungen» (S. 38 ff.) bereits in Literatur und instanzgerichtlicher Rechtsprechung an den BGH-Entscheidungen geübte Kritik aufführt, die er an späterer Stelle im Rahmen der eigenen Auseinandersetzung mit den Sachargumenten wieder aufgreifen wird, führt zu gewissen inhaltlichen Wiederholungen im Laufe der Arbeit. Obgleich eine einmalige, zusammenhängende Diskussion der Sachargumente wohl übersichtlicher gewesen wäre, handelt es sich bei der gewählten Aufbauentscheidung freilich um eine vertretbare und gängige, die insbesondere spezifisch am Zeitstrahl der Diskussionsentwicklung interessierten Leserinnen und Lesern einen Mehrwert bietet.

In Kapitel 3 widmet sich GRABER im Detail den tatbestandlichen Voraussetzungen der Verpflichtung zum Rückruf, wobei er zunächst abstrakt die «Handlungspflichten des Unterlassungsschuldners gegenüber unabhängigen Dritten» darstellt (S. 53 ff.) und diese Kriterien sodann auf die Verpflichtung zum Rückruf «überträgt» bzw. anwendet (S. 102 ff.). Die nach dem BGH für eine solche Verpflichtung erforderlichen Kriterien sind ein «wirtschaftlicher Vorteil» (S. 73 ff.), dass also «das Handeln des Dritten dem Unter-

Besprochen von **STEFAN SCHEUERER**, Ass. iur., wissenschaftlicher Mitarbeiter, München.

lassungsschuldner wirtschaftlich zugutekommen muss» (S. 77), die «Erwartbarkeit» (S. 78 ff.), dass also der Unterlassungsschuldner nur auf solche Dritten einwirken muss, «bei denen er mit weiteren Verstößen ernstlich rechnen muss» (S. 78), sowie das Bestehen lediglich «tatsächlicher Einwirkungsmöglichkeiten» (S. 81 ff.) in Abkehr von der früheren Maßgeblichkeit (auch) rechtlicher Einwirkungsmöglichkeiten. Besonders interessant sind GRABERS Ausführungen zur «Einflussmöglichkeit aufgrund der tatsächlichen Beziehung» (S. 82), wonach es zur Vermeidung «unbilliger und willkürlicher» Ergebnisse seiner Ansicht nach nicht auf die Marktmacht des Schuldners ankommen dürfe, sowie zur «Einflussmöglichkeit aufgrund der Interessenlage» (S. 83), wonach ein gesteigertes Eigeninteresse des Dritten an der Vornahme der Beseitigungshandlung ebenfalls nicht maßgeblich sein könne, da die Zurechnung ansonsten «dem Zufall überlassen» (ebd.) wäre. Überzeugend kommt der Verfasser zum kritischen Ergebnis, dass der BGH «das Kriterium der Einflussmöglichkeit faktisch aufgehoben» habe, «da tatsächliche Einwirkungsmöglichkeiten gegenüber nahezu jeder Person bestehen» (S. 92), sodass der «Pflichtenkreis des Unterlassungsschuldners massiv ausgeweitet» und dieser «zum Garanten für nahezu alle Handlungen Dritter, die kausal auf seine eigene Handlung zurückgehen» werde. Ihre Grenzen findet die Einwirkungspflicht gleichwohl in den Parametern der Möglichkeit und Zumutbarkeit inklusive der Verhältnismäßigkeit (S. 93 ff.), deren wichtige Korrekturfunktion GRABER noch mehrfach wiederaufgreifen wird.

Die zunächst abstrakt dargestellten Voraussetzungen wendet der Verfasser nun in concreto auf die Verpflichtung zum Rückruf an, wobei die Ausführungen (S. 134 ff.) zu etwaigen mildereren Mitteln gegenüber dem Rückruf besonders interessant sind, welche die Auffassung des BGH infrage stellen, ein solcher Rückruf sei «regelmäßig bzw. grundsätzlich» geboten (S. 138). Herzstück von GRABERS Analysen ist dann eine umfassende Interessenabwägung, die er im Angemessenheits-Kriterium der Verhältnismäßigkeitsprüfung verortet (S. 138 ff.). Der Verfasser arbeitet überzeugend die betroffenen Interessen des Gläubigers (S. 139 ff.), insbesondere effektive Unterbindung des Eingriffs in seine geschützte Rechtsposition, und des Schuldners (S. 141 ff.), etwa die Vermeidung von Ansehensverlust heraus. Wenn auch die Darstellung der Interessen der Allgemeinheit (S. 147 f.) mit Blick auf die nicht nur sonderdeliktische, sondern auch kollektive Wettbewerbs- und Marktordnungsfunktion von Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht von einer stärkeren Berücksichtigung wohlfahrtsökonomischer Erwägungen profitiert hätte, führt GRABER entscheidende ökonomische Argumente im Rahmen der Abwägung der individuellen Rechtspositionen durchaus an. Sein eigenständiger «Vorschlag für eine interessengerechte Abwägung» (S. 155) umfasst insbesondere die «besondere Berücksichtigung des Verschuldens» (S. 156) des Schuldners, wobei er auf die dogmatische Problematik der Abgrenzung des grundsätzlich verschuldensunabhängigen Unterlassungsanspruchs zum verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch eingeht, sowie die Gewährung von «Aufbrauchs-, Umstellungs- und Beseitigungsfristen» (S. 157 ff.).

In Kapitel 4 schließlich widmet sich GRABER Inhalt und Reichweite einer nach Maßgabe der in Kapitel 3 erarbeiteten Kriterien dem Grunde nach bestehenden Rückrufverpflichtung. Als materielle Voraussetzungen der geschuldeten Handlung stellt er dar, es bedürfe des Versuchs der Rückzahlung (S. 164 f.), Nachdruck und Ernsthaftigkeit (S. 165 ff.), sowie insbesondere der Übernahme der Kostentragung (S. 167 ff.). Als formelle Voraussetzungen äußert sich GRABER zur nötigen Art der Kontaktaufnahme (S. 171) und der überzeugend verneinten Notwendigkeit eines öffentlichen Rückrufs (S. 172 f.). Entscheidende Frage im Rahmen der Reichweite der Verpflichtung (S. 173 ff.) ist, wie weit sie in die Abnehmer-/Vertriebskette hinein reicht. GRABER kommt zum schlüssigen Ergebnis, es erscheine «interessengerecht, von dem Schuldner zu fordern, dass er in seiner Rückrufmitteilung an die eigenen Abnehmer darüber aufklärt, dass sie wiederum zu einem Rückruf gegenüber den Drittabnehmern verpflichtet sein könnten» (S. 184). Als im Rahmen einer juristischen Dissertation ein wenig «exotischer», gerade deshalb aber durchaus gelungener Ausdruck des erklärten Praxisbezugs der Arbeit unterbreitet der Verfasser auf S. 185 f. einen konkreten Formulierungsvorschlag für eine Mitteilung des Unterlassungsschuldners an seine Abnehmer, an dem sich betroffene Marktakteure und die anwaltliche Praxis in Zukunft orientieren können.

In einem ergänzenden Kapitel 5 schließlich weitet GRABER den Blick auf den Rückruf bei vorprozessualen Maßnahmen und einstweiligen Verfügungen. Er erörtert zunächst die Übertragbarkeit der Rückrufrechtsprechung auf vorprozessuale Unterwerfungserklärungen (S. 188 ff.) und bewertet eine Übertragung als grundsätzlich «konsequent und folgerichtig» (S. 192). Sodann widmet sich der Verfasser ausführlich der Auslegung der Unterlassungspflichten aus Unterlassungserklärungen, inklusive der Frage, «in welchen Fällen eine vertragliche Unterlassungspflicht dahingehend ausgelegt werden kann, dass keine Rückrufmaßnahmen geschuldet sind» (S. 202 ff.). Er arbeitet als Problem heraus, dass bei explizitem Ausschluss der Rückrufpflicht die Wiederholungsgefahr als Voraussetzung des Unterlassungsanspruchs nicht entfalle (S. 211). Abschließend wird die Übertragbarkeit der Rückrufverpflichtung auf den praktisch besonders bedeutenden einstweiligen Rechtsschutz erörtert (S. 211 ff.). Hier liegt das Problem auf der Hand, dass durch einen Rückruf eine Vorwegnahme der Hauptsache droht: Ist der Gegenstand einmal zurückgerufen, so ist das Rechtsschutzziel, über das es eigentlich erst zu entscheiden gilt, bereits verwirklicht. GRABER diskutiert die ausnahmsweise Zulässigkeit der Vorwegnahme der Hauptsache im Rahmen der «Leistungsverfügung» (S. 217 ff.) und setzt sich dezidiert kritisch mit den insoweit vom BGH begründeten Fallgruppen der Produktpiraterie (S. 220 ff.) und «schnellen Veräußerung» (S. 222 f.) auseinander. Auch die Annahme des BGH, die Aufforderung lediglich zum vorläufigen Vertriebsstopp stelle keine Vorwegnahme der Hauptsache dar, überzeugt den Verfasser nicht, da auch eine solche Aufforderung «faktisch in vielen Fällen wie ein Rückruf wirken» (S. 236) werde. Abschließend analysiert GRABER Möglichkeiten der

Umgehung der Rückrufpflichten (S. 237 ff.) und den Sonderfall der Abschlusserklärung (S. 252 ff.).

Kapitel 6 fasst die wichtigsten Ergebnisse zusammen und führt zu zwei abschließenden Thesen. Insgesamt erkennt der Verfasser in kritischer Auseinandersetzung mit dem BGH eine «unsachgemäße Ausweitung des Organisationsbereichs des Titelschuldners» (S. 260). Er sieht allerdings das «Potential, einer ausufernden Haftung des Schuldners entgegenzuwirken» (S. 261) in den aus seiner Sicht bislang nicht genug beachteten Kriterien der «Möglichkeit und Zumutbarkeit» des Rückrufs. Als mahnende abschließende Thesen formuliert GRABER, aufgrund des Einzelfallbezugs der vom BGH aufgestellten Kriterien drohe die «reelle Gefahr, dass es zu einer Rechtszersplitterung auf Ebene der Instanzgerichte kommt» (S. 266), und es sei denkbar, dass statt der prima facie naheliegenden Stärkung vielmehr eine Schwächung des Unterlassungsanspruchs eintreten könne. Dies folge aus einer «Kumulation aus der Unsicherheit über den Umfang des Unterlassungsanspruchs» und der «fehlende(n) Möglichkeit, derartige Rückrufpflichten aus dem Anspruch auszunehmen» (S. 268).

Bei der Dissertation des Verfassers handelt es sich um eine ganz und gar praxisorientierte Arbeit. Aus wissenschaftlicher Perspektive wären etwa rechtsvergleichende Bezüge, insbesondere zum «remedy»-Ansatz des anglo-amerikani-

schen Rechtskreises, oder eine Einbettung in die größeren Zusammenhänge der immaterialgüter- und wettbewerbsrechtlichen «Enforcement»-Problematik interessant gewesen. Letztere deutet der Verfasser lediglich an, wenn er auf S. 1 sein Thema im Kontext «einer umfassenden Ausweitung, welche die Unterlassungsansprüche im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht im Zuge höchstrichterlicher Rechtfortbildung erfahren haben» lokalisiert. Indes stellt GRABER transparent klar, es sei «ausdrücklich weder Ziel noch Anspruch» seiner Untersuchung, «das Recht der Unterlassungsansprüche umfassend darzustellen» (S. 4). Sein gewählter thematisch enger und rechtsprechungsorientierter Zugang ist demgemäß völlig berechtigt. Zwar wäre auch unter dieser Prämisse ein noch stärkeres Augenmerk auf den unionsrechtlichen Überbau, insbesondere die vom Verfasser an verschiedenen Stellen durchaus gewürdigte immaterialgüterrechtliche Enforcement-Richtlinie, wünschenswert gewesen. Gleichwohl ist insgesamt zu attestieren, dass die Arbeit einen guten und umfassenden Überblick über die relevanten Problemkonstellationen bietet, die höchstrichterliche Rechtsprechung kritisch hinterfragt, die maßgeblichen Interessen und Argumente identifiziert und differenziert abwägt sowie zu sachgerechten Ergebnissen gelangt, die sowohl die anwaltliche als auch die gerichtliche Praxis anleiten können.