

Zur Diskussion / A discuter

Keine reale Vollstreckung von Unterlassungsurteilen?

ANDRI HESS-BLUMER*

In dem in sic! 2008, 543 ff. wiedergegebenen, in einer Patentstreitigkeit ergangenen Bundesgerichtsentscheid «Druckweiterverarbeitung» und den Urteilen der Vorinstanzen wird die auch in der Literatur anzutreffende Auffassung vertreten, Unterlassungsurteile könnten ausschliesslich indirekt durch die Androhung strafrechtlicher Sanktionen vollstreckt werden. Eine reale Vollstreckung eines Unterlassungsbefehls sei ausgeschlossen, und das Patentrecht verlange auch gar keine reale Vollstreckung darauf gestützter Urteile. Diese Prämissen werden in dieser Arbeit kritisch hinterfragt. Anlass dazu bildet nicht zuletzt die bevorstehende Inkraftsetzung der schweizerischen ZPO, die in Art. 343 Abs. 1 lit. d betreffend die Vollstreckung von Entscheiden Folgendes festlegt: «Lautet der Entscheid auf eine Verpflichtung zu einem [...] Unterlassen [...], so kann das Vollstreckungsgericht insbesondere anordnen: eine Zwangsmassnahme wie Wegnahme einer beweglichen Sache oder Räumung eines Grundstückes».

L'arrêt du Tribunal fédéral dans un litige en matière de brevets (Druckweiterverarbeitung, sic! 2008, 543 ss), les décisions rendues par les instances inférieures et les avis exprimés dans la doctrine laissent entendre que les décisions consistant en une obligation de s'abstenir ne peuvent qu'être exécutées de manière indirecte, soit sous la menace de sanctions pénales. Toujours selon ces opinions, l'exécution réelle d'une obligation de s'abstenir serait exclue et le droit de brevets ne l'exigerait pas non plus. Ce point de vue fait l'objet d'une analyse critique, compte tenu notamment du CPC, qui entrera prochainement en vigueur et qui dispose à l'art. 343 al. 1 let. d, en matière d'exécution des décisions: «Lorsque la décision prescrit une obligation de [...] s'abstenir [...], le tribunal de l'exécution peut prescrire une mesure de contrainte telle que l'enlèvement d'une chose mobilière ou l'expulsion d'un immeuble.»

- I. Einleitung
 - II. Hintergrund und Prozessgeschichte
 - III. Vom kantonalen Prozessrecht zur schweizerischen ZPO
 - IV. Können Unterlassungsurteile generell nicht real vollstreckt werden?
 - V. Verlangt Patentrecht keine reale Vollstreckung?
 - VI. Geht amtliche Siegelung unter Androhung der Bestrafung wegen Siegelbruchs über ein Verbot hinaus?
 - VII. Schlussfolgerungen
- Zusammenfassung / Résumé

I. Einleitung

Immaterialgüterrechte sind Ausschliesslichkeitsrechte, ihr Kern der Verbotsanspruch. Entsprechend sehen alle Immaterialgüterrechtsgesetze vor, dass der Inhaber Dritten vom Richter verbieten lassen kann, das betreffende Immaterialgüterrecht zu nutzen. Was jedoch, wenn zwar der Richter ein Verbot ausspricht, sich der Verbotsadressat aber nicht an das Verbot hält? Ist in einem solchen Fall die Überweisung des Verbotsadressaten an den Strafrichter zur Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung gemäss Art. 292 StGB das einzige zur Verfügung stehende Vollstreckungsmittel, oder kommt auch eine reale Vollstreckung durch den Zivilrichter in Frage? Um diese Frage ging es in der Streitsache, die zu dem in sic! 2008, 543 ff. wiedergegebenen Bundesgerichtsentscheid «Druckweiterverarbeitung» vom 6. März 2008 führte.

II. Hintergrund und Prozessgeschichte

Dem Urteil «Druckweiterverarbeitung» des Bundesgerichts lag folgender Sachverhalt zugrunde¹:

Im Rahmen eines Patentnichtigkeits- und Patentverletzungsverfahrens verbot das Handelsgericht Zürich der (Nichtigkeits-)Klägerin im Sinne einer vorsorglichen Massnahme und «unter Androhung der Bestrafung der verantwortlichen Organe im Widerhandlungsfalle nach Art. 292 StGB [...] und der Zwangsvollstreckung» gewisse, das Streitpatent verletzenden Maschinen u.a. in der Schweiz feilzuhalten und aus der Schweiz auszuführen.

Zu einem späteren Zeitpunkt stellte sich die Patentinhaberin auf den Standpunkt, im aktuellen Produktkatalog der Nichtigkeitsklägerin werde nach wie vor eine vom Verbot erfasste Maschine feilgehalten, und es drohe die Ausfuhr zweier vom Verbot erfasster Maschinen aus der Schweiz. Die Patentinhaberin gelangte an den Vollstreckungsrichter und ersuchte u.a. um superprovisorische Sicherstellung der aus der Schweiz auszuführenden Maschinen und um amtliche Siegelung der Produktkataloge bei der Nichtigkeitsklägerin, unter Androhung der Bestrafung der verantwortlichen Organe der Klägerin wegen Siegelbruchs im Sinne von Art. 290 StGB². Der Vollstreckungsrichter ordnete umgehend die Siegelung der beiden auszuführenden Maschinen an und erliess superprovisorisch folgende Anordnung³:

«Bei der [Nichtigkeitsklägerin] werden die beiden an die Firma [Firma] in [europäischer Staat] zu liefernden Druckweiterverarbeitungsmaschinen [Maschine A] und [Maschine B] mit einem amtlichen Siegel belegt. Der [Nichtigkeitsklägerin] wird untersagt, die genannten Maschinen von ihrem heutigen Standort ohne Zustimmung des Richters zu entfernen oder auszuliefern. Für den Fall der Widerhandlung wird der [Nichtigkeitsklägerin] die Bestrafung nach Art. 290 StGB angedroht. Art. 290 StGB lautet wie folgt: «Wer ein amtliches Zeichen, namentlich ein amtliches Siegel, mit dem eine Sache verschlossen oder gekennzeichnet ist, erbricht, entfernt oder unwirksam macht, wird mit Gefängnis oder mit Busse bestraft.»»

Ein paar Monate später kündigte der Vollstreckungsrichter in einer prozessleitenden Verfügung an, die Vollstreckungsklage könne «nach heutigem Verfahrensstand schon aus prozessrechtlichen Gründen nicht gutgeheissen werden», denn⁴:

«Im vorliegenden Fall geht es um die Vollstreckung von Unterlassungsansprüchen. Unterlassungsansprüche können nur durch indirekten psychischen Zwang vollstreckt werden (A. BÜHLER/A. EDELMANN/ A. KILLER, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Aarau 1998/ ZPO AG, 428 N 3; VOGEL/SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl., Bern 2006, Kap. 15 N 29). Der indirekte psychische Zwang kann bei Unterlassungsansprüchen nur in der Anordnung der Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB bestehen. Eine solche wurde bereits im Beschluss des Handelsgerichts Zürich vom 23. Dezember 2005 angedroht.»

Nach durchgeführtem Schriftenwechsel erliess der Vollstreckungsrichter den angekündigten Nichteintretensentscheid⁵. Gegen diesen erhob die Patentinhaberin beim Obergericht des Kantons Aargau kantonale Beschwerde. Das OGer wies die Beschwerde mit doppelter Begründung ab. Zunächst wiederholte es die bereits vom Vollstreckungsrichter vertretene Prämisse, «Unterlassungsklagen könn[t]en nur indirekt durchgesetzt werden, indem dem Übertreter Busse gemäss Art. 292 StGB für den Fall der Missachtung angedroht wird»⁶. Weiter erwog das Obergericht Folgendes:

«Mit Eventualbegehren zum Vollstreckungsbegehren 2 beantragt die [Patentinhaberin], die Produktkataloge seien mit einem amtlichen Siegel zu belegen und es sei der [Nichtigkeitsklägerin] zu untersagen, diese Produktkataloge von ihrem heutigen Standort ohne Zustimmung des Richters zu entfer-

1 Der Sachverhalt lässt sich dem bundesgerichtlichen, in sic! 2008, 543 ff. wiedergegebenen Urteil nur unvollständig entnehmen. Die folgende Darstellung stützt sich ergänzend auf die nicht publizierten Entscheide der beiden Vorinstanzen (Verfügungen des Gerichtspräsidiums Zofingen vom 14. Juli 2006 und vom 28. November 2006; Urteil des Gerichtspräsidiums Zofingen vom 23. April 2007; Urteil des OGer Aargau vom 10. Dezember 2007).

2 So die beiden vorliegend interessierenden Eventualbegehren der Vollstreckungsklägerin. Das Vollstreckungsgesuch enthielt zusätzliche, hier nicht interessierende Vollstreckungsanträge sowie auf die Beseitigung des infolge der angeblichen Verletzungen eingetretenen widerrechtlichen Zustands gerichtete Begehren. Auf diese Anträge wird im Folgenden nicht weiter eingegangen.

3 Verfügung des Gerichtspräsidiums Zofingen vom 14. Juli 2006.

4 Verfügung des Gerichtspräsidiums Zofingen vom 28. November 2006.

5 Urteil des OGer Aargau vom 10. Dezember 2007, E. 1.2.

6 Urteil des OGer Aargau vom 10. Dezember 2007, E. 2.1 und 2.2.

nen oder an Dritte zu verteilen, wobei für den Fall der Widerhandlung die Bestrafung der verantwortlichen Organe nach Art. 290 StGB anzudrohen sei. [...] Mit ihren Eventualbegehren verlangt die [Patentinhaberin], die [Nichtigkeitsklägerin] sei zu Unterlassungen bzw. Handlungen zu verpflichten, die vom Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 23. Dezember 2005 nicht gedeckt sind. Damit fehlt es auch an der Grundlage für eine amtliche Sicherung dieser Unterlassungen bzw. Handlungen durch die verlangte Siegelung. Die Eventualbegehren der [Patentinhaberin] sind damit ebenfalls abzuweisen.⁷ »

Das Bundesgericht wies die dagegen erhobene Beschwerde im in sic! 2008, 543 ff. wiedergegebenen Urteil ebenfalls ab. Die Vollstreckung eines gestützt auf Art. 77 PatG ergangenen Verbots richte sich nach kantonalem Prozessrecht, dessen Verletzung allerdings nicht gerügt werde. Was gerügt werde, sei eine Verletzung von Bundesrecht. Eine solche sei aber zu verneinen:

«Es gibt keinen bundesrechtlichen Grundsatz, wonach Unterlassungsbefehle durch direkten Zwang vollstreckt werden müssen. Urteile, die zu einer Unterlassung verpflichten, sind mittels indirekten Zwangs durch Strafandrohung vollstreckbar, wie dies denn auch § 425 ZPO AG vorsieht (diverse Zitate)».

Zusammengefasst stellten die drei mit diesem Fall befassten Gerichtsstufen mit Bezug auf die Vollstreckung von Unterlassungsurteilen also folgende drei Prämissen auf:

1. Ob Unterlassungsbefehle real vollstreckt werden können, sei eine Frage des Prozessrechts. Das materielle Bundeszivilrecht, hier das Patentrecht, verlange keine reale Vollstreckung.
2. Unterlassungsbefehle könnten nur indirekt mittels Strafandrohung vollstreckt werden. Eine reale Vollstreckung eines Unterlassungsbefehls sei ausgeschlossen.
3. Eine Vollstreckungsanordnung des Inhalts, gegen das Verbot verstossende Maschinen anpreisende Produktkataloge oder gegen das Ausfuhrverbot verstossende Maschinen seien unter Strafandrohung mit einem amtlichen Siegel zu belegen, gehe über den Inhalt eines auf ein Verbot des Feilhaltens respektive des Exports gerichteten Urteils hinaus.

III. Vom kantonalen Prozessrecht zur schweizerischen ZPO

Am 1. Januar 2011 werden die kantonalen Zivilprozessordnungen durch die schweizerische ZPO abgelöst. Diese regelt die Vollstreckung zivilrechtlicher Entscheide in den Art. 335–346⁸. Mit Bezug auf die Vollstreckung von gerichtlichen Verpflichtungen zu einem Tun, Unterlassen oder Dulden legt Art. 343 Abs. 1 ZPO Folgendes fest:

«1Lautet der Entscheid auf eine Verpflichtung zu einem Tun, Unterlassen oder Dulden, so kann das Vollstreckungsgericht insbesondere anordnen:

- a. eine Strafdrohung nach Artikel 292 StGB;
- b. eine Ordnungsbusse bis zu 5000 Franken;
- c. eine Ordnungsbusse bis zu 1000 Franken für jeden Tag der Nichterfüllung;
- d. eine Zwangsmassnahme wie Wegnahme einer beweglichen Sache oder Räumung eines Grundstückes; oder
- e. eine Ersatzvornahme.»

Im vorliegenden Zusammenhang interessiert vor allem lit. d. Diese gilt ihrem Wortlaut zufolge vorbehaltlos auch für Verpflichtungen zu einem Unterlassen. Der Wortlaut von Art. 343 Abs. 1 ZPO legt deshalb den Schluss nahe, dass unter der schweizerischen ZPO auch Verbote nicht nur indirekt, sondern direkt mittels Zwangsmassnahmen, beispielsweise durch das Wegnehmen einer beweglichen Sache, vollstreckt werden können. Einem solchen Schluss würden die vom Gerichtspräsidium Zofin-

⁷ Urteil des OGer Aargau vom 10. Dezember 2007, E. 2.1 und 2.2.

⁸ Eine Bestimmung über die Vollstreckung findet sich auch in Art. 267 ZPO im 5. Kapitel über die vorsorglichen Massnahmen und die Schutzschrift. Dieser Bestimmung zufolge trifft das Gericht, das vorsorgliche Massnahmen anordnet, auch die erforderlichen Vollstreckungsmassnahmen. Art. 267 ZPO ist eine blosse Kompetenznorm (T. SPRECHER, Basler Kommentar, Basel 2010, ZPO 267 N 1), die nicht das Vollstreckungsverfahren regelt und die insbesondere nichts über die für die Vollstreckung in Frage kommenden Mittel aussagt. Auch die Vollstreckung vorsorglicher Massnahmen richtet sich deshalb nach den allgemeinen Bestimmungen in den Art. 335–346 ZPO.

gen, dem Obergericht des Kantons Aargau und dem Bundesgericht aufgestellten Prämissen jedoch entgegenstehen. Denn wenn die reale Vollstreckung eines Unterlassungsurteils grundsätzlich unmöglich ist und das Patentrecht eine reale Vollstreckung nicht gebietet, scheidet eine reale Vollstreckung eines Unterlassungsurteils auch unter der schweizerischen ZPO aus. Demzufolge behalten diese Prämissen ihre Relevanz auch nach Inkrafttreten der schweizerischen ZPO. Aus diesem Grund drängt es sich im Hinblick auf das Inkrafttreten der schweizerischen ZPO auf, diese Prämissen kritisch zu hinterfragen und zu würdigen.

IV. Können Unterlassungsurteile generell nicht real vollstreckt werden?

In der Literatur findet sich tatsächlich verschiedentlich die Bemerkung, Unterlassungsklagen könnten nur indirekt mittels psychischem Zwang (Strafandrohung) vollstreckt werden⁹. Von den in der vorstehenden Fussnote angegebenen Autoren liefert dafür einzig DAVID eine Begründung. Er schliesst die reale Vollstreckung eines Verbots aus, «da polizeiliche Gewalt gegen den Übertreter eines gerichtlichen Verbots aus Verhältnismässigkeitsgründen ausscheidet»¹⁰.

Es ist wohl richtig, dass polizeiliche Gewalt im Sinne des Zugriffs auf eine Person als zivilprozessuales Mittel zur Vollstreckung eines patentrechtlichen Verbots nicht in Frage kommt. Um physischen Zwang gegen eine Person geht es in der hier diskutierten Konstellation jedoch nicht. Die Patentinhaberin beantragte nicht den Einsatz polizeilicher Gewalt gegen Personen, sondern die Sicherstellung von Sachen, mit denen die Verbotsadressatin das ihr auferlegte Verbot zu verletzen drohte.

Eine derartige reale Vollstreckung ist durchaus möglich. Zum Beispiel sah sich die erste Vollstreckungsinstanz wie eingangs erwähnt sehr wohl in der Lage, zwecks superprovisorischer Vollstreckung des Verbots die Sicherstellung und amtliche Siegelung der zu exportierenden Maschinen zu verfügen. Auch kann zwecks Vollstreckung des Verbots weiterer Immissionen eine Fabrik geschlossen werden, können mit einem Verfügungsverbot belegte Sachen versiegelt oder eingezogen werden, kann ein Konto, über das zu verfügen dem Inhaber verboten wurde, eingefroren werden, oder kann eine Maschine, die nicht ausgestellt und feilgeboten werden darf, weggeschafft oder abgedeckt werden. In diesem Sinne ist eine reale Vollstreckung von Unterlassungsanordnungen durchaus möglich.

Ein Blick in die Rechtsprechung bestätigt diese Erkenntnis:

- Das Bundesgericht hielt in BGE 131 III 70, E. 3.3 fest, ein Unterlassungsbegehren müsse die angegriffene Verletzungsform in technischer Hinsicht präzise umschreiben, weil u.a. die Vollstreckungs- oder Strafbehörden wissen müssten, «welche Handlungen sie zu verhindern oder mit Strafe zu belegen haben». In jenem Entscheid ging das Bundesgericht also davon aus, dass im Rahmen der Vollstreckung eines Unterlassungsurteils nicht nur Strafen auferlegt, sondern auch Handlungen verhindert werden können, ein Verbot also real vollstreckbar ist.
- In ZR 83 Nr. 39 enthielt ein superprovisorisch ausgesprochenes Verbot die Androhung der Überweisung an den Strafrichter zur Bestrafung wegen Ungehorsams im Sinne von Art. 292 StGB. Der Adressat hielt sich nicht an das Verbot, worauf der Berechtigte mit dem Gesuch an den Vollstreckungsrichter gelangte, das Verbot sei «im Sinne einer Ersatzvornahme und nötigenfalls unter Anwendung von Zwang» durchzusetzen. Das Obergericht des Kantons Zürich zog in Erwägung:

«Wenn sogar die Konkretisierung der Leistung durch den Vollstreckungsrichter denkbar ist ([...]), dann um so mehr auch die Konkretisierung des Vollzugsmittels, insbesondere dann, wenn sich ein erstes als erfolglos erwiesen hat.»

Dies führte das Gericht zu folgendem Schluss:

«Der Vollstreckungsrichter kann auf Antrag selber ein anderes bzw. weiteres Vollstreckungsmittel (Ersatzvornahme oder Zwangsvollzug) androhen, nachdem sich das vom erkennenden Richter einzig angeandrohte Vollzugsmittel (Ungehorsamsstrafe) als wirkungslos erwiesen hat.»

⁹ L. DAVID, SIWR I/2, 2. Aufl., Basel 1998, 204; A. BÜHLER/A. EDELMANN/A. KILLER, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Aarau 1998, ZPO AG 428 N 3; O. VOGEL/K. SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl., Bern 2006, Kap. 15 N 29; M. GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, 626; G. R. ZINSLI, Basler Kommentar, Basel 2010, ZPO 343 N 10.

¹⁰ DAVID (Fn. 9), 204.

Die Prämisse, Unterlassungsurteile könnten ausschliesslich indirekt vollstreckt werden, überzeugt aus diesen Gründen nicht. Zustimmung verdient vielmehr folgendes Zitat aus einer jüngeren, sich mit der Zwangsvollstreckung von Unterlassungspflichten befassenden Dissertation¹¹:

«Die eigentliche direkte Zwangsvollstreckung des Unterlassungstitels als Primäranspruch wird in der Literatur [...] bloss vereinzelt angesprochen, so vor allem bei NAEF [Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1919, 122]: Dieser Autor nennt als Beispiele etwa den Fall, dass Literaturfreunde bekannt geben, ein Theaterstück auf offener Szene auspfeifen zu wollen, was durch Verwehrung des Zutritts zum Theater verhindert werden könne; weiter sei an einen Fabrikbesitzer zu denken, der verbotswidrig nachts die Maschinen laufen lasse, woran er durch Unterbrechung der Wasser-, Gas oder Stromzuführung gehindert werden könne. Daraus schliesst NAEF, dass unter Umständen eine Realexekution des Unterlassungsanspruchs im engeren Sinne durchaus möglich sei. Diese Ansicht ist zutreffend: Je nach durchzusetzender Unterlassung sind durchaus direkte Vollstreckungsmittel denkbar, welche sogar sehr effizient und zugleich einfach auf den Unterlassungsschuldner wirken und ihn an der verbotenen Einwirkung auf die fremde Rechtsposition hindern. [...] Bei genauer Betrachtung zeigt sich [...], dass theoretisch alle Ansprüche auf eine Unterlassung direkt vollstreckt werden könnten, nämlich indem der Schuldner physisch davon abgehalten wird, eine bestimmte Handlung vorzunehmen.»

V. Verlangt Patentrecht keine reale Vollstreckung?

In der Literatur zur Rechtslage vor Inkrafttreten der schweizerischen ZPO findet sich häufig die stereotype Formel, die Zwangsvollstreckung für Forderungen auf Geldzahlungen oder Sicherheitsleistung sei abschliessend bundesrechtlich geregelt, während alle nicht auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung gerichteten Ansprüche nach kantonalem Recht zu vollstrecken seien¹². Entsprechend enthielten die kantonalen Zivilprozessordnungen ausnahmslos Bestimmungen über die Vollstreckung zivilrechtlicher Urteile¹³. Dadurch konnte der Eindruck entstehen, das kantonale Recht regle nicht nur die vollstreckungsverfahrensrechtlichen Aspekte, sondern das Bundesrecht überlasse es auch abschliessend den Kantonen, welche Mittel sie zur Vollstreckung zivilrechtlicher Urteile zur Verfügung stellen wollen.

Dieser Eindruck ist falsch. Wie beispielsweise GULDENER überzeugend darlegte, ist es eine Frage des materiellen Rechts, welche Mittel zur Verfügung stehen, um dem Berechtigten Befriedigung zu verschaffen. Wenn das materielle Recht dem Berechtigten einen bestimmten Anspruch zuerkennt, müsse es auch bestimmen, mit welchen Mitteln er nötigenfalls zwangsweise durchgesetzt werden könne. Andernfalls bleibe das materielle Recht auf halbem Wege stehen¹⁴. Der vorliegende Fall veranschaulicht diese Problematik.

Im vorliegenden Fall hatte das Handelsgericht Zürich gestützt auf das Patentgesetz, also materielles Bundesrecht, ein vorsorgliches Verbot ausgesprochen. Gemäss Art. 77 Abs. 2 PatG ist es eine Voraussetzung für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme, dass dem Berechtigten ohne diese Massnahme nicht leicht wieder gutzumachende Nachteile zu erwachsen drohen. Die Patentinhaberin hatte im Verfahren vor dem Handelsgericht Zürich offenbar dargetan, und das Handelsgericht hatte es als glaubhaft erachtet, dass der Patentinhaberin derartige Nachteile drohen, wenn der mutmasslichen Verletzerin weitere patentverletzende Handlungen nicht verboten werden. Das handelsgerichtliche Verbot hatte also zum Ziel, die Verwirklichung nicht leicht wieder gutzumachender Nachteile zu verhindern. An diesem Ziel hat sich die Vollstreckung dieses Verbots zu orientieren. Würde im Rahmen der Vollstreckung nicht tatsächlich verhindert, was der mutmasslichen Verletzerin verboten worden war, nützte das Verbot nichts und würde der patentrechtliche Unterlassungsanspruch inhaltsleer, weil sich die nicht wieder gut zu machenden Nachteile dann trotz des ausgesprochenen Verbots doch verwirklichten. Das Patentrecht gebietet aus diesem Grund, dass der Unterlassungsanspruch der

11 CH. KÖLZ, Die Zwangsvollstreckung von Unterlassungspflichten im schweizerischen Zivilprozessrecht, Zürich et al. 2007, N 60 f. Im gleichen Sinn auch M. ROTH, Das summarische Verfahren in der Zivilprozessordnung des Kantons Aargau vom 18. Dezember 1984, Aarau 1993, 162, und BÜHLER/EDELMANN/KILLER (Fn. 9), ZPO AG 425 N 1.

12 Vgl. nur A. STAEHELIN/TH. SUTTER, Zivilprozessrecht, Zürich 1992, 331 f.; W. HABSCHEID/ST. BERTI, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Aufl., Basel 1990, N 947; M. KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Aufl., Bern 1984, 240 f.

13 VOGEL/SPÜHLER (Fn. 9), Kap. 15 N 1.

14 GULDENER (Fn. 9), 616 Fn. 4. Ebenso bspw. C. HEGNAUER, Berner Kommentar 4/2, Bern 1997, ZGB 275 N 158, und OGer Thurgau vom 17. Mai 2004, RBOG 2004, Nr. 36 E. 2d.

Patentinhaberin nicht nur im Rahmen eines Massnahmeverfahrens abstrakt anerkannt, sondern auch mit Mitteln vollstreckt wird, die das Verbot wirksam durchsetzen. Verstösst die Verbotsadressatin gegen das Verbot, erweist sich die angedrohte Ungehorsamsstrafe also als wirkungslos, muss das Verbot folglich unabhängig von der Regelung im anwendbaren Prozessrecht aus materiellrechtlichen Überlegungen mit weiteren Mitteln durchgesetzt werden können. Die bundesgerichtliche Prämisse, es sei ausschliesslich eine Frage des anwendbaren Prozessrechts, ob patentrechtliche Unterlassungsbefehle real vollstreckt werden können, vermag aufgrund dieser Überlegungen nicht zu überzeugen.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB dem Berechtigten nur sehr unvollkommenen Schutz bietet und die reale Vollstreckung deshalb nicht zu ersetzen vermag:

- Die zivilrechtliche Vollstreckung erfolgt im summarischen Verfahren¹⁵, u.U. superprovisorisch ohne Anhörung des Betroffenen¹⁶, und stellt so eine rasche Rechtsverwirklichung sicher. Strafverfahren dauern demgegenüber i.d.R. Jahre.
- Es ist umstritten und scheint noch nicht abschliessend geklärt zu sein, ob dem Inhaber eines verletzten Immaterialgüterrechts im Strafverfahren wegen Verletzung von Art. 292 StGB Parteistellung zukommt¹⁷. Je nach Praxis der zuständigen Strafbehörde ist der Berechtigte von der Mitwirkung ausgeschlossen und erhält nicht einmal Akteneinsicht. Er muss möglicherweise jahrelang tatenlos zusehen und kann die in Patentsachen unerfahrene Strafbehörde nicht unterstützen.

VI. Geht amtliche Siegelung unter Androhung der Bestrafung wegen Siegelbruchs über ein Verbot hinaus?

Die Vorinstanz des Bundesgerichts, das Obergericht des Kantons Aargau, hat in seinem Urteil vom 10. Dezember 2007 die Auffassung vertreten, mit der Anordnung der Siegelung der Produktkataloge und der auszuführenden Maschinen sowie der Androhung der Bestrafung wegen Siegelbruchs im Widerhandlungsfalle würden der Verbotsadressatin Pflichten auferlegt, die im zu vollstreckenden Verbot keine Grundlage hätten¹⁸. Der Vollstreckungsrichter dürfe den Parteien jedoch keine neuen Pflichten auferlegen; Vollstreckungsbegehren und Vollstreckungsbefehl hätten sich an das Urteilsdispositiv zu halten¹⁹. Der Befehlsinhalt, also das befohlene oder verbotene Tun, dürfe dabei nicht geändert werden²⁰. Das zu vollstreckende Urteil bilde deshalb keine Grundlage für die beantragten Vollstreckungsbegehren.

Auch diese Überlegungen überzeugen nicht. Zwar ist es richtig, dass es der Erkenntnisrichter ist, der das gebotene oder verbotene Tun festlegt, und dass der Vollstreckungsrichter dieses gebotene oder verbotene Tun nicht durch die Anordnung über das Gebot oder Verbot hinausgehender Vollstreckungsanordnungen verändern darf. Deshalb darf der Vollstreckungsrichter beispielsweise nicht den Ehemann von der ehelichen Liegenschaft verweisen, wenn der Erkenntnisrichter (der Eheschutzrichter) lediglich die Entfernung aus dem ehelichen Haus befohlen hat²¹. Mit diesem Grundsatz stehen die hier diskutierten Vollstreckungsanordnungen aber nicht in Konflikt. Im zu vollstreckenden Urteil wurde der mutmasslichen Verletzerin u.a. das Exportieren sowie das Feilhalten verboten, und auf die Verhinderung des Exportierens sowie des Feilhaltens zielten auch die beurteilten Vollstreckungsbegehren.

Die Begründung des Gerichts lässt ausser Betracht, dass die Veränderung des Vollstreckungstitels von der Konkretisierung des Vollstreckungsmittels zu unterscheiden ist. Der Erkenntnisrichter muss nicht bereits die für jeden denkbaren Verstoss gegen seine Anordnung in Frage kommenden Vollstreckungsanordnungen und -mittel und damit die sich aus diesen Vollstreckungsanordnungen und -mitteln ergebenden Pflichten im Verbot nennen und festlegen. Es ist vielmehr die Aufgabe des Vollstre-

15 Art. 339 Abs. 2 ZPO.

16 Art. 340 ZPO.

17 Dem Autor wurde beispielsweise im Rahmen eines derartigen Verfahrens von der zuständigen Behörde eröffnet, dass «Anzeigern im Zusammenhang mit einem Strafverfahren wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung gemäss [...] Strafprozessordnung keine Parteistellung zukommt und daher kein Recht auf Akteneinsicht besteht».

18 Urteil des OGer Aargau vom 10. Dezember 2007, E. 2.1 und 2.2.

19 Urteil des OGer Aargau vom 10. Dezember 2007, E. 1.1.

20 Urteil des OGer Aargau vom 10. Dezember 2007, E. 1.2 und 1.3.

21 ZR 90 Nr. 15.

ckungsrichters, im Einzelfall nach seinem Ermessen die für die Vollstreckung geeigneten und erforderlichen Massnahmen festzulegen und anzuordnen²². Daraus folgt ohne Weiteres, dass diese Massnahmen und die sich daraus allenfalls ergebenden Pflichten nicht bereits im Erkenntnisentscheid genannt worden sein müssen. Eine Vollstreckungsanordnung geht deshalb nicht bereits dann über den Erkenntnisentscheid hinaus, wenn sie nicht in diesem genannt und angedroht wird, sondern erst dann, wenn die Vollstreckungsanordnung den Erkenntnisentscheid inhaltlich verändert.

Wäre die Auffassung, die Anordnung der Siegelung auszuführender Maschinen und gegen das Verbot verstossende Maschinen anpreisender Kataloge gehe inhaltlich über ein allgemeines Verbot des «Exportierens» und «Feilhaltens» hinaus, zutreffend, hätte dies sodann unerwünschte Konsequenzen:

- Der Immaterialgüterrechtsinhaber, der wie die Patentinhaberin im vorliegenden Fall ein Verbot des «Exportierens» und «Feilhaltens» etc. erwirkt hat, sähe sich veranlasst, nach jeder Zuwiderhandlung gegen das Verbot erneut an den Massnahmerichter zu gelangen, um die nun konkret festgestellte Form des «Exportierens» oder «Feilhaltens» etc. verbieten und spezifisch darauf ausgerichtete Vollstreckungsmassnahmen anordnen zu lassen. Es ist jedoch zweifelhaft, ob ein Zweitrichter auf ein derartiges zweites Massnahmegesuch eintreten würde – weshalb soll ein zweiter Massnahmerichter einer mutmasslichen Verletzerin erneut etwas verbieten, was ihr ein erster Massnahmerichter bereits in allgemeiner Form verboten hat? Die Folge des vom Obergericht des Kantons Aargau eingenommenen Standpunkts wäre deshalb möglicherweise, dass das erste, allgemeine Verbot nicht vollstreckbar ist, und ein vollstreckbares zweites Verbot nicht erlangt werden kann. Darüber hinaus würde ein Zweitprozess der mutmasslichen Verletzerin keinerlei Vorteile bringen, weil sie bereits aufgrund des Erstprozesses weiss, dass sie bestimmte Waren nicht «exportieren», «feilhalten», «verkaufen» etc. darf. Es erscheint deshalb auf jeden Fall als unsinnig, die Gerichte mit derartigen, niemandem dienenden Folgeprozessen zu belasten.
- Inhaber von Immaterialgüterrechten müssten sich in Zukunft überlegen, entgegen der bisherigen Praxis jede denkbare Form des «Feilhaltens», des «Verkaufens» etc. zu antizipieren und in das beantragte Verbot aufzunehmen. Weiter müsste bereits der Erkenntnisrichter darum ersucht werden, für jede dieser unzähligen möglichen Verletzungsformen alle denkbaren Vollstreckungsmassnahmen anzudrohen. Die Folge wären unsinnig lange und komplexe Unterlassungsbegehren und -anordnungen, die niemandem erkennbare Vorteile brächten.

VII. Schlussfolgerungen

Die Prämisse, Unterlassungsurteile könnten nur indirekt durch die Androhung strafrechtlicher Konsequenzen vollstreckt werden, greift zu kurz. Zwar scheidet eine zivilrechtliche und -prozessuale Personalexekution aus. Möglich ist jedoch eine gegen Sachen gerichtete Realexekution. Insbesondere in dem Falle, dass sich eine Strafandrohung als wirkungslos erweist, bestehen keine grundsätzlichen Bedenken gegen eine Wegnahme oder Sicherstellung von Sachen, mit denen gegen ein ausgesprochenes Verbot verstossen wird oder werden soll, durch die Vollstreckungsbehörde. Nicht überzeugend ist weiter die These, es sei eine Frage des Prozessrechts, ob patent- und wohl auch andere immaterialgüterrechtliche Unterlassungsansprüche in diesem Sinne real vollstreckt werden können. Sie würde zu durch nichts gerechtfertigten Widersprüchen führen, wie der dem hier diskutierten Bundesgerichtsentscheid zugrunde liegende Fall anschaulich aufzeigt: Würde ein vorsorglich ausgesprochenes Verbot, dessen Zweck es ist, den Eintritt nicht leicht wieder gutzumachender Nachteile zu verhindern, nicht im Rahmen des Möglichen real vollstreckt, verwirklichten sich die nicht wieder gut zu machenden Nachteile trotz des ausgesprochenen Verbots doch noch. Der immaterialgüterrechtliche Unterlassungsanspruch würde inhaltsleer: Das Verbot wäre nicht real vollstreckbar, und eine Wiedergutmachung nicht möglich.

Im Hinblick auf die schweizerische ZPO ergibt sich aus diesen Gründen, dass Art. 343 Abs. 1 lit. d ZPO ungeachtet der hier besprochene Entscheide ihrem Wortlaut entsprechend zu verstehen und anzuwenden sein wird: Auch auf eine Verpflichtung zu einem Unterlassen lautende Entscheide können durch Zwangsmassnahmen wie beispielsweise die Wegnahme einer beweglichen Sache vollstreckt werden. Verstösst der Verbotsadressat gegen ein ihm auferlegtes Verbot, kann zu derartigen

²² GULDENER (Fn. 9), 623; R. FRANK/ H. STRÄULI/G. MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, ZPO ZH 306 N 1a; ZINSLI (Fn. 9), ZPO 343 N 4; ZR 83 Nr. 39.

Zwangsmassnahmen gegriffen werden, sofern die damit verhinderten weiteren Verletzungshandlungen vom bereits ausgesprochenen Verbot erfasst sind.

Zusammenfassung

Die Meinung, Unterlassungsurteile könnten generell nicht real vollstreckt werden, überzeugt nicht. Zwangsmassnahmen gegen Sachen, die einem Verstoss gegen ein Verbot dienen sollen, sind durchaus denkbar und möglich. Nicht zu überzeugen vermag weiter die Ansicht, es sei ausschliesslich eine Frage des Prozessrechts, ob Unterlassungsbefehle real vollstreckt werden können. Bei genauerem Hinsehen ergibt sich, dass das Patentrecht eine reale Vollstreckung sich auf das Patentgesetz stützender Unterlassungsanordnungen gebietet. Andernfalls droht der Unterlassungsanspruch seines Inhalts entleert zu werden. Schliesslich erscheint die Anordnung der Siegelung auszuführender Maschinen und gegen ein Verbot verstossende Maschinen anpreisender Kataloge als von einem allgemeinen Verbot des «Exportierens» und «Feilhaltens» ohne Weiteres gedeckt.

Résumé

L'opinion selon laquelle les décisions ayant pour objet une obligation de s'abstenir ne peuvent pas faire l'objet d'une exécution réelle ne convainc pas. Des mesures de contrainte contre les objets servant à violer une interdiction sont envisageables et possibles. Ne convainc également pas l'opinion selon laquelle seul le droit de procédure permet l'exécution réelle d'une obligation de s'abstenir. En examinant la question de plus près, on constate que la loi sur les brevets offre la possibilité d'une exécution réelle. Sinon, l'action en cessation risquerait d'être vidée de sa substance. Enfin, la mise sous scellés de machines portant atteinte au droit des brevets et le séquestre de catalogues publicitaires relatifs à des machines violant une interdiction sont sans autre couverts par l'interdiction générale d'«exporter» et de «mettre en vente».

* Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Zürich. Der Autor war in den Verfahren, die zum besprochenen Bundesgerichtsentscheid führten, als Parteivertreter involviert.