

Bendicht Lüthi

Das Rechtsbegehren zur Verhängung einer Ordnungsbusse nach Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO

Gedanken zum Urteil des BPatGer vom 14. März 2022, S2021_009, «Sägeblätter II»

Standardmässig werden in immaterialgüterrechtlichen Urteilen Ordnungsbussen für den Fall angedroht, dass die verpflichtete Partei ihre (Unterlassungs)Verpflichtungen nicht erfüllt. Geradezu Seltenheitswert haben demgegenüber die Vollstreckungsverfahren, in denen angedrohte Ordnungsbussen anschliessend verhängt werden. Diesbezügliche Urteile bieten daher regelmässig die Gelegenheit, noch offene Fragen zu klären. Im Urteil «Sägeblätter II» des BPatGer drehten sich die Fragen, die sich stellten, um das Rechtsbegehren der Gesuchstellerinnen.

Les jugements en matière de propriété intellectuelle prévoient généralement des amendes d'ordre au cas où la partie obligée ne respecterait pas ses obligations (d'abstention). En revanche, il est rare que ces amendes d'ordre soient effectivement infligées dans le cadre des procédures d'exécution. Les arrêts rendus à ce sujet offrent donc régulièrement la possibilité de clarifier des questions encore en suspens. Dans l'arrêt «Sägeblätter II» du TFB, les questions qui se sont posées concernaient les prétentions juridiques des parties requérantes.

I. Einleitung

II. Mindestanforderungen an das Rechtsbegehren zur Verhängung einer Ordnungsbusse

1. Die zwei Schritte bei der Vollstreckung mittels indirekter Zwangsmassnahmen
2. Geringe Anforderungen an das Rechtsbegehren im ersten Schritt
3. Geringe Anforderungen an das Rechtsbegehren auch im zweiten Schritt
4. Konsequenzen eines nicht näher konkretisierten Rechtsbegehrens für die Kostenverteilung und die Anfechtungsmöglichkeit

III. Die Bedeutung konkretisierender Anträge im zweiten Schritt

1. Die Fragestellung
2. Die Nichtantwort des BPatGer

IV. Fazit

I. Einleitung

Sägeblätter und Vollstreckung – wer jetzt an einen Horrorfilm aus Hollywood denkt, liegt falsch; es geht um ein Urteil aus St. Gallen. Während das Publikum bei Ersterem die An-

spannung der Ungewissheit genießt, ist das bei Zweiterem nicht der Fall.

Das Urteil des BPatGer vom 14. März 2022, S2021_009, «Sägeblätter II» (abgedruckt in dieser sic!), betrifft die Verhängung einer Ordnungsbusse nach Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO. Hierzu besteht bislang erst spärlich Rechtsprechung, weshalb etliche Punkte noch ungeklärt sind. Da das BPatGer dem Rechtsbegehren der Gesuchstellerinnen weder hinsichtlich der Höhe der Tagesbusse noch hinsichtlich der Anzahl Tage der Nichterfüllung gefolgt ist, haben bzw. hätten sich hier einige der offenen Fragen gestellt: Welche Anforderungen sind in einem solchen Verfahren an das Rechtsbegehren der Gesuchstellerin zu stellen? Welche Bedeutung kommt dem Rechtsbegehren in diesem Bereich überhaupt zu? Und, damit zusammenhängend, wann ist die Gesuchstellerin als obsiegend zu betrachten, d.h., wie sind die Kosten zu verteilen? Die nachfolgende Auslegeordnung zur Vollstreckung mittels indirekter Zwangsmassnahmen (die jedenfalls mir bislang wenig geläufig war) dient dazu, diese Fragen einzuordnen und wenn möglich Antworten darauf zu finden.

II. Mindestanforderungen an das Rechtsbegehren zur Verhängung einer Ordnungsbusse

1. Die zwei Schritte bei der Vollstreckung mittels indirekter Zwangsmassnahmen

Die Vollstreckung mittels indirekter Zwangsmassnahmen gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. a–c ZPO, namentlich der Un-

BENDICHT LÜTHI, Dr. iur., Fürsprecher, Bern.

gehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB, der einmaligen Ordnungsbusse bis zu CHF 5'000.– sowie der Ordnungsbusse bis zu CHF 1'000.– für jeden Tag der Nichterfüllung, erfolgt in zwei Schritten.¹ Der erste Schritt ist die Androhung der indirekten Zwangsmassnahme(n). Diese Androhung ist hier – wie in immaterialgüterrechtlichen Streitigkeiten üblich – gestützt auf einen entsprechenden Antrag schon durch das in der Sache urteilende Gericht in dessen Urteil erfolgt (Art. 236 Abs. 3 ZPO). Unterbleibt eine Androhung im Sachurteil, ist es am Vollstreckungsgericht, eine solche in einem Vollstreckungsverfahren auszusprechen. Der zweite Schritt ist alsdann die Verhängung der angedrohten Strafe resp. Ordnungsbusse bei Nichterfüllung. Im Falle einer Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB geschieht dies in einem Strafverfahren, im Falle von Ordnungsbussen hingegen in einem Vollstreckungsverfahren nach Art. 335 ff. ZPO.

2. Geringe Anforderungen an das Rechtsbegehren im ersten Schritt

Erfolgt der erste Schritt, die Androhung indirekter Zwangsmassnahmen, erst durch das Vollstreckungsgericht, genügt es in diesem Vollstreckungsverfahren gemäss einhelliger Lehre, wenn die Gesuchstellerin beantragt, «es sei das Urteil des Gerichts XY Nr. xxx vom DATUM zu vollstrecken», ohne dabei die konkret anzudrohende(n) indirekte(n) Zwangsmassnahme(n) zu bezeichnen. Ein konkretisierender Antrag zu der oder den gewünschten anzudrohenden indirekten Zwangsmassnahme(n) sei zwar empfehlenswert, aber nicht erforderlich. Das Vollstreckungsgericht sei ohnehin nicht an einen solch konkretisierenden Antrag gebunden. Vielmehr habe es von Amtes wegen die ihm geeignet erscheinende(n) indirekte(n) Zwangsmassnahme(n) anzudrohen.²

Bei der Kostenverteilung wird in einem Vollstreckungsverfahren des ersten Schrittes von einem vollständigen Obiegen der Gesuchstellerin ausgegangen, sobald das Vollstreckungsgericht indirekte Zwangsmassnahmen androht, auch wenn es dabei dem konkretisierenden Antrag der Gesuchstellerin nicht folgt, sondern andere oder weniger indirekte Zwangsmassnahmen androht.³

Im ersten Vollstreckungsschritt werden demnach geringe Anforderungen an das Rechtsbegehren gestellt. Ein konkretisierender Antrag ist eine bloss willkommene, aber letztlich unverbindliche Anregung, die man machen kann, aber nicht muss, und deren Ablehnung keine Kostenfolgen nach sich zieht, solange zumindest irgendeine indirekte Zwangsmassnahme angedroht wird.

3. Geringe Anforderungen an das Rechtsbegehren auch im zweiten Schritt

Zu den Rechtsbegehren im zweiten vollstreckungsrechtlichen Schritt, d.h., wenn es – wie hier – um die Verhängung von Ordnungsbussen geht, äussert sich die Lehre demgegenüber nur vereinzelt am Rande. Nach m.E. zutreffender Auffassung muss ein solches Verfahren durch ein entsprechendes Begehren der obsiegenden Partei angestossen wer-

den; das Vollstreckungsgericht darf es nicht von Amtes wegen aufnehmen.⁴ Welchen Anforderungen dieses Begehren genügen muss, ist damit allerdings noch nicht beantwortet.

Das BGer liess in seinem einschlägigen Urteil «Dreieckslogo» explizit offen, inwieweit im Vollstreckungsverfahren auf Verhängung einer Ordnungsbusse der Dispositionsgrundsatz überhaupt Anwendung findet. Denn so oder so genügend bestimmt sei jedenfalls ein Rechtsbegehren, mit dem die Ausfällung einer Ordnungsbusse in der maximalen Höhe von CHF 1'000.– für jeden Tag der Nichterfüllung eines gerichtlichen Verbots seit dessen Eröffnung verlangt werde.⁵ Ohne es ausdrücklich zu sagen, erachtet das BGer damit in einem solchen Verfahren ein unbeziffertes Rechtsbegehren als ausreichend. Denn der Gesamtbetrag der zu leistenden Ordnungsbusse ergibt sich aus der Multiplikation der Tagesbusse mit der Anzahl Tage der Nichterfüllung. Im erwähnten Rechtsbegehren wird allerdings nur eine dieser zwei Grössen angegeben, womit der Gesamtbetrag der Ordnungsbusse letztlich unbeziffert bleibt. Dass die Gesuchstellerin das Rechtsbegehren im Verlaufe des Verfahrens (etwa nach Abschluss des Beweisverfahrens oder nach Auskunftserteilung) noch beziffert hätte, wird im Urteil weder erwähnt noch vom BGer verlangt.

Eine solche Milde gegenüber der Bestimmtheit des Rechtsbegehrens, insbesondere der Bezifferung, überrascht auf den ersten Blick. Für ein Rechtsbegehren zur Verhängung einer Ordnungsbusse in einem Vollstreckungsverfahren erscheint sie mir aber gleichwohl angebracht und auch dogmatisch korrekt:

- 1 BGE 142 III 587 ff. E. 3 m.w.H., «Dreieckslogo».
- 2 M. HUBER, Die Vollstreckung von Urteilen nach der Schweizerischen ZPO, Zürich 2016, Rz. 135, 137 und insbesondere 335 ff.; DIES., Realvollstreckung, in: U. Haas/R. Marghitola (Hg.), Fachhandbuch Zivilprozessrecht, Rz. 30.13; L. DROESE, in: K. Spühler/L. Tenchio/D. Infanger (Hg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Basel 2017, ZPO 338 N 6; G. R. ZINSLI, in: K. Spühler/L. Tenchio/D. Infanger (Hg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Basel 2017, ZPO 343 N 4; D. STAHELIN, in: T. Sutter-Somm/F. Hasenböhler/C. Leuenberger (Hg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2016, ZPO 343 N 14; F. KELLERHALS, Berner Kommentar, Bern 2012, ZPO 338 N 4 und ZPO 341 N 33; S. KOFMEL-EHRENZELLER, in: P. Oberhammer/T. Domej/U. Haas (Hg.), Kurzkomentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021, ZPO 338 N 4 und ZPO 343 N 4; T. SUTTER-SOMM/B. SEILER, Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2021, ZPO 338 N 2; T. ROHNER/F. MOHS, in: A. Brunner/D. Gasser/I. Schwander (Hg.), ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2016, ZPO 338 N 10; R. M. JENNY, in: A. Brunner/D. Gasser/I. Schwander (Hg.), ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2016, ZPO 343 N 7; R. EGLI, in: M. Gehri/I. Jent-Sørensen/M. Sarbach (Hg.), ZPO Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2015, ZPO 338 N 5 und ZPO 343 N 2; N. JEANDIN, in: F. Bohnet/J. Haldy/N. Jeandin/P. Schweizer/D. Tappy (éd.), Commentaire romand. Code de procédure civile, 2^e éd., Bâle 2019, CPC 338 N 4 et CPC 343 N 7; D. PIOTET, Petit commentaire CPC, Bâle 2020, CPC 343 N 9; F. TREZZINI, Commentario pratico al CPC, Pregassona 2017, CPC 338 N 9 e CPC 343 N 3.
- 3 So m.E. zu Recht OGer Zürich vom 26. September 2016, PF160022-O/U, E. 4.3.1.
- 4 Gl. A. etwa HUBER (Fn. 2), Rz. 424 m.w.H.; STAHELIN (Fn. 2), ZPO 343 N 22; unklar ZINSLI (Fn. 2), ZPO 343 N 11 einerseits und N 21b andererseits; offengelassen in BGE 142 III 587 ff. E. 4, «Dreieckslogo».
- 5 BGE 142 III 587 ff. E. 4, «Dreieckslogo».

- Erstens steht diese Milde im Einklang mit den geringen Anforderungen, die im ersten Vollstreckungsschritt an das Rechtsbegehren gestellt werden.
- Zweitens erfolgt bei einer anderen indirekten Zwangsmassnahme, der Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB, die Verhängung der Strafe in einem Strafverfahren. Dort reicht es für die obsiegende Partei aus, Anzeige zu erstatten (Art. 292 StGB ist ein Officialdelikt, wobei die Ausgestaltung als Antragsdelikt für die Durchsetzung zivilrechtlicher Urteile passender wäre)⁶. Auch wenn den Ordnungsbussen nach Art. 343 Abs. 1 lit. b und c ZPO kein pönaler Charakter zugeschrieben wird,⁷ wäre es aus meiner Sicht ungereimt, wenn die obsiegende Partei für die Vollstreckung der einen angedrohten indirekten Zwangsmassnahme sehr viel höhere Anforderungen erfüllen müsste als für die andere – zumal es ja das Gericht ist, welches von Amtes darüber entscheidet, ob es nun diese oder jene indirekte Zwangsmassnahme androht.
- Drittens ist die Ordnungsbusse an die Staatskasse zu leisten.⁸ Das Interesse der obsiegenden Partei beschränkt sich bei einem Vollstreckungsverfahren des zweiten Schritts auf die (künftige) Einhaltung und Durchsetzung der im Sachurteil angeordneten Verpflichtung. Ein eigenes monetäres Interesse an der Ordnungsbusse hat sie hingegen nicht. Mit anderen Worten beansprucht die Gesuchstellerin nicht die Erfüllung einer ihr zustehenden Geldforderung, worauf Art. 84 Abs. 2 und 85 ZPO ausgerichtet sind, sondern sie verlangt die Verhängung einer zuvor angedrohten indirekten Zwangsmassnahme.

Aus ebendiesen Gründen ist es m.E. auch zulässig, wenn die Gesuchstellerin in ihrem Rechtsbegehren beide Grössen offenlässt, aus deren Multiplikation sich der Gesamtbetrag der Ordnungsbusse ergibt. Nebst Offenlassen der Anzahl Tage der Nichterfüllung (so bereits das BGer) braucht sie auch keine konkrete Tagesbusse zu beziffern, deren maximale Höhe ohnehin schon im androhenden Urteil genannt ist. Folgendes Rechtsbegehren wäre demzufolge bereits genügend bestimmt (wobei ich un schlüssig bin, ob die in Klammern gesetzten Einschübe erforderlich sind): «Die Gesuchsgegnerin sei in Vollstreckung des Urteils des Gerichts XY Nr. xxx vom DATUM zu verurteilen, eine Ordnungsbusse (bis zu CHF [Betrag gemäss Androhung im Sachurteil/Vollstreckungsurteil des ersten Schrittes]) für jeden Tag der Nichterfüllung (seit dem Tag nach der Eröffnung des zu vollstreckenden Urteils/die Ordnungsbusse androhenden Vollstreckungsurteils an die Gesuchsgegnerin) zu bezahlen».

4. Konsequenzen eines nicht näher konkretisierten Rechtsbegehrens für die Kostenverteilung und die Anfechtungsmöglichkeit

Ist das Rechtsbegehren zur Verhängung einer Ordnungsbusse weder hinsichtlich der Höhe der Tagesbusse noch der Anzahl Tage der Nichterfüllung näher konkretisiert, hat dies Konsequenzen für die Kostenverteilung und die Anfechtungsmöglichkeit. Mir stechen dabei folgende drei Punkte ins Auge, die ich allesamt als sachgerecht erachte:

Erstens ist die Gesuchstellerin als vollumfänglich ob-siegend anzusehen, sobald eine Ordnungsbusse ausgesprochen wird – und sei es auch nur für einen Tag der Nichterfüllung und mit einer geringen Tagesbusse. Denn mit der Verhängung der Ordnungsbusse wird dem Vollstreckungs-Rechtsbegehren, das weder hinsichtlich der Höhe der Tagesbusse noch der Anzahl Tage der Nichterfüllung konkretisiert ist, voll entsprochen. Die Gesuchsgegnerin hat entsprechend nach Art. 106 Abs. 1 ZPO die gesamten Prozesskosten zu tragen, ohne dass dafür auf Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO zurückgegriffen werden müsste. Da die Gesuchsgegnerin mit ihrer Nichterfüllung trotz Androhung der Ordnungsbusse den Grund für das Vollstreckungsverfahren des zweiten Schritts gesetzt hat, erscheint mir eine solche Kostenverteilung berechtigt.⁹

Zweitens kann die Gesuchstellerin im Einklang mit dem ersten Punkt nur die Abweisung der Verhängung einer Ordnungsbusse anfechten, nicht aber die Höhe der verhängten Ordnungsbusse. Denn zur Höhe der Ordnungsbusse hat sie nichts beantragt, weshalb sie insofern auch nicht unterliegt und es ihr entsprechend an einem Rechtsschutzinteresse fehlt. Dadurch besteht Parallelität zur strafprozessualen Situation bei Verhängung einer Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB. Dort kann die obsiegende Partei die ausgesprochene Sanktion ebenfalls nicht anfechten; und zwar auch dann nicht, wenn sie sich als Privatklägerschaft konstituiert hat (vgl. Art. 382 Abs. 2 StPO).

Drittens sind der Gesuchstellerin in einem Rechtsmittelverfahren der Gesuchsgegnerin, in dem die Höhe der verhängten Ordnungsbusse reduziert wird, sie sich aber jeglicher Anträge dazu vor der Rechtsmittelinstanz enthalten hat, keine Prozesskosten aufzuerlegen.¹⁰ Der entsprechende Kostenanteil ist vielmehr von der Staatskasse zu tragen. Denn zur Höhe der Ordnungsbusse, die in die Staatskasse fliesst, hat die Gesuchstellerin diesfalls zu keinem Zeitpunkt Anträge gestellt. Deren Bemessung lag alleine in der Verantwortung und im Ermessen des Vollstreckungsgerichts. Ob das BGer diese Auffassung teilen würde, ist mit Blick auf die von ihm vorgenommene Kostenverteilung im «Dreieckslogo»-Urteil¹¹ jedoch ungewiss. In diesem Fall hat die Gesuchstellerin im kantonalen Verfahren allerdings die Höhe der Tagesbusse beziffert und das BGer erachtete die von der Vorinstanz antragsgemäss festgesetzte Höhe der Tagesbusse als zu hoch. Ob für das BGer erst diese Bezifferung der

6 Vgl. C. KÖLZ, Die Zwangsvollstreckung von Unterlassungspflichten im schweizerischen Zivilprozessrecht, Zürich 2007, Rz. 250 ff. m.w.H.

7 So die wohl h.L., etwa STAEHELIN (Fn. 2), ZPO 343 N 20; KELLERHALS (Fn. 2), ZPO 343 N 41; HUBER (Fn. 2), Rz. 389; a.A. etwa ZINSLI (Fn. 2), ZPO 343 N 19; A. MAISSEN, Die Zwangsvollstreckung nach Art. 343 ZPO, ZZZ 21–22/2010, 47.

8 Ausführlich dazu MAISSEN (Fn. 7), 50 ff.; ferner etwa JEANDIN (Fn. 2), CPC 343 N 13.

9 Gl. A. OGer Basel-Landschaft vom 19. Dezember 2017, 410 17 316, E. 7.3.

10 Anders verhält es sich freilich, wenn die Rechtsmittelinstanz nicht bloss die Höhe der Ordnungsbusse reduziert, sondern die Verhängung einer Ordnungsbusse gänzlich ablehnt.

11 BGer vom 11. Juli 2016, 4A_406/2015, E. 7 (nicht publiziert in BGE 142 III 587 ff.).

Tagesbusse oder schon das Stellen des Vollstreckungsbegehrens an sich entscheidend war, um der Gesuchstellerin bei einer Reduktion der Höhe der Tagesbusse einen Teil der Kosten aufzuerlegen, ist dem Urteil nicht zu entnehmen.

III. Die Bedeutung konkretisierender Anträge im zweiten Schritt

1. Die Fragestellung

Aus diesen Überlegungen zu den Bestimmtheitsanforderungen, denen ein Rechtsbegehren genügen muss, wenn es um die Verhängung einer Ordnungsbusse geht, ergibt sich nur, aber immerhin, dass konkretisierende Anträge hinsichtlich der Höhe der Tagesbusse oder der Anzahl Tage der Nichterfüllung freiwillig sind. Noch nicht beantwortet ist damit, welche Bedeutung diesbezüglich konkretisierenden Anträgen in einem solchen Verfahren zukommt, wenn sie gestellt werden. Sind sie ebenso wie im ersten Schritt bloss willkommene, aber letztlich unverbindliche Anregungen oder sind sie «ernsthaft» Teil des Rechtsbegehrens mit den damit verbundenen Vorteilen (insbesondere einer Rechtsmittelmöglichkeit bei bloss teilweiser Gutheissung) und Nachteilen (insbesondere Kostenaufgabe bei teilweisem Unterliegen)?

Diese Frage stellte sich dem BPatGer im «Sägeblätter II»-Urteil. Die Gesuchstellerinnen konkretisierten nämlich ihr Rechtsbegehren hinsichtlich beider Grössen, die zur Berechnung des Gesamtbetrags der Ordnungsbussen multipliziert werden: Als anzuwendende Tagesbusse verlangten sie CHF 1'000.– und die massgebliche Zeitspanne der Nichterfüllung gaben sie mit «seit Zustellung des Urteils vom 30. August 2021 an die Gesuchsgegnerin bis zum Entscheid in dieser Sache» an. Womöglich mit Blick auf die Angabe eines Mindestwerts gemäss Art. 85 Abs. 1 ZPO bezifferten sie sogar eine Mindestordnungsbusse in Höhe von CHF 78'000.–. Das BPatGer folgte beiden konkretisierenden Anträgen nur teilweise: Die beantragte Höhe der Tagesbusse von CHF 1'000.– lehnte es ausdrücklich ab und wandte Tagesbussen von CHF 300.– resp. CHF 100.– an (E. 13 des Urteils). In zeitlicher Hinsicht berücksichtigte das BPatGer die Tage vom 3. September 2021, dem ersten Tag nach der Eröffnung des Urteils an die Gesuchsgegnerin am 2. September 2021, bis und mit dem 15. November 2021, dem letzten Tag, für den die Gesuchstellerinnen eine Nichterfüllung nachgewiesen haben (E. 11 und 13 des Urteils). Ohne dies ausdrücklich zu sagen, folgte das BPatGer damit dem konkretisierenden Antrag hinsichtlich der Anzahl Tage der Nichterfüllung ebenfalls bloss teilweise. Einerseits lehnte es ab, bereits den Tag der Urteilseröffnung zu berücksichtigen, und andererseits berücksichtigte es die Tage ab dem 16. November 2021 «bis zum Entscheid in dieser Sache» – was der 14. März 2022 war – nicht. Indem das BPatGer eine Ordnungsbusse von CHF 16'800.– verhängte, blieb es auch deutlich unter der geforderten Mindestordnungsbusse.

2. Die Nichtantwort des BPatGer

Trotz dieser Ausgangslage äussert sich das BPatGer in seinem Urteil nicht ausdrücklich zur Bedeutung, die diese konkretisierenden Anträge haben. Aber mehr noch – es kann dem Urteil nicht einmal eine implizite Aussage dazu entnommen werden. Vielmehr erweist sich das Urteil diesbezüglich als in sich unstimmig, enthält es doch sowohl Ausführungen, die für das eine Verständnis sprechen, als auch solche, die das gegenteilige Verständnis stützen:

Für die Auffassung «unverbindliche Anregungen» spricht vor allem das Dispositiv des Urteils. Darin wird «In Gutheissung des Vollstreckungsgesuchs» eine Ordnungsbusse von CHF 16'800.– verhängt. Dass das BPatGer den konkretisierenden Anträgen nur teilweise folgt und auch die geforderte Mindestordnungsbusse deutlich unterschreitet, findet keinen Niederschlag im Dispositiv, z.B. durch eine Formulierung wie «In *teilweiser* Gutheissung des Vollstreckungsgesuchs» und der Ergänzung, dass das Gesuch soweit weitergehend abgewiesen wird. Das Dispositiv des Urteils des BPatGer geht nur dann auf, wenn es sich bei konkretisierenden Anträgen bloss um unverbindliche Anregungen handelt, über die nicht autoritativ befunden werden muss. Für die Auffassung «unverbindliche Anregungen» spricht ferner, dass das BPatGer in der Urteilsbegründung nicht einmal erwähnt, dass es vom konkretisierenden Antrag hinsichtlich der Anzahl Tage der Nichterfüllung abweicht.

Für die Auffassung «Teil des Rechtsbegehrens» spricht demgegenüber vor allem der Rückgriff auf Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO bei der Kostenverteilung (E. 14 des Urteils). Dieser Rückgriff ist nur dann erforderlich, wenn die konkretisierenden Anträge Teil des Rechtsbegehrens sind, über das zu befinden ist. Allein in diesem Fall ist der Befund über die konkretisierenden Anträge für das Ausmass des Obsiegens resp. Unterliegens im Prozess und damit für die Kostenverteilung relevant. In diesem Zusammenhang spricht das BPatGer hinsichtlich der Höhe der Tagesbusse denn auch davon, die Gesuchstellerinnen hätten bloss teilweise obsiegt.

Bei der Auffassung «Teil des Rechtsbegehrens» hätte das BPatGer allerdings bei der Kostenverteilung konsequenterweise auch das Überklagen in zeitlicher Hinsicht thematisieren müssen, sind die Gesuchstellerinnen insofern doch zu ungefähr zwei Drittel unterlegen (2. September 2021 und Zeit vom 16. November 2021 bis zum 14. März 2022 vs. Zeit vom 3. September bis zum 15. November 2021). Für dieses Überklagen wären m.E. die Kosten nach Massgabe des Unterliegens zu verteilen gewesen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Denn anders als die Höhe der Tagesbusse, die im gerichtlichen Ermessen steht, ist die Anzahl Tage der Nichterfüllung primär eine Sachverhaltsfrage. Dafür tragen die Gesuchstellerinnen die Beweislast.¹² Auch anderweitig sind keine Gründe ersichtlich, die rechtfertigen würden, gestützt auf Art. 107 ZPO von der üblichen Kostenverteilung abzuweichen. Insbesondere lässt sich nicht etwa anführen, analog

12 HUBER (Fn. 2), Rz. 425.

zur «Bezifferung des Anspruchs» (Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO) sei die «Bezifferung» der Anzahl Tage der Nichterfüllung schwierig gewesen. Zutreffend ist zwar, dass sich dieses Unterfangen vorliegend als ausgesprochen schwierig erwiesen hat. Diese Schwierigkeit gründet jedoch nicht in der Natur der Sache, sondern im konkretisierenden Antrag der Gesuchstellerinnen. Sie beantragten nämlich antizipierend für erst potenzielle Nichterfüllungen in der Zukunft die Verhängung einer Ordnungsbusse «bis zum Entscheid in dieser Sache» – ein bei Einreichung des Gesuchs noch unbestimmtes, künftiges Datum. Einerseits dürfte für die Gesuchstellerinnen bei Einreichung des Gesuchs ungewiss sein, ob die Gesuchsgegnerin auch künftig – und zwar «bis zum Entscheid in dieser Sache» – ihre Verpflichtung nicht erfüllen wird. Andererseits zwingen sie sich mit einem solchen Antrag selber dazu, zu dessen Stützung fortlaufend «bis zum Entscheid in dieser Sache» neue Tatsachenbehauptungen zur andauernden Nichterfüllung aufzustellen und neue Beweismittel dazu einzureichen, sofern die Gesuchsgegnerin die andauernde Nichterfüllung bestreitet (womit gerechnet werden muss und was denn auch hier der Fall gewesen war). Das

Zusammenfassung

Die Vollstreckung mittels indirekter Zwangsmassnahmen (Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB, Ordnungsbussen nach Art. 343 Abs. 1 lit. b und c ZPO) erfolgt in zwei Schritten. Zuerst werden sie angedroht, danach verhängt. Eignigkeit besteht darüber, dass im ersten Schritt geringe Anforderungen an das Rechtsbegehren zu stellen sind. Wie es sich damit im zweiten Schritt bezüglich des Rechtsbegehrens zur Verhängung einer Ordnungsbusse verhält, ist demgegenüber noch weitgehend ungeklärt. Nach meiner Auffassung ist die Hürde auch hier tief anzusetzen. Im Rechtsbegehren muss weder die Höhe der Tagesbusse noch die Anzahl Tage der Nichterfüllung angegeben werden. Der Gesuchstellerin ist es aber unbenommen, dennoch diesbezüglich konkretisierende Anträge zu stellen. Tut sie dies, stellt sich die Frage, ob es sich dabei bloss um unverbindliche Anregungen handelt oder ob diese Anträge ernsthaft Teil des Rechtsbegehrens sind – mit all den damit verbundenen Vor- und Nachteilen. Da die Gesuchstellerinnen im Fall «Sägeblätter II» konkretisierende Anträge stellten, denen das BPatGer nur teilweise folgte, wurde diese Frage aktuell. Trotzdem bleibt das Urteil die Antwort darauf schuldig.

Urteil enthält gleichwohl keine Anhaltspunkte dafür, dass die Gesuchstellerinnen Noveneingaben gemacht hätten. Kurzum: Die Schwierigkeiten, mit denen sich die Gesuchstellerinnen bei der «Bezifferung» der Anzahl Tage der Nichterfüllung konfrontiert sahen, sind dem prophetischen Gehalt ihres konkretisierenden Antrags zuzuschreiben. Solch eigenverantwortliche Schwierigkeiten sind bei Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO freilich nicht gemeint.

IV. Fazit

Ich neige zur Auffassung, dass konkretisierende Anträge in einem Vollstreckungsverfahren zur Verhängung einer Ordnungsbusse bloss unverbindliche Anregungen sind. Das Dispositiv des Urteils ist aus meiner Sicht daher ein Happy End. Allerdings kommt es eher überraschend, da die Geschichte nicht stringent auf dieses Ende hinführt. Aufgrund des eher erratisch wirkenden Handlungsstrangs bleibt nun die Ungewissheit bis zu einer allfälligen Auflösung in einem Sequel aufrecht.

Résumé

L'exécution au moyen de mesures de contrainte indirectes (amende pour insoumission à une décision de l'autorité selon l'art. 292 CP, amendes d'ordre selon l'art. 343 al. 1 let. b et c CPC) se déroule en deux étapes. Les parties en sont d'abord menacées, puis les mesures de contrainte sont imposées. Il semble accepté que dans la première étape, les exigences posées dans le cadre de la procédure juridique doivent être faibles. En revanche, lors de la deuxième étape, les conditions relatives à la requête visant à la condamnation à une amende d'ordre ne sont pas encore claires. Je suis d'avis que la barre doit également être placée bas dans ce cas. La requête ne devrait indiquer ni le montant de l'amende journalière ni le nombre de jours d'inexécution. La partie requérante est toutefois libre de formuler des demandes concrètes à ce sujet. Dans ce cas, il convient de se demander s'il s'agit simplement de suggestions non contraignantes ou si ces demandes font intrinsèquement partie de la requête – avec tous les avantages et inconvénients que cela implique. La concrétisation des demandes formulées par les parties requérantes dans l'affaire «Sägeblätter II», auxquelles le TFB n'a donné suite que partiellement, a rendu plus actuelle cette question. Le jugement n'y apporte cependant pas de réponse.