

Rückrufpflicht bei Unterlassungsgebot

# Umfang der Unterlassungspflicht weiter unklar?

Von *Bärbel Ines Hintermeier*

**Weisen Produkte wettbewerbswidrige Angaben auf, so kann dem Hersteller eine Untersagung der Bewerbung sowie des Vertriebs dieser Produkte drohen. Darüber hinaus hat der BGH in seiner Grundsatzentscheidung „Rescue“ klargestellt, dass ein wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch grundsätzlich auch die Pflicht umfasse, die entsprechenden Waren von den Abnehmern zurückzurufen.**

Zum Umfang der Unterlassungsverpflichtung nach § 8 UWG stellte der Bundesgerichtshof (BGH) mit seiner Grundsatzentscheidung „Rescue“ vom 29.09.2016 (Az.: I ZB 34/15) klar, dass ein Unterlassungsschuldner nicht nur die unzulässige Vermarktung zu unterlassen hat, sondern auch die Vornahme möglicher und zumutbarer Handlungen zur Beseitigung des Störungszustands schuldet. Dies kann die Verpflichtung beinhalten, auf Dritte (Abnehmer) einzuwirken und diese zur Rücksendung der betroffenen Waren aufzufordern, um so zu verhindern, dass bereits ausgelieferte Produkte weiter vertrieben werden. Dem bisherigen pragmatischen Ansatz in der Praxis, dem das Motto „was raus ist, ist raus“ zugrunde lag, wurde damit eine Absage erteilt. Mit weiteren aktuellen Entscheidungen der Oberlandesgerichte wird jedoch deutlich, dass noch lange nicht geklärt ist, was unter „erforderlichem, möglichem und zumutbarem Handeln“ im Rahmen der Unterlassungsverpflichtung zu verstehen ist.

## **BGH „Rescue-Tropfen“ - Rückrufverpflichtung nach UWG**

Dem Beschluss des BGH lag eine wettbewerbsrechtliche Untersagung des Oberlandesgerichts München zugrunde. Dem betroffenen Unternehmen war untersagt worden, „Rescue Tropfen“ (als Notfalltropfen bekannte Mittel auf Pflanzenbasis ohne Alkohol als Zutat, die beruhigend wirken sollen) als Spirituosen zu vertreiben. Die Tropfen wurden bereits an Apotheken ausgeliefert. Letztere hatte das betroffene Unternehmen jedoch nicht dazu aufgefordert, die betroffenen Produkte zurückzusenden bzw. aufgrund der Unterlassungsverpflichtung nicht weiter zu vertreiben. Hierhin sah die klagende Konkurrentin eine Zuwiderhandlung gegen die Unterlassungspflicht.

In seinem Beschluss machte der BGH deutlich, dass ein Unterlassungsschuldner über die künftige Unterlassung des Vertriebs rechtswidriger Produkte/Produktwerbung hinaus auch dazu verpflichtet ist, bereits ausgelieferte Produkte (b2b) zurückzunehmen (sog. stiller Rückruf). Zwar habe das betroffene Unternehmen für das selbstständige Handeln Dritter grundsätzlich nicht einzustehen, jedoch sei es gehalten, auf Dritte, deren Handeln ihm wirtschaftlich zugutekomme, einzuwirken, wenn er mit einem Verstoß ernstlich rechnen müsse und zudem rechtliche oder tatsächliche Einflussmöglichkeiten auf das Verhalten des Dritten habe, so der BGH.

---

Die Unterlassungspflicht umfasst auch erforderliche, zumutbare und mögliche Handlungen.

---

Etwas anderes könne nach dem Gericht lediglich dann gelten, wenn die zur Beseitigung des Störungszustands nach Lage der Dinge erforderlichen Handlungen unmöglich oder unzumutbar sind. In einem solchen Fall könne die Prüfung, ob die fraglichen Handlungen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren, jedoch dem Vollstreckungsgericht überlassen bleiben.

### **OLG Frankfurt „Ausweitung“ der BGH-Rechtsprechung**

Das OLG Frankfurt ging in seiner Entscheidung vom 01. August 2018 (Az.: 6 W 53/18) sogar noch einen Schritt weiter.

In diesem Fall ging es um eine rechtswidrige Produktwerbung im Internet für ein Reinigungsmittel.

Werde eine Werbeaussage über einen längeren Zeitraum verwendet und stelle ein zentrales Verkaufsargument dar, die das Produkt von den meisten anderen Wettbewerbsprodukten unterscheidet und der im vorliegenden Fall für die Kunden eine ganz erhebliche Bedeutung in der Anwendung des Produktes hatte, so führe dies nach Ansicht des OLG Frankfurt zu einer Pflicht, Werbeadressaten über das Verbot der konkreten Angabe zu informieren.

Aufgrund der intensiven vorangegangenen Werbung, nicht nur auf der Website sondern auch auf verschiedenen Werbekanälen, habe das werbende Unternehmen davon ausgehen müssen, dass Händler über einen längeren Zeitraum an Kunden die Bewerbung des Produkts weitergegeben haben.

---

**OLG Frankfurt: „Es ist zumutbar, jedenfalls bekannte Händler/Abnehmer über das Verbot der Werbung zu informieren“**

---

Daher sei das betroffene Unternehmen verpflichtet gewesen, den Markt darüber zu informieren, dass entsprechende Werbeaussagen nicht mehr verwendet werden, so das Gericht weiter. Es sei dem Unternehmen zuzumuten, jedenfalls die bekannten Händler/Abnehmer über das Verbot der Werbung zu informieren; dass dies tatsächlich möglich war, zeige die ein Jahr nach Zustellung der einstweiligen Verfügung durchgeführte Information der Händler.

Der Umfang der Unterlassungspflicht insbesondere mit Blick auf die Reichweite eines „stillen Rückrufs“ verletzender Produkte bleibt damit weiter undurchsichtig. Zwar stellt das Gericht klar, dass produktbezogene Werbeangaben nach den Erfahrungen des Verkehrs eher kurzlebig sind und sich ändern können und sich in der Regel nicht dauerhaft einprägen und im Gedächtnis fortleben. Dennoch bringt diese Entscheidung weitere Unsicherheit für die Händler und die Werbewirtschaft mit sich. Unklar bleibt bei dieser Entscheidung u.a., wann es sich um eine „normale“ Werbeangabe handelt und ab welchem Zeitraum ggf. davon auszugehen ist, dass sich eine Angabe in den Köpfen der Verbraucher besonders eingepägt hat.

Diese Fragen werden voraussichtlich die zukünftige Rechtsprechung beschäftigen.

### **Restriktive Handhabung der Rückrufpflicht des OLG Düsseldorf**

Wie weit die Ansichten der Gerichte trotz des BGH-Urteils auseinander gehen, zeigt die im Vergleich zum OLG Frankfurt ebenfalls im letzten Jahr ergangene Entscheidung des OLG Düsseldorf, welches weiterhin „liberal“ mit der Rückrufflicht umgeht.

Das OLG Düsseldorf folgt in seinem Beschluss vom 30. April 2018 (Az. I-15 W 9/18) zwar dem BGH insoweit, als dass es ebenfalls davon ausgeht, dass die Unterlassungspflicht nicht lediglich das bloße „Nichtstun“ umfasst, sondern auch nach dessen Ansicht das Mögliche und Zumutbare getan werden muss, um den vorher geschaffenen Störungszustand zukünftig zu vermeiden, weil die Nichtbeseitigung des Verletzungszustands gleichbedeutend mit der Fortsetzung der Verletzungshandlung sei.

So führt das Gericht in seinem Beschluss aus, dass angesichts dessen aus einem Unterlassungsgebot z.B. die Verpflichtungen folgen können:

- wettbewerbswidrige Firmenschilder zu entfernen (BGH GRUR 1972, 558, 560 – Teerspritzmaschinen),
- die rechtsverletzende Firmierung in einem Internetverzeichnis zu beseitigen (BGH GRUR 2014, 595 – Vertragsstrafenklausel),
- im Falle von Internetwerbung, die eigene Website zu ändern oder zu löschen,
- auf Handelsvertreter oder in die eigene Vertriebsorganisation eingebundene Unternehmen oder beauftragte Vertriebspartner einzuwirken (OLG Düsseldorf I-15 W 12/18 Beschl. v. 19.03.2018) oder
- die Abrufbarkeit von wettbewerbswidriger Werbung auf den gängigsten Suchmaschinen auszuschließen (OLG Düsseldorf I-15 W 52/17 Beschl. v. 29.01.2018; OLG Celle GRUR-RR 2018, 46 – Wirbel um Bauschutt; OLG Stuttgart GRUR-RR 2017, 86 – Modedesign Studium; OLG Zweibrücken GRUR-RS 2016, 10948 – Cache-Speicherung).

Eine darüber hinaus gehende Verpflichtung, betroffene Produkte von den Abnehmern zurückzurufen, hielt das OLG Düsseldorf jedoch aufgrund der folgenden Argumente für zu weit gehend:

---

„Der Unterlassungsanspruch kann nicht weitreichender sein, als der spezialgesetzlich normierte Rückrufanspruch.“

---

Es könne nicht sein, dass der Unterlassungsanspruch – der in die Zukunft gerichtet ist und dessen Beachtung vom Ansatz her nicht mehr als ein Unterlassen und zunächst einmal kein Handeln fordert – dieselben Rechtsfolgen zeitige wie der spezialgesetzlich normierte Rückrufanspruch, so der Senat. Dies auch dann nicht, wenn § 140a Abs. 3 PatG keine Sperrwirkung gegenüber anderen Vorschriften entfalte und ein Rückruf vor Einführung des § 140a Abs. 3 PatG zwecks Umsetzung der RL 2004/48/EG auf den allgemeinen Beseitigungsanspruch gem. § 1004 BGB analog gestützt werden konnte (so BGH GRUR 2018, 292 – Produkte für Wundversorgung).

Das OLG Düsseldorf lehnt die vom BGH vertretene Ansicht ausdrücklich ab, der diese damit begründet, dass sich die Verpflichtung des Unterlassungsschuldners zum Rückruf auch inhaltlich unterscheidet von dem, was nach den spezialgesetzlichen Anspruchsgrundlagen des Rückrufs geschuldet ist, wie u.a. in § 140a Abs. 3 PatG, §98 Abs. 2 UrhG, § 18 Abs. 2 MarkenG, § 43 Abs. 2 DesignG festgelegt.

Der BGH geht hierbei davon aus, dass während die spezialgesetzlich normierten Rückrufansprüche einen abstrakten und damit weiteren Schutz bieten, die aufgrund der entsprechenden Auslegung des Unterlassungstitels je nach den konkreten Umständen des Einzelfalls anzunehmende Verpflichtung des Schuldners zum positiven Handeln durch Rückruf allein dem Schutz vor konkret drohenden weiteren Verletzungshandlungen diene. In diesem Zusammenhang weist das OLG Düsseldorf darauf hin, dass zu bedenken sei, dass ein Verletzer seine Abnehmer kennt und, wenn diese an Endkunden vertreiben, er diesen auch gerade zum Weitervertrieb die Verletzungsprodukte liefert. Insoweit besteht regelmäßig das (konkrete) Risiko eines Weitervertriebs. Ein eigenständiger Anwendungsbereich der spezialgesetzlichen Rückrufpflicht bestünde nur in Fällen, in denen rechtsverletzend gestaltete Produkte zwar vertrieben worden sind, ein weiterer Vertrieb aber nicht konkret zu erwarten ist. Faktisch dürfte ein solcher Fall wohl unwahrscheinlich sein, sodass praktisch kein inhaltlicher Unterschied zwischen den Rückrufansprüchen besteht.

Insoweit ist es nachvollziehbar, dass das OLG Düsseldorf verdeutlicht, dass wenn sich ein Gläubiger dafür entscheidet, keinen Rückrufanspruch geltend zu machen, auch keine rechtliche Notwendigkeit besteht, dies über den Umweg des Unterlassungsanspruchs doch zuzulassen.

### **Bedeutung für die Praxis**

Mit der BGH-Entscheidung besteht gegenwärtig die grundsätzliche Erforderlichkeit einer Aufforderung der Abnehmer zur Rücksendung bzw. des Vertriebsstopps der rechtsverletzenden Produkte im Rahmen der Unterlassungsverpflichtung (sog. stille Rücknahme). Betrifft die Unterlassungsverpflichtung allein eine Werbeaussage und nicht die Produktaufmachung selbst, so dürfte es jedoch auch nach der Entscheidung des OLG Frankfurt weiterhin ausreichen, die Aussage von der Website oder entsprechenden Werbekanälen zu entfernen.

Unterlassungsschuldner sollten vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung jedoch gründlich überlegen, ob Sie ein Ordnungsgeld/Vertragsstrafe riskieren, oder bereits ausgelieferte Ware von Ihren Abnehmern zurücknehmen bzw. diese zumindest zum Vertriebsstopp auffordern. Der Erfolg der Rücknahme wird nicht gefordert (BGH GRUR 2018, 292 – Produkte für Wundversorgung). Es empfiehlt sich insoweit im Rahmen eines Vergleichs eine Abwehrklausel aufzunehmen, mit der ein Abverkauf noch im Handel befindlicher Ware ermöglicht wird.

---

Eine Abwehrklausel ist im Rahmen eines Vergleichs empfehlenswert.

---

Denkbar ist auch, insbesondere in Bezug auf (leichtverderbliche) Lebensmittel aus Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten gegen eine Rücknahmepflicht zu argumentieren (Lebensmittelverschwendung, kurze Haltbarkeit, etc.). Hierbei dürften auch die Menge der Produkte und mit der Vernichtung einhergehenden Folgen völlig außer Verhältnis zu meist geringfügigen Auswirkungen der Kennzeichnungsfehler oder rechtswidrigen Produktwerbung stehen.

### **Fazit**

Letztlich wird der Umfang der Handlungspflichten zur Störungsbeseitigung im Rahmen der Unterlassungspflicht, d.h. das Erforderliche, Mögliche und Zumutbare auch zukünftig durch „case law“ geprägt werden.

Dabei sollte sich auf der anderen Seite auch der Angreifer stets bewusst sein, dass ihm erhebliche Schadensersatzansprüche drohen können. Sollte ein Unterlassungsschuldner nach Zustellung einer einstweiligen Verfügung eine Rücknahme veranlassen und gegen die Verfügung erfolgreich im Rechtsmittelverfahren vorgehen können, so hat der Angreifer die Kosten dieser Rücknahme zu ersetzen. Diese zählen dann zum Vollziehungsschaden nach § 945 ZPO.

((Angaben zur Person))

**Bärbel Ines Hintermeier, LL.M.**

*Rechtsanwältin bei meyer.rechtsanwälte, berät im Bereich des Lebensmittelrecht, vorwiegend im Risk Assessment und Krisenmanagement sowie zu Fragen Wettbewerbsrechts.*

[hintermeier@meyerlegal.de](mailto:hintermeier@meyerlegal.de)