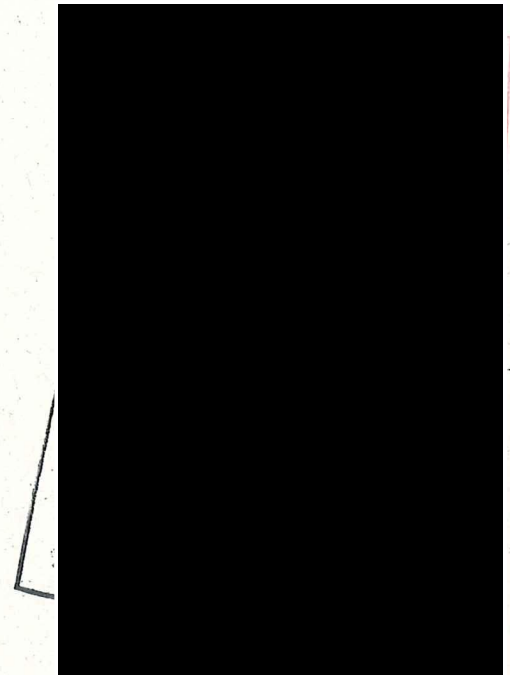




Kammergericht Beschluss



Geschäftsnummer:
5 W 174 / 19
91 O 71/13 Landgericht Berlin

In dem Zwangsvollstreckungsverfahren
zu dem Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung



hat der 5. Zivilsenat des Kammergerichts durch den Richter am Kammergericht Dr. Hess, den Richter am Kammergericht Dr. Pahl und die Richterin am Kammergericht Johansson am 29. Oktober 2019 beschlossen:

1.
Die sofortige Beschwerde der Schuldnerin vom 28. August 2019 gegen den Beschluss der Kammer für Handelssachen 91 des Landgerichts Berlin vom 15. August 2019 – 91 O 71/13 - wird zurückgewiesen.
2.
Die Kosten des Beschwerdeverfahrens hat die Schuldnerin zu tragen.
3.
Der Werte des Beschwerdeverfahrens wird auf 6.250,- € festgesetzt.

Gründe

I.

Auf Antrag des Gläubigers hat das Landgericht der Schuldnerin im Weg der einstweiligen Verfügung mit Beschluss vom 22. April 2013 unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel untersagt,

im geschäftlichen Verkehr auf Bestellscheinen die Unternehmensanschrift anzugeben mit

„Versandapotheke DocMorris, 52098 Aachen“,

ohne gleichzeitig deutlich und unübersehbar die Identität und Anschrift des Unternehmens anzugeben, wenn dies geschieht, wie im Tenor des Beschlusses nachfolgend wiedergegeben.

Mit rechtskräftigem Urteil vom 13. August 2013 hat das Landgericht die einstweilige Verfügung nach dem Widerspruch der Schuldnerin bestätigt.

Mit Beschluss vom 15. August 2019 hat das Landgericht auf Antrag des Gläubigers gegen die Schuldnerin wegen Zuwiderhandlung gegen das ausgesprochene Verbot ein Ordnungsgeld in Höhe von 10.000,- €, festgesetzt.

Gegen diesen Beschluss wendet sich die Schuldnerin mit der sofortigen Beschwerde.

II.

Die sofortige Beschwerde der Schuldnerin ist gemäß §§ 793, 567 Abs. 1 Nr. 1, § 569 ZPO statthaft und zulässig. Sie ist jedoch nicht begründet.

1.

Die Voraussetzungen für die Festsetzung von Ordnungsmitteln gemäß § 890 ZPO liegen vor.

Obwohl die Schuldnerin bei der neuen Gestaltung des Bestellscheins die Angabe

„Versandapotheke DocMorris, 52098 Aachen“

durch

„DocMorris^x, Postfach 52098.Aachen“

ersetzt hat, und nun am rechten Seitenrand in einer von unten nach oben verlaufenden Schriftlinie, die also erst zu lesen ist, wenn man den Schein um 90° dreht, angibt:

„^xVertragspartner: DocMorris N.V., Avantisallee 152, 6422 Heerlen, Niederlande, ...“,

verstößt sie gegen das im Beschluss des Landgerichts vom 22. April 2013 ausgesprochene Verbot.

a)

Der Verbotstenor ist nicht nur auf die konkret formulierte Verletzungsform beschränkt, sondern umfasst auch Abwandlungen, wenn in ihnen das Charakteristische der titulierten Form zum Ausdruck kommt (vgl. BGH WRP 1989, 572 – Bioäquivalenz-Werbung; BGH GRUR 2010, 156 – EIFEL-ZEITUNG, Rn 25; BGH GRUR 2010, 855 – Folienrollen, Rn 17; Hess in: jurisPK-UWG, 4.

Aufl., § 12, Rn 254; Köhler/Feddersen in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 37. Aufl., § 12, Rn 6.4).

Ob das Handeln des Schuldners eine Zuwiderhandlung gegen ein Unterlassungsgebot darstellt, bestimmt sich nach der durch Auslegung zu ermittelnden Reichweite des Unterlassungstitels. Zur Auslegung einer Urteilsformel können auch Tatbestand und Entscheidungsgründe und gegebenenfalls auch das Parteivorbringen herangezogen werden. (vgl. BGH GRUR 2010, 855 – Folienrollos, Rn 17; BGH GRUR 2017, 208 - Rückruf von RESCUE-Produkten, Produktrückruf, Rn 22, 35; Hess in: jurisPK-UWG, 4. Aufl., § 12, Rn 254; Köhler/Feddersen in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 37. Aufl., § 12, Rn 6.4)

b)

Das Verbot ist - wie sich aus seiner Formulierung („wenn dies geschieht, wie...“) ergibt - auf die konkrete Verletzungsform gerichtet (vgl. BGH GRUR 2011, 340 - Irische Butter, Rn 24).

Der Zusatz zu dem auf die konkrete Verletzungsform gerichteten Verbot,

„auf Bestellscheinen die Unternehmensanschrift anzugeben mit

„Versandapotheke DocMorris, 52098 Aachen“,

ohne gleichzeitig deutlich und unübersehbar die Identität und Anschrift des Unternehmens anzugeben“,

hat danach die Funktion deutlich zu machen, in welchem Umfang über die Umstände des konkret beanstandeten Verhaltens hinaus andere Verletzungshandlungen als im Kern gleichartig anzusehen sind (vgl. BGH GRUR 2011, 340 - Irische Butter, Rn 24; Köhler in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG 37. Aufl., § 12, Rn 2.43).

In den Gründen des Beschlusses vom 22. April 2013 hat das Landgericht (Zivilkammer 16) ausgeführt, mit der Angabe einer deutschen Adresse erwecke die Schuldnerin den Eindruck, der Verbraucher kontrahiere mit einem in Deutschland ansässigen Unternehmen. Die am rechten Rand enthaltene Angabe

„Verantwortlich: DocMorris N.V., Heerlen, Niederlande“

genüge nicht um den Verbraucher über den tatsächlichen Sitz der Schuldnerin in den Niederlanden aufzuklären.

In dem quer zum Text angeordneten Schriftzug erwarte der Verbraucher keine für seine Kaufentscheidung relevanten Informationen. Dem Text könne er aber auch nur entnehmen, dass ein in den Niederlanden ansässiges Unternehmen für die Gestaltung des Bestellscheins verantwortlich sei, zumal er daran gewöhnt sei, dass innerhalb eines Konzerns eine Aufteilung der Aufgaben unter den dem Unternehmensverband angehörigen Gesellschaften stattfinde.

Im Urteil vom 13. August 2013 hat das Landgericht (Kammer für Handelssachen 91) dies wiederholt.

c)

Das Charakteristische der konkreten Verletzungsform besteht danach zum einen in der Angabe einer geschäftlichen Bezeichnung der Schuldnerin auf den Bestellscheinen, die mit dem Namen einer deutschen Stadt nach Art einer Postanschrift kombiniert wird. Zum anderen besteht es in der Angabe der zutreffenden Informationen über die Rechtsform und den Sitz der Schuldnerin an unerwarteter Stelle, die überdies einen Zusatz enthält, der den Verbraucher annehmen lässt, es handele sich um ein anderes zum Unternehmensverband der Schuldnerin gehöriges Unternehmen.

d)

Der neue Bestellschein enthält diese charakteristischen Elemente der verbotenen Verletzungsform.

Soweit es um die Vorspiegelung eines Unternehmenssitzes der Schuldnerin in Deutschland durch die Angabe

„DocMorris^x, Postfach 52098 Aachen“

geht, wird dies von den Parteien - zu Recht - nicht diskutiert.

Die Schuldnerin hat neben dieser Anschrift aber auch nicht gleichzeitig deutlich und unübersehbar die Identität und Anschrift ihres Unternehmens angegeben.

Die zutreffenden Angaben über den Sitz der Schuldnerin finden sich nach wie vor am rechten Seitenrand und können nur gelesen werden, wenn man den Bestellschein um 90° dreht.

Sie erscheinen entgegen der Auffassung der Schuldnerin auch nicht deshalb gleichzeitig deutlich und unübersehbar mit der Postfachanschrift, weil die Schuldnerin ihrer Bezeichnung ein hochgestelltes „x“ hinzugesetzt hat, weil auch der Verbraucher, der darin einen „Sternchenhinweis“ erkennt, die Auflösung dieses Hinweises erst einmal suchen und dann eine weitere Handlung, nämlich das Drehen des Scheins, vornehmen muss, um diese zur Kenntnis zu nehmen. (vgl. hierzu auch: BGH GRUR 2002, 979 - Kopplungsangebot II).

Wenn die Schuldnerin vorbringt, der durchschnittlich aufmerksame Verbraucher könne die auflösenden Informationen leicht erkennen, legt sie einen anderen Maßstab an als das ausgesprochene Verbot.

Letztlich täuscht die Schuldnerin in dem neuen Bestellschein auch in kerngleicher Weise über ihre Identität mit dem am rechten Seitenrand genannten Unternehmen. Die Schuldnerin erweckt weiterhin den Eindruck neben dem in Aachen ansässigen „DocMorris“-Unternehmen gebe es ein mit diesem verbundenes, in den Niederlanden sitzendes Unternehmen, das arbeitsteilig andere Aufgaben wahrnehme als das Aachener Unternehmen. Es macht im Kern keinen Unterschied aus, ob dieser Eindruck erweckt wird, weil das niederländische Unternehmen als „verantwortlich“ (für die Gestaltung des Bestellscheins) oder als „Vertragspartner“ (des Aachener Unternehmens) bezeichnet wird.

Woraus die Schuldnerin herleitet, der verständige Durchschnittsverbraucher erkenne, dass die am rechten Seitenrand genannte Gesellschaft sein Vertragspartner sei, ist nicht nachzuvollziehen.

e)

Mit der hier gefundenen Auslegung bleibt das rechtlich Charakteristische der konkreten Verletzungsform, das für die Bestimmung des Kerns der verbotenen Handlung maßgeblich ist, auf das beschränkt, was Prüfungsgegenstand im Erkenntnisverfahren gewesen ist (vgl. BGH GRUR 2013, 1071 – Umsatzangaben, Rn 18; BGH GRUR 2014, 706, Rn 13; Köhler/Feddersen in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 37. Aufl., § 12, Rn 6.4).

Eine erweiternde Auslegung eines Unterlassungsvollstreckungstitels, der im Hinblick auf den Sanktionscharakter der Ordnungsmittel des § 890 ZPO und Art. 103 Abs. 2 GG, zumindest aber im Hinblick auf das vollstreckungsrechtliche Bestimmtheitsgebot enge Grenzen gezogen sind, geht mit diesem Verständnis des Unterlassungsgebotes im Beschlusstenor der einstweiligen Verfügung nicht einher (vgl. BVerfG GRUR 2007, 618; BGH WRP 1989, 572 – Bioäquivalenz-Werbung; BGH GRUR 2010, 454 – Klassenlotterie; Köhler/Feddersen in: Köhler/Bornkamm, UWG, 37. Aufl., § 12 Rn 6.4). Insbesondere erfolgt keine unzulässige Ausdehnung des Verbotsumfangs auf Verstöße, die der titulierten Verletzungsform nur (im Kern) ähnlich sind (vgl. OLG Hamburg, Beschluss vom 26. Februar 2009, 3 W 175/08; Köhler/Feddersen in: Köhler/Bornkamm, UWG, 37. Aufl., § 12 Rn 6.4).

2.

Mit dem Einwand, der Verbraucher wisse, dass sie, die wohl bekannteste Online-Versandapotheke Europas, ihren Sitz in den Niederlanden habe, kann die Schuldnerin im Zwangsvollstreckungsverfahren nicht gehört werden.

Dieses Argument hat sie im Übrigen bereits im Erkenntnisverfahren erfolglos vorgebracht (vgl. Schriftsatz vom 15. Mai 2013, Seite 10).

3.

Wie bereits das Landgericht ausgeführt hat, hat die Schuldnerin schuldhaft gehandelt.

Die Schuldnerin kann sich zu ihrer Entlastung - wie bereits das Landgericht ausgeführt hat - nicht auf einen Verbotsirrtum berufen.

Sogar durch die Einholung unrichtigen Rechtsrats wird das Verschulden nicht ausgeschlossen, wenn der Schuldner nach den Umständen des Falles und hinreichender Sorgfaltsanstrengung die Bedenklichkeit seiner Handlung erkennen musste (vgl. Köhler/Feddersen in: Köhler/Feddersen/Bornkamm, UWG, 37. Aufl., § 12, Rn 6.7; Feddersen in: Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 12. Aufl., Kap. 57, Rn 27).

Dies ist hier der Fall.

Das Vorgehen der Schuldnerin deutet - wie das Landgericht zu Recht angenommen hat - auf das Bestreben hin, die Grenzen des Verbotsbereichs auszuloten. Dies erklärt auch, warum die Schuldnerin sich nun auf Schwierigkeiten bei der Auslegung des Verbots beruft, statt einen Weg zu wählen, der sicher aus dem Verbotsbereich hinausführt.

Für die Annahme eines zumindest fahrlässigen Verhaltens reicht es aus, wenn der Schuldner sich erkennbar in einem Grenzbereich des rechtlich Zulässigen bewegt und deshalb eine von der

eigenen Einschätzung der rechtlichen Zulässigkeit seines Verhaltens abweichende Bewertung in Betracht ziehen muss (vgl. BGH GRUR 2017, 734 – Bodendübel, Rn 73).

4.

Dem Gläubiger fehlt das Rechtsschutzbedürfnis für das Zwangsvollstreckungsverfahren nicht.

Die in der Beschwerdeschrift angeführte Kommentarstelle (Stürner in: BeckOK ZPO, Stand 1. September 2019, § 890, Rn 38 - 42) verhält sich unter Randnummer 40 zum Rechtsschutzbedürfnis als Element der allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen, nicht aber zum Verlust des Rechtsschutzbedürfnisses durch Untätigkeit des Gläubigers.

Da die Verfolgungsverjährung nach Art. 9 Abs. 1 EGStGB zu beurteilen ist (vgl. BGH GRUR 2005, 269; BGH NJW-RR 2007, 863), so dass die Verjährungsfrist zwei Jahre beträgt und beginnt, sobald die Handlung beendet ist (Art. 9 Abs. 1 Satz 2 und 3 EGStGB), gibt es hier keinen Grund, das Rechtsschutzbedürfnis zu verneinen.

Die Schuldnerin hat den nun beanstandeten Bestellschein zumindest bis in das Jahr 2019 hinein benutzt.

Die Erwartung der Schuldnerin, vom Gläubiger aus dem Unterlassungstitel nicht mehr in Anspruch genommen zu werden, nachdem sie den nun beanstandeten Bestellschein bereits seit 2013 verwendet hat, ist schwerlich als schützenswerte Vertrauensposition zu bezeichnen. Ihr kann jedoch hinreichend Rechnung getragen werden, indem die Dauer des Verstoßes gegen das Verbot bei der Bemessung des Ordnungsgeldes unberücksichtigt bleibt.

5.

Ein Ordnungsgeld in Höhe von 10.000,- € ist keinesfalls übersetzt.

Ordnungsmittel im Sinne des § 890 ZPO haben zum einen die Funktion, als zivilrechtliche Beugemaßnahmen künftige Zuwiderhandlungen zu vermeiden, zum anderen aber auch einen repressiven, strafähnlichen Sanktionscharakter (vgl. BGH GRUR 2004, 264 – Euro-Einführungsrabatt; Köhler/Feddersen in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 37. Aufl., § 12, Rn 6.12). Danach sind bei der Festsetzung von Ordnungsmitteln eine Reihe von Faktoren zu berücksichtigen, insbesondere Art, Umfang und Dauer des Verstoßes, der Verschuldensgrad, der Vorteil des Verletzers aus der Verletzungshandlung und die Gefährlichkeit der begangenen und möglicher künftiger Verletzungshandlungen für den Verletzten (vgl. BGH GRUR 2004, 264 – Euro-Einführungsrabatt; Köhler/Feddersen in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 37. Aufl., § 12, Rn 6.12).

Auch wenn man hier die Dauer des Verstoßes unberücksichtigt lässt, liegt das festgesetzte Ordnungsgeld angesichts der offenbar gewordenen Sorglosigkeit, mit der die Schuldnerin dem Verbot begegnet, am untersten Rand des Angemessenen.

Die Schuldnerin bezeichnet sich auch im vorliegenden Zwangsvollstreckungsverfahren als Europas wohl bekannteste Online-Versandhandelsapotheke. Der ihr danach zu unterstellende wirtschaftliche Erfolg gibt überdies Anlass zu der Annahme, dass ein geringeres Ordnungsgeld keinen Abschreckungseffekt in Bezug auf weitere Zuwiderhandlungen hat.

Die in der Beschwerdebegründung für eine Berechnung des Ordnungsgeldes mit einem Prozentsatz von 5 % des Wertes des Erkenntnisverfahrens angeführte Entscheidung des BGH „Vertragsstrafebemessung“ (GRUR 1994, 146) besagt das Gegenteil.

Für die Bemessung des Ordnungsgeldes ist der Streitwert des ursprünglichen Unterlassungsverfahrens danach ohne unmittelbare Aussagekraft. Eine schematische Festsetzung des Ordnungsgeldes auf einen Bruchteil des Streitwerts des Unterlassungsverfahrens scheidet aus.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über den Wert des Beschwerdeverfahrens aus § 3 ZPO, § 47 Abs. 2 Satz 1 GKG.

Dr. Hess

Pahl

Johansson