

Beweis (unter Verwahrung gegen die Beweislast): Zeugnis von Herrn X, Vertriebsleiter der S.-Zeitung, (ladungsfähige Anschrift)

Das angerufene Gericht hat seinen Sitz außerhalb dieses Verbreitungsgebiets. Da für den Gerichtssitz weder die Begehung einer unerlaubten Handlung vorgetragen ist (§ 14 Abs. 2 S. 2 UWG), noch die Beklagte dort ihren Sitz hat (§ 14 Abs. 2 S. 1 UWG), ist dort auch kein Gerichtsstand begründet.

2. Entgegen der Auffassung der Klägerin erfüllt die beanstandete Werbung die Voraussetzungen einer zulässigen vergleichenden Werbung, § 6 UWG.

a) Wie sich im Umkehrschluss zu § 6 Abs. 2 Nr. 2 UWG ergibt, ist vergleichende Werbung ua dann zulässig, wenn sie objektiv eine oder mehrere wesentliche, relevante, nachprüfbar und typische Eigenschaften der verglichenen Waren bezieht. Im Gegensatz zu der Auffassung der Klägerin handelt es sich beim Geschmack eines Lebensmittels um eine solche „Eigenschaft“ des Produkts. Die gegenteilige Auffassung beruht auf einer fehlerhaften Interpretation dieses Begriffs.

Zwar setzt die Bestimmung des Geschmacks eine subjektive Wertung des Konsumenten voraus. Insoweit manifestiert sich auch dessen individuelle Präferenz in seinem Urteil. Dieses Urteil hat jedoch ein objektives Substrat, nämlich den objektiv feststellbaren Geschmack, dh die individuell vorhandene Zusammensetzung aus süßen, scharfen, salzigen und sonstigen geschmacksgebenden Komponenten.

Jedenfalls aber kann die Einschätzung eines Produkts durch die Verbraucher – ebenso wie die Kundenzufriedenheit (OLG Saarbrücken GRUR-RR 2008, 312) – prinzipiell eine nachprüfbar Eigenschaft sein. Diese Fähigkeit, den Publikumsgeschmack zu treffen, ist eine für das Produkt wesentliche, relevante, nachprüfbar und typische Eigenschaft. Die beanstandete Werbung vergleicht diese Wertschätzung, nämlich stellt die Anzahl derjenigen Testpersonen, denen das Produkt der Beklagten besser geschmeckt hat der Anzahl von Testpersonen gegenüber, denen das Produkt der Klägerin besser geschmeckt hat. Die Nachprüfbarkeit der damit verbundenen Behauptung, dass die Produkte der Beklagten einer größeren Zahl von Testpersonen geschmeckt haben als die Produkte der Klägerin, ist dadurch gewährleistet, dass der Test zutreffend und überprüfbar ist. Der Test wurde unter Einbeziehung einer repräsentativen Anzahl und einem ebensolchen Querschnitt der Bevölkerung durch das angesehene „I.“-Institut durchgeführt. Diese Eigenschaft ist auch für den Verbraucher relevant. Ihm wird mitgeteilt, es erhöhe sich die Wahrscheinlichkeit, dass das Produkt auch seinem Geschmack entsprechen wird.

b) Die Werbung ist auch nicht irreführend. Die Klägerin räumt selbst ein, dass die verglichenen Produkte substituierbar sind. Dass sie aus den im Wesentlichen selben geschmacksbestimmenden Zutaten bestehen, wie die Klägerin meint, ist dagegen nicht zu fordern. Ausreichend muss die gattungsmäßige und funktionelle Identität sein. Sowohl bei „W.“, als auch bei „B.M.“ handelt es sich um das jeweilige Spitzenprodukt der Parteien. Wenn die Beklagte bei der geschmacklichen Zusammensetzung dabei andere Wege geht als die Klägerin, so ist dies gerade ein Grund, in einem Vergleich darauf hinweisen zu dürfen. Die angesprochenen Verkehrskreise erwarten auch nichts anderes.

Beweis: Einholung eines Sachverständigengutachtens (Verkehrsbefragung)¹⁰

Anders könnte dies höchstens zu beurteilen sein, wenn etwa ein deutlich billigeres Konkurrenzprodukt der Klägerin, beispielsweise ein einfacher Hamburger, mit dem vergleichsweise üppig ausgestatteten „W.“ verglichen worden wäre. Dies ist jedoch nicht der Fall. Die Geschmacksnuancen liegen auch nicht so weit auseinander, dass sie vernünftigerweise nicht mehr miteinander verglichen werden könnten (beispielsweise ein Pfeffersteak mit einer Tafel Schokolade).

A.18 A. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und Geschäftsgeheimnisgesetz

3. Die Beklagte ist abhängig von ihrem funktionierenden Franchisesystem. In diesem wird Werbung zentral betrieben und durch Beiträge der Franchisenehmer finanziert. Würde ein Verbot der betreffenden Werbung – schon vor Rechtskraft des Urteils – zwangsweise durchgesetzt werden können, würde der bei den Franchisenehmern über die Jahre geschaffene good will unwiederbringlich zerstört.

Glaubhaftmachung:¹¹ Eidesstattliche Versicherung des Leiters der Marketingabteilung, Herrn, Anlage B1

Deshalb wird hilfsweise beantragt, die Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung abwenden zu dürfen.

Nach alledem ist die Klage bereits als unzulässig, jedenfalls aber als unbegründet abzuweisen.^{12, 13}

Rechtsanwalt

Schrifttum: *Berlit*, Der irreführende Werbevergleich, WRP 2010, 757; *Büscher*, Klagehäufung im gewerblichen Rechtsschutz – alternativ, kumulativ, eventuell?, GRUR 2012, 16; *Fischer*, Die Berücksichtigung „nachgereichter Schriftsätze“ im Zivilprozess, NJW 1994, 1315; *Köhler*, Irreführende vergleichende Werbung, GRUR 2013, 761; *Krüger*, Folgeprobleme zu BGH-TÜV I, WRP 2011, 1504; *Lange*, Bestreiten mit Nichtwissen, NJW 1990, 3233; *Meinberg*, Hauptsache, es schmeckt? – Hedonisch-sensorische Konsumentenurteile als Beurteilungsmaßstab im Rahmen vergleichender Lebensmitteltests, ZLR 1999, 1; *Michel*, Der Schriftsatz des Anwalts im Zivilprozess, 6. Aufl. 2004; *Rosenberg/Schwab*, Zivilprozessrecht, 16. Aufl. 2004; *Sack*, Reformbedarf bei § 6 UWG, GRUR 2015, 130; *Scherer*, Kehrtwende bei der vergleichenden Werbung, GRUR 2012, 545; vgl. ergänzend die Nachweise in → Form. A.1, → Form. A.11.

Anmerkungen

1. Hat der Kläger die Zivilkammer angerufen, kann der Beklagte gem. § 98 GVG Verweisung an die Kammer für Handelssachen beantragen. Dies empfiehlt sich sogar, falls dem Hauptsacheverfahren ein einstweiliges Verfügungsverfahren vor der Zivilkammer des angerufenen Gerichts vorangegangen war, das die Beklagte verloren hat.

2. Inhaltlich schließt das Formular an den Sachverhalt des → Form. A.11 an. Es geht um die Zulässigkeit vergleichender Werbung. Die maßgebliche Regelung des § 6 UWG ist richtlinienkonform im Sinne des Wortlautes und Zwecks der Richtlinie 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung auszulegen. Die Richtlinie 2006/114/EG beurteilt vergleichende Werbung im Grundsatz wettbewerbs- und verbraucherpolitisch positiv (*Köhler/Bornkamm/Fedderson/Köhler UWG § 6 Rn. 11*). Die Anforderungen an die Zulässigkeit der vergleichenden Werbung sind daher prinzipiell eher großzügig auszulegen (vgl. EuGH GRUR 2007, 69 – LIDL Belgium/Colruyt).

3. Bei Anordnung des schriftlichen Vorverfahrens ist die Verteidigungsbereitschaft anzuzeigen indem zusätzlich erklärt wird: „Die Beklagte will sich gegen die Klage verteidigen.“ Es ist die nicht verlängerbare Notfrist von zwei Wochen zu beachten, § 276 Abs. 1 S. 1 ZPO. Häufig werden die Anträge bereits vorab zusammen mit der Verteidigungsanzeige übersandt. In diesem Fall sind sie in der Klageerwiderung nicht mehr zu wiederholen.

4. Diese Entscheidungen trifft das Gericht von Amts wegen; die Anträge sind nicht erforderlich. Sie haben sich gleichwohl in der Praxis eingebürgert und werden daher auch diesem Formular zugrunde gelegt.

5. Die Parteien können bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht (§ 714 Abs. 1 ZPO), Vollstreckungsschutzanträge nach § 712 ZPO stellen,

nach hM auch noch im Berufungsrechtszug (BGH WRP 1998, 1184 – Fehlender Vollstreckungsschutzantrag III; Zöller/Hergert ZPO § 714 Rn. 1). Deren tatsächliche Voraussetzungen sind glaubhaft zu machen (§ 714 Abs. 2 ZPO). Möglich ist ein Vollstreckungsschutzantrag bei allen Urteilen, die gemäß § 708 ZPO oder § 709 ZPO vorläufig vollstreckbar sind. Ein versäumter Vollstreckungsschutzantrag kann in der Revisionsinstanz nicht mehr nachgeholt werden (BGH NJWE-WettbR 1999, 139 – Vorläufige Vollstreckung von Auskunftsansprüchen).

Ein solcher Antrag wird jedoch nur ausnahmsweise begründet sein. Dem Schuldner muss durch die Vollstreckung ein unersetzbarer Nachteil entstehen (Wortlaut § 712 Abs. 1 S. 1 ZPO). Auch wenn dieser festgestellt ist, muss aber eine Abwägung zwischen den Interessen des Schuldners am Unterbleiben der Zwangsvollstreckung und denen des Gläubigers an ihrer Durchführung zugunsten des Schuldners ausfallen, § 712 Abs. 2 ZPO. Ein unersetzbarer Nachteil kann etwa entstehen bei drohendem Existenzverlust oder Betriebseinstellung (BGH NJW-RR 1987, 62 zu § 719 ZPO), auch ein nicht zu ermittelnder Schaden, soweit § 287 ZPO nur unsichere Aussichten gibt (Anders/Gehle/Schmidt ZPO § 707 Rn. 10), ebenso die Gefährdung von Betriebsstätten, Arbeitsplätzen, Kundennetzen oder *good will* (OLG Frankfurt a.M. MDR 1982, 239 zu § 707 ZPO) können den Antrag begründen. Einen nicht zu ersetzenden Nachteil kann auch eine irreversible Handlung wie Auskunft oder Widerruf auslösen, nicht aber die bloße durch das Urteil entstehende Kreditgefährdung. Im Zweifel haben die Interessen des Gläubigers Vorrang, insbesondere bei Unterlassungs- und Auskunftsansprüchen (Thomas/Putzo ZPO § 712 Rn. 5).

Ein unterlassener Antrag nach § 712 ZPO kann dazu führen, dass bei Revisionseinlegung ein Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung gem. § 719 Abs. 2 S. 1 ZPO unzulässig wird (BGH NJWE WettbR 1997, 230 (231)).

Wird eine Prozessbürgschaft als Sicherheit gestellt, entsteht die Bürgschaft, wenn die Erklärung der Bank dem Sicherungsberechtigten im Original (§ 130 BGB) zugeht oder nach § 132 Abs. 1 BGB iVm §§ 166 ff. ZPO zugestellt wird. Dabei kann die Aushändigung der Urschrift der Urkunde erforderlich sein (Zöller/Hergert ZPO § 108 Rn. 11). Umfasst die Vollmacht des Prozessbevollmächtigten – wie regelmäßig – auch den Abschluss des Bürgschaftsvertrages, kann die Zustellung auch an diesen erfolgen. Vorsorglich sollte die Zustellung nicht von Anwalt zu Anwalt, sondern per Gerichtsvollzieher veranlasst werden. Die Kosten für die Beschaffung der Bürgschaft sind im notwendigen Umfang nach hM solche der Zwangsvollstreckung und damit erstattungsfähig (Zöller/Stöber ZPO § 788 Rn. 5 mwN).

6. Der Vorsitzende der Kammer für Handelssachen – die im Formularfall angerufen wurde – hat im Einverständnis der Parteien die Möglichkeit, den Rechtsstreit allein zu entscheiden. Üblicherweise werden die Parteien vom Gericht unter Fristsetzung aufgefordert, mitzuteilen, ob sie hiermit einverstanden sind. Erfahrungsgemäß können die meisten Verfahren vom Vorsitzenden allein entschieden werden. Gerade bei grundsätzlichen Fragen aber kann es sich empfehlen, den Rechtsstreit vor die Kammer zu bringen.

7. Die Zuständigkeitsrüge ist gemäß § 282 Abs. 3 S. 1 ZPO im ersten Verhandlungstermin vor Stellung der Sachanträge und Einlassung zur Hauptsache zu erheben. Ist Frist zur schriftlichen Klageerwiderung gesetzt, müssen die Rügen innerhalb dieser Frist geltend gemacht werden. Die Rügen müssen gleichzeitig, dh bis zum gem. § 282 Abs. 3 ZPO maßgeblichen Termin erhoben werden.

Im Wettbewerbsprozess wird häufig nicht am primär maßgeblichen allgemeinen Gerichtsstand des Beklagten geklagt, sondern an einem deliktischen Gerichtsstand, § 14 Abs. 2 S. 2 UWG, wobei der Ausschlussstatbestand des § 14 Abs. 2 S. 3 UWG für rein virtuelle Wettbewerbsverstöße zu beachten ist (→ Form. A.4 Anm. 2). Auf die präzise Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit ist daher von beiden Parteien besonderes Augenmerk zu richten.

8. Allerdings begründet die Werbung in einer überregionalen Zeitung Erstbegehungsgefahr auch für die Werbung in weiteren überregionalen Zeitungen, Teplitzky Kap. 51 Rn. 17.

Für die Prozessführung ebenso wichtig wie überzeugende Rechtsausführungen ist das „Arbeiten am Sachverhalt“. Für den Beklagten bedeutet dies insbesondere, von seiner Möglichkeit des Bestreitens von Tatsachen sinnvoll Gebrauch zu machen; Tatsachen, die nicht ausdrücklich bestritten werden, sind nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden anzusehen, wenn sich die Absicht zum Bestreiten nicht aus dem sonstigen Sachvortrag ergibt.

Ansatzpunkt der Frage, welche Tatsachen bestritten werden dürfen, ist die prozessuale Wahrheitspflicht, § 138 Abs. 1 ZPO die nicht nur die Parteien, sondern auch deren Anwälte trifft. Ihr Inhalt ist die subjektive Wahrhaftigkeit. Die Parteien dürfen daher zu ihren Gunsten keine Erklärungen wider besseres Wissen abgeben; sie dürfen nicht bewusst lügen. Hierzu gehört auch das bewusste Verschweigen wesentlicher Tatsachen. Eine Partei darf auch Tatsachen vortragen, die sie selbst positiv weder kennt noch kennen kann (auch vermutete Tatsachen, BGH NJW 1995, 2111: unzulässig erst, wenn die Behauptung ohne greifbare Anhaltspunkte willkürlich „auf Geratewohl“ oder „ins Blaue hinein“ aufgestellt wird; bei der Annahme von Willkür ist Zurückhaltung geboten). Umgekehrt darf die beklagte Partei alle Behauptungen des Gegners bestreiten, an deren Wahrheit sie zweifelt oder von deren Wahrheit bzw. Unwahrheit sie überhaupt keine Kenntnis hat (Thomas/Putzo ZPO § 138 Rn. 4 f.). Sie darf sich eine dem eigenen Sachvortrag widersprechende Behauptung des Gegners sogar hilfsweise zu Eigen machen, so lange sie nicht von deren Unwahrheit überzeugt ist (BGH NJW 1995, 2843 (2846) mwN).

Der Prozessbevollmächtigte darf die Darstellung seines Mandanten auch bei Zweifeln an deren Richtigkeit übernehmen; die Grenze liegt dort, wo Behauptungen als unwahr erkannt werden (BGH NJW 1952, 1148). Eine Offenbarungspflicht soll für den Rechtsanwalt auch dann entfallen, wenn er sich mit der Mitteilung des wahren Sachverhalts in Widerspruch zu den Behauptungen seines Mandanten setzt und diesen dadurch der Unwahrhaftigkeit vor Gericht und damit eines versuchten Prozessbetrugs bezichtigen müsste (BGH NJW 1952, 1148).

Allerdings trifft den Bestreitenden unter Umständen die Pflicht, seinen Sachvortrag zu substantiieren. Diese Pflicht hängt vom Einzelfall ab, etwa davon, wie substantiiert der Vortrag der Gegenseite ist und wie nahe die erklärungsbelastete Partei den Geschehnissen steht. Grundsätzlich muss danach substantiiert vorgetragen werden, wenn der belasteten Partei ein solcher Gegenvortrag möglich ist, was wiederum dann der Fall ist, wenn sich die behaupteten Vorgänge in ihrem Wahrnehmungsbereich abgespielt haben (BGH NJW-RR 1986, 60). Zu weiteren Einzelheiten vgl. Lange NJW 1990, 3233.

Nicht verpflichtet ist die Partei zur Offenbarung von Umständen, mit der sie sich der Gefahr einer Strafverfolgung aussetzen würde oder eine Unehrenhaftigkeit preisgeben würde. Auch dies jedoch berechtigt sie nicht zu wahrheitswidrigem Behaupten oder Bestreiten. Sie kann lediglich von entsprechendem Vorbringen absehen (Zöller/Greger ZPO § 138 Rn. 3).

9. Dem Fall liegt die allgemeine Fragestellung zugrunde, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen sog. „hedonisch-sensorische Konsumentenurteile“ zu Zwecken der Werbung eingesetzt werden dürfen. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob deren Verwendung zwar nicht zu Werbezwecken, aber in neutralen Warentest zulässig ist.

Bestimmendes Charakteristikum „hedonisch-sensorischer“ Urteile ist ihre reine Subjektivität. Anders als bei „einfachen“ sensorischen Prüfungen, bei denen der Versuch unternommen wird, den Geschmack des Lebensmittels „objektiv“ zu beschreiben (etwa: süß, salzig, „fischig“), steht bei hedonischen Bewertungen nur die Einordnung des vorgefundenen Geschmackserlebnisses in ein subjektives Bewertungsschema im Vordergrund (schmeckt mir/schmeckt mir nicht).

Das OLG München verneinte in der dem Formular zugrunde liegenden Entscheidung die Frage, ob es sich bei der Tatsache, dass ein Produkt „gut schmecke“, um eine Eigenschaft des Produkts selbst handle und damit auch die Zulässigkeit der vergleichenden Werbung (→ Form. A.11).

In der Entscheidung Cola-Test (BGH GRUR 1987, 49) billigte der BGH indes eine Werbung, in der – möglicherweise gestellt – ein „Tester“ einen geschmacklichen Blindtest durchführt und sich für das beworbene Produkt entscheidet. Hierin sah der BGH keine herabsetzende Kritik an der Konkurrenzware, sondern lediglich den Hinweis darauf, dass Cola-Getränke unterschiedlich – nicht: besser oder schlechter – schmeckten, und dass Cola-Trinker, wenn sie selbst probierten, zu unterschiedlichen Präferenzen kommen würden. Er deutete die Werbung nicht so, dass die Aussage aufgestellt werde, das eigene Produkt schmecke mehr Personen als das der Konkurrenz.

In der Entscheidung LIDL Belgium/Colruyt entschied der EuGH, dass das Erfordernis der Objektivität eines Vergleichs bedeutet, dass einerseits Eigenschaften des Produkts verglichen werden müssen, welche die Kriterien der Wesentlichkeit, Relevanz, Nachprüfbarkeit und Typizität in Bezug auf das Produkt erfüllen, und andererseits diese Eigenschaften zudem objektiv verglichen werden müssen (EuGH GRUR 2007, 69). Damit sollen im Wesentlichen Vergleiche ausgeschlossen werden, die sich aus einer subjektiven Wertung ihres Urhebers und nicht aus einer objektiven Feststellung ergeben (Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler UWG § 6 Rn. 118, der zutreffend darauf hinweist, dass das Kriterium der Objektivität damit nur für die Vergleichsaussage als solche gelten kann, wenn ihm neben dem Erfordernis der Nachprüfbarkeit eine eigene Bedeutung zukommen soll).

10. Die Einholung eines Sachverständigengutachtens in Form einer demoskopischen Verbraucherbefragung ist in der Praxis die Ausnahme; die Gerichte üben sich in Zurückhaltung (→ Form. A.26). Im Einzelfall wird daher zu überlegen sein, ein demoskopisches Gutachten als Parteigutachten in den Prozess einzuführen, um in geeigneten Fällen dem Gericht die benötigte spezifische Sachkunde zu vermitteln (→ Form. A.26). Der Tatrichter kann seine Sachkunde und Lebenserfahrung nicht nur zur Bejahung, sondern auch zur Verneinung der Irreführungsgefahr heranziehen und auf dieser Grundlage das Verkehrsverständnis feststellen (BGH WRP 2002, 527 (529) – Elternbriefe).

Bei der Irreführungsgefahr handelt es sich um eine anspruchsbegründende Tatsache, die der Kläger zu beweisen hat. Von ihm wird auch der Auslagenvorschuss eingefordert, der je nach notwendigem Umfang der Befragung sehr erheblich sein kann; die Gesamtkosten können sich ohne Weiteres auf 20.000–40.000 EUR und mehr belaufen (vgl. zu demoskopischen Gutachten eingehend Gloy/Loschelder/Danckwerts UWG-HdB/Pflüger § 42 Rn. 83 ff.; Einzelheiten in → Form. A.26).

11. Gemäß § 714 Abs. 2 ZPO sind die tatsächlichen Voraussetzungen des Vollstreckungsschutzantrags nach § 712 ZPO glaubhaft zu machen. Es gilt somit insbesondere § 294 ZPO (Thomas/Putzo ZPO § 714 Rn. 4), so dass auch im Hauptsacheverfahren eidesstattliche Versicherungen zulässig sind.

Kosten und Gebühren

12. → Form. A.11 Anm. 18 .

Fristen und Rechtsmittel

13. → Form. A.11 Anm. 19.

19. Antrag nach § 890 ZPO

Landgericht¹

Az.:

Antrag nach § 890 ZPO²

A-GmbH

– Gläubigerin –

Prozessbevollmächtigter:³

gegen

B-GmbH

– Schuldnerin –

Prozessbevollmächtigter:

Ich beantrage,

1. gegen die Schuldnerin wegen Zuwiderhandlung gegen das Unterlassungsgebot gemäß Ziffer 1. des Urteils der Kammer vom 5.3.2019 ein empfindliches Ordnungsgeld⁴ zu verhängen, ersatzweise Ordnungshaft, die an dem Geschäftsführer Herrn der Schuldnerin zu vollziehen ist;⁵
2. Die Schuldnerin hat ab Zustellung dieses Beschlusses bis zum Ablauf des eine Sicherheit von EUR zugunsten der Gläubigerin für deren durch fernere Zuwiderhandlungen entstehenden Schaden zu bestellen.

Begründung:⁶

1. Mit Urteil der Kammer⁷ vom 5.3.2019 – Az. – ist die Schuldnerin im Wege der einstweiligen Verfügung verurteilt worden, es bei Meidung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu unterlassen, „Steckbausteine anzubieten oder in Verkehr zu bringen, welche quaderförmig ausgebildet sind, auf ihrer Oberseite im Abstand von je 3 mm zylindrische Noppen mit einem Durchmesser von je 13 mm und einer Noppenhöhe von ca. 4 mm aufweisen und deren Unterseiten in der Weise quadratisch ausgebildet sind, dass die runden Noppen der Oberseite in die Quadrate eines gleichen Steckbausteines passen.“ Ich übergebe eine beglaubigte Kopie der vollstreckbaren Ausfertigung des Urteils der Kammer als Anlage G 1.
Eine vollstreckbare Ausfertigung des Urteils wurde der Schuldnerin von Amts wegen am 11.3.2016 und im Parteibetrieb am 17.3.2019 zugestellt.⁷ Bei der Zustellung im Parteibetrieb hat die Gläubigerin die Schuldnerin ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Schuldnerin nicht nur den Vertrieb der streitgegenständlichen Steckbausteine einzustellen hat, sondern auch durch Rückruf der Produkte und des darauf bezogenen Werbematerials dafür zu sorgen hat, dass bereits ausgelieferte Produkte von ihren Abnehmern nicht weiter vertrieben werden (BGH GRUR 2016, 720 – Hot Sox; BGH GRUR 2016, 406 – Piadina-Rückruf) bzw. das Werbematerial keine weitere Verbreitung findet. Eine Kopie der Zustellungsurkunde übergebe ich als Anlage G 2.
2. Die Schuldnerin hat mehrfach⁸ gegen das Unterlassungsgebot verstoßen:
Sie verwendet nach wie vor zur Bewerbung ihrer Produkte einen Katalog, in dem auch die streitgegenständlichen Steckbausteine angeboten werden. Die Abbildung auf Seite 363 dieses Katalogs zeigt einen solchen Steckbaustein in Originalgröße.

Beweis:⁹ Katalog 2019 der Schuldnerin, Anlage G 3

Diesen Katalog hat die Schuldnerin am 29.4.2019, also nach Zustellung der einstweiligen Verfügung,¹⁰ an den Kindergarten E-Stadt versandt.

Beweis: Zeugnis des Herrn, Mitarbeiter des Kindergartens E-Stadt,
(ladungsfähige Anschrift)

Den gleichen Katalog schickte die Schuldnerin am 6.5.2019 an Frau

Beweis: Zeugnis der Frau, (ladungsfähige Anschrift)

Zwar sind die der Schuldnerin untersagten Noppenmaße in dem Katalog 2019 nicht ausdrücklich angegeben.¹¹ Sie sind jedoch ohne weiteres an dem in der Mitte der Katalogseite abgebildeten Musterstein nachzumessen, nachdem dieser ausdrücklich mit dem Vermerk „Originalgröße“ versehen ist.

Ob die Schuldnerin Steine mit den untersagten Maßen auf eine Bestellung hin auch liefert, ist unerheblich, da das Unterlassungsurteil nicht nur das Inverkehrbringen dieser Steine, sondern auch bereits das Anbieten untersagt. Die Schuldnerin hätte den Katalog nicht, jedenfalls nicht ohne einen ausdrücklichen und unübersehbaren Hinweis, dass die streitgegenständlichen Steckbausteine, nicht erhältlich sind, abgeben dürfen.

3. Die Schuldnerin hat mehrfach schuldhaft,¹² nämlich vorsätzlich, gegen das ergangene Urteil verstoßen. Sie ist daher durch Verhängung eines empfindlichen Ordnungsgeldes¹³ zur Einhaltung des gerichtlichen Verbotes zu zwingen. Die Höhe des Ordnungsgeldes wird in das Ermessen des Gerichts gestellt, sollte allerdings mindestens EUR betragen.¹⁴
4. Das Verhalten der Schuldnerin zeigt, dass sie nicht gewillt ist, das ergangene Verbot zu beachten. Weitere Verstöße sind daher zu besorgen. Mithin ist Sicherheitsleistung für die entstehenden Schäden der Gläubigerin geboten. Die Höhe der Sicherheit errechnet sich wie folgt:^{15, 16, 17.18,19}

Rechtsanwalt

Schrifttum: *Bork*, Ab wann ist die Zuwiderhandlung gegen die Unterlassungsverfügung sanktionierbar gemäß § 890 ZPO?, WRP 1989, 360; *Fedderson*, Unterlassen durch Beseitigen: Beseitigungshandlungen als Bestandteil des Unterlassungsanspruchs, FS W. Büscher, 2018, 471; *Hees*, Vollstreckung aus erledigten Unterlassungstiteln nach § 890 ZPO – kein Ende des Streits in Sicht, GRUR 1999, 128; *Hofmann*, Ordnungsmittel bei Mehrfachverstößen gegen Unterlassungstitel, NJW 2019, 2126; *Husemann*, Die aus einem Unterlassungsvertrag resultierenden Handlungspflichten, WRP 2017, 270; *Kehl*, Einstweilige Verfügung – ähnliche neue Werbung – was tun?, WRP 1999, 46; *Meinhardt*, Der Drops ist gelutscht – und jetzt? Überlegungen zum Umgang mit der jüngeren BGH-Rechtsprechung zu Beseitigungspflichten des Unterlassungsschuldners in der Praxis, WRP 2018, 527; *Ruess*, Vollstreckung aus Unterlassungstiteln, NJW 2004, 485; *Schuschke/Walker*, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz: Kommentar zum achten Buch der Zivilprozessordnung, 6. Aufl. 2015; *Schmitt-Gaedke/Schmidt*, Vollstreckung des Unterlassungsanspruchs: Die verfassungsrechtliche Dimension, GRUR-Prax 2018, 161; *Sostitzka*, Vom Fortsetzungszusammenhang zur natürlichen und rechtlichen Handlungseinheit – Vertragsstrafe und Ordnungsgeld, FS Lindacher, 2007, S.161; *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, 11. Aufl. 2016; *v. Czettritz*, Anmerkung zu einer Entscheidung des BGH, Beschluss vom 11.10.2017 (1 ZB 96/16) – Zum Umfang der Beseitigungsverpflichtung in einer einstweiligen Verfügung, PharmR 2018, 140; *Vohwinkel*: Neuer Vollziehungsbegriff für § 945 ZPO – Auswirkungen auf § 929 II ZPO?, GRUR 2010, 977; vgl. ergänzend die Nachweise in → Form. A.1 und → Form. A.4.

Anmerkungen

1. Zuständig ist ausschließlich (§ 802 ZPO) das Prozessgericht erster Instanz (§ 890 Abs. 1 S. 1 ZPO). Auf die Höhe des beantragten oder festgesetzten Ordnungsmittels kommt es nicht an.

2. Unterlassungstitel (insbesondere einstweilige Verfügung oder Urteil in der Hauptsache) werden nach § 890 ZPO vollstreckt. Gegen den Schuldner, der dem Unterlassungsgebot zuwiderhandelt, wird auf Antrag des Gläubigers vom Gericht ein Ordnungsmittel (Ordnungsgeld oder Ordnungshaft) festgesetzt. Die Unterlassungsvollstreckung hat damit im Gegensatz zu anderen Vollstreckungsarten strafähnlichen Charakter (BVerfG NJW 1967, 195 (196); 1981, 2457; 1991, 3139).

3. Vor dem Landgericht besteht Anwaltszwang, auch wenn aus einer Beschlussverfügung vollstreckt werden soll.

4. Der Antrag muss das Ordnungsmittel und dessen Höhe nicht bestimmen (Zöller/Stöber ZPO § 890 Rn. 13). Stellt der Gläubiger einen bestimmten Antrag gilt § 308 ZPO; es sollte daher generell nur ein Mindestmaß beantragt und die Höhe ausdrücklich in das Ermessen des Gerichts gestellt werden. Von Amts wegen ist neben dem Ordnungsgeld ersatzweise Ordnungshaft festzusetzen (Anders/Gehle/Schmidt ZPO § 890 Rn. 17). Der Antrag kann zusätzlich zur Geltendmachung von Vertragsstrafe gestellt werden (BGH GRUR 2014, 909 – Ordnungsmittellandrohung nach Prozessvergleich).

5. Sind gemäß Vollstreckungstitel nicht nur die juristische Person selbst, sondern auch ihr Organ zur Unterlassung verpflichtet (zB wenn der Geschäftsführer einer GmbH mit verklagt und verurteilt wurde) ist nur die Festsetzung eines Ordnungsgelds gegen die juristische Person zu beantragen, wenn das Organ im Rahmen der Tätigkeit für die juristische Person dem gerichtlichen Verbot zuwiderhandelte (BGH GRUR 2012, 541 – Titelschuldner im Zwangsvollstreckungsverfahren). Auch gegen eine juristische Person darf Ordnungshaft bzw. Ersatzordnungshaft verhängt werden (BGH GRUR 1992, 749 (750) – Fachliche Empfehlung II), allerdings nur mit der Maßgabe, dass sie an ihren Organen (Vorstand, Geschäftsführer usw) zu vollziehen ist. Das Organ muss selbst schuldhaft gegen das Unterlassungsgebot verstoßen haben. Im Beschluss ist deshalb das Organ, gegen das die Ordnungshaft vollstreckt werden soll, namentlich anzugeben (BGH GRUR 1992, 749 (750) – Fachliche Empfehlung II).

6. Der Sachverhalt ist der Entscheidung OLG Stuttgart WRP 1997, 248 nachgebildet.

7. Die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung, § 750 ZPO müssen vorliegen. Die Festsetzung von Ordnungsmitteln durch das Gericht setzt einen vollstreckbaren Unterlassungstitel, die Androhung eines Ordnungsmittels nach § 890 Abs.2 ZPO und die Zustellung des Titels voraus (Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler/Feddersen UWG § 12 Rn. 5.9 ff.). Die Ordnungsmittellandrohung ist regelmäßig schon im Titel enthalten (→ Form. A.4 Anm. 11). Sonst muss sie auf Antrag des Gläubigers durch einen besonderen Beschluss des Gerichts nachgeholt werden, zB im Falle eines Prozessvergleichs, bei dem die Aufnahme der Androhung in den Titel unzulässig ist (BGH GRUR 2012, 957 – Vergleichsschluss im schriftlichen Verfahren; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler/Feddersen UWG § 12 Rn. 5.3). Vor der Festsetzung eines Ordnungsmittels (nicht notwendig jedoch vor Zuwiderhandlung, → Anm. 10) müssen Titel und Androhung dem Schuldner zugestellt worden sein, § 750 Abs. 1 ZPO.

8. Gegenstand des Verfahrens ist nur die Zuwiderhandlung, auf die sich der Antrag bezieht. Später erfolgte oder bekannt gewordene Zuwiderhandlungen können entspre-