

Oberlandesgericht Jena

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§ 929 II ZPO

- 1. Zur ordnungsgemäßen Zustellung einer einstweiligen Verfügung ist es ausnahmsweise nicht erforderlich, die im Tenor erwähnten Anlagen mit zuzustellen, wenn diese der gerichtlichen Ausfertigung nicht beigelegt waren und die Anlagen keine Auswirkungen auf die Verständlichkeit des Tenors haben.**
- 2. Im Hinblick darauf, dass die einstweilige Verfügung bereits dem Verfügungskläger durch das Gericht ohne Anlagen zugestellt wurde, hätte die Verneinung einer ordnungsgemäßen Zustellung zur Folge, dass schon die Vollziehungsfrist nicht in Lauf gesetzt worden wäre.**

OLG Jena, Beschluss vom 04.03.2013, Az.: 2 W 502/12

Tenor:

Die sofortige Beschwerde des Verfügungsbeklagten gegen den Beschluss des Landgerichts M vom 13.09.2012, Az. HKO 15/12, wird zurückgewiesen.

Die Verfügungsbeklagte hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen. Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird festgesetzt auf bis zu € 6.000,00.

In Abänderung des landgerichtlichen Streitwertbeschlusses wird der Streitwert für das Verfügungsverfahren festgesetzt

a) für die Zeit bis zum 02.08.2012 auf €26.000,00,

b) Für die Zeit danach auf bis zu € 6.000,00.

Gründe:

I.

Die Verfügungsklägerin ist Inhaberin einer Apotheke in P. Gleichzeitig vertreibt sie unter der Internetdomain www.b.de Arzneimittel bundesweit über das Internet. Mit dem Internetgeschäft erwirtschaftet sie einen Umsatz von ca. 5.000.000,- €. Die Verfügungsbeklagte ist Inhaberin einer Apotheke in S. Auf der Internetseite www.a.de bewirbt sie ihr Angebot. Über ihre Internetseite waren verschiedene Werbeflyer abrufbar. Mit diesen warb die Verfügungsbeklagte, soweit hier von Bedeutung, für diverse Gesichtscremes, ohne die Grundpreisangabe in unmittelbarer Nähe des Kaufpreises anzugeben, sowie für diverse Arzneimittel, ohne hierbei den vorgeschriebenen Pflichttext „zu Risiken und Nebenwirkungen lesen Sie die Packungsbeilage oder fragen Sie Ihren Arzt oder Apotheker“ anzugeben. Weiterhin warb sie für Produkte des Herstellers „L“ mit

der Werbeaussage „Die Hautpflege Nr. 1 aus der S - exklusiv in unserer Apotheke“ und für die pflanzlichen Arzneimittel „C N Dragees und C N Tropfen“ mit der Werbeaussage „die pflanzliche Dreierkombination bei Blasenentzündung“. Die Pflegeserie „L“ war neben der Apotheke der Verfügungsbeklagten auch in vielen anderen Apotheken erhältlich. Die pflanzlichen Arzneimittel „C N Dragees und C N Tropfen“ sind nicht dazu geeignet eine Blasenentzündung eigenständig zu behandeln, sondern dienen lediglich der unterstützenden Behandlung neben anderen Medikamenten.

Mit Schreiben vom 02.03.2012 hat die Verfügungsklägerin die Verfügungsbeklagte zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung aufgefordert und Kostenersatz aus einem Streitwert von 100.000,- €, in Höhe von 1,5 Geschäftsgebühren gefordert. Nachdem sich die Verfügungsbeklagte geweigert hatte, diese abzugeben, hat die Verfügungsklägerin den Erlass einer einstweiligen Verfügung beantragt, welche das Landgericht M antragsgemäß am 21.03.2012 erlassen hat. Der Tenor der einstweiligen Verfügung lautet dabei unter Ziff. 1, 3 und 4 jeweils am Ende: „insbesondere wie in Anlage Ast (...) geschehen“. Den Streitwert des Verfahrens hatte das Landgericht ursprünglich auf 30.000,- € festgesetzt, auf Beschwerde der Verfügungsklägerin jedoch auf 100.000,- € erhöht. Mit Schreiben vom 08.05.2012 hat die Verfügungsklägerin die Verfügungsbeklagte zur Abgabe einer Abschlusserklärung aufgefordert. Diese hat die Verfügungsbeklagte nicht abgegeben, sondern mit am 11.05.2012 beim Landgericht M eingegangenen Schriftsatz Widerspruch gegen die einstweilige Verfügung eingelegt. Mit Schreiben vom 05.06.2012 hat die Verfügungsbeklagte sich gegenüber dem „V e. V.“ mit einer dem Tenor der einstweiligen Verfügung im Wesentlichen entsprechenden strafbewehrten Unterlassungserklärung unterworfen. Hierauf haben, die Verfügungsklägerin mit Schreiben vom 25.06.2012 und die Verfügungsbeklagte in der mündlichen Verhandlung am 02.08.2012, jeweils unter Verwahrung gegen die Kostenlast, das Verfahren in der Hauptsache für erledigt erklärt. Das Landgericht hat mit Beschluss vom 13.09.2012 der Verfügungsbeklagten die Kosten des Verfahrens auferlegt. Hiergegen wendet sie sich mit ihrer mit Schreiben vom 21.09.2012 eingelegten und am selben Tage beim Landgericht M eingegangenen sofortigen Beschwerde, welcher das Landgericht M mit Beschluss vom 26.09.2012 nicht abgeholfen hat.

Die Verfügungsbeklagte ist der Ansicht, sie müsse die Kosten des Verfahrens nicht tragen, da die einstweilige Verfügung auf ihren Widerspruch aufzuheben gewesen wäre. Der Erlass der einstweiligen Verfügung sei schon unzulässig gewesen, da die Verfügungsklägerin rechtsmissbräuchlich gehandelt habe. Hierzu behauptet sie, die Verfügungsklägerin sei bei der Forderung der Schätzung des Streitwertes absichtlich von einem deutlich überhöhten Streitwert ausgegangen. Weiterhin habe die Verfügungsklägerin die Vollziehungsfrist von einem Monat versäumt. Der Tenor der einstweiligen Verfügung habe einen Verweis auf Anlagen enthalten. Die Verfügungsklägerin habe - was zwischen den Parteien unstrittig ist - die einstweilige Verfügung zwar innerhalb eines Monats nach Erlass so, wie sie sie selbst vom Landgericht zugestellt erhalten habe, zugestellt, jedoch habe sie die im Tenor in Bezug genommenen Anlagen nicht beigefügt.

II.

2. Die sofortige Beschwerde ist zulässig, aber unbegründet.

Nach übereinstimmender Erledigungserklärung der Parteien ist auch im Verfügungsverfahren über die Kosten des Verfahrens nach billigem Ermessen und unter Berücksichtigung des Sach- und Streitstandes zum Zeitpunkt der Erledigungserklärung zu entscheiden (§ 91a ZPO). Dass das Landgericht der Verfügungsbeklagten die Kosten des Verfahrens auferlegt hat, ist nicht zu beanstanden.

a) Die einstweilige Verfügung hätte entgegen der Ansicht der Verfügungsbeklagten nicht schon deswegen aufgehoben werden müssen, weil ihr Erlass auf einem nach § 8 Abs. 4 UWG rechtsmissbräuchlichen und somit unzulässigem Antrag der Verfügungsklägerin beruhte.

Zwar ist zutreffend, dass der Streitwert von der Verfügungsklägerin mit 100.000,- € deutlich zu hoch angesetzt wurde. Auch entspricht es der Rechtsprechung des Senats, dass die systematische Ansetzung überhöhter Streitwerte ein deutliches Indiz für eine rechts-missbräuchliche Geltendmachung eines Anspruches im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG darstellt (vgl. Senat GRUR-RR 2011, 327). Für einen Rechtsmissbrauch könnte vorliegend zudem sprechen, dass die Verfügungsklägerin bei ihrer Abmahnung Ersatz von Rechtsanwaltskosten in Höhe eines Faktors von 1,5, anstatt des bei durchschnittlichen Angelegenheiten üblichen Faktors von 1,3 gefordert hat, ohne zu begründen, worin die besondere Schwierigkeit, oder der besondere Umfang der Sache gelegen haben soll. Die aus dem Einzelfall ersichtlichen Umstände vermögen eine rechtsmissbräuchliche Vorgehensweise der Antragstellerin jedoch im Ergebnis nicht zu belegen.

§ 8 Abs. 4 UWG setzt voraus, dass bei Geltendmachung des Anspruches aus dem UWG, unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalles (vgl. BGH GRUR 2001, 354, 355 - Verbandsklage gegen Vielfachabmahner; Senat GRUR-RR 2011, 327), sachfremden Ziele, das Ziel den lautereren Wettbewerb bewahren zu wollen, überwiegen (vgl. BGH GRUR 2006, 243, 244 - MEGA SALE, Senat MD 2008, 936; KG WRP 2008, 511). § 8 Abs. 4 UWG ist eine von Amts wegen zu beachtende Einwendung. Darlegungs- und beweisbelastet für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 8 Abs. 4 UWG ist jedoch die Verfügungsbeklagte, da für das Bestehen der Prozessführungsbefugnis grundsätzlich eine Vermutung spricht, welche zu widerlegen ist (vgl. Senat GRUR-RR 2011, 327; KG WRP 2008, 511; Teplitzky, 9. Auflage 2007, Kap. 13 Rn. 54). Eine Umkehr der Beweislast bei Vorliegen lediglich eines Indizes ist abzulehnen.

Die Verfügungsbeklagte hat aber lediglich vorgetragen, die Verfügungsklägerin habe im vorliegenden Fall einen überhöhten Streitwert festgesetzt und deshalb überhöhte Abmahnkosten geltend gemacht. Zur Anzahl der insoweit getätigten Abmahnungen trägt die Verfügungsbeklagte aber nichts vor. Weder liefert sie Anhaltspunkte dafür, dass die Verfügungsklägerin eine Vielzahl von Abmahnungen bei Bagatellen ausspricht, noch dafür, dass die Verfügungsklägerin in einer Vielzahl von Fällen Streitwerte zu hoch angesetzt, oder in Fällen durchschnittlicher Schwierigkeit und durchschnittlichen Umfangs regelmäßig den Gebührenfaktor 1,5 verwendet hätte. Dies wäre aber erforderlich gewesen, weil Rechtsmissbrauch im Sinne von § 8 Abs. 4 UWG für den Fall der Zugrundelegung überhöhter Streitwerte jedenfalls voraussetzt, dass dies nicht nur im Einzelfall, sondern in zahlreichen, zumindest mehreren Fällen so gewesen ist. Nur dann kann von einem systematischen Ansetzen überhöhter Streitwerte gesprochen werden (ähnlich auch Senat GRUR-RR 2011, 327).

b) Die einstweilige Verfügung wäre auch nicht wegen Fehlens des Anordnungsanspruches aufzuheben gewesen. Dies wird von der Verfügungsbeklagten, die sich wegen der geltend gemachten Verstöße strafbewehrt unterworfen hat, auch nicht geltend gemacht.

c) Die einstweilige Verfügung wäre auch nicht deshalb aufzuheben gewesen, weil sie der Verfügungsbeklagten nicht innerhalb der Vollziehungsfrist zugestellt wurde (§ 929 Abs. 2 ZPO). Zwar führt die Versäumung der Vollziehungsfrist zur Unwirksamkeit der einstweiligen Verfügung, weshalb sie in diesem Fall im Widerspruchsverfahren aufzuheben ist (vgl. MüKo UWG/Schlingloff, 1. Auflage 2006, § 12 Rn. 515; Ahrens/Berneke, 6. Auflage 2009 Kap. 57 Rn. 53, 56; Gloy/Loschelder/Erdmann/Spätgens, 4. Auflage 2010, § 103 Rn. 17). Die Verfügungsklägerin hat die einstweilige Verfügung jedoch fristgemäß und wirksam nach §§ 922 Abs. 2, 929 Abs. 2 ZPO wirksam zugestellt.

Unstrittig ist zwischen den Parteien geblieben, dass die Verfügungsklägerin der Verfügungsbeklagten innerhalb der Monatsfrist des § 929 Abs. 2 ZPO, die einstweilige Verfügung im Parteibetrieb zugestellt hat. Zwar hat die Verfügungsklägerin die einstweilige Verfügung ohne die im Tenor in Bezug genommenen Anlagen zugestellt. Jedoch ist ebenfalls unstrittig, dass die vom Landgericht übermittelte Ausfertigung diese Anlagen ebenfalls nicht mit umfasste. Zwar führt eine Zustellung ohne die in einer einstweiligen Verfügung in Bezug genommenen Anlagen grundsätzlich zur Unwirksamkeit der Zustellung (Ahrens/Berneke, Kap. 57 Rn. 34; OLG Düsseldorf GRUR 1987, 78). Soweit die Inbezugnahme im Tenor der einstweiligen Verfügung geschieht, stellt diese das Kernstück der Entscheidung dar (vgl. hierzu auch OLG Köln WRP 2004, 914). Doch sind hiervon in den engen Grenzen der Abwägung von Sinn und Zweck der Regelung des § 929 Abs. 2 ZPO, sowie des Interesse an einem sicheren und formalisierten Zustellungsverfahren, begründete Ausnahmen zulässig.

Eine solche Ausnahme vom Grundsatz, dass die wirksame Zustellung die im Tenor in Bezug genommenen Anlagen enthalten muss, ist dann anzunehmen, wenn die einstweilige Verfügung aus sich heraus verständlich ist und der Verfügungskläger alles ihm zumutbare unternommen hat, die einstweilige Verfügung innerhalb der Zustellungsfrist wirksam zuzustellen (vgl. OLG Düsseldorf GRUR 1987, 78, 79). In diesem Fall hat der Verfügungskläger an seinem Vollzugswillen nämlich keinen Zweifel gelassen. Auch ist der Verfügungsbeklagte nicht schutzwürdig, da ihm der Umfang der Pflichten aus der Verfügung zweifelsfrei bekannt ist.

So liegt auch der vorliegende Fall. Der Verfügungskläger hat die einstweilige Verfügung seinerseits so zugestellt, wie er sie vom Landgericht selbst zugestellt bekommen hat; nämlich ohne Anlagen. Würde man in einem solchen Falle eine wirksamen Zustellung verneinen, so bedeutete dies auch, dass das Landgericht dem Verfügungskläger eine nicht vollziehbare Entscheidung zugestellt hätte. Dies hätte jedoch zur Folge, dass die Vollziehungsfrist überhaupt nicht zu laufen begonnen hätte, da der Beginn der Vollziehungsfrist an die Zustellung einer vollstreckungsfähigen Ausfertigung an den Verfügungskläger geknüpft ist (vgl. Ahrens/Berneke, Kap. 57 Rn. 34; MüKo UWG/Schlingloff, § 12 Rn. 504). Dadurch würde der Beginn der Frist des § 929 Abs. 2 ZPO auf ungewisse Zeit in die Zukunft verlagert, was Sinn und Zweck des § 929 Abs. 2 ZPO, auch zugunsten des Verfügungsbeklagten eine rasche Sicherheit über seine rechtlichen Pflichten zu schaffen, zuwiderlaufen würde.

Die Verfügungsklägerin war auch nicht gehalten, eine Ausfertigung mit Anlagen nachzufordern, weil die fehlenden Anlagen keine Auswirkungen auf die Verständlichkeit der einstweiligen Verfügung hatten. Der Tenor nimmt auf die Anlagen lediglich zur Veranschaulichung Bezug, indem er die Verbote zunächst klar und deutlich umschreibt und die Anlage durch die Worte „insbesondere wie in Anlage (...) geschehen“ in Bezug nimmt. Die Formulierung „insbesondere“ zeigt, dass es sich nur um ein Beispiel handelt und nicht um die konkret verbotene und für das Verständnis notwendige Verletzungsform. Dass die Verbote der einstweiligen Verfügung auch ohne die Anlagen verständlich waren ergibt sich nicht zuletzt auch daraus, dass die Verfügungsbeklagte den Inhalt der einstweiligen Verfügung zum Vorbild für ihre eigene und im Kern inhaltsgleiche Dritunterwerfung genutzt hat. Damit hat die Verfügungsbeklagte selbst zu erkennen gegeben, dass ihr der Verbotsumfang völlig klar war.

Somit ist die Kostenentscheidung insgesamt nicht zu beanstanden. Die Kostenentscheidung für das Beschwerdeverfahren beruht aus § 97 Abs. 1 ZPO.

d) Jedoch war die Streitwertfestsetzung abzuändern (§ 63 Abs. 3 GKG). Der vom Landgericht angenommene Streitwert entspricht zwar den Angaben der Verfügungsklägerin in ihrer Antragsschrift. Diese halten einer vorzunehmenden

Plausibilitätskontrolle jedoch nicht stand (vgl. Hierzu Senat OLG-NL 2005, 44). Die einstweilige Verfügung betraf mehrere Ansprüche, welche entgegen der in der Beschwerde vom 10.04.2012 von der Verfügungsklägerin geäußerten Ansicht, nicht mit jeweils mindestens 25.000,- € zu bewerten sind. Art und die Schwere der Verstöße rechtfertigen dies nicht.

Unter Zugrundelegung der vom Senat bei der Streitwertfestsetzung regelmäßig angewendeten Grundsätze (Senat OLG-NL 2005, 44) kann dem beanstandeten Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG i. V. m. der PreisangabenVO lediglich ein Streitwert von 1.000,- € beigemessen werden. Dieser Verstoß betraf nicht-medizinische Produkte und bewegte sich auch unter Zugrundelegung von Verbraucherschutzgesichtspunkten nur leicht über einer Bagatellverletzung, da Preise und Packungsgröße direkt nebeneinander und deutlich lesbar aufgeführt waren. Höhere Streitwerte rechtfertigen sich für die Verstöße gegen die fehlende Pflichtangabe „zu Risiken und Nebenwirkungen lesen Sie die Packungsbeilage und fragen Sie Ihren Arzt oder Apotheker“, sowie für die Irreführung über die Wirkungen der Arzneimittel C N Dragees, sowie C N Tropfen. Unter dem Gesichtspunkt einer Irreführung der Verbraucher, rechtfertigt sich für die fehlende Pflichtangabe ein Streitwert von jeweils € 10.000,00. Die Unterlassung der streitgegenständlichen Exklusivwerbung kann lediglich mit 5.000,- € bewertet werden. Hierbei ist vor allem zu berücksichtigen, dass die Verfügungsbeklagte lediglich im Internet geworben, nicht jedoch auch Produkte über das Internet vertrieben hat. Sollte sie mit der Alleinstellungswerbung tatsächlich Kunden in ihre Apotheke gelockt haben, welche die beworbenen Produkte sonst an anderer Stelle erworben hätten, so kann es sich hierbei doch lediglich um den räumlich begrenzten Kundenkreis handeln, dem es ohne weiteres möglich war, dass Ladengeschäft der Verfügungsbeklagten aufzusuchen.

Außerdem war zu berücksichtigen, dass sich der Streitwert ab dem Zeitpunkt der Erledigungserklärung nur noch an dem Interesse, die Kosten des Rechtsstreites nicht tragen zu müssen, orientiert. Maßgeblich sind daher die voraussichtlich zu erwartenden Anwalts- und Gerichtsgebühren, welche der unterlegenen Partei nach § 91 a ZPO auferlegt werden. Diese belaufen sich vorliegend für jede Partei auf 2,5 Rechtsanwaltsgebühren (1,3 Verfahrensgebühren, 1,2 Terminsgebühren). Hierzu treten jeweils 19 Prozent Mehrwertsteuer und 20,- Post und Telekommunikationspauschale, sowie einmalig 3 Gerichtsgebühren. Diese sind aus dem berechtigten Streitwert von 26.000,- € zu errechnen und belaufen sich mithin auf bis zu € 6.000,00.