
Datum: 27.07.2000
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 6 W 3/00
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2000:0727.6W3.00.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 31 O 122/98 SH I

Tenor:

Auf die sofortigen Beschwerden der Parteien wird der Ordnungsmittelbeschluss der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 29.12.1999 -31 O 122/98 SH I- teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst: Gegen die Schuldnerinnen wird wegen mehrfacher Zu- widerhandlung gegen die in dem Urteil der 31. Zivil- kammer des Landgerichts Köln vom 24.06.1999 (31 O 122/98) unter Ziff. 1 des Tenors ausgesprochene Unterlassungsverpflichtung ein Ordnungsgeld in Höhe von 75.000,00 DM je Schuldnerin, ersatzweise - für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann - für jeweils 15.000,00 DM ein Tag Ordnungshaft festgesetzt. Die weitergehende sofortige Beschwerde der Schuldnerinnen wird zurückgewiesen. Die Kosten des Verfahrens in erster Instanz werden der Gläubigerin zu 1/3, den Schuldnerinnen zu 2/3 auferlegt. Von den Kosten des Beschwerdeverfahrens haben die Gläubi- gerin 45 %, die Schuldnerinnen 55% zu tragen.

Gründe:

1

Die gegen den vorbezeichneten Ordnungsmittelbeschluss des Landgerichts gerichteten sofortigen Beschwerden der Parteien sind zwar jeweils gemäß § 793 ZPO statthaft und auch den übrigen Voraussetzungen nach zulässig (§§ 577, 567 ff ZPO). In der Sache ist den Rechtsmitteln der Parteien jedoch nur in jeweils unterschiedlichem Umfang Erfolg beschieden. Denn während die Gläubigerin in vollem Umfang mit ihrer Beschwerde durchzudringen vermag und die Festsetzung von Ordnungsmitteln auch wegen des den Schuldnerinnen als Zuwiderhandlung gegen das tenorierte

2

Unterlassungsgebot anzurechnenden Verhaltens der R.-Apotheke erreicht, hat das Rechtsmittel der Schuldnerinnen demgegenüber nur insoweit teilweise Erfolg, als in dem angefochtenen Beschluss auch die noch andauernde Präsenz des Arzneimittels P. in verschiedenen Apotheken in den Monaten September und Oktober 1999 in die Festsetzung der Ordnungsmittel einbezogen und außerdem wegen der verzögerten Korrektur der Lauer-Taxe ein mit 50.000,00 DM bemessenes Ordnungsgeld in Ansatz gebracht wurde. Letzteres ist auf die Beschwerde der Schuldnerinnen auf 25.000,00 DM zu ermäßigen, wohingegen sich die Festsetzung eines Ordnungsgeldes wegen des Vorhandenseins des Arzneimittels P. in den Apotheken im Zeitraum September/Oktober 1999 dem Grunde nach als unberechtigt erweist.

3

Das dargestellte Ergebnis begründet sich im einzelnen wie folgt:

4

1. Der von der Gläubigerin zur Begründung ihres Ordnungsmittelantrags angeführte Umstand, dass das Arzneimittel P. - wie unstreitig ist - noch im Sept./Oktober 1999 - in zahlreichen Apotheken erhältlich war, trägt die Festsetzung von Ordnungsmitteln nicht, da insoweit keine objektive Zuwiderhandlung gegen das in dem landgerichtlichen Urteil titulierte Unterlassungsgebot vorliegt. Da die im genannten Zeitraum in den erwähnten Apotheken vorgefundenen Packungen des Arzneimittels P. auch nach dem Vorbringen der Gläubigerin nicht auf eine nach Eintritt der Vollstreckbarkeit des Unterlassungsgebots stattgefundene Auslieferung durch die Schuldnerinnen zurückgeführt werden können, könnte die erwähnte Präsenz des Arzneimittels nur dann als eine Zuwiderhandlung gegen das Verbot erachtet werden, das Arzneimittel (ohne Zulassung) u.a. in den Verkehr zu bringen, wenn die Schuldnerinnen auch im Verhältnis gegenüber den Apotheken zum Rückruf der an diese durch den pharmazeutischen Großhandel bereits ausgelieferten Produkte verpflichtet gewesen wären. Entgegen der Ansicht der Gläubigerin traf die Schuldnerinnen indessen eine solche Rückrufflicht zur Erfüllung des ihnen gegenüber titulierten Unterlassungsgebotes nicht.

5

Allerdings trifft es dabei im Ausgangspunkt zu, dass sich die Unterlassungsverpflichtung nicht im bloßen Nichtstun erschöpft. Sie umfasst vielmehr auch die Vornahme von Handlungen zur Beseitigung eines zuvor geschaffenen Störungszustandes, wenn allein dadurch dem Unterlassungsgebot Folge geleistet werden kann (vgl. BGH GRUR 1993, 415/416 - "Straßenverengung" - = BGH Z 120, 73/77f; BGH WRP 1993, 399/402 - "TRIANGLE"-; Teplitzky, WRP 1984, 365/367; ders., Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, 7. Aufl., 57. Kap., Rdn. 26; Zöller-Stöber, ZPO, 21. Auflage, Rdn. 3 a zu § 890 m.w.N.). Setzt die Verhängung eines Ordnungsmittels wegen Nichtvornahme einer aktiven Handlung danach voraus, dass die Fortsetzung des störenden Verhaltens bei Eingreifen des Unterlassungsschuldners entfällt, so ist letzterem indessen nicht jegliche Aktivität abzuverlangen, die möglicherweise irgend eine die verbotene Verletzungshandlung verhindernde Wirkung zeigen könnte. In den Grenzen von Treu und Glauben hat er vielmehr nur die Maßnahmen zu ergreifen, die zur Durchsetzung des titulierten Unterlassungsgebots geeignet und auch zumutbar sind. Es kann vom Unterlassungsschuldner insbesondere nicht gefordert werden, im Zeitpunkt der Titulierung des Unterlassungsgebotes bereits vollständig abgewickelte Lebensvorgänge rückgängig zu machen und sich ferner an Dritte zu wenden, auf die er - um deren Wohlergehen zu erreichen - keine unmittelbaren Einflussmöglichkeiten hat. So liegt der Fall aber hier in bezug auf die in den Apotheken nach Vollstreckbarkeit des Unterlassungstitels in den Monaten September/Oktober noch vorgefundenen Packungen des Arzneimittels P.:

6

Denn soweit die Gläubigerin geltend macht, dass die Schuldnerinnen im Verhältnis gegenüber Apotheken, mit denen sie - an-ders als mit den unmittelbar durch sie belieferten

7

Unternehmen des pharmazeutischen Großhandels - in keinerlei rechtlicher Beziehung stehen, zum Rückruf der an diese bereits ausgelieferten Arzneimittel P. verpflichtet seien, um das titulierte Unterlassungsgebot zu achten, würde ihnen ein positives Tun gegenüber Dritten abverlangt, auf die sie keinerlei durchsetzbaren rechtlichen oder tatsächliche Einflussmöglichkeiten haben, um die Rückgabe zu erzwingen. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass - wie die Gläubigerin dies unter Vorlage des Schreibens des PH. e.V. vom 24.01.1996 vorbringt - das Verfahren des Rückrufs auch außerhalb der Fälle von Arzneimittelrisiken weite Akzeptanz bei allen Marktbeteiligten gefunden habe. Denn eine Handhabe, gegenüber dem sich einem solchen Rückruf entziehenden Apotheker die Rückgabe des Arzneimittels durchzusetzen, steht dem pharmazeutischen Unternehmer danach nicht zur Verfügung. Hinzu kommt weiter aber auch, dass im Streitfall nicht feststeht, dass die in den Apotheken noch befindlichen und feilgebotenen Bestände des Arzneimittels P. nicht auf bereits im Zeitpunkt der Vollstreckbarkeit des Unterlassungsgebots vollständig abgeschlossene Liefervorgänge zurückzuführen sind, in deren Rahmen sich die pharmazeutischen Großhändler bei den Schuldnerinnen mit einem ausreichenden Vorrat eingedeckt hatten. Allein der Umstand, dass - wie die Gläubigerin dies unter Vorlage von Auszügen des DPM für die Monate September und Oktober 1999 behauptet - die Großhandelsumsätze mit P. in den genannten Monaten ungeachtet des gerichtlichen Verbotes fast unverändert geblieben seien, läßt nicht zuverlässig darauf schließen, dass die seitens des Großhandels an die Apotheken umgesetzten Mengen in jenen Monaten und nicht etwa schon vorher bei den Schuldnerinnen bezogen worden waren und sodann sukzessive an die Apotheken ausgeliefert wurden.

2. Ist somit hinsichtlich der Präsenz des verfahrensbefangenen Arzneimittels in den vorbezeichneten Apotheken noch in den Monaten September/Okttober der Tatbestand einer Zuwiderhandlung der Schuldnerinnen gegen das titulierte Unterlassungsgebot nicht feststellbar, ergibt sich jedoch eine andere Wertung in bezug auf das Verhalten der R.-Apotheke, die sich mit Schreiben vom 11.10.1999 unter Hinweis auf das der Schuldnerin zu 2) auferlegte wettbewerbliche Verbot an den pharmazeutischen Großhandel wandte, um sich diesem als Lieferantin von P. anzudienen und die solche Liefervorgänge anschließend auch ausführte. Zu Recht leitet die Gläubigerin aus diesem bereits in erster Instanz zur Begründung des Ordnungsmittelantrags vorgebrachten Lebenssachverhalt gravierende Anhaltspunkte her, die indiziell für eine aktive Beteiligung der Schuldnerinnen an der Belieferung des pharmazeutischen Großhandels durch die R.-Apotheke sprechen und die ihnen zumindest als eine die Festsetzung der Ordnungsmittel des § 890 ZPO rechtfertigende Umgehung des titulierten Verbots anzulasten sind. Für ein solches Zusammenwirken der Schuldnerinnen und der R.-Apotheke spricht zum einen der Umstand, dass letztere sich zur Begründung ihres Angebots gerade auf ein der Schuldnerin zu 2) auferlegtes wettbewerbsrechtliches Lieferverbot berufen hat, von dem sie aber nur aus dem Munde der Schuldnerinnen Kenntnis erlangen konnte. Denn anderweitige Informationsquellen, aus denen die R.-Apotheke eine solche Kenntnis nicht nur des Lieferverbots an sich, sondern sogar auch von dessen rechtlchem Anlass bezogen haben konnte, sind nicht ersichtlich. Die Lauer-Steuer, aus welcher die R.-Apotheke ohnehin nur die Information hätte beziehen können, dass das Arzneimittel der Schuldnerinnen außer Handel ist, war zum damaligen Zeitpunkt noch nicht korrigiert; eine Rückrufaktion hatten die Schuldnerinnen nicht eingeleitet. Hinzu kommt vor allen Dingen zum anderen aber auch, dass es sich bei dem Angebot der R.-Apotheke um einen in hohem Maße atypischen, außerhalb des regelmäßigen Geschäftsbetriebs einer Apotheke liegenden Vorgang gehandelt hat. So ist es schon als solches ungewöhnlich, dass sich eine Apotheke mit dem Angebot an den Großhandel wendet, diesen ihrerseits zu beliefern. Denn in aller Regel verhält es sich allein aus Gründen der ein diversifiziertes Angebot ermöglichenden Lager- und Vorratskapazität so, dass

umgekehrt die auf der letzten Handelsstufe in unmittelbarem Kontakt mit den Endverbrauchern stehenden Apotheken ihren Warenvorrat beim Großhandel beziehen. Erscheint es daher bereits aus diesem Grund generell außergewöhnlich und jeglicher Lebenserfahrung widersprechend, dass eine Apotheke sich mit Arzneimittelmengen eindeckt, die sie in die Lage versetzen, den Großhandel - noch dazu in größerem Umfang (vgl. den sich auf 210 Packungen des Arzneimittels P. in der jeweils 100 Filmtabletten aufweisenden Größe N 3 beziehenden Lieferschein vom 19.10.1999, Bl. 41 d.A.) - zu beliefern, gilt das insbesondere im Streitfall deshalb, weil es sich bei dem Ort R., an dem die R.-Apotheke ihren Sitz hat, unstreitig um eine kleine Gemeinde mit lediglich 7.338 Einwohnern handelt, was die Ungewöhnlichkeit des Vorrats einer den Bedarf sogar des Großhandels befriedigenden Arzneimittelmenge noch unterstreicht. Die dargestellten Umstände in ihrer Gesamtheit sowie weiter würdigend, dass der Ort R. unstreitig zur Gemeinde St. Ingbert gehört, in der wiederum der Sitz der Schuldnerinnen, deren Arzneimittel die R.-Apotheke gerade in den erwähnten großen Mengen angeboten und vertrieben hat, belegen ist, spricht danach zur Überzeugung des Senats alles für ein Zusammenwirken der Schuldnerinnen mit der R.-Apotheke, um dieser noch nach Vollstreckbarkeit des titulierten Unterlassungsgebots die den Schuldnerinnen selbst verbotene Belieferung des Großhandels zu ermöglichen, was sich jedenfalls als Umgehung dieses Verbots darstellt und daher die Festsetzung eines mit 50.000,00 DM als angemessen aber auch ausreichend zu bestimmenden Ordnungsgeldes rechtfertigt.

3. Zu Recht hat schließlich das Landgericht gegen die Schuldnerinnen wegen der verzögerten Aktualisierung der Lauer-Taxe, in welche erstmals mit Wirkung zum 01.12.1999 neben der Angabe des 9

Arzneimittels P. der Vermerk "a.H." (= "außer Handel") veröffentlicht wurde, ein Ordnungsmittel festgesetzt. 10

Die Schuldnerinnen hatten diese Aktualisierung der Lauer-Taxe zur Erfüllung des titulierten Unterlassungsgebots vorzunehmen, weil sich dies als eine geeignete und zumutbare Maßnahme darstellte, den weiteren Bezug des Arzneimittels durch den Großhandel sowie das Inverkehrbringen des Arzneimittels durch diesen möglichst zu verhindern. Denn unstreitig nehmen die Apotheken ihre Bestellungen beim pharmazeutischen Großhandel auf der Grundlage der Lauer-Taxe vor, wobei die Aufnahme eines Produkts in diese Liste dessen Verfügbarkeit im Handel signalisiert. Bei Aufnahme des die fehlende Verfügbarkeit des Arzneimittels indizierenden Zusatzes "außer Handel" bzw. "a.H.", würden infolgedessen Apotheken von Bestellungen beim Großhandel absehen und letzterer daher nicht nur davon abgehalten, noch nach Vollstreckbarkeit des Verbots einen etwa noch vorhandenen Warenbestand des Arzneimittels P. abzuverkaufen, sondern überdies auch davon, weiterhin bei den Schuldnerinnen um Belieferung nachzusuchen. Waren die Schuldnerinnen danach aber - wie dargestellt - in Erfüllung des Unterlassungsgebots dazu verpflichtet, die ihnen unschwer mögliche Aktualisierung der Lauer-Taxe herbeizuführen, so hindert der Umstand, dass sie dieser Verpflichtung - wenngleich mit erheblicher Verzögerung - mit Wirkung zum 01.12.1999 zwischenzeitlich nachgekommen sind, die Festsetzung von Ordnungsmitteln nicht. Denn bei den Ordnungsmitteln des § 890 ZPO handelt es sich nicht um rein zivilrechtliche Beugemaßnahmen mit dem ausschließlichen Ziel der Willensbeeinflussung des Schuldners für die Zukunft, sondern in erster Linie um repressive Ordnungsmaßnahmen für einen begangenen Verstoß (vgl. BGH GRUR 1994, 146/147 - "Vertragsstrafbemessung" -; Hanseatisches OLG Hamburg WRP 1982, 657; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 21. Aufl. Einl. UWG Rdn. 575; Teplitzky, 57. Kap. Rdn. 24; Großkomm./-Jestaedt, Vor § 13 Abschnitt E Rdn. 7; a.A.: Schusche/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, Bd. 11

I. 2. Aufl., Rdn. 5/6 zu § 890 ZPO; Gloy/Samwer, Handbuch des Wettbewerbsrechts, § 74 Rdn. 13 - - jeweils mit weiteren Nachweisen). Das hat zur Folge, dass die Festsetzung eines Ordnungsgeldes wegen Nichtbefolgung eines titulierten Unterlassungsgebots selbst dann gerechtfertigt ist, wenn eine weitere Zuwiderhandlung nicht mehr in Betracht kommt. So liegt der Fall hier, wo zwar nach der nunmehr vorgenommenen Aktualisierung der Lauer-Taxe keine Anhaltspunkte für eine erneute Zuwiderhandlung erkennbar sind, jedoch in der den Schuldnerinnen als schuldhaft anzulastenden Verzögerung, die Korrektur der Lauer-Taxe herbeizuführen, ein die repressive Rechtsfolge der Festsetzung eines Ordnungsmittels rechtfertigender "Ungehorsam" gegen das Unterlassungsgebot liegt. Ist mithin trotz der zwischenzeitlich auf Veranlassung der Schuldnerin zu 2) erfolgten Aktualisierung der Lauer-Taxe die Festsetzung eines Ordnungsgeldes dem Grunde nach gerechtfertigt, so ist doch dem Umstand, dass die Schuldnerinnen dieses zur Erfüllung des Unterlassungsgebots geschuldete positive Tun zwar zunächst schuldhaft unterlassen bzw. hinausgezögert, es dann aber schließlich doch vorgenommen haben, bei der Bemessung der Höhe des Ordnungsgeldes Rechnung zu tragen. Der Senat hält danach ein Ordnungsgeld in Höhe von 25.000,00 DM für ausreichend und angemessen, um die mit der dargestellten Verzögerung begangene Zuwiderhandlung gegen das titulierte Unterlassungsgebot angemessen zu ahnden.

Soweit sich nach alledem die Festsetzung von Ordnungsmitteln als berechtigt erweist, besteht schließlich auch kein Anlaß für eine unterschiedliche Behandlung der Schuldnerinnen nach deren jeweiliger Funktion betreffend die Herstellung und den Absatz des verfahrensbefangenen Arzneimittels. Maßgeblich ist hier allein der Unterlassungstenor, nach dem die Schuldnerinnen aber gleichermaßen zur Unterlassung und zur Vornahme der zur Erfüllung des Unterlassungsgebots geschuldeten Handlungen verpflichtet sind. Dass die Schuldnerin zu 1) als Herstellerin des Produkts sowie die Schuldnerin zu 3) als in der Vertriebsstruktur für die Werbung zuständiges Unternehmen dabei nicht in der Lage gewesen wären, u.a. für eine Aktualisierung der Lauer-Taxe Sorge zu tragen, ist nicht ersichtlich. 12

Die Kostenfolge ergibt sich aus den §§ 891, 92 Abs. 1 ZPO. Da sich die Festsetzung von Ordnungsmitteln in Bezug auf zwei der von der Gläubigerin als Zuwiderhandlung gegen das titulierte Unterlassungsgebot geltend gemachten insgesamt drei Sachverhaltskomplexe als berechtigt erweist, ist es angemessen, die in erster Instanz angefallenen Kosten entsprechend diesem Verhältnis, nämlich mit 2/3 zu Lasten der Schuldnerinnen und mit 1/3 zu Lasten der Gläubigerin zu verteilen. Die Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens orientiert sich am Wert des jeweiligen Unterliegens der Parteien im Verhältnis zum Gesamtbeschwerdewert. 13

Der Beschwerdewert wird auf insgesamt 510.000,00 DM (Beschwerde der Gläubigerin: 3 x 70.000,00 DM; Beschwerde der Schuldnerinnen: 3 x 100.000,00 DM) festgesetzt. 14