

„Empfindliches Ordnungsgeld“ – Der schmale Grat zwischen wenig Risiken und wenig Chancen



RA Evgeny Pustovalov

Wohin man auch schaut, muss man abwägen und sich entscheiden – sei es im Alltag (Skiurlaub im März? Cappuccino mit Sahne? Werbung akzeptieren und weiterlesen?), sei es im Beruf: Vorformulierte Unterlassungserklärung beifügen? Wohin „fliegt“ der Gerichtsstand? Verhandlung und Entscheidung ohne Handelsrichter? Terminswahrnehmung per Videokonferenz oder fällt der Zug diesmal doch nicht aus?

Jedenfalls im Beruf ist eine Entscheidung nahezu ausnahmslos mit Konsequenzen und Verantwortung verbunden. Bei der Anspruchsdurchsetzung im „grünen“ Bereich prägt dies jeden, allen voran aber den ersten Schritt des jeweiligen neuen Abschnitts des Vorgehens. Denn mit dem ersten Herantreten an die Gegenseite bzw. an das Gericht wird das verfolgte Anliegen verlaublich und dadurch (an-)greifbar. Hier befindet man sich oft in einer Zwickmühle: Während das eigene (Rechtsschutz-)Ziel intern gewiss durchdacht und festgelegt wurde oder zumindest sein sollte, ist man nach außen hin naturgemäß bestrebt, sich gerade im ersten Schritt noch alle Handlungsoptionen offenzuhalten, spricht mit einer möglichst weitgehenden Forderung möglichst wenig zu riskieren. Spielraum dafür gibt nicht nur das materielle, sondern auch das nicht selten unterschätzte Verfahrensrecht. Für die anwaltliche Praxis gilt es bekanntlich, jeden solchen Spielraum optimal auszuschöpfen.

Betrachtet man die stetigen Probleme rund um die Formulierung bzw. Auslegung eines Unterlassungsgebots, ist die daran anknüpfende Regelung des § 890 Abs. 1 S. 1 ZPO in dieser Hinsicht geradezu zuvorkommend. Denn danach wird ein Ordnungsmittelverfahren zwar auf Antrag des Gläubigers betrieben. Jedoch ist dieser Antrag auch dann ordnungsgemäß gestellt, wenn der Gläubiger ihn nicht weiter präzisiert: Nach dem gesetzgeberischen Konzept obliegt es nämlich dem Gericht, das geeignete Ordnungsmittel auszuwählen und dessen Höhe nach eigenem Ermessen zu bestimmen. Vor diesem Hintergrund hat sich in der Praxis die schlichte Beantragung der Festsetzung eines „spürbaren“ bzw. „empfindlichen“ Ordnungsmittels durchgesetzt. Naheliegende Vorteile: Offene Argumentationsbasis, Reduzierung oder gar Vermeidung von Kostenrisiken. Der weniger naheliegende Nachteil: Gefahr der (faktischen) Unanfechtbarkeit einer ggf. nicht zufriedenstellenden Entscheidung. Diese Gefahr führte kürzlich der BGH noch einmal deutlich vor Augen (BGH, 23.11.2023 – I ZB 29/23, WRP 2024, 215). Er entschied, dass der Gläubiger, der in seinem Antrag nach § 890 Abs. 1 S. 1 ZPO weder eine konkrete Höhe noch eine ungefähre Größenordnung des angestrebten Ordnungsmittels angibt, die

Sanktionierung des Verhaltens des Schuldners einschließlich der damit zusammenhängenden effektiven Durchsetzung des Unterlassungstitels vollständig in das Ermessen des Gerichts legt. Sein Rechtsschutzziel ist dann auf die Verhängung (irgend-)eines Ordnungsmittels beschränkt. Übt das Gericht das Ermessen aus und setzt ein Ordnungsmittel fest, ist dieses Rechtsschutzziel erreicht und der Gläubiger nicht beschwert. Einer sofortigen Beschwerde würde es an der Zulässigkeit fehlen.

Diese Erkenntnis brachte der BGH im amtlichen Leitsatz seiner Entscheidung auf den Punkt. Anzumerken ist allerdings, dass die Beurteilung des BGH in einem entscheidenden Aspekt weitergeht und der Leitsatz insoweit wohl etwas zu kurz greift. Denn die besagte Erkenntnis war streng genommen auch schon diejenige des Berufungsgerichts (OLG Hamburg, 03.04.2023 – 15 W 5/23, WRP 2023, 751, 752, Rn. 12), gleichwohl hat der BGH dessen Entscheidung aufgehoben. Der Grund liegt darin, dass die maßgeblichen Angaben des Gläubigers nicht zwingend in dem Antrag bzw. der Antragschrift enthalten sein müssen, sondern auch anderen, nachgelagerten Schriftsätzen entnommen werden können, die zur Auslegung heranzuziehen sind. Ausschlaggebend für die Frage der Beschwer ist nach den Feststellungen des BGH allein, ob der Gläubiger in irgendeiner Form hinreichend erkennbar Wert auf die Höhe des Ordnungsmittels gelegt hat (BGH, 23.11.2023 – I ZB 29/23, WRP 2024, 215, 218, Rn. 26). Dies war im zugrundeliegenden Verfahren der Fall und vom Berufungsgericht nicht beachtet worden.

Antragsbegründende, ggf. nachfassende Ausführungen bleiben damit im Ordnungsmittelverfahren – wie auch anderweitig – ein valides und sinnvolles Instrument für die Formulierung bzw. Präzisierung des verfolgten Rechtsschutzziels und etwaige später erforderliche Argumentationsmanöver. Bei dem verfahrenseinleitenden Dilemma der Risiko- und Chancenabwägung kann dies im Einzelfall durchaus das Mittel der Wahl sein, vorausgesetzt, man ist sich über die damit einhergehenden Vor- und Nachteile genau im Klaren und der betreffende Vortrag kommt noch rechtzeitig und unmissverständlich genug, um durch das Gericht berücksichtigt zu werden. In jedem Fall gilt: Je mehr man sich „aus dem Fenster lehnt“, umso höher sind die Risiken, umso eher sichert man sich aber auch das (Verfahrens-)Recht, eine Entscheidung zu erstreiten, die dem intern gesetzten Rechtsschutzziel bestmöglich entspricht. Der Grat ist schmal.

RA Evgeny Pustovalov, Köln