

Titel:

Verstoß gegen die Unterlassungspflicht

Ordnungsgeld bei Verstoß gegen Unterlassungspflicht

Normenketten:

ZPO § 890

StGB § 40

Leitsätze:

1. Den Anwendungsbereich einer App nur zu beschränken, wenn der Nutzer bei der Registrierung eine deutsche Mobilfunknummer angibt, entspricht nicht einer auf Deutschland bezogenen Unterlassungsverpflichtung. Nutzer, die sich in Deutschland aufhalten aber eine ausländische Mobilfunknummer angeben, können ja die unveränderte Applikation auch in Deutschland benutzen. (Rn. 20) (redaktioneller Leitsatz)
2. Die Verhängung eines Ordnungsmittels setzt einen schuldhaften Verstoß des Schuldners gegen die ihm auferlegte Unterlassungsverpflichtung voraus (Anschluss an BVerfG GRUR 2007, 618 - Organisationsverschulden). Verschulden ist dabei im strafrechtlichen Sinne zu sehen und umfasst Vorsatz sowie Fahrlässigkeit. (Rn. 23) (redaktioneller Leitsatz)
3. Für die Höhe des Ordnungsgelds sind Art, Umfang und Dauer der Verletzungshandlung, der Verschuldensgrad, der Vorteil des Verletzers aus der Verletzungshandlung und deren Gefährlichkeit für den Verletzten sowie die wirtschaftlichen Verhältnisse des Zuwiderhandelnden zu berücksichtigen. Die Höhe des Ordnungsgeldes darf nicht schematisch mit einem Bruchteil des Streitwerts des Unterlassungsverfahrens angesetzt werden. (Rn. 27) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Abtrennung, Patentverletzung, Benutzungsaufnahme, Unterlassung, Unterlassungsverpflichtung, Verletzungshandlung, Verschulden, Übertragungsmodus, Fax, Patent, Ordnungsgeld, Ordnungsmaßnahme, Vorsatz, Fahrlässigkeit, Unterlassungsgebot

Fundstelle:

GRUR-RS 2020, 12128

Tenor

1. Gegen die Schuldnerinnen wird wegen eines vorsätzlichen Verstoßes gegen die Unterlassungspflicht aus Ziffer I.1 des Tenors des Urteils des Landgerichts München I vom 05.12.2019, Az. 7 O 5336/18, und zwar in Bezug auf den Sachverhalt betreffend Nutzer, die sich bei der Registrierung zum Kommunikationsdienst WA in der Bundesrepublik Deutschland aufgehalten und eine ausländische Telefonnummer angegeben haben, ein Ordnungsgeld in Höhe von jeweils € 5.000,00, und ersatzweise für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, eine Ersatzordnungshaft von jeweils 10 Tagen (pro € 500,00 ein Tag Ersatzordnungshaft) festgesetzt. Die Ersatzordnungshaft ist in Bezug auf die Schuldnerin zu 1 zu vollziehen an W.C. und in Bezug auf die Schuldnerin zu 2 an M.Z. .
2. Im Übrigen wird der Ordnungsmittelantrag der Gläubigerin vom 28.01.2020 zurückgewiesen.
3. Von den Kosten des Ordnungsmittelverfahren haben die Gläubigerin 50 Prozent und die beiden Schuldnerinnen gesamtschuldnerisch 50 Prozent zu tragen.
4. Der Gegenstandswert des Ordnungsmittelverfahrens wird auf € 500.000,00 festgesetzt, wobei auf den Sachverhalt betreffend Nutzer, die bei der Registrierung zum Kommunikationsdienst WA eine ausländische Telefonnummer angegeben haben, € 250.000,00 und auf den Sachverhalt betreffend die diejenigen Nutzer, die eine deutsche Telefonnummer angegeben haben, weitere € 250.000,00 entfallen.

Gründe

I.

1

Die Gläubigerin (nachfolgend einheitlich Klagepartei) hat diverse Unternehmen des FB-Konzerns (nachfolgend einheitlich Beklagtenpartei) in 13 (ersten) Hauptsacheverfahren aus insgesamt fünf Patenten in Bezug auf Funktionalitäten der FB-Applikation, des FB Messengers, der WA -Applikation sowie der IG-Applikation wie nachfolgend dargestellt wegen Patentverletzung u. a. auf Unterlassung in Anspruch genommen. Der jeweilige Verfahrensausgang ist ebenfalls angegeben. Im Nachgang wurden fünf (zweite) Hauptsacheverfahren sowie sechs Ordnungsmittelanträge eingereicht.

Patent A

- EP ... 495 (Text-Editierung und gleichzeitig Anzeige des Chat-Verlaufs) gegen IG LLC, IG Inc. und FB Inc.

1. Hauptsache: 7 O 4642/18 wegen IG-Applikation nächster Verhandlungstermin am 12.11.2020 gegen FB Ireland Ltd.

1. Hauptsache: 7 O 4643/18 wegen FB Messenger nächster Verhandlungstermin am 12.11.2020 gegen FB Inc.

1. Hauptsache: 7 O 4644/18 wegen FB Messenger nächster Verhandlungstermin am 12.11.2020 gegen WA Inc. und FB Inc.

1. Hauptsache: 7 O 4645/18 wegen WA -Applikation nächster Verhandlungstermin am 12.11.2020 Patent B

- EP ... 728 (Umschalten zwischen zwei Kommunikationssitzungen) gegen FB Inc.

1. Hauptsache: 7 O 5320/18 wegen FB Messenger: Wechsel innerhalb von Chat-Sessions Urteil vom 05.12.2019; Ordnungsmittelantrag vom 28.01.2020 Abwandlung: kein unmittelbarer Wechsel mehr in die andere Chat-Session

2. Hauptsache: 7 O 1256/20 Klageerweiterung vom 28.01.2020 im Az. 7 O 4644/18, Abtrennung vom 31.01.2020 gegen FB Ireland Ltd.

1. Hauptsache 7 O 5342/18 wegen FB Messenger: Wechsel innerhalb von Chat-Sessions Urteil vom 05.12.2019; Ordnungsmittelantrag vom 28.01.2020 Abwandlung: kein unmittelbarer Wechsel mehr in die andere Chat-Session

2. Hauptsache 7 O 1245/20 Klageerweiterung vom 28.01.2020 im Az. 7 O 4643/18, Abtrennung vom 31.01.2020 gegen IG LLC, IG Inc. und FB Inc.

1. Hauptsache: 7 O 5314/18 wegen IG-Applikation Urteil vom 05.12.2019; kein Ordnungsmittelantrag; keine
2. Hauptsache gegen WA Inc. und FB Inc.

1. Hauptsache 7 O 5335/18 wegen WA -Applikation: Wechsel innerhalb von Chat-Sessions Urteil vom 05.12.2019; Ordnungsmittelantrag vom 28.01.2020 Abwandlung:

ausländische Telefonnummern: keine Änderung;

inländische Telefonnummern: kein unmittelbarer Wechsel mehr in die andere ChatSession

Hauptsache 7 O 1209/20 Klageerweiterung vom 28.01.2020 im Az. 7 O 4645/18, Abtrennung vom 31.01.2020 Patent C

- EP ... 799 (Umschalten von einer Kommunikationssitzung in eine Spielanwendung) gegen FB Inc.

1. Hauptsache 7 O 5321/18 wegen FB Messenger mit Spielanwendung: Wechsel von der Konversation in das Spiel Urteil vom 05.12.2019; Ordnungsmittelantrag vom 28.01.2020 Abwandlung: kein unmittelbarer Wechsel mehr in die Spielanwendung

2. Hauptsache 7 O 1258/20 Klageerweiterung vom 28.01.2020 im Az. 7 O 4644/18, Abtrennung vom 31.01.2020 gegen FB Ireland Ltd.

1. Hauptsache 7 O 5343/18 wegen FB Messenger mit Spielanwendung: Wechsel von der Konversation in das Spiel Urteil vom 05.12.2019; Ordnungsmittelantrag vom 28.01.2020 Abwandlung: kein unmittelbarer Wechsel mehr in die Spielanwendung

2. Hauptsache 7 O 1247/20 Klageerweiterung vom 28.01.2020 im Az. 7 O 4643/18, Abtrennung vom 31.01.2020 Patent C'

- EP 790 (Übertragen einer Nachrichtenhistorie einer Kommunikationssitzung) gegen WA Inc. und FB Inc.

1. Hauptsache 7 O 5336/18 wegen WA -Applikation: Export Chat Urteil vom 05.12.2019; Ordnungsmittelantrag vom 28.01.2020; keine 2. Hauptsache Abwandlung:

ausländische Telefonnummern: Keine Änderung Patent D

- EP ... 114 (automatischer Ermittlung teilweise gleicher Nutzerprofile) gegen FB Ireland Ltd.

1. Hauptsache 7 O 5344/18 wegen FB-Applikation Urteil vom 05.12.2019, kein Ordnungsmittelantrag; keine 2. Hauptsache gegen FB Inc.

1. Hauptsache: 7 O 5322/18 wegen FB-Applikation Urteil vom 05.12.2019, kein Ordnungsmittelantrag; keine 2. Hauptsache

II.

Im vorliegenden Verfahren erging gegen die Beklagtenpartei in Ziffer I.1. des Tenors folgende, gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbare, Verurteilung zur Unterlassung:

„Software im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland zur Benutzung im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland anzubieten und/oder zu liefern,

- nämlich von der Anwendung „WA “ im Zusammenwirken mit iOS ermöglicht oder kerngleiche Ausführungsformen - die zur Anwendung eines Verfahrens zum gemeinsamen Verwenden einer Nachrichtenhistorie, die zu einer Instant Messaging- (IM-) Kommunikationssitzung zwischen zwei Teilnehmern gehört, geeignet ist, wobei das Verfahren aufweist:

Empfangen einer Auswahl einer Menüoption in einer IM-Kommunikationssitzung, wobei die Menüoption einer Anforderung zum Übertragen einer Nachrichtenhistorie unter Verwendung eines ausgewählten Übertragungsmodus entspricht, wobei der ausgewählte Übertragungsmodus zumindest einen aus einem Fax-Übertragungsmodus, einem E-Mail- (electronic mail-) Übertragungsmodus und einem SMS- (Short Message Service-) Übertragungsmodus aufweist;

als Reaktion auf den Empfang der Auswahl der Menüoption Empfangen einer Auswahl eines Empfängers zum Empfangen der Nachrichtenhistorie, der kein Teilnehmer der IM-Kommunikationssitzung ist;

Verpacken der Nachrichtenhistorie in ein Dateiobjekt basierend auf dem ausgewählten Übertragungsmodus zum gemeinsamen Verwenden der Nachrichtenhistorie mit dem ausgewählten Empfänger; und Übertragen des Dateiobjekts über den ausgewählten Übertragungsmodus an den ausgewählten Empfänger.

(EP 790 B1, Anspruch 1, eingeschränkte Fassung, mittelbare Verletzung)“

2

Die Kammer hat den Anspruch 1 des EP 790 B1 in der geltend gemachten Form wie folgt gegliedert:

„1. Verfahren zum gemeinsamen Verwenden einer Nachrichtenhistorie, die zu einer Instant Messaging (IM)-Kommunikationssitzung zwischen zwei Teilnehmern gehört, wobei das Verfahren aufweist:

1.1 Empfangen einer Auswahl einer Menüoption in einer IM-Kommunikationssitzung,

1.1.1 wobei die Menüoption einer Anforderung zum Übertragen einer Nachrichtenhistorie unter Verwendung eines ausgewählten Übertragungsmodus entspricht,

1.1.2 wobei der ausgewählte Übertragungsmodus zumindest einen aus einem Fax-Übertragungsmodus, einem E-Mail-(electronic mail-) Übertragungsmodus und einem SMS- (Short Message Service-) Übertragungsmodus aufweist;

1.2 als Reaktion auf den Empfang der Auswahl der Menüoption Empfangen einer Auswahl eines Empfängers zum Empfangen der Nachrichtenhistorie, der kein Teilnehmer der IM-Kommunikationssitzung ist;

1.3 Verpacken der Nachrichtenhistorie in ein Dateiojekt basierend auf dem ausgewählten Übertragungsmodus zum gemeinsamen Verwenden der Nachrichtenhistorie mit dem ausgewählten Empfänger; und

1.4 Übertragen des Dateiojekts über den ausgewählten Übertragungsmodus an den ausgewählten Empfänger.“

3

In Bezug auf die Patentansprüche 6 und 9 wird auf die Urteilsgründe Bezug genommen.

4

Der Verurteilung lag die Kommunikationsanwendung WA, insbesondere die Teil-Funktionalität „Export Chat“, zugrunde, die nach den Feststellungen der Kammer wie nachfolgend dargestellt ausgestaltet und daher objektiv zur mittelbaren Patentbenutzung geeignet war:

„Eine angegriffene Ausführungsform ist „WA “ (z. B. Version 2.18.31 oder Version 2.19.41) zusammen mit dem Betriebssystem iOS (Version 11.26 oder 12.2). Die angegriffene Funktionalität der Ausführungsform liegt darin, dass „WA “ es ermöglicht, Nachrichtenhistorien zu versenden. Die Software „WA “ leitet das nach Patentanspruch 1 (in der geltend gemachten Fassung) geschützte Verfahren ein, indem es die Auswahl empfängt (Merkmal 1.1). Außerdem steuert es über die Schnittstelle „UIActivityIndicatorViewController“ die von iOS bereitgestellten weiteren Funktionen. Damit ist die angegriffene Software gleichfalls Mittel im Sinne der Klagepatentansprüche 6 und 9. Die angegriffene Anwendung „WA “ ist objektiv zur unmittelbaren Patentbenutzung geeignet. Wird die angegriffene Anwendung „WA “ von dritter Seite bestimmungsgemäß auf einem elektronischen Gerät genutzt, sind die Voraussetzungen zur Anwendung des Verfahrens nach Anspruch 1, des Systems nach Anspruch 6 des Klagepatents und der geschützten Vorrichtung nach Anspruch 9 hergestellt. Das angegriffene Mittel ist geeignet, für die Benutzung der Erfindung verwendet zu werden. Nach der objektiven Beschaffenheit der Software „WA “ und ihrer Einbindung in iOS ist dies der Fall, weil eine unmittelbare wortsinngemäße Benutzung der geschützten Lehre mit allen ihren Merkmalen durch die Nutzer möglich ist.“

5

Die Kammer hat auf eine Verantwortlichkeit beider Beklagter mit nachfolgender Begründung erkannt:

„Die Beklagten bieten das Programm „WA “ und damit die angegriffene Ausführungsform als Download im Inland zur Benutzung im Inland an, indem zum Beispiel im App Store von Apple die Anwendung „WA “ zum Herunterladen und zur Installation auf iOS-Geräten dargeboten wird. Dies ist für die Beklagte zu 1) unstrittig gegeben. Zwar bestreitet die Beklagte zu 2) ihre Passivlegitimation und sieht vielmehr allein die Beklagte zu 1) als verantwortlich an. Dieses Bestreiten ist jedoch unsubstantiiert. Denn selbst wenn davon ausgegangen wird, dass die Beklagte zu 1) für die Vertriebshandlungen selbst verantwortlich ist, handeln beide Beklagten als Mittäter und die Beklagte zu 2) muss sich das Handeln ihrer Mittäterin zurechnen lassen. Die Mittäterschaft besteht, weil ein arbeitsteiliges Vorgehen aufgrund eines gemeinsamen Tatplans („WA “ mit der angegriffenen Funktionalität auch in Deutschland zu vertreiben) gegeben ist. Die Beklagte zu 1) ist eine weisungsgebundene Gesellschaft und wird von der Mutter, der hiesigen Beklagten zu 2), kontrolliert und beherrscht. Hierin liegt ihr Tatbeitrag. Dass die Beklagte zu 1) weisungsgebunden gegenüber der Beklagten zu 2) ist, bestreiten die Beklagten nicht hinreichend substantiiert. Sie ziehen sich allgemein darauf zurück, dass die Klägerin ihrerseits nur pauschal vorgetragen habe, wenn sie unter anderem Strategieaussagen aus einem Jahresbericht vorlegt, der von der Beklagten zu 2) selbst bei der US-Börsenaufsichtsbehörde eingereicht worden ist. Aus diesem ergibt sich unstrittig, dass die Beklagte zu 2) „WA “ als „ihr“ Produkt bezeichnet. Die Beklagten trifft eine sekundäre Darlegungslast, weil die Klägerin alle ihr zur Verfügung stehenden - öffentlich verfügbaren - Erkenntnismöglichkeiten über die rechtliche und tatsächliche Einbindung der Beklagten zu 2) in die Handlungen der Beklagten zu 1) sowie über eine entsprechende Weisungsgebundenheit dieser Gesellschaft gegenüber der Beklagten zu 2) ausgeschöpft hat. Dieser Bewertung steht nicht entgegen, dass die von der Klägerin vorgelegten Informationen nicht ausdrücklich Deutschland betreffen. Im Rahmen der sekundären Darlegungslast wären nach Überzeugung der Kammer den Beklagten nähere Angaben zu den genannten Umständen ohne weiteres möglich und auch zumutbar gewesen. Auf Grundlage des Vortrags der Beklagtenseite war auch die Einvernahme des von den Beklagten angebotenen Zeugen S. nicht erforderlich. Sie hätte nur der Ausforschung gedient. Ebenso wenig brauchte die Kammer dem Antrag der Klägerin auf Vorlage der Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge nachzugehen.“

6

Die angeordnete Vollstreckungssicherheit wurde von der Klagepartei geleistet. Die allgemeinen Zwangsvollstreckungsvoraussetzungen liegen demnach seit dem 27.12.2020 - zu Recht unstrittig - vor.

7

Die Beklagtenpartei hat in Folge der Verurteilung folgende Modifikationen an der angegriffenen WA - Applikation vorgenommen:

8

Die WA -Applikation wird zunächst unverändert angeboten und kann auch unverändert heruntergeladen werden, auch in der Bundesrepublik Deutschland. Im Anschluss hat sich der Nutzer vor Benutzungsaufnahme unter Angabe einer Telefonnummer zu registrieren. Soweit er hierbei eine ausländische Telefonnummer angibt, kann er die Applikation unverändert, also im selben Zustand anwenden, wie sie Gegenstand des Urteils gewesen ist, auch wenn er sich zu diesem Zeitpunkt in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten sollte. Die Ausführung der Applikation ist insoweit, anders als noch dem schriftsätzlichen Vortrag teilweise zugrunde gelegt, nicht an eine SIM-Karte und damit auch nicht an den Ort, wo sich diese SIM-Karte gerade befindet, gebunden. Die diesbezüglichen klarstellenden Aussagen im Termin blieben unbestritten.

9

Soweit der Nutzer bei der Registrierung aber eine deutsche Mobilfunknummer angibt, wird durch technische Maßnahmen ausgeschlossen, dass die Applikation in unverändertem Umfang benutzt werden kann. Vielmehr wird insoweit sichergestellt, dass die Applikation nur noch in einem eingeschränkten Umfang läuft. Der eingeschränkte Nutzungsumfang für Nutzer, die eine inländische Telefonnummer angegeben haben, ist dergestalt, dass die Funktionalität „Export Chat“ nicht mehr zur Verfügung steht. Auf die grafische Darstellung auf Seiten 4-7 der Antragschrift vom 28.01.2020 wird wegen der Details verwiesen.

10

In beiden Varianten wird die Richtigkeit der angegebenen Nummer zuvor durch die Übermittlung eines Codes über SMS an die angegebene Nummer überprüft. Dabei ist es nicht erforderlich, dass das Mobiltelefon, das den Code per SMS empfängt, auch dasjenige Mobiltelefon ist, auf dem die Applikation ausgeführt wird.

11

Die Klagepartei ist der Auffassung, dass die Beklagtenpartei durch Angebot und Lieferung an beide Nutzerkreise gegen die Unterlassungspflicht aus dem ersten Urteil verstoße. Insoweit hat die Klagepartei kein zweites Hauptsacheverfahren eingereicht.

12

Die Klagepartei beantragt im Ordnungsmittelverfahren:

13

Gegen die Schuldnerinnen werden wegen mehrfacher Zuwiderhandlungen gegen das Unterlassungsgebot gemäß Ziffer I.1 des Tenors des Urteils des Landgerichts München I vom 5. Dezember 2019 (Az. 7 O 5336/18) kostenpflichtig empfindliche Ordnungsgelder verhängt, deren jeweilige Höhe in das Ermessen der Kammer gestellt wird, und für den Fall, dass das jeweilige Ordnungsgeld nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft verhängt, wobei die Ordnungshaft an W.C. für die Schuldnerin zu 1 und an M.Z. für die Schuldnerin zu 2 zu vollziehen ist.

14

Die Beklagtenpartei beantragt im Ordnungsmittelverfahren,

den Antrag der Gläubigerin auf Verhängung von Ordnungsgeldern, ersatzweise Ordnungshaft, kostenpflichtig zurückzuweisen.

15

Die Beklagtenpartei meint, in Bezug auf Nutzer, die bei der Registrierung eine ausländische Mobilfunknummer angegeben hätten und im Anschluss Zugriff auf die nicht modifizierte Applikation erhielten, erfolgten kein Angebot und keine Lieferung der unveränderten Applikation zur Benutzung in Deutschland. Die wenigen Fälle derjenigen Personen, die sich im Inland aufhielten und sich erstmals mit einer ausländischen Mobilfunknummer registrierten, seien zu vernachlässigen. Identifizierbar sei insoweit

allein der von der Klagepartei ausgelöste und zum Gegenstand des Ordnungsmittelverfahren gemachte singuläre Testfall. Erst Recht treffe dies auf Nutzer zu, die bei der Registrierung eine deutsche Mobilfunknummer angegeben hätten.

16

Zur Ergänzung des Sachverhalts wird auf die eingereichten Schriftsätze samt Anlagen sowie auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12.03.2020 verwiesen.

III.

17

Der Ordnungsmittelantrag ist zulässig (unter 1.) und in Bezug auf Nutzer, die bei der Registrierung eine ausländische Mobilfunknummer angegeben habe, begründet (unter 2.). Insoweit ist jeweils ein Ordnungsgeld zu verhängen, dessen Höhe aber angesichts der Umstände des Falles im unteren Bereich des zur Verfügung stehenden Rahmens anzusiedeln ist. In Bezug auf Nutzer, die bei der Registrierung eine deutsche Mobilfunknummer angegeben haben, ist der Antrag als zurückzuweisen (unter 3.).

18

1. Der Ordnungsmittelantrag ist zulässig. Sämtliche Zulässigkeitsvoraussetzungen sind erfüllt. Die allgemeinen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckungen liegen - zu Recht unstreitig - vor.

19

2. Der Ordnungsmittelantrag ist auch in Bezug auf Sachverhalte betreffend Nutzer, die bei der Registrierung eine ausländische Telefonnummer angegeben haben, begründet. Insoweit erfolgt nach wie vor - zumindest bedingt - vorsätzlich in der Bundesrepublik Deutschland ein Angebot und eine Lieferung der unveränderten Applikation, wie sie dem Urteil der Kammer zugrunde gelegen hat, zur Benutzung im Inland.

20

a. Die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes durch die Beklagtenpartei ist insoweit unstreitig. Denn die Beklagten haben nach dem Beginn der vorläufigen Vollstreckbarkeit des Urteils die Kommunikationsanwendung WA nur insoweit abgeändert, als Nutzer betroffen sind, die bei der Registrierung eine deutsche Mobilfunknummer angegeben haben. Nutzer, die sich bei der Registrierung in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten und eine ausländische Mobilfunknummer angeben, erhalten nach wie vor die unveränderte Applikation und können diese auch in der Bundesrepublik Deutschland unverändert benutzen. Hierin sind dem Urteil unterfallende Handlungen des Angebots und der Lieferung in der Bundesrepublik Deutschland zu sehen.

21

Beide Schuldnerinnen sind insoweit aus den bereits im Urteil dargelegten Gründen gemeinsam verantwortlich, nämlich unter dem Gesichtspunkt der Mittäterschaft.

22

b. Diese Handlungen erfolgten auch in Bezug auf den subjektiven Tatbestand vorsätzlich zur Benutzung in der Bundesrepublik Deutschland. Soweit die Beklagtenpartei argumentiert, dass schwerpunktmäßig Nutzer mit einer ausländischen Mobilfunknummer die App auch im vom Tenor des Urteils nicht erfassten Ausland heruntergeladen werden und sie daher nicht damit hätte rechnen müssen bzw. es zu vernachlässigen sei, wenn diese Nutzer das Herunterladen im Einzelfall in der Bundesrepublik Deutschland vornähmen, weil regelmäßig nicht davon auszugehen sei, dass diese Nutzer die heruntergeladene App im Anschluss in einem wirtschaftlich relevanten Umfang auch in der Bundesrepublik Deutschland benutzen, so folgt dem die Kammer nicht.

23

Die Verhängung eines Ordnungsmittels gemäß § 890 ZPO setzt zunächst einen schuldhaften (eigenen) Verstoß des Schuldners gegen die ihm auferlegte Unterlassungsverpflichtung voraus (BVerfG NJW-RR 2007, 860, 861). Da die in § 890 ZPO vorgesehenen Ordnungsmaßnahmen auch strafrechtliche Elemente enthalten, dürfen sie auch nur bei Verschulden des Schuldners in Bezug auf eine klare, tatbestandlich zuvor fest bestimmte Verhaltenspflicht verhängt werden. Verschulden ist daher im strafrechtlichen Sinne zu sehen und umfasst Vorsatz und Fahrlässigkeit (Stürmer in BeckOK ZPO, Vorwerk/Wolf, 35. Edition, Stand: 01.01.2020, § 890 ZPO Rn. 20 mwN).

24

In Ziffer I.1 des Tenors ist der Beklagtenpartei unmissverständlich verboten worden, die App in der Bundesrepublik Deutschland zur Benutzung in der Bundesrepublik Deutschland anzubieten und/oder zu liefern. Wenn die Beklagtenpartei die Entscheidung trifft, die Lieferung so auszugestalten, dass sowohl die Lieferung als auch die spätere Benutzung der unveränderten App jeweils in der Bundesrepublik Deutschland stattfinden kann, solange und soweit der sich in der Bundesrepublik Deutschland aufhaltende Nutzer eine ausländische Mobilfunknummer bei der Registrierung angegeben hat, so hat sie damit zumindest billigend in Kauf genommen, dass dieser Nutzer die App dann auch in der Bundesrepublik Deutschland benutzt. Warum hätte der Nutzer die App sonst in der Bundesrepublik Deutschland heruntergeladen und aktivieren wollen? Die Beklagtenpartei hat vielmehr eine Abwägung getroffen zwischen der Möglichkeit, die App weltweit entsprechend dem Urteil zu modifizieren, und der gewählten Möglichkeit, insoweit nach der Provenienz der bei der Registrierung angegebenen Mobilfunknummer zu differenzieren. In Bezug auf die zuletzt genannte Möglichkeit hat sie zu Gunsten einer einfacher zu programmierenden Differenzierung bei Aufrechterhaltung der weiteren Verfügbarkeit der unveränderten App in ausländischen Territorien in Kauf genommen, dass die hier nun streitgegenständliche Nutzungsmöglichkeit in der Bundesrepublik Deutschland unverändert erhalten bleibt. Offensichtlich hat sie hierbei, wie auch ihre Verteidigungsargumentation zeigt, eine wirtschaftliche Abwägungsentscheidung getroffen. Insgesamt hat sie daher bedingt vorsätzlich gegen das tenorierte Unterlassungsgebot verstoßen.

25

Insoweit hilft der Beklagtenpartei auch der Verweis auf Rechtsprechung betreffend eine Abwägung zwischen dem wirtschaftlichen und technischen Aufwand der Vermeidung von Rechtsverletzungen und dem Gefahrenpotential im Rahmen der Bestimmung des konkret anzuwendenden Sorgfaltsmaßstabes (vgl. BGH NJW 2007, 762; NJW-RR 2013, 1490) nicht, denn zum einen betrifft diese Rechtsprechung nur den Sorgfaltsmaßstab im Erkenntnisverfahren und zum anderen vermag sie nur den Maßstab der Sorgfaltspflichten herabzusetzen, kann demnach ein bedingt vorsätzliches Vorgehen, wie es vorliegend festzustellen ist, nicht entschuldigen. Jedenfalls ist von einem Unterlassungsschuldner mehr zu fordern als von einer Person, die sich, ohne zur Unterlassung eines konkreten Verhaltens verurteilt zu sein, in Reflex zu einer Vielzahl abstrakter Gefahren einer Vielzahl von zu befolgenden Sorgfaltspflichten ausgesetzt sieht.

26

c. Mithin ist jeweils ein Ordnungsgeld zu verhängen, dessen Höhe aber angesichts der Umstände des Falles im unteren Bereich des zur Verfügung stehenden Rahmens (€ 5,00 bis € 250.000,00) anzusiedeln ist.

27

Die Höhe bzw. Dauer von Ordnungsgeld und Ordnungshaft stehen im Ermessen des Gerichts; eine Begrenzung liegt allerdings in der zuvor erfolgten Androhung. Dabei sind Art, Umfang und Dauer der Verletzungshandlung zu berücksichtigen; weiter können der Verschuldensgrad, der Vorteil des Verletzers aus der Verletzungshandlung und die Gefährlichkeit der begangenen und möglicher künftiger Verletzungshandlungen für den Verletzten eine Rolle spielen, ebenso die wirtschaftlichen Verhältnisse des Zuwiderhandelnden. Zur Bemessung der Höhe des Ordnungsgeldes kann daher § 40 StGB entsprechend angewandt werden. Die Höhe des Ordnungsgeldes darf aber nicht schematisch auf einen Bruchteil des Streitwertes des ursprünglichen Unterlassungsverfahrens bemessen werden (Stürner in BeckOK ZPO, Vorwerk/Wolf, 35. Edition, Stand: 01.01.2020, § 890 ZPO Rn. 49 mwN).

28

Vorliegend ist nur ein Verstoß gegen das Unterlassungsgebot gegeben, auch wenn möglicherweise eine Vielzahl von Nutzern Empfänger von Angeboten und/oder Lieferungen waren. Denn die Art und Weise der Modifikation der App im Nachgang der erstinstanzlichen Verurteilung stellt eine einheitliche, zentrale Entscheidung und Handlung dar. Aber auch wenn man auf einzelne Angebote und Lieferungen abstellen wollte, so hat die Klagepartei, die insoweit die Darlegungs- und Beweislast trägt, nur einen Fall, nämlich den von ihr veranlassten Testfall, vorgetragen.

29

Gegen die Beklagtenpartei spricht im Rahmen der gebotenen Abwägung aller relevanten Umstände des Einzelfalles vorliegend das bedingt vorsätzliche Vorgehen. Für die Beklagtenpartei spricht, dass sie durch die Ausgestaltung der Änderungsmaßnahmen versucht hat, dem Urteil unter gleichzeitiger Aufrechterhaltung der „user experience“ bei ausländischen, nicht vom Urteil erfassten, Sachverhalten, gerecht zu werden, und abstrakt betrachtet nur sehr wenige Nutzer mit einer ausländischen Telefonnummer die App in der

Bundesrepublik Deutschland heruntergeladen und anschließend in der Bundesrepublik Deutschland benutzen werden. Die Klagepartei kann konkret auch nur den von ihr selbst verursachten Testfall vorweisen. Weiter streitet für die Beklagtenpartei die Ankündigung im Termin, Angebot und Lieferung der App weiter zu modifizieren, soweit die Kammer dem Ordnungsmittelantrag stattgibt. Andererseits hat die Beklagtenpartei eine weitere Anpassung der App nur angekündigt und nicht bereits den Ordnungsmittelantrag oder die Anberaumung eines Termins zur mündlichen Verhandlung hierüber zum Anlass einer Nachbesserung genügen lassen. Unter Abwägung der für und gegen die Beklagtenpartei sprechenden Umstände erachtet die Kammer ein Ordnungsgeld von jeweils € 5.000,00 für ausreichend aber auch erforderlich, um auf eine Verhaltensänderung bei der Beklagtenpartei hinzuwirken.

30

3. Der Ordnungsmittelantrag ist aber in Bezug auf Sachverhalte, bei denen die Nutzer eine deutsche Mobilfunknummer angegeben haben, unbegründet. Insoweit ist der Antrag zurückzuweisen.

31

a. Das Begehren der Gläubigerin ist dahingehend auszulegen, dass auch diese Variante vom Ordnungsmittelantrag umfasst ist. Denn sie hat im Termin, nachdem herausgearbeitet worden war, dass nur die angegebene Mobilfunknummer, nicht aber die SIM-Karte eine maßgebliche Rolle bei der Differenzierung unter den Nutzern spielt, zu Protokoll gegeben:

„Gläubigervertreter trägt zu den Verfahren 7 O 5335/18 und 7 O 5336/18 vor, dass sich die weitere Benutzung der Applikation gemäß Urteil vom 05.12.2019 durch die Schuldnerinnen für die Gläubigerin wie folgt darstelle: Die unveränderte WA -App werde zunächst angeboten und könne auch heruntergeladen werden, auch in Deutschland. Im Anschluss hat sich der Nutzer vor Benutzungsaufnahme unter Angabe einer Telefonnummer zu registrieren. Soweit er hierbei eine ausländische Telefonnummer angebe, könne er die Applikation im selben Zustand anwenden wie sie Gegenstand des Urteils gewesen sei, auch wenn er sich zu diesem Zeitpunkt in Deutschland aufhalten sollte. Die Ausführung der Applikation sei nicht SIM-Karten gebunden.“

32

Daraus wird deutlich, dass die Gläubigerin von einem Verstoß gegen die Unterlassungspflicht ausgeht, weil die Eingabe der Mobilfunknummer erst nach Angebot und Lieferung erfolgten.

33

b. Der Ordnungsmittelantrag ist aber in Bezug auf Sachverhalte, bei denen die Nutzer eine deutsche Mobilfunknummer angegeben haben, unbegründet. Zwar wird nach wie vor allen Nutzern, auch denjenigen, die sich in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten und im Rahmen der Registrierung eine deutsche Mobilfunknummer angegeben haben, zunächst die unveränderte App geliefert. Unstreitig wird aber insoweit durch technische Maßnahmen eine Benutzung der unveränderten App verhindert. Mithin fehlt es am subjektiven Element eines Angebots oder einer Lieferung zur Benutzung - in unveränderter Form - in der Bundesrepublik Deutschland. Der Vorsatz der Beklagtenpartei ist in Bezug auf diese Nutzer allein gerichtet auf ein Angebot und eine Lieferung zur Benutzung - in veränderter Form, nämlich ohne die Teilfunktionalität „Export Chat“ - in der Bundesrepublik Deutschland.

34

4. Die Kostenentscheidung beruht auf dem hälftigen Obsiegen und Unterliegen (§§ 891, 92 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. ZPO). Insoweit beträgt der Teilgegenstandswert der beiden Varianten jeweils € 250.000,00 (§ 3 ZPO, § 51 GKG, §§ 25 Abs. 1 Nr. 3 RVG).