

Bewerbung mit „Exklusiv in Ihrer Apotheke“ irreführend, wenn Erwerb auch über Dritte möglich ist

Landgericht Hamburg

Urteil vom 17.11.2016

Az.: 327 0 90/16

Tenor

1. Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, die Ordnungshaft zu vollziehen an ihrem jeweiligen Geschäftsführer (Ordnungsgeld im Einzelfall höchstens 250.000,00 €; Ordnungshaft insgesamt höchstens 2 Jahre)

zu unterlassen

im geschäftlichen Verkehr

Kosmetik-Produkte der Marke V.

als exklusiv in der Apotheke erhältlich zu bewerben und/oder bewerben zu lassen, wenn dies geschieht wie aus der Anlage ersichtlich.

2. Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin Auskunft über den Umfang der unter Ziff. 1 genannten Handlungen zu erteilen, aufgeschlüsselt nach Kalendermonaten und Werbemitteln.

3. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin alle Schäden zu ersetzen, die dieser durch die unter Ziff. 1 genannten Handlungen entstanden sind und/oder noch entstehen werden.

4. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

5. Das Urteil ist für die Klägerin aus Ziff. 1 gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 140.000,00 €, aus Ziff. 2 gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 50.000,00 € und aus Ziff. 4 gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags vorläufig vollstreckbar.

6. Der Streitwert wird auf 240.000,00 € festgesetzt.

Tatbestand

Gegenstand des Rechtsstreits sind Werbemaßnahmen der Beklagten in Bezug auf deren Produkte der Linien „NE.“, „NO.“ und „ I.“ dahingehend, diese seien exklusiv in Apotheken erhältlich.

Die Parteien sind Wettbewerber auf dem Kosmetikmarkt.

Verschiedene Waren beider Parteien, die als apothekenexklusiv beworben wurden, gelangten in der Vergangenheit über den sog. Graumarkt in die Sortimente von Internet- und Einzelhändlern sowie Drogeriemarktketten. Insoweit legt die Klägerin in Bezug auf Produkte der Beklagten die Anlagen K 4 und K 5 vor.

Die Beklagte bewarb die Produkte ihrer Linien „NE.“, „NO.“ und „ I.“ mit der Aussage „Exklusiv in Ihrer Apotheke“ wie aus der Anlage zu dem Tenor zu Ziff. 1 ersichtlich. Zudem – ebenfalls wie aus der Anlage zu dem Tenor zu Ziff. 1 ersichtlich – hieß es in dem Facebook-Account der Beklagten u. a. wie folgt:

„Die Produkte von V. gibt es exklusiv in der Apotheke.“

Die Beklagte selbst schließt Depotverträge (Anlagen B 1 und B 2) ausschließlich mit Apotheken.

Die Klägerin ist der Auffassung, die angegriffenen Werbeaussagen der Beklagten seien aufgrund der mit den Anlagen K 4 und K 5 dargelegten Graumarktangebote objektiv unrichtig und daher irreführend. Insoweit komme es nicht darauf an, dass die Beklagte selbst lediglich an Apotheken vertreibe.

Die Klägerin beantragt,

wie erkannt.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte ist der Auffassung, die streitgegenständlichen Werbemaßnahmen seien nicht zu beanstanden, da sie selbst – wie unstreitig – tatsächlich nur an Apotheken vertreibe. In einem anderen Sinne verstehe auch der maßgebliche Durchschnittsverbraucher ihre, der Beklagten, Werbeaussagen nicht. Im Übrigen sei der Klageantrag zu weit. Schließlich werbe auch die Klägerin vergleichbar, obwohl auch als apothekenexklusiv erhältlich beworbene Produkte der Klägerin über den Graumarkt außerhalb von Apotheken erhältlich seien.

Mit in der mündlichen Verhandlung vom 08.09.2016 verkündetem Beschluss hat die Kammer mit Zustimmung der Parteien in das schriftliche Verfahren übergeleitet (§ 128 Abs. 2 ZPO).

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes im Übrigen wird auf die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen sowie das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 08.09.2016 verwiesen (§ 313 Abs. 2 Satz 2 ZPO).

Entscheidungsgründe

Die Klage ist zulässig und begründet.

I.

Der von der Klägerin geltend gemachte Unterlassungsanspruch

folgt aus § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG i. V. m. den §§ 3, 5 Abs. 1 Sätzen 1 und 2 Nr. 1 UWG.

Zunächst ist der Klageantrag zu Ziff. I hinreichend bestimmt im Sinne von § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Klageantragsgegenständlich sind die konkreten Verletzungsformen.

Auf der Begründetheitsebene hat die Klägerin Graumarktangebote aller klageantragsgegenständlichen Waren der Beklagten (also von Produkten der Linien „NE.“, „NO.“ und „I.“) dargelegt.

Die von der Klägerin mit den Anlagen K 4 und K 5 dargelegten Graumarktangebote von Produkten der Linien „NE.“, „NO.“ und „I.“ der Beklagten sind von letzterer nicht mit Substanz bestritten worden.

Die angegriffenen Werbeaussagen der Beklagten sind objektiv unrichtig, da die hier in Rede stehenden Produkte der Beklagten – wie aus den Anlagen K 4 und K 5 ersichtlich – auch außerhalb von Apotheken erhältlich gewesen sind.

Eine Einschränkung, die zum Ausdruck brächte, dass die Beklagte selbst nur an Apotheken vertreibt, enthält die Werbeaussage nicht.

Die so begründete Irreführungsgefahr ist auch nicht aus dem Grunde zu verneinen, dass der maßgebliche Durchschnittsverbraucher bei Wahrnehmung der hier streitgegenständlichen Werbemaßnahmen der Beklagten „mitlesen“ würde, dass es von der Beklagten nicht kontrollierbare Graumarktangebote gibt, und daher von den Werbeaussagen nicht in die Irre geführt würde. Durchschnittsverbraucher werden die pauschalen – und in dieser Pauschalität objektiv unrichtigen – Werbeaussagen der Beklagten nicht einschränkend dahingehend lesen, dass sie nur zum Ausdruck brächten, die Beklagte selbst schließe Depotverträge nur mit Apotheken. Weder nach dem Wortlaut und dem Kontext der Werbeaussagen selbst noch aus anderen von der Beklagten dargelegten, außerhalb der Werbung

liegenden tatsächlichen Gründen hätten sie zu einer solchen Lesart der Werbeaussagen eine Veranlassung.

Bei den von der Klägerin dargelegten Graumarktangeboten von Produkten der Linien „NE.“, „NO.“ und „ I.“ der Beklagten handelt es sich auch nicht um unerhebliche Einzelfälle.

Der sog. unclean-hands-Einwand der Beklagten ist für das Bestehen des von der Klägerin geltend gemachten Unterlassungsanspruchs unbeachtlich.

II.

Der zulässige Klageantrag auf Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten ist ebenfalls begründet (§ 9 Satz 1 UWG).

Zur Frage der Begründetheit eines Klageantrages auf Feststellung der Schadensersatzpflicht in lauterkeitsrechtlichen Sachverhalten hat das Hanseatische Oberlandesgericht in seinem Urteil vom 23.04.2015 zum dortigen Az. 5 U 127/11 das Folgende ausgeführt:

„Voraussetzung für die Feststellung der Schadenersatzverpflichtung ist nach allgemeinen Grundsätzen lediglich, dass eine gewisse Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Schadens dargelegt wird (BGH WRP 1999, 530 – Cefallone). An diese Darlegungen werden in der Rechtsprechung grundsätzlich keine hohen Anforderungen gestellt. Es genügt, dass nach der Lebenserfahrung der Eintritt eines Schadens in der Zukunft mit einiger Sicherheit zu erwarten ist; einer hohen Wahrscheinlichkeit dafür bedarf es nicht (BGH GRUR 2000, 907, 911 – Filialleiterfehler BGH GRUR 1995, 744 – Feuer, Eis & Dynamit). Der Umstand, dass an die Darlegungen zur Schadenswahrscheinlichkeit in der Rechtsprechung grundsätzlich keine hohen Anforderungen gestellt werden, entbindet den Verletzer jedoch nicht von jeglicher Darlegung. Hierzu bedarf es etwa des Vortrags dazu, in welchem Umfang die Parteien dieselben Kunden ansprechen und in welcher Weise sich

Werbeaktionen der Beklagten üblicherweise auf ihre Umsätze auswirken. Unabhängig davon, dass jede irreführende Angabe eines Wettbewerbers die Konkurrenten benachteiligt, ist bei bestimmten Wettbewerbsverstößen ein kalkulierbarer Schaden von vornherein so fernliegend, dass es der näheren Darlegung der Umstände bedarf, die gleichwohl einen Schadenseintritt als wahrscheinlich erscheinen lassen (BGH WRP 2000, 1202, 1204 – Falsche Herstellerpreisempfehlung BGH WRP 2000, 1266 ff – Neu in Bielefeld II BGH GRUR 2000, 907, 911 – Filialleiterfehler). An einer solchen Wahrscheinlichkeit kann es auch dann fehlen, wenn über eine konkrete Verletzungshandlung keine weiteren Verstöße dargelegt sind (BGH GRUR 2003, 446, 447 – Preisempfehlung für Sondermodelle).“

Diesen Maßstab zugrunde gelegt, hat die Klägerin zum Vorliegen „eine[r] gewisse[n] Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Schadens“ vorgetragen, der es nicht ausschließen lässt, dass „der Eintritt eines Schadens in der Zukunft mit einiger Sicherheit zu erwarten ist“. Es ist nicht fernliegend, dass sich mit den Produkten der Parteien im Einzelhandel konfrontierte Durchschnittsverbraucher eher für ein als besonders exklusiv – hier irreführend als apothekenexklusiv – beworbenes Produkt der Beklagten als für ein Konkurrenzprodukt etwa der Klägerin entscheiden, wodurch sich der Absatz der klägerischen Produkte verringern kann. Aufgrund der Funktion der Apotheken, denen nach § 1 Abs. 1 ApoG „die im öffentlichen Interesse gebotene Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Arzneimittellversorgung der Bevölkerung“ obliegt, und des diesen daher von den Verbrauchern entgegengebrachten besonderen Vertrauens gilt dies im Besonderen für die streitgegenständlichen Werbemaßnahmen, da die Graumarktangebote den Verbrauchern suggerieren, besonders vertrauenswürdige, da vermeintlich normalerweise nur in Apotheken erhältliche Produkte nur ausnahmsweise außerhalb einer Apotheke erhalten zu können, und es daher naheliegt, dass diese aus diesem Grunde erst recht die vermeintlich besondere Gelegenheit der Erhaltbarkeit der Produkte der

Beklagten außerhalb einer Apotheke zulasten u. a. der Konkurrenzprodukte der Klägerin nutzen.

Da die Klägerin die Feststellung einer Schadensersatzpflicht der Beklagten beanspruchen kann, steht ihr auch der als Hilfsanspruch zum Schadensersatzanspruch bestehende Auskunftsanspruch aus § 242 BGB zu. Lediglich klarstellend hat die Kammer in den Tenor zu Ziff. 2 noch die Worte „der Klägerin“ aufgenommen.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 709 Sätzen 1 und 2 ZPO.

Die Streitwertfestsetzung ist gemäß § 51 Abs. 2 ZPO erfolgt.