

Verbotene Schleichwerbung auf Instagram

Landgericht Hagen

Urteil vom 29.11.2017

Az.: 23 0 45/17

Tenor

Die Kosten des Rechtsstreits werden der Beklagten auferlegt (§ 91a ZPO).

Gründe

I. Der Kläger ist ein eingetragener W (AG Charlottenburg Nz 5155), zu dessen satzungsmäßigen Aufgaben die Wahrung gewerblicher Interessen seiner Mitglieder, insbesondere die Achtung darauf gehört, dass die Regeln des lautereren Wettbewerbs eingehalten werden. Dem Kläger gehören mehrere Gewerbetreibende an, die Waren oder gewerbliche Leistungen aus der Nahrungsergänzungsmittelbranche und der Modebranche, in der sich die Beklagte ebenfalls bewegt, anbieten.

Die Beklagte verfügt unter der Domaine [www. XXX.com](http://www.XXX.com) über eine Homepage und betreibt auf der Plattform Instagram einen sog. Mode-Blog.

Die Beklagte wies im Rahmen ihres Internetauftritts bei der Plattform Instagram in der Form auf die Produktnamen „Paul Hewitt“, „mollerusswiss“ und „detox delight“ hin, dass sie Fotos postete, d. h. ins Netz stellte, auf dem sie mit einem Produkt der genannten Marken zu sehen war und auf den jeweiligen Produkten, i. E. eine Uhr, eine Handtasche oder ein Getränk ein sog. „link“ zu sehen war, der bei Benutzung direkt auf die Homepage des jeweiligen Unternehmens führte.

Gleichzeitig waren rechts neben den jeweiligen Fotos die Kommentare der sog. „follower“ abgelichtet. Unter dem Chatnamen „XXX“ fand sich dabei beispielsweise der folgende Text:

„... @paul_hewitt...“, „... #paulhewitt ...“ oder „... @mollerusswiss ...“. Auch bei einem Klick auf diese Textpassagen wurde man auf die Homepage der jeweiligen Unternehmen weitergeleitet. Zu den Darstellungen und Texten im Einzelnen wird auf die Anlage K 3 zur Klageschrift, Bl. 61 ff. d. A. Bezug genommen. Ein Hinweis in der Form, dass in einer Ecke des Textes oder Bildes das Wort „Anzeige“ oder „Werbung“ erschien, fand sich nicht. Auf der Homepage der Beklagten fand sich im Impressum jedenfalls bis zum Tag der Entscheidung über die Kosten ausschließlich die Anschrift „XXX, XXX“.

Der Kläger mahnte die Beklagte erfolglos ab. Die 3. Kammer des Landgerichts Hagen hat wegen der besonderen Dringlichkeit durch die Vorsitzende allein ohne mündliche Verhandlung im Beschlusswege am 16.6.2017 eine einstweilige Verfügung erlassen, mit dem die beantragte Unterlassung ausgesprochen worden ist, siehe im Einzelnen Bl. 68 ff. d. A. Die Beklagte meldete sich, anwaltlich vertreten, mit Schreiben vom 21. und 31.7.2017, siehe im Einzelnen Anlage K6 und K7, Bl. 73 und 74 d. A., und kündigte eine Beantwortung des Schreibens an, was danach jedoch nicht mehr geschah. Erst mit Schreiben vom 13.9.2017, beim Kläger eingegangen im Original am 14.9.2017, gab die Beklagte die geforderte Unterlassungserklärung ab.

Nachdem der Kläger ursprünglich mit der bei Gericht am 14.8.2017 eingegangenen und der Beklagten unter der o. g. Adresse am 31.8.2017 durch Niederlegung zugestellten Klage den im Tenor der Beschlussverfügung genannten Antrag gestellt hat und weiter beantragt hat, die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 178,50 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Zustellung der Klage zu zahlen, hat der Kläger mit Schriftsatz vom 19.9.2017 und vom 6.11.2017 den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt und

beantragt, der Beklagten die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen.

Die Beklagte hat sich der Erledigungserklärung des Klägers angeschlossen, aber beantragt, die Kosten dem Kläger aufzuerlegen.

Sie meint, die Klage sei nicht rechtshängig gewesen, weil ihr lediglich eine einfache Abschrift der Klageschrift übermittelt worden sei, da diese lediglich auf der ersten Seite ein unterzeichneter Vermerk „Beglaubigt zwecks Zustellung“ enthielt.

II. Die Parteien haben den Rechtsstreit in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt.

Gem. § 91a ZPO konnte durch Beschluss, der keiner mündlichen Verhandlung bedarf, über die Kosten des Rechtsstreits entschieden werden.

Es bestand ein Prozessrechtsverhältnis bis zur Erledigung des Rechtsstreits durch übereinstimmende Erklärungen. Die Klage ist der Beklagten wirksam unter der Adresse in Hagen am 31.8.2017 durch Einlegen in den Briefkasten zugestellt worden. Die Zustellung einer lediglich auf der ersten Seite den Beglaubigungsvermerk enthaltende Klage ist wirksam gem. §§ 166, 180 ZPO. Dabei kann dahinstehen, ob die Ersatzzustellung an die alte Adresse wirksam i. S. d. vorgenannten Vorschriften erfolgt ist, da dieser formale Mangel jedenfalls durch § 189 ZPO geheilt sind. Schließlich steht der Rechtshängigkeit der Klage und damit der Annahme eines Prozessrechtsverhältnisses nicht entgegen, dass der Beglaubigungsvermerk lediglich auf der ersten Seite der Klageabschrift enthalten war. Für die Beglaubigung ist keine besondere Form vorgeschrieben. Erforderlich ist jedoch, dass sich die Beglaubigung unzweideutig auf das gesamte Schriftstück erstreckt und dessen Blätter als Einheit derart verbunden sind, dass die körperliche Verbindung als dauernd gewollt erkennbar und nur

durch Gewaltanwendung zu lösen ist (vgl. BGH, NJW 1974, 1383; BGH, NJW 2004, 506). Dem genügte die zugestellte beglaubigte Abschrift. Die Abschrift der Klage war mit einer Heftklammer zusammengeheftet. Der Beglaubigungsvermerk befindet sich auf dem ersten Blatt und bezieht sich auf das gesamte zugestellte Schriftstück; die Verbindung mit Heftklammern war als körperliche Verbindung der einzelnen Blätter der Abschrift ausreichend. Der Beglaubigungsvermerk auf der ersten Seite wirkt durch die von der Beklagten nicht bestrittene feste Verbindung mit den weiteren Seiten der Klageschrift die Beglaubigung der gesamten Klageschrift. Denn es ist nicht erheblich, auf welcher Seite sich der Beglaubigungsvermerk befindet, sondern ob er sich ersichtlich auf die vorangegangenen oder aber nachfolgenden Seiten bezieht. Davon kann aber ausgegangen werden. Im Übrigen wäre ein etwaiger Formmangel ebenfalls durch den unbestrittenen tatsächlichen Zugang gem. § 189 ZPO ebenfalls geheilt (BGH, NJW 2016, 1517, zit. nach juris Rn. 15).

Die Kosten des Rechtsstreits hat die Beklagte zu tragen. Dies entspricht billigem Ermessen unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes.

Nach dem bisherigen Vorbringen der Parteien bestehen an der ursprünglichen Berechtigung der Klageforderung keine Bedenken.

Der Kläger hätte gegen die Beklagte einen Anspruch auf die beantragte Unterlassung aus §§ 3, 3a, 5a Abs.2, 4, 6, 8, 12 UWG i. V. m. § 6 Abs. 2 TMG, Art. 10 Abs. 1, 2, Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 HCV0, Art. 7 LMIV, § 11 Abs. 1 LFGB, § 58 RStV NW gehabt.

Der Kläger ist klagebefugt gem. § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG. Unstreitig gehören dem Kläger mehrere Unternehmen an, die im Bereich der Modewaren, Schmuckwaren, Lebensmittel oder Nahrungsergänzungsmittel tätig sind.

Die Beklagte hat eine geschäftliche Handlung i. S. d. § 8 Abs.

1 S. 1, 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG vorgenommen. Geschäftliche Handlung ist nach der Legaldefinition des § 2 Abs. 2 Nr. 1 UWG jedes Verhalten einer Person zu Gunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens auch vor einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes von Waren objektiv zusammenhängt. Soweit in den Bildablichtungen mit dem aufgesetztem Link zu den Marken Paul Hewitt, molleruswiss und detox delight verwiesen wird, kann darin eine geschäftliche Handlung im o. g. Sinne ersehen werden, da der jeweilige Follower durch diese Verlinkung auf die Webseite der genannten Unternehmen weiter geleitet wurde und dort entweder Waren erwerben konnte oder jedenfalls Unternehmen genannt bekam, welche deren Waren veräußerten, was beides objektiv mit einer Förderung des Absatzes zusammenhängt.

Die Beklagte ist auch vor Einleitung des Prozessverfahrens i. S. d. § 12 Abs. 1 S. 1 UWG wirksam abgemahnt worden. Soweit die Beklagte einwendet, sie wohne bereits seit Januar 2017 nicht mehr unter der in ihrem Impressum genannten Adresse, sondern sei in T-Straße, XXX gemeldet, ist dies für die Annahme einer wirksamen Abmahnung unerheblich. Dabei kann dahinstehen, ob der mündliche Vortrag des Prozessbevollmächtigten der Beklagten, dem insoweit die Prozessbevollmächtigte des Klägers im Termin der mündlichen Verhandlung nicht mehr entgegengetreten ist, für eine Glaubhaftmachung reicht. Denn insoweit geht die Kammer davon aus, dass die Beklagte angesichts des Umstands, dass sie bis zum Termin der mündlichen Verhandlung und auch noch danach – wie die Kammer überprüft hat – ihr Impressum auf ihrer Homepage [www. XXX.com](http://www.XXX.com) nicht geändert hat und es sich insoweit um die einzige im öffentlichen Raum zugängliche Adresse handelt, den Zugang von Postsendungen vereitelt hat, sodass ihr Verhalten Treu und Glauben, § 242 BGB, widerspricht, sodass vom Zugang der Postsendung auszugehen ist. Die von dem Kläger veranlasste Zustellung durch Einschreiben mit Rückschein konnte ausgeführt werden, weil unter der Hagerer Adresse, die im Impressum der Beklagten genannt war, vor Ort,

wie die Prozessbevollmächtigte des Klägers im Termin kundtat, der Name der Beklagten noch vorhanden war, sodass der Zusteller keinen Anlass hatte, nicht eine entsprechende Benachrichtigung bei der Wohnung der Beklagten zu hinterlassen, auf dem der Hinterlegungsort des Schriftstückes genannt war. Die Beklagte bestreitet auch nicht, dass eine Abmahnung hinterlegt war, sondern vertritt lediglich die Auffassung, dass dies einer wirksamen Zustellung der Abmahnung entgegensteht. Insoweit muss sie sich aber behandeln lassen, als wäre sie nach wie vor unter der XXX Adresse gemeldet. Denn gibt eine Partei eine Geschäftsanschrift an, dann muss sie eine Zustellung an diesem Ort hinnehmen, d. h. sie muss sich nach Treu und Glauben so behandeln lassen, als wäre die Zustellung erfolgt (LG Düsseldorf, Urteil v. 15.12.2016, 14c O 73/16, zit. nach juris Rn. 44).

Es besteht ein Verfügungsanspruch. Die Beklagte verstößt mit den ins Netz gestellten Bildern, bei denen Produkte gewerblicher Unternehmen mit einem Link zu deren Homepage versehen sind und dem danebenstehenden Text ohne Kenntlichmachung, dass es sich insoweit um Werbung handelt, gegen § 5a Abs. 6 UWG. Danach handelt unlauter, wer den kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung nicht kenntlich macht, sofern sich dieser nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt, und das Nichtkenntlichmachen geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Eine derartige Verschleierung der Werbung ist bei dem Instagram-blog, den die Beklagte führt, anzunehmen. Ein Nichtkenntlichmachen des kommerziellen Zwecks liegt vor, wenn das äußere Erscheinungsbild der geschäftlichen Handlung so gestaltet wird, dass der Verbraucher ihren kommerziellen Zweck nicht klar und eindeutig erkennen kann. Dabei ist auf den konkreten Fall abzustellen und es sind alle tatsächlichen Umstände sowie die Beschränkungen des verwendeten Kommunikationsmittels zu berücksichtigen. Maßgebend ist die Sicht des durchschnittlich informierten, situationsadäquat

aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers oder des durchschnittlichen Mitglieds der angesprochenen Verbrauchergruppe. Geht es um den Schutz besonders schutzbedürftiger Verbraucher, wie bspw. Kinder, gilt § 3 Abs. 4 S. 2 UWG. Da Kinder im Vergleich zu Erwachsenen weniger aufmerksam und lesegeübt sind, sind an die Kennzeichnung als Werbung deutlich höhere und kindgerechte Anforderungen zu stellen (Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl. 2017, § 5a Rn. 7.24, m. w. N). Da es sich bei den auf Instagram geposteten Bildern in ihrer Darstellung und mit dem danebenstehenden Textbalken, auf dem sog. „Follower“ sich äußern können, dem äußeren Anschein nach lediglich um einen Mode-blog der Beklagten handelt, wo sie sich mit ihren Followern über ihre „outfits“ unterhält, ist auf dem ersten Blick nicht ersichtlich, dass vorherrschendes Ziel dieser Bilder ist, für die auf dem Bild ersichtlichen Produkte Werbung zu machen. Erschwerend kommt hinzu, dass es sich bei der Verfügungsbeklagten um eine Person handelt, die nicht nur Erwachsenen, sondern nach eigener Kenntnis des Gerichts auch jugendlichen Personen bekannt ist. Gerade für diesen Teil der Follower wird das Vermischen von werbenden mit rein textlichen Elementen nicht sofort erkennbar sein. Die hinzugefügten Zeichen wie @ oder # lassen den werbenden Charakter der Benennung der Produktnamen nicht als Werbung offensichtlich erscheinen. Insoweit liegt der Fall anders als etwa bei einer Unternehmens-Homepage, die der durchschnittlich verständige Nutzer ohne weiteres als kommerzielle Kommunikation erkennt, die keiner gesonderten Kennzeichnung des Inhalts oder einzelner Abschnitte mit „Anzeige“ oder „Werbung“ bedarf.

Die Beklagte verstößt mit ihrem Instagram-Auftritt gegen §§ 5a Abs. 2, Abs. 4 i. V. m. § 6 Abs. 2 TMG, der als Verbraucherschützend einzustufen ist (Köhler, in: Köhler/Bornkamm, a. a. O., § 5a Rn. 5.28), soweit sie in den Blog-Texten die Zeichen #paul_hewitt oder @paul-hewitt verwendet. Bei dem Weblog (Blog) der Beklagten handelt es sich um eine kommerzielle Kommunikation per elektronischer Post, da

sich die Beklagte lediglich dem Anschein nach mit ihren Followern über ihre Outfits unterhält, während sie tatsächlich durch die Verlinkung mit den Produktnamen für diese Unternehmen wirbt. Durch das Anklicken beider Textbestandteile ihrer Unterhaltung mit den Followern wird man nach unbestrittenem Vortrag des Klägers auf die Homepage des Unternehmens weiter geleitet, was allein durch die Verwendung der Zeichen # oder @ nicht ersichtlich ist. Auf diese Weise verschleiert sie den kommerziellen Charakter des Blogs.

Durch die Verwendung des Begriffs „detox delight“ verstößt die Beklagte zudem gegen Art. 10 Abs. 1 HCV0 (sog. Health-Claims-Verordnung). Die speziellen Werbeverbote der HCV0 sind Marktverhaltensregelungen i. S. v. § 3a UWG. Der Anwendungsbereich der HCV0 ist eröffnet, da es sich bei dem abgebildeten Gegenstand, den die Beklagte auf einem geposteten Bild in den Händen hält, siehe Bl. 67 d. A., um eine Getränkeflasche mit Inhalt handelt, das die Beklagte durch einen Strohhalm zu sich nimmt. Ein Getränk ist ein Lebensmittel i. S. d. Art. 2 Abs. 1 lit a HCV0. Die Bezeichnung „detox“ für ein Lebensmittel stellt eine gesundheitsbezogene Angabe im Sinne des Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 HCV0 dar. Eine Angabe ist gesundheitsbezogen, wenn mit ihr erklärt, suggeriert oder auch nur mittelbar zum Ausdruck gebracht wird, dass ein Zusammenhang zwischen einer Lebensmittelkategorie, einem Lebensmittel oder einem seiner Bestandteile einerseits und der Gesundheit andererseits besteht. Der Begriff „Zusammenhang“ ist dabei weit zu verstehen. Der Begriff „gesundheitsbezogene Angabe“ erfasst jeden Zusammenhang, der eine Verbesserung des Gesundheitszustandes dank des Verzehrs des Lebensmittels – sei es unmittelbar oder mittelbar – impliziert. Für die in diesem Zusammenhang vorzunehmende Beurteilung ist es nach Erwägungsgrund 16 S. 3 HCV0 entscheidend, in welchem Sinne der normal informierte, aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher die Angaben über Lebensmittel versteht. Es gilt dabei kein statistischer, sondern ein

normativer Maßstab. Nach ihm sind die nationalen Gericht und Verwaltungsbehörden gehalten, von ihrer eigenen Urteilsfähigkeit unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union auszugehen, Erwägungsgrund 16 S. 5 und 6 HCVO (so OLG Düsseldorf, Urteil vom 15.3.2016, 20 U 75/15, zitiert nach juris Rn. 18 mit weiteren Nachweisen). Es kann dahinstehen, ob der Durchschnittsverbraucher, zu denen auch die entscheidende RichterIn gehört, die englischen Worte „detoxicate“ oder „detoxication“ („entgiften“ bzw. „Entgiftung“) kennt und das Wort „detox“ als deren Abkürzung sieht. Denn unabhängig von speziellen Fremdsprachenkenntnissen sind dem Durchschnittsverbraucher die vorangestellte Silbe „de“ im Sinne einer Verneinung oder Aufhebung und „tox“ als Hinweis auf giftig („toxisch“ oder „toxikologisch“) bekannt, so dass er das Kunstwort „detox“ ohne weiteres im Sinne von „Entgiftung“ verstehen wird (OLG Düsseldorf, a. a. O., Rn. 21). Auch wenn es einen gewissen Trend gibt, „Entgiften“ auf alle möglichen (angeblich) störenden Stoffe zu beziehen und so für eine bestimmte Lebenseinstellung geprägte Lebensführung zu benutzen, die sich durch eine Kombination aus ausgewogener Ernährung, Bewegung und Entspannung definiert, das heißt schlicht eine gesunde Lebensweise, die frei von „giftigen“ Einflüssen im übertragenen Sinne ist, muss auch unter Berücksichtigung der aktuellen Marktsituation festgestellt werden, dass der Durchschnittsverbraucher nach wie vor mit dem für ein Lebensmittel benutzten Begriff „detox“ – im Sinne der eigentlichen Wortbedeutung – eine „Entgiftung“ des Körpers und darauf folgende Verbesserung des Gesundheitszustandes verbindet. Eine solche gesundheitsbezogene Angabe im Sinne des Art. 10 Abs. 1 HCVO ist verboten, sofern sie nicht den allgemein Angaben in Kap. II der HCVO und den speziellen Anforderungen in Kap. IV^o HCVO entsprechen, gemäß dieser Verordnung zugelassen und in die Liste der zugelassenen Angaben gemäß Art. 13, 14 HCVO aufgenommen sind. Da unstreitig keine Zulassung für die gesundheitsbezogene Angabe „detoxisch“ besteht, liegt ein Verstoß gegen Art. 10 Abs. 1 HCVO vor (vgl.

OLG Düsseldorf, a. a. O., zit. nach juris Rn. 30).

Weiter verstößt die Abbildung mit dem Link „detox delight“ gegen § 11 Abs. 1 Nr. 1 (Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetzbuch (LFGB) i. V. m. Art. 7 Abs. 1 lit b) Verordnung zur Information der Verbraucher über Lebensmittel (LMIV). Danach dürfen Informationen über Lebensmittel nicht irreführend sein, insbesondere indem dem Lebensmittel Wirkungen oder Eigenschaften zugeschrieben werden, die es nicht besitzt. Der Verbraucher wird aber davon ausgehen, dass er mit der Einnahme dieses Getränkes Gifte aus dem menschlichen Körper entfernen könne. Eine „Entgiftung“ bzw. „Entschlackung“ des Körpers über die körpereigene Funktion hinausgehend hat aber keine schulmedizinische Basis.

24Die Bilddarstellungen der Beklagten verstoßen außerdem gegen § 5a Abs. 4 UWG i. V. m. § 58 RStV NW. Bei dem Weblog der Beklagten handelt es sich um ein Telemedium i. S. d. § 1 RStV, für das die Regelungen des IV.-VI. Abschnitts des Staatsvertrags, i. E. § 58 RStV gelten (vgl. VG Münster, Urt. v. 14.6.2010, 1 L 155/10 zur Homepage eines Internetanbieters, zit. nach juris). Gem. §§ 7 Abs. 3, 58 Abs. 1, 3 RStV muss Werbung als solche klar erkennbar sein und vom übrigen Inhalt der Angebote eindeutig getrennt sein. Das ist aus den bereits zu § 5a Abs. 6 UWG dargelegten Gründen nicht der Fall.

Ein Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten in Höhe von 178,50 € hätte die Klägerin aus § 12 Abs. 1 S. 2 UWG gehabt. Die Abmahnung der Beklagten erfolgte berechtigt. Die Höhe der Kosten wurde von der Beklagten nicht angegriffen und erscheinen dem Gericht auf der Grundlage des § 287 ZPO auch angemessen vor dem Hintergrund, dass anwaltliche Abmahnkosten deutlich höher ausgefallen wären.

Der Zinsanspruch im Hinblick auf die geltend gemachte Nebenforderung wäre aus § 291 S. 1 BGB gefolgt.

Auch unter Berücksichtigung des Rechtsgedankens des § 93 ZPO

bestand kein Anlass, von dieser Kostenfolge abzusehen. Dessen Voraussetzungen, nämlich, dass kein Klageanlass bestanden hätte und sofort anerkannt bzw. erfüllt worden wäre, lagen hier nicht vor.