Landgericht Bonn, 14 O 82/19

Datum:	04.12.2020
Gericht:	Landgericht Bonn
Spruchkörper:	3. Kammer für Handelssachen des Landgerichts
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	14 O 82/19
ECLI:	ECLI:DE:LGBN:2020:1204.14O82.19.00
Sachgebiet:	Recht (allgemein - und (Rechts-) Wissenschaften)

Tenor:

I.

1.

Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen Ordnungsgeldes In Höhe von bis zu € 250.000,00 – ersatzweise Ordnungshaft – oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu unterlassen, geschäftlich handelnd

a)

in Anschreiben an die Bewohner der Residenz X auf die Heimversorgung hinzuweisen, wenn dies geschieht wie folgt

„Sollten Sie sich für eine andere Apotheke entscheiden kann die Residenz X keine Haftung übernehmen und Sie müssten das gesamte Rezeptmanagement selbständig organisieren. Beginnend mit der Kommunikation mit sämtlichen Ärzten bis hin zur Medikamenteneinnahme.“

und/oder

b)

mit der Bezeichnung „Notdienst Apotheke Y“ zu werben und/oder werben zu lassen

und/oder

d)

für ein bei W abgegebenes „Like“ die Ausgabe von 2 geldwerten „X-Talern“ anzukündigen und/oder zu gewähren;

2.

Die Beklagte wird weiterhin verurteilt, an den Kläger € 299,60 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz gem. § 247 BGB seit dem 25.01.2020 zu zahlen.

II.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

III.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger zu 25 % und die Beklagte zu 75 %.

III.

Das Urteil ist hinsichtlich der Verurteilung zur Unterlassung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 15.000,00 € und im Übrigen gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

T a t b e s t a n d : 1

Der Kläger, ein unter der Kurzbezeichnung „Wettbewerbszentrale“ handelnder Verein, nimmt die Beklagte auf Unterlassung verschiedener Werbeaussagen sowie Erstattung von Aufwendungen in Anspruch. 2

Die Beklagte ist Inhaberin der „Apotheke C“ in Y. Mit Wirkung zum 01.10.2019 schloss sie einen Heimversorgungsvertrag mit der ebenfalls in Y gelegenen Senioreneinrichtung Residenz X, die einen Pflegebereich sowie Senioren-Appartments umfasst. Die Beklagte erstellte nach Absprache mit dem Leiter der Senioreneinrichtung ein Rundschreiben (Anlage K 1, Bl. ## d.A. = Anlage B 3) an die Bewohner des Pflegeheims, das am 01.08.2019 dort verteilt wurde. Darin unterrichtete die Beklagte die Bewohner des Heims darüber, dass sie nun neuer Kooperationspartner des Heims sei. Am Ende des Rundschreibens findet sich der im Klageantrag 1.a) wiedergegebene Satz. Davor heißt es: „Die freie Apothekenwahl bleibt von der Kooperation unberührt und Sie können selbst entscheiden, ob Sie uns als Kooperationspartner für die optimale Versorgung mit Medikamenten wählen.“ Zum weiteren Inhalt wird auf die Anlage K 1 verwiesen. 3

Der Kläger mahnte die Beklagte mit Schreiben vom 08.08.2019 (Anlage K 2, Bl. ##-## d.A.) wegen des von ihm angenommenen Wettbewerbsverstoßes ab und forderte sie zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung auf. Die Beklagte trat dem mit Schreiben ihrer Prozessbevollmächtigten entgegen. Auch nach weiterer Korrespondenz gab die Beklagte die geforderte Unterlassungserklärung nicht ab. 4

5

Nach Klageerhebung bemerkte der Kläger weitere Werbeaussagen der Beklagten, die er für wettbewerbswidrig hält:

Auf ihrer W-Seite bezeichnete sich die Beklagte mehrfach als „Notdienst Apotheke Y“. So heißt es u.a. „Dafür bieten wir zusätzlich den Service als Notdienst Apotheke in Y an. Von unseren Kunden wissen wir, dass man bei Medikamenten oft schnelle Hilfe und eine sehr gute Erreichbarkeit erwartet...“. Wegen des Textes im Einzelnen wird auf die Anlage K 9 (Bl. ## d.A.) verwiesen. 6

Ferner warb die Beklagte in ihrem W-Auftritt für eine individuelle Herstellung von Arzneimitteln u.a. wie folgt: „Wussten Sie bereits, dass die Apotheke C Arzneimittel ganz individuell für Sie herstellt?“ (Anlage K 10, Bl. ## d.A.). 7

In einem „Post“ auf der W-Seite bewarb die Beklagte zudem eine Treue-Punkte-Aktion, bei der Kunden sog. „X-Taler“ sammeln und anschließend gegen Prämien eintauschen konnten. Im Rahmen dieser Aktion warb die Beklagte damit, dass die Kunden im Gegenzug zu einem sog. „Like“ auf W je zwei X-Taler erhalten sollten (Anlage K 11, Bl. ## d.A.). 8

Der Kläger hat die Beklagte mit Schreiben vom 03.01.2020 (Anlage K 12, Bl. ## ff. d.A.) abgemahnt und zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung aufgefordert. Dem ist die Beklagte nicht nachgekommen. 9

Der Kläger hält das beanstandete Handeln der Beklagten für wettbewerbswidrig. Die Aussage am Ende des verteilten Rundschreibens verstoße gegen § 5 Abs. 1 Nr. 1 und 7 sowie § 4a Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG. Die darin enthaltene Werbeaussage sei irreführend, da sie den Heimbewohnern eine Reihe von Nachteilen suggeriere, falls sie sich nicht für die versorgende Apotheke entschieden: keine Haftung des Heims, selbständige Organisation des Rezeptmanagements, Kommunikation mit den Ärzten bis hin zur Medikamenteneinnahme. Dies sei unzutreffend. Im Rahmen der Heimversorgung hafte das Heim ohnehin nicht für die gestellten Arzneimittel. Die Patienten, die sich nicht der Versorgung durch die heimversorgende Apotheke anschließen würden, seien auch nicht bei Rezeptmanagement, Ärztekommunikation und Medikamenteneinnahme auf sich allein gestellt. Hierfür stünden sowohl die anderen Apotheken als auch auf vertraglicher Grundlage das Pflegeheim zur Verfügung. Insoweit suggeriere die Passage jedoch, dass die Heimbewohner bei Nichtabschluss des Versorgungsvertrages auch in dieser Hinsicht völlig auf sich allein gestellt seien. Irreführend nach § 5 Abs. 1 Nr. 7 seien die genannten unwahren Aussagen auch im Hinblick auf die Rechte der Heimbewohner als Verbraucher. 10

Es handele sich darüber hinaus bei dieser Passage des Rundschreibens auch um eine aggressive geschäftliche Handlung im Sinne von § 4a Abs. 1 UWG, da sie im konkreten Fall bei den älteren Heimbewohnern eine unzulässige Beeinflussung darstelle, in dem die Beklagte ihre Position als heimversorgende Apotheke gegenüber den auf Versorgung und Hilfestellung bei der Medikamentengestellung angewiesenen Heimbewohnern ausnutze. 11

Die auf dem W-Auftritt verwendete Bezeichnung als „Notdienst Apotheke Y“ sei irreführend, weil jede Apotheke verpflichtet sei, auch außerhalb der normalen Öffnungszeiten regelmäßig Notdienste zu übernehmen und die Apotheke auch in den Nachtstunden und/oder an Sonn- und Feiertagen geöffnet zu halten. Die längeren Öffnungszeiten der Beklagten bis 22.00 Uhr stellten keinen „Notdienst“ im allgemeinen Verständnis dar und begründeten kein Alleinstellungsmerkmal der Beklagten. 12

13

Auch die Werbung mit individueller Herstellung von Arzneimitteln sei irreführend, da die Apotheken hierzu nach § 17 Abs. 4 ApoBO verpflichtet seien. Die Werbung mit Handlungen, zu denen man gesetzlich verpflichtet sei, könne irreführend sein, wenn das Publikum annehmen müsse, dass darin ein Vorzug gegenüber anderen Anbietern liege (vgl. auch Nr. 10 des Anhang zu § 3 UWG.

Die Ankündigung, für „Likes“ zwei X-Taler zu vergeben, sei ebenfalls wettbewerbswidrig. Äußerungen Dritter wirkten in der Werbung objektiv und werden daher in der Allgemeinheit höher bewertet als eigene Äußerungen des Werbenden. Eine Werbung mit bezahlten Empfehlungen sei daher unzulässig. Dies gelte auch für die Bewertungen auf Social-Media-Plattformen (OLG Frankfurt, Urt. v. 16.05.2019 – 6 U 14/19). Die Beklagte vergüte mit ihren X-Talern insoweit die Abgabe einer Wertschätzung, die nicht objektiv sei. 14

Der Zahlungsanspruch beruhe auf § 12 Abs. 1 S. 2 UWG und einer Berechnung der anteiligen Personal- und Sachaufwendungen im Abmahnbereich. Dieser umfasse auch den Aufwand von Recherchen zur Vorbereitung einer Abmahnung. 15

Der Kläger beantragt, 16

die Beklagte zu verurteilen, 17

1. 18

es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen Ordnungsgeldes In Höhe von bis zu € 250.000,00 – ersatzweise Ordnungshaft – oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu unterlassen, geschäftlich handelnd 19

a) 20

in Anschreiben an die Bewohner der Residenz X auf die Heimversorgung hinzuweisen, wenn dies geschieht wie folgt 21

„Sollten Sie sich für eine andere Apotheke entscheiden kann die Residenz X keine Haftung übernehmen und Sie müssten das gesamte Rezeptmanagement selbständig organisieren. Beginnend mit der Kommunikation mit sämtlichen Ärzten bis hin zur Medikamenteneinnahme.“ 22

und/oder 23

b) 24

mit der Bezeichnung „Notdienst Apotheke Y“ zu werben und/oder werben zu lassen 25

und/oder 26

c) 27

mit der Angabe „Wussten Sie bereits, dass die Apotheke C Arzneimittel ganz individuell für Sie herstellt?“ zu werben und/oder werben zu lassen, wenn dies geschieht wie in der Anlage K 10, 28

und/oder 29

d) 30

für ein bei W abgegebenes „Like“ die Ausgabe von 2 geldwerten „X-Talern“ anzukündigen und/oder zu gewähren; 31

2. 32

an den Kläger € 299,60 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz gem. § 247 BGB seit dem 25.01.2020 zu zahlen. 33

Die Beklagte beantragt, 34

die Klage abzuweisen. 35

Die Beklagte ist der Ansicht, dass das Rundschreiben keine unlauteren Aussagen enthalte. Nach Auskunft der Heimaufsicht der Landeshauptstadt K gelte die Verpflichtung des Heims nach § 19 Abs. 1 S.1 Nr. 3 WTG zur Sicherstellung der ordnungsgemäßem und nutzerbezogenen Aufbewahrung der Arzneimittel etc. dann nicht, wenn sich die Heimbewohner selbst über eine Apotheke versorgen. Gemäß § 12a ApoG hafte das Heim nicht, wenn die Bewohner sich selbständig mit Arzneimitteln versorgten und dies nicht über einen mit dem Heim geschlossenen Vertrag nach § 12a Abs. 1 ApoG erfolge. Darauf dürfe die Beklagte hinweisen, insbesondere da diese Passage durch den Leiter des Heimes vorgeschlagen worden sei (Anlage B 2). Dessen Vorschlag habe die Beklagte sogar noch redaktionell überarbeitet, was zeige, dass es ihr nicht um eine Irreführung gegangen sei. 36

Die Textpassage zum selbständigen Rezeptmanagement bis hin zur Medikamenteneinnahme könne bei einem durchschnittlich informierten Verbraucher, der sich aufmerksam und verständig mit Werbung auseinandersetze, nicht zu der Fehlvorstellung führen, es helfe niemand mehr. Die Beklagte habe nie die Funktion anderer Apotheken als Ansprechpartner in Abrede gestellt. Sie habe nur zutreffend klargestellt, dass ein Dritter nicht Schuldner von Gewährleistungsansprüchen sei. Eine besondere Schutzbedürftigkeit älterer Personen könne nicht angenommen, da diese eher über eine große Lebenserfahrung verfügen. 37

Allein der Nachteil, der aus dem Nichtabschluss eines Vertrages resultiere, es also beim status quo verbleibe, sei für § 4 UWG nicht ausreichend. Die Fähigkeit, eine informierte Entscheidung zu treffen, werde nicht beeinträchtigt. Im Rundschreiben werde an mehreren Stellen, ebenso wie in dem Formblatt des Heims (Anlage K 3) die freie Entscheidung betont. 38

Die Bezeichnung Notdienst Apotheke sei nicht irreführend, da die Beklagte stets Notdienst übernehme, da sie zu Zeiten, bei denen eine Befreiung von der 24stündigen Öffnungspflicht nach § 23 ApoBO möglich wäre, diese nicht in Anspruch nehme. 39

Durch den Hinweis auf die Herstellung werde der Verbraucher lediglich daran erinnert, dass alle Apotheker Arzneimittel selbst herstellen. An dieser Klarstellung bestehe auch ein großes öffentliches Interesse. Dies zeige auch eine aktuelle Kampagne der ABDA-Bundesvereinigung deutscher Apothekerverbände e.V.. Ein Kontrahierungszwang bestehe nur im Rahmen des § 17 Abs. 4 ApoBO, jedoch nicht im Bereich der frei verkäuflichen Medikamente. Insoweit sei der Antrag zu weit gefasst, da die Beklagte auf diese freiwillige Leistung hinweisen dürfe. 40

Bewertungen und „Likes“ seien immer nur subjektive Einschätzungen, die aus Sicht des Verbrauchers kein erhöhtes Vertrauen begründen würden. Durch die Einlösung der Gegenleistung des Talers in der Apotheke sei auch ausgeschlossen, dass „Likes“ ohne Bezug zur Apotheke verteilt würden. 41

Ein Anspruch auf Aufwendungsersatz stehe dem Kläger nicht zu. Jedenfalls sei er aber in der Höhe zu kürzen, soweit damit Kosten erstattet werden sollen, die auf außerhalb der Abmahnung liegende Sachverhalte und Tätigkeiten entfielen. Dies betreffe hier den eingeräumten allgemeinen Rechercheaufwand des Klägers sowie denjenigen für die Fälle, die von der Beschwerdestelle weitergeleitet würden. 42

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst den vorgelegten Anlagen sowie das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 03.09.2020 (Bl. ### f. d.A.) verwiesen. 43

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e : 44

Die Klage ist zulässig und überwiegend begründet. 45

I. 46

Die Klage ist zulässig. Insbesondere ist der Kläger ein rechtsfähiger Verband im Sinne des § 8 Abs. 3 Ziff. 2 UWG und als solcher seit vielen Jahren von den Gerichten als klagebefugt anerkannt (vgl. zur Tätigkeit näher Köhler, in: Bornkamm/Köhler, UWG, 38. Aufl., Einl. Rn 2.45). 47

II. 48

1. 49

Dem Kläger stehen mit Ausnahme des Antrags 1 c) gegen die Beklagte Unterlassungsansprüche nach § 8 Abs. 1 UWG zu. Darüber hinaus ist die Klage unbegründet. 50

a. 51

Der Kläger hat einen Anspruch gegen die Beklagte auf Unterlassung der Verwendung der angegriffenen und im Tenor unter 1 a) näher aufgeführten Aussagen gegenüber den Heimbewohnern in dem am 01.08.2019 verteilten Rundschreiben, da diese irreführend sind und gegen § 5 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 3 UWG verstoßen. 52

Gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 UWG handelt unlauter, wer eine irreführende geschäftliche Handlung vornimmt, die geeignet ist, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer gerichtlichen Entscheidung zu veranlassen, die er anderenfalls nicht getroffen hätte. Eine geschäftliche Handlung ist irreführend, wenn sie unwahre Angaben enthält oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben über die in Ziffer 1. im Einzelnen genannten Umstände enthält. 53

Die Beklagte hat mit der Verteilung des werbenden Rundschreibens an die Heimbewohner eine geschäftliche Handlung vorgenommen, die irreführend ist. Der Text suggeriert den angesprochenen Heimbewohnern, dass ihnen erhebliche Nachteile entstünden, wenn sie sich nicht für die Beklagte als versorgende Apotheke entschieden. Dies solle beginnen mit der fehlenden Haftung des Heims, der Notwendigkeit einer selbständigen Organisation des Rezeptmanagements und der Kommunikation mit den Ärzten bis hin zur Medikamenteneinnahme. Diese Aussagen sind jedoch unwahr, da das Heim auch im Falle der Wahrnehmung der Heimversorgung durch die Beklagte nicht für die bereit gestellten Arzneimittel haftet. Ein Verständnis im Sinne des Ausschlusses für Unfälle auf dem Weg zur Apotheke findet im Text keinen Anhalt und erscheint fern liegend. Andererseits ist das 54

Pflegeheim jedoch aufgrund der mit den Bewohnern geschlossenen Pflegeverträge verpflichtet, diese im Rahmen der Pflegedienstleistungen bei der Medikamenteneinnahme zu unterstützen, unabhängig davon, von wem diese Arzneimittel bezogen wurden. Insoweit kann das Pflegeheim bei Fehlern auch eine Haftung treffen, die nicht von der Nutzung der Heimversorgung beeinflusst werde. Dies gilt auch für die Hilfe bei einer etwa notwendigen Kommunikation mit den Ärzten. Auch wenn die Inanspruchnahme des Heimversorgungsvertrages praktische Vorteile bieten mag, ist im Einzelfall auch die Belieferung durch Boten einer anderen Apotheke möglich. Angesichts der angesprochenen Nachteile, die bei der Gruppe der Bewohner eines Pflegeheims, die auf Unterstützung in besonderem Maße angewiesen sind, geeignet sind, besondere Ängste auszulösen, kann auch der ebenfalls enthaltene Hinweis auf die freie Apothekenwahl nach § 12a Abs. 3 ApoG nicht mehr entlasten und den Druck, den die irreführenden Äußerungen auslösen, nicht aufheben. Insoweit ist die angesprochene Zielgruppe des Rundschreibens auch herausgehoben aus der allgemeinen Gruppe älterer Menschen, die möglicherweise aufgrund ihrer Lebenserfahrung sich durch solche Werbeaussagen nicht beeindrucken lassen.

Da die beanstandete Aussage suggeriert, dass der betroffene Heimbewohner vom Heim gänzlich allein gelassen werde mit seiner Kommunikation mit Ärzten und der Medikamenteneinnahme, kommt es auch nicht auf die Reichweite von § 19 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Wohn- und Teilhabegesetz NRW an. Dieser hat auf die vertragliche Beziehung des Heimbewohners zu seinem Heim keinen Einfluss. 55

Soweit die Beklagte sich darauf beruft, dass die maßgebliche Textpassage von dem Leiter des Seniorenheims stamme, kann sie dies nicht entlasten, da sie den Text als eigenen übernommen und damit dessen Wirkungen in Kauf genommen hat. 56

b. 57

Der Kläger hat einen Anspruch gegen die Beklagte auf Unterlassung der Werbung mit der Bezeichnung „Notdienst Apotheke Y“, da diese irreführend ist und als Wettbewerbsverstoß gegen § 5 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 3 UWG verstößt. 58

Mit der auf der Wseite verwendeten Überschrift „Notdienst Apotheke Y“, die auch im Text wiederholt wird, nimmt die Beklagte ein Alleinstellungsmerkmal in Anspruch, das die Beklagte nicht hat. Diese Bezeichnung bezieht sich auch nicht auf die im Vergleich zu anderen Apotheken verlängerten Öffnungszeiten bis 22.00 Uhr, sondern im Text heißt es „Regelmäßig übernehmen wir den Notdienst als Apotheke in Y, um noch häufiger für Sie da zu sein.....“ Dies suggeriert, dass es eine Besonderheit der Beklagten sei, regelmäßig am Notdienst beteiligt zu sein. Dies ist unzutreffend, da sich alle Apotheken in Y an dem Notdienst beteiligen. Notdienst bedeutet insoweit nach allgemeinem Verständnis, dass die Apotheke in den Nachtstunden und/oder an Sonn- und Feiertagen geöffnet haben, wenn sie sonst von der regelmäßigen Dienstbereitschaft nach § 23 ApoBO befreit sind. Allein die verlängerte Öffnungszeit bis 22.00 Uhr, die auch einen Zeitraum erfasst, in dem eine Befreiung von der allgemeinen Dienstbereitschaft besteht, wird von den allgemeinen Verkehrskreisen nicht mit dem Begriff des Notdienstes in Verbindung gebracht, der sich maßgeblich auch an den veröffentlichen Notdienstplänen der Apotheken orientiert. 59

c. 60

Der Kläger hat einen Anspruch gegen die Beklagte auf Unterlassung der Ankündigung oder Gewährung von zwei geldwerten „Schloss-Talern“ für die Abgabe eines „Likes“ auf W, da diese irreführend sind und gegen § 5 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 3 UWG verstoßen. 61

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass eine Werbung mit bezahlten Empfehlungen Dritter unzulässig ist, wenn dieser Umstand nicht offengelegt wird. Äußerungen Dritter wirken in der Werbung objektiv und werden daher im Allgemeinen höher bewertet als eigene Aussagen des Werbenden. Ein Kunde, der eine Empfehlung ausspricht, muss daher in seinem Urteil frei und unabhängig vom Werbenden sein. Diese Grundsätze gelten auch für die Verwendung eines „Like-Buttons“ auf der W-Plattform. Auch diesem wohnt eine positive Bewertung inne, auch wenn sie nicht mit einem weiteren Text verbunden ist und mit der Abgabe von „Likes“ keine überprüfbaren Tatsachen verbunden sind. Die Zahl der „Likes“ spiegelt dennoch im allgemeinen Bewusstsein schon eine gewisse Beliebtheit wieder, die mittelbar auch auf eine Kundenzufriedenheit schließen lässt. Daher sind sowohl die Werbung mit gekauften „Likes“ als auch der Kauf von „Likes“ ebenfalls als wettbewerbswidrig anzusehen (LG Stuttgart v. 08.06.2014 - 37 O 34/14 - und OLG Frankfurt, Urt. v. 16.05.2019 - 6 U 14/19-). 62

Das Angebot der „X-Taler“ stellt auch einen geldwerten Vorteil dar. Dabei ist es unerheblich, ob zu deren Einlösung möglicherweise noch weitere eigene finanzielle Mittel eingesetzt werden müssen, da der Vorteil der Taler damit nicht in Frage gestellt wird. 63

d. 64

Die Klage ist jedoch unbegründet, soweit die Klägerin die Werbung der Beklagten mit der Aussage „Wussten Sie bereits, dass die Apotheke C Arzneimittel ganz individuell für Sie herstellt?“ untersagen lassen möchte. Darin liegt keine irreführende Werbung im Sinne der §§ 3, 5 Abs, 1 Nr. 1 UWG und kein Verstoß gegen § 3 UWG i.V.m. Nr. 10 des Anhangs zu § 3 UWG vor. 65

Entgegen der Ansicht des Klägers handelt es sich bei der hier in Frageform erfolgten werblichen Aussage nicht um eine Irreführung. Der Hinweis auf die eigene Herstellung von Arzneimitteln beschränkt sich nicht auf den Bereich, in dem die Beklagte zur Herstellung gesetzlich verpflichtet ist. 66

Grundsätzlich können auch objektiv richtige Angaben nach § 5 Abs. 1 UWG unzulässig sein, wenn sie bei einem erheblichen Teil der maßgeblichen Verkehrskreise einen unrichtigen Eindruck erwecken. Dieser unrichtige Eindruck kann auch dadurch entstehen, dass etwas Selbstverständliches in einer Weise betont wird, dass der Adressat der Werbung einen besonderen Vorzug der Leistung vermutet. Insoweit kann die Werbung mit einer Leistung, zu der der Werbende gesetzlich verpflichtet ist, in diesem Sinne irreführend sein. 67

Die Werbeaussage bezieht sich jedoch nicht nur auf eine Leistung, zu der die Beklagte gesetzlich verpflichtet ist. Nach § 17 Abs. 4 ApoBO müssen Apotheker Verschreibungen von Angehörigen der Heilberufe ausführen. Darin erschöpft sich die Werbeaussage jedoch nicht. Diese erfasst vielmehr auch den Bereich der nicht verschreibungspflichtigen Arzneimittel. In diesem Bereich kann der Apotheker aufgrund seiner pharmazeutischen Kenntnisse selbst individuell für den Patienten Arzneimittel herstellen. Diese im Alltag der Arzneimittelbeschaffung durch Fertigprodukte zurückgetretene Methode darf legitimerweise in Erinnerung gerufen werden, da sie über die gesetzliche Verpflichtung hinausgeht. Da die Produkte individuell vom Apotheker für den Patienten hergestellt werden, können diese nicht als Produkt beworben werden, so dass es gerechtfertigt erscheint, insoweit die Herstellungsmethode durch den Apotheker bewerben zu lassen, um auf diese Leistung aufmerksam zu machen. Insoweit ist die Werbeaussage auch nicht irreführend, indem sie keine Differenzierung zwischen verschreibungspflichtigen und nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln vornimmt. Ein Anreiz zum Erwerb eines individuell hergestellten Arzneimittels wird sich ohnehin vor allem auf den nicht verschreibungspflichtigen Bereich beziehen, da im 68

Übrigen eine freie Erwerbsmöglichkeit nicht besteht, sondern es der ärztlichen Entscheidung über die Verordnung bedarf.

Aus den vorgenannten Gründen liegt auch kein Verstoß gegen § 3 UWG i.V.m. Nr. 10 des Anhangs zu § 3 UWG vor. 69

2. 70

Der Kläger hat darüber hinaus aus § 12 Abs. 1 S. 2 UWG einen Anspruch auf Zahlung von 299,60 € als Ersatz der erforderlichen Aufwendungen für die Abmahnung vom 08.08.2019. Der Kläger hat die Beklagte mit Schreiben vom 08.08.2019 wegen des im Tenor zu 1 a) wiedergegebenen Wettbewerbsverstosses erfolglos zur Unterlassung aufgefordert. Da diese Abmahnung berechtigt war, steht dem Kläger nach § 12 Abs. 1 S. 2 UWG der Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Aufwendungen zu. Dem steht zunächst nicht entgegen, dass der Kläger eine weitere Abmahnung wegen weiterer Wettbewerbsverstöße ausgesprochen hat, die sich nicht in vollem Umfang als berechtigt erwiesen hat. Diese Abmahnung betraf einen anderen Gegenstand und hatte daher keinen Einfluss auf den bereits entstandenen Aufwendungsersatzanspruch. 71

Der Anspruch besteht in Höhe der geltend gemachten Kostenpauschale von 280,00 € zzgl. 7 % MWSt. Der Kläger hat die Zusammensetzung der auf den Abmahnbereich im Jahre 2018 entfallenden Personal- und Sachkosten substantiiert und nachvollziehbar nach den für diesen Verein anerkannten Maßstäben dargelegt. Unabhängig davon, ob auch Aufwendungen für die allgemeinen Recherchen vor einer Abmahnung zu den ersatzfähigen Kosten gehören, hat der Kläger dargelegt, dass dies nur einen geringen Teil der Aufwendungen des Abmahnbereiches ausmache. Da von den rechnerisch ermittelten Kosten von 712,80 € pro Abmahnung nur ein Betrag von 280,00 € netto geltend gemacht wird, kann dieser Betrag auch zur Grundlage einer gerichtlichen Schätzung der Kostenpauschale herangezogen werden. Für einen größeren Umfang der Recherchetätigkeit innerhalb des Abmahnbereichs bestehen keine Anhaltspunkte. 72

Der Zinsanspruch folgt aus §§ 291, 288 Abs. 1 BGB als Rechtshängigkeitszins. 73

III. 74

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 2 ZPO, wobei die beanstandeten Äußerungen im Hinblick auf die Kostenverteilung nach dem Maß des Obsiegens und Unterliegens als gleichbedeutend angesehen werden. 75

Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus § 709 ZPO. 76

Streitwert: € 25.000,00 77

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE