

Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg

Urteil vom 14.02.2013, 3 U 24/12 - Massagesessel

Gründe:

I.

Die Parteien sind Pharmaunternehmen und stehen miteinander im Wettbewerb im Bereich der Analgetika. Die Antragstellerin vertreibt als Vertriebsgesellschaft und 100%ige Tochter der ... in Deutschland verschiedene apothekenpflichtige Analgetika, u. a. Aspirin und Aktren. Die Antragsgegnerin ist eine Tochtergesellschaft des ... und als solche verantwortlich für den Vertrieb von OTC-Arzneimitteln, also solchen, die apotheken-, aber nicht verschreibungspflichtig sind. Unter der Dachmarke V. vertreibt sie sechs verschiedene Arzneimittel zur Schmerzlinderung, Entzündungshemmung und Rebersenkung, die den Wirkstoff Diclofenac enthalten, der zur Gruppe der sogenannten nichtsteroidalen Antirheumatika gehört.

In dem vorliegenden Verfahren streiten die Parteien darüber, ob die Antragsgegnerin ihre V.-Produkte gegenüber Apothekern in wettbewerblich zulässiger Weise durch kostenlose Zurverfügungstellung eines professionellen Massagesessels beworben hat und bewerben durfte.

Die Antragsgegnerin bewarb im Herbst 2011 über einen Flyer gemäß der Anlage AS 4 ihre „V.-Massage-Lounge“. Danach sollte „Die V. Massage-Lounge für Sie: hier in Ihrer Apotheke*“ zur Verfügung gestellt werden, d. h. in der Zeit vom 17.10.-23.10.2011 sollten Kunden die Möglichkeit haben, sich in der Apotheke in einem kostenlos zur Verfügung gestellten professionellen Massagesessel, der von einer weißen Abgrenzung umgeben war, die auf der Außenseite großflächig mit der Marke „V.“ beschriftet war, jeweils fünf Minuten massieren zu lassen. Anlieferung, Aufbau, Einweisung in die Funktion und Abholung sollten ebenfalls kostenlos durch die Antragsgegnerin erfolgen.

Die Antragstellerin erfuhr von dieser konkreten Werbung (Flyer Anlage AS 4), die sie als gegen § 7 HWG verstoßende Produktwerbung einstufte und daher für unlauter hielt, Mitte Oktober 2011. Über eine Internetrecherche erlangte sie weiter Kenntnis davon, dass es zuvor (ab April 2011) bereits weitere vergleichbare Angebote der Antragsgegnerin gegeben hatte (Anlagenkonvolut AS 5), Deshalb nahm sie Kontakt mit der Antragsgegnerin auf. Diese gab in der Folge am 28.10.2011 die von der Antragstellerin für unzureichend erachtete

Unterlassungserklärung gemäß der Anlage AS 10 ab, die sich auf einen ganz konkreten Text eines von einem Apotheker modifizierten Werbeflyers bezog. Nach erfolgloser Aufforderung zur Abgabe einer weitergehenden Unterlassungserklärung (Anlagen AS 9 - AS 11) hat die Antragstellerin am 07.11.2011 beim LG Hamburg (LG HAMBURG Aktenzeichen 327 O 546/11) eine einstweilige Verfügung erwirkt, mit der es der Antragsgegnerin bei Androhung der gesetzlich vorgesehenen Ordnungsmittel verboten worden ist,

geschäftlich handelnd Arzneimittel der Produktreihe V. damit zu bewerben und/oder bewerben zu lassen, dass an Apotheken ein mit der Marke „V.“ gekennzeichneter Massagesessel zur Eigennutzung und/oder zur Bewerbung und Zurverfügungstellung gegenüber dem Endverbraucher kostenlos zur Verfügung gestellt wird.

Hiergegen hat die Antragsgegnerin mit am 15.11.2011 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz Widerspruch eingelegt.

Der Antragsgegnerin hat die Auffassung vertreten, es liege keine unter den Anwendungsbereich des § 7 HWG fallende Produktwerbung vor, da unter der Dachmarke V. mehrere in ihrem Anwendungsbereich völlig unterschiedliche Arzneimittel vertrieben würden. Durch die Kennzeichnung des Sessels als „V. Massage Lounge“ werde nur für die Marke V. geworben, hingegen fehle es an einem konkreten Produktbezug, so dass keine Werbung für ein konkretes Arzneimittel vorliege.

Zudem handele es sich bei der Zurverfügungstellung des Massagesessels bloß um eine zulässige Werbehilfe für Apothekenkunden, nicht hingegen um eine unentgeltliche Vergünstigung für Apotheker. Die Kunden betrachteten das Angebot nicht als Werbemaßnahme des Apothekers. Darüber hinaus könne schon deshalb nicht von einer unentgeltlichen Zuwendung an Apotheker die Rede sein, weil diese nach den Teilnahmebedingungen (Anlage B 2) für den Sessel den erforderlichen Platz und zudem Betriebsstrom zur Verfügung stellen, also erhebliche Eigenleistungen erbringen müssten, die durch den - rechtlich ohnehin unerheblichen - innerbetrieblichen Zweitnutzen voll kompensiert würden. Überdies sei eine derartige Werbeaktion handelsüblich. Schließlich fehle es an einer geldwerten Vergünstigung gegenüber dem Apotheker. Die Antragsgegnerin zahle nicht für das Angebot, die teilnehmenden Apotheker ersparten aber auch nichts. Denn ohne das Angebot der Antragsgegnerin würden Apotheker eine entsprechende Maßnahme nicht durchführen.

Im Übrigen sei der abstrakt gefasste Antrag unbegründet, denn für die Variante „zur Eigennutzung“ fehle es ausweislich der Teilnahmebedingungen (Anlage B

2) an einer Wiederholungsgefahr. Der Antrag verfehle zudem den Verbotsgehalt des § 7 HWG, wenn der Apotheker eine sonstige adäquate Gegenleistung erbringe.

Die Antragsgegnerin hat daher beantragt,

die einstweilige Verfügung des Landgerichts Hamburg vom 07.11.2011 aufzuheben und den auf ihren Erlass gerichteten Antrag der Antragstellerin vom 04.11.2011 zurückzuweisen.

Die Antragstellerin hat beantragt,

die einstweilige Verfügung zu bestätigen.

Sie hat weiter die Meinung vertreten, bei der den Apothekern kostenlos zu Werbezwecken zur Verfügung gestellten „V. Massage Lounge“ handele es sich um eine Werbegabe mit offensichtlichem Produktbezug. Dies ergebe sich schon daraus, dass auf dem Massagesessel allein die Marke der Antragsgegnerin angebracht sei, mit der sowohl Fachkreise als auch Laien bestimmte Arzneimittel der Antragsgegnerin in Verbindung brächten. Auch bei der Bewerbung des gesamten Produktsortiments eines Herstellers liege ein Produktbezug im Sinne von § 7 Abs. 1 S. 1 HWG vor. Insbesondere liege keine bloße Imagewerbung für die Antragsgegnerin vor, da diese nicht einmal erwähnt werde.

Für die Beurteilung, ob die Zuwendung geringwertig i. S. d. § 7 HWG sei, könne es zudem nicht auf die Sicht des mittelbar begünstigten Endkunden ankommen. Entscheidend sei vielmehr die Sichtweise des begünstigten Apothekers, für den der Massagesessel einen deutlich höheren Werbewert bedeute.

Hinsichtlich des unstreitigen und streitigen Sachverhaltes in der Eingangsstanz im Übrigen wird auf den Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils verwiesen und Bezug genommen.

Das Landgericht hat die einstweilige Verfügung mit Urteil vom 22.12.2011 bestätigt und zur Begründung ausgeführt, dass die Antragstellerin ihren Verbotsantrag auf §§ 8, 3, 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit § 7 HWG stützen könne.

Hinreichend bestimmter Streitgegenstand sei nach Antragsfassung und unter Heranziehung der Antragsbegründung die Bewerbung der Produktreihe V. durch die kostenlose Zurverfügungstellung eines professionellen Massagesessels mit folgenden Merkmalen:

- Apothekern werde für einen Zeitraum von bis zu zwei Wochen die sogenannte, mit der Marke V. gekennzeichnete „V.-Massage-Lounge“ kostenlos, d. h. ohne Gegenleistung zur Verfügung gestellt

- Anlieferung, Aufbau, Einweisung in die Funktion und Abholung des Massagesessels sowie des ihn umgebenden Sichtschutzes erfolgten durch die Antragsgegnerin

- Der Massagesessel könne von den Apothekern und ihren Mitarbeitern selbst uneingeschränkt und darüber hinaus dazu genutzt werden, die Serviceleistungen der Apotheke gegenüber dem Endkunden besonders anzupreisen. Der Antragstellerin gehe es also darum, die konkret beanstandete Werbeaktion verbieten zu lassen.

Die kostenlose Überlassung des Massagesessels sei eine gemäß § 7 Abs. 1 S. 1 HWG unzulässige Zuwendung an den Apotheker. Die Maßnahme sei nicht bloß Imagewerbung, sondern habe Produktbezug. Denn die Werbung unter der Marke „V.“ diene der gezielten Absatzförderung konkret bestimmbarer Produkte aus dem Hause der Antragsgegnerin. Der Verkehr assoziiere mit dem Zeichen „V.“ verschiedene Arzneimittel einer Produktreihe zur Schmerzlinderung. Auch sei die kostenlose Zurverfügungstellung des Massagesessels keine bloß geringwertige Zuwendung, wobei nicht auf den Wert für den durch die Massage begünstigten Apothekenkunden, sondern auf den Vorteil für den unmittelbar begünstigten Apotheker abzustellen sei. Denn die Antragstellerin habe glaubhaft gemacht (vgl. Anlage AG 7), dass der Apotheker - wollte er eine vergleichbare werbewirksame Leistung mit eigenen Mitteln erbringen - für Transport und Miete eines Massagesessels im genannten Zeitraum mindestens 150,- Euro aufwenden müsste. Den Apothekern werde für die Zurverfügungstellung des Massagesessels auch keine adäquate Gegenleistung abverlangt. Das Vorhalten des Platzes und die Bereitstellung des Betriebsstroms seien notwendige Teilnahmevoraussetzungen und nicht als Gegenleistung anzusehen. Daneben handele es sich bei der Zurverfügungstellung des Massagesessels auch offensichtlich nicht um eine handelsübliche Nebenleistung i. S. v. §7 Abs. 1, S.1 Nr. 3 HWG. Schließlich sei die Wiederholungsgefahr durch die am 28.10.2011 abgegebene Unterlassungserklärung nicht ausgeräumt worden, weil diese sich nur auf einen von einem Apotheker modifizierten Flyer (Anlage AS 10) beziehe, die Antragsgegnerin an der Werbeaktion aber grundsätzlich festhalte. Außerdem bestehe Erstbegehungsgefahr in der Zweckvariante „zur Eigennutzung“, denn diese sei weder durch die Teilnahmebedingungen ausgeschlossen noch völlig fernliegend.

Gegen diese Wertung des Landgerichts wendet sich die Antragsgegnerin mit ihrer frist- und formgerecht eingelegten Berufung. Sie macht zunächst geltend, dass der Verbotstenor zu weit gehe. Zwar habe das Landgericht den Verbotstenor im Wege der Auslegung mit seiner Urteilsbegründung eingeschränkt. Dies sei jedoch unzureichend, weil sich die Einschränkungen nicht dem Tenor, sondern erst der Begründung entnehmen ließen. Zudem enthalte das Verbot Zweckvarianten („zur Eigennutzung“ und „Zurverfügungstellung gegenüber dem Endverbraucher“), deren vermeintliche Unlauterkeit nicht begründet werde.

Inhaltlich zu Unrecht habe das Landgericht das Vorliegen einer angeblich unsachlichen Beeinflussung der Apotheker entgegen § 7 HWG angenommen und dabei schon das Grundkonzept der Werbeaktion, die allein der Steigerung des Bekanntheitsgrades der Dachmarke „V.“ gegenüber dem Endverbraucher unter bloßer Einschaltung des Apothekers - da die Antragsgegnerin nicht über eigene, öffentlich zugängliche Ladenlokale verfüge - als „Multiplikator“/„Erfüllungsgehilfe“ gedient habe, verkannt. Tatsächlicher und einziger Zuwendungsempfänger sei allein der Endverbraucher gewesen. Die in der Apotheke aufgestellte „V.-Massage-Lounge“ werde vom Endverbraucher ganz überwiegend als Werbung für den Hersteller der V.-Arzneimittelserie angesehen. Dass damit daneben möglicherweise für den Apotheker eine Bewerbung der eigenen Apotheke verbunden sei, trete demgegenüber zurück, so dass die Massage-Lounge-Aktion als eine nach der Rechtsprechung zulässige Werbehilfe anzusehen sei. Darüber hinaus liege auch keine Zuwendung im Sinne eines geldwerten Vorteils vor. Denn es fehle schon an der Ersparnis von Aufwendungen, weil der Apotheker - wie schon erstinstanzlich vorgetragen und von der Antragstellerin nicht bestritten - von sich aus eine solche Aktion nicht durchführen würde. Nach der Rechtsprechung sei indes vorausgesetzt, dass eine Ersparnis von Aufwendungen tatsächlich festgestellt werde.

Insbesondere aber habe das Landgericht zu Unrecht eine Absatzförderung zugunsten bestimmter Produkte bei den Apotheken angenommen. Denn vorliegend beziehe der angesprochene Verkehr die Werbung eindeutig auf den Hersteller der verschiedenen V.-Arzneimittel und damit auf die Antragsgegnerin. Abgesehen davon, dass diese auf den Teilnahmebedingungen (Anlage B 2) ausdrücklich genannt werde, werde V. sogar isoliert als Herstellerhinweis verstanden; dies zeigten z. B. die Sponsorenhinweise der ... Pharmacy (Anlage AS 5 = AG 4), wo neben anderen Firmen nicht die Antragsgegnerin, sondern „V.“ als Sponsor genannt werde. Im Übrigen reiche die allgemeine Assoziation verschiedener unter einer Dachmarke vertriebener Arzneimittel eines bestimmten Indikationsbereichs gerade nicht für die Annahme einer dem HWG unterstellten Produktwerbung aus. Auch stütze die BGH-Entscheidung „DeguSmiles &

more“ die gegenteilige Rechtsauffassung des Landgerichts nicht. Denn danach sei eine bloße Sortimentswerbung nur dann Produktwerbung i. S. des HWG, wenn die Zuwendungen mit dem Erreichen bestimmter Zwecke verknüpft seien. Dies sei aber bei der streitgegenständlichen Werbeaktion unstreitig gerade nicht der Fall, weil die Teilnahme an der Massagesessel-Aktion nicht von Bestellungen abhängig gemacht worden sei.

Deshalb und weil weder vorgetragen noch sonst ersichtlich sei, dass die Teilnahme an der Aktion zu einer bevorzugten Empfehlung der V.-Produkte der Antragsgegnerin führe, drohe durch die streitgegenständliche Werbeaktion nicht die - nach der BGH-Rechtsprechung für einen Verstoß gegen § 7 HWG geforderte - Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung der Apotheker. Abgesehen davon, dass die Apotheker die Investition von sich aus gar nicht tätigten (s. o.), habe das Landgericht schließlich zu Unrecht angenommen, dass die Zurverfügungstellung des Massagesessels für die Apotheker einen Wert von ca. 150,- Euro habe. Denn dies lasse unberücksichtigt, dass der unübersehbare Werbeaufdruck auf dem Sessel den messbaren Wert der Zuwendung „gegen Null“ sinken lasse, weil aus Sicht der Kunden nicht der Apotheker, sondern der Hersteller von V. als Wohltäter angesehen werde. Die adäquate Gegenleistung des Apothekers liege vielmehr darin, dass er der Antragsgegnerin in seiner Apotheke eine Werbeplattform zur Verfügung stelle. Deshalb könne von einer unentgeltlichen Zuwendung keine Rede sein, denn Leistung (Zurverfügungstellung des Massagesessels) und Gegenleistung (Bieten einer Werbeplattform gegenüber dem Endverbraucher) stünden in einem adäquaten Verhältnis zueinander. Nicht nachvollziehbar sei daher auch die Annahme des Landgerichts, dass die Eigenleistungen - als notwendige Teilnahmevoraussetzung - nicht als Gegenleistung anzusehen wären. Denn diese Eigenleistungen kämen der Antragsgegnerin sehr wohl zugute; sie sorgten für die Erhöhung des Bekanntheitsgrades der Antragsgegnerin.

Schließlich übergehe das Landgericht streiterheblichen Sachvortrag der Antragsgegnerin, wenn es die Handelsüblichkeit i. S. von § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 HWG kurz ablehne. Denn die Antragsgegnerin habe bereits auf S. 6 und 9. des Schriftsatzes vom 19.12.2011 darauf hingewiesen, dass die Durchführung und Bewerbung von herstellerfinanzierten Werbeaktionen durch Apotheken an der Tagesordnung sei.

Wenn die Antragstellerin die angebliche Unlauterkeit der Zurverfügungstellung des Massagesessels aus den von den Apothekern selbst gestalteten werblichen Ankündigungen herleite, übersehe sie, dass sie diese bisher weder zum Gegenstand des Verbotsantrages gemacht noch sich dazu geäußert habe, warum die Antragsgegnerin für die inhaltliche Ausgestaltung dieser Werbung verantwort-

lich sein solle. Auch für eine Zurechnung nach § 8 Abs. 2 UWG habe die Antragstellerin nichts vorgetragen.

Letztlich sei der Antragstellern bis „irgendwann Mitte Oktober 2011“ auch mindestens grob fahrlässig verborgen geblieben, dass die beanstandete Werbeaktion unstreitig bereits seit April 2011 lief. Denn zum einen seien die werblichen Ankündigungen im Internet leicht auffindbar gewesen. Zum anderen sei die Massage-Lounge derart auffällig, dass nahezu ausgeschlossen sei, dass der Außendienst der Antragstellerin bei seinen Apothekenbesuchen die Aktion nicht gesehen habe. Dies gelte namentlich, da sich die Antragstellerin in der eidesstattlichen Versicherung eines bei ihr beschäftigten Brand-Managers vom 09.08.2012 (Anlage AG 9) gerade einer engmaschigen Wettbewerbsüberwachung rühme.

Die Antragsgegnerin beantragt,

das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 22.12.2011 (327 O 564/11) abzuändern und die einstweilige Verfügung des Landgerichts Hamburg vom 07.11.2011 (327 O 564/11) aufzuheben.

Die Antragstellerin beantragt,

die Berufung der Antragsgegnerin gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 22.12.2011 zurückzuweisen.

Die Antragstellerin wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag und macht ergänzend geltend, dass die Bereitstellung des Massagesessels mit all den diese Maßnahme flankierenden Leistungen eine Werbegabe gemäß § 7 HWG bzw. die Gewährung eines materiellen Vorteils an eine zur Abgabe von Arzneimitteln berechnete Person gemäß Art 94 des Humanarzneimittelkodexes darstelle. Die Massagesessel hätten für die Apotheken einen eigenen erheblichen Vorteil dargestellt; sie seien von den teilnehmenden Apotheken dazu genutzt worden, ihre Apotheke zu bewerben und von anderen Apotheken durch das Angebot einer temporären Sonderleistung gegenüber den Endkunden abzugrenzen. Dies ergebe sich schon aus der Werbung der Apotheken für dieses Zusatzangebot (Anlage AS 5). Überdies aber empfehle die Antragsgegnerin den Apothekern in ihren Teilnahmebedingungen, die Massage-Lounge zum Zwecke der „Kundenbindung“ und der „besonders guten Beratungsmöglichkeit“ bereitzuhalten. Der Apotheker erhalte von der Antragsgegnerin also einen Anreizpunkt für die Bewerbung der Apotheke und ziehe hieraus einen eigenen wirtschaftlichen Vorteil; unzutreffend (wie sich i. Ü. schon aus den eigenen Teilnahmebedingungen ergebe s. o.) sei daher die Ansicht der Antragsgegnerin,

der Apotheker erhalte für die Bereitstellung des Sessels nichts, handele vielmehr nur als Bote allein im Interesse der Antragsgegnerin. Für die Annahme einer unzulässigen Werbegabe genüge es, dass von der Gabe für den Apotheker ein Zweitnutzen aus der Überlassung herrühre; dieser müsse - anders als die Antragsgegnerin meine ~ nicht Überwiegend sein.

Das in Rede stehende Verhalten der Antragsgegnerin stelle sich nicht als Imagewerbung dar. irrelevant sei, dass die Unternehmensbezeichnung in den Teilnahmebedingungen genannt sei; entscheidend sei vielmehr, dass der Massagesessel mit dem Schriftzug „V.“ gekennzeichnet sei und dadurch der Apotheker seinen erlangten Vorteil in unmittelbaren Bezug zu den unter der Marke „V.“ angebotenen Arzneimittel bringe. Zudem sei V. beim angesprochenen Verkehr und gerade bei Apothekern als Marke von sechs verschiedenen Arzneimitteln bekannt, so dass schon deshalb Produktbezug bestehe.

Unzutreffend sei auch das Argument der Antragsgegnerin, eine produktbezogene Werbung verlange, dass die Zuwendung unmittelbar an bestimmte Umsätze oder den Warenabsatz geknüpft sei. Dafür gebe es keine gesetzliche Grundlage. Vielmehr genüge es auch und gerade in Anbetracht der neuesten BGH-Rechtsprechung (BGH GRUR 2012, 1279 - „Das große Rätselhaft“), dass die Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung abstrakt i. S. einer Individuellen Beeinflussbarkeit der Zuwendungsempfänger bestehe. Dies liege hier auf der Hand. Denn Werbegaben wie die kostenlose Zurverfügungstellung eines Massagesessels für Kunden in den eigenen Apothekenräumen seien nicht üblich und ermöglichten den Apothekern, sich von ihren Mitbewerbern abzuheben. Dass dieser Umstand die teilnehmenden Apotheker der Antragsgegnerin geneigt in dem Sinne machen könne, den Absatz ihrer Produkte zu fördern, liege nahe. Die Qualifikation der Zuwendung der Antragsgegnerin als unzulässige Werbegabe scheitere auch nicht daran, dass der Apotheker von sich aus eine solche Aktion nicht durchgeführt hätte, also dann auch keinerlei Aufwendungen gehabt hätte. Darauf komme es nämlich nicht maßgeblich an, weil die Antragsgegnerin den teilnehmenden Apotheken die Möglichkeit gebe, die eigene Apotheke als „Stätte eines events“, als Ort für Entspannung und Wellness darzustellen und aktiv zu bewerben. Hierin liege der materielle Vorteil.

Auch sei die von der Antragsgegnerin zur Verfügung gestellte Leistung nicht geringwertig. Die Beschriftung der Massage-Lounge mit „V.“ mindere den Verkehrswert der Überlassung nicht „gegen Null“, sondern führe allenfalls zu einer die Geringwertigkeitsgrenze nicht erreichenden, maßvollen Wertreduzierung. Denn insbesondere mindere die Verwendung der Marke „V.“ auf dem Massagesessel nicht dessen Gebrauchsnutzen und sei auch nicht geeignet, den Apotheker davon abzuhalten, die Massagelounge als eigene Leistung zu bewerben.

Schließlich erbrächten die Apotheker auch keine adäquate Gegenleistung an die Antragsgegnerin. Diese liege insbesondere nicht in der Ermöglichung der Wahrnehmung des V.-Massagesessels durch den Endverbraucher. Denn die Apotheke selbst wolle die Werbemöglichkeit mit Hilfe des Massagesessels nutzen.

Letztlich sei die Werbegabe - der über mehrere Tage erfolgte Betrieb eines professionellen Massagesessels - auch nicht handelsüblich.

Auch sei der Unterlassungstenor nicht zu beanstanden. Zunächst sei er ausreichend bestimmt. Denn er spiegele das tatsächlich zu verbietende Verhalten hinreichend deutlich wider. Ergänzt werde dies durch die zur Auslegung heranzuziehende Verbotsbegründung, Danach sei es der Antragsgegnerin untersagt, an Apotheken den Massagesessel „zur Bewerbung und Zurverfügungstellung gegenüber dem Endverbraucher“ kostenlos zur Verfügung zu stellen. Das Verbot umfasse daher nicht die isolierte Zurverfügungstellung der Massage-Lounge durch die Antragsgegnerin an den Endverbraucher, sondern untersage - sprachlich eindeutig - nur das Gesamtverhalten, nämlich die kostenlose Überlassung des Sessels an die Apotheken verbunden mit der diesen eingeräumten Möglichkeit, diese zur Bewerbung und Zurverfügungstellung dem Endverbraucher zur Nutzung zu überlassen. Der Verfügungsantrag sei aber auch mit Blick auf die Zweckvariante „zur Eigennutzung“ begründet, weil es auf der Hand liege, dass der Apotheker und seine Angestellten die Massage-Lounge auch selbst nutzten.

Die Antragstellerin hat Hilfe-Anschlussberufung mit dem Begehren eingelegt, die einstweilige Verfügung im Hinblick auf die Zweckvariante „zur Eigennutzung“ (auch) auf das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr zu stützen, diese indes in der mündlichen Berufungsverhandlung zurückgenommen.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf das angefochtene Urteil sowie die von den Parteien zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung der Antragsgegnerin ist im wesentlichen unbegründet. Die Antragstellerin hat gemäß §§ 8, 3, § 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit § 7 HWG Anspruch auf das an die Antragsgegnerin gerichtete abstrakte Verbot, geschäftlich handelnd Arzneimittel der Produktreihe V. damit zu bewerben und/oder bewerben zu lassen, dass an Apotheken ein mit der Marke „V.“ gekennzeichnete Massagesessel zur Bewerbung und Zurverfügungstellung ge-

genüber dem Endverbraucher kostenlos zur Verfügung gestellt wird (dazu zu 2.). Lediglich soweit die Antragstellerin darüber hinaus beantragt hat, dass der Antragsgegnerin auch untersagt werden solle, den streitgegenständlichen Massagesessel den Apothekern auch „zur Eigennutzung“, also zum Zwecke der Eigennutzung (Unterstreichung durch den Senat) zu überlassen, ist der geltend gemachte Unterlassungsanspruch nicht begründet (dazu zu 3.).

1. Gegenstand des Antrages ist das an die Antragsgegnerin gerichtete Verbot,

- geschäftlich handelnd

- Arzneimittel der Produktreihe „V.“

- damit zu bewerben und/oder bewerben zu lassen,

- dass an Apotheken ein mit der Marke „V.“ gekennzeichnete Massagesessel

- zur Eigennutzung und/oder zur Bewerbung und Zurverfügungstellung gegenüber dem Endverbraucher

- kostenlos zur Verfügung gestellt wird,

Dieser Antrag nimmt nicht eine konkrete Vertetzungshandlung in Bezug und ist daher auch nicht auf eine konkretisierte Verletzungsform beschränkt, sondern verallgemeinernd auf das abstrakte Verbot der unentgeltlichen Bereitstellung von Massagesesseln mit der genannten Bezeichnung in Apotheken im Rahmen der Bewerbung von Produkten, die unter der Marke V. vertrieben werden, bezogen.

Zweifel an der ausreichenden Bestimmtheit dieses Antrages bestehen nicht. Nach §253 Abs. 2 ZPO muss ein Verbotsantrag so deutlich gefasst sein, dass Gegenstand und Umfang der Entscheidungsbefugnis des Gerichts erkennbar abgegrenzt sind und die Entscheidung darüber, was verboten ist nicht dem Vollstreckungsgericht überlassen bleibt (st. Rspr.; vgl. BGH, GRUR 2003, 958 - Paperboy; BGH, GRUR 2005, 604 - Fördermittelberatung, jew. m. w. Nachw.).

Für die Antragsgegnerin ist hinreichend klar, was sie nicht darf: nämlich Apothekern mit der Marke „V.“ gekennzeichnete Massagesessel (zur Eigennutzung - siehe unter 3. - und/oder) zur Bewerbung und Zurverfügungstellung gegenüber dem Endverbraucher (letzteres als Gesamtverhalten - wie die Antragstellerin auch zutreffend ausführt, vgl. Berufungserwiderung S. 13) kostenlos überlassen.

2. Die Antrags teilerin hat gegenüber der Antragsgegnerin im Ergebnis einen Unterlassungsanspruch aus §§ 7 HWG, 8, 3, 4 Nr. 11 UWG, soweit die im Unterlassungsantrag genannte Zweckvariante „zur Bewerbung und Zurverfügungstellung gegenüber dem Endverbraucher“ betroffen ist.

Gemäß § 7 Abs. 1 HWG ist es grundsätzlich unzulässig, für Humanarzneimittel mit „Zuwendungen und sonstigen Werbegaben (Waren oder Leistungen)“ zu werben, soweit die Werbemittel nicht unter die in der Bestimmung selbst erschöpfend genannten Ausnahmetatbestände fallen. Der Zweck des § 7 Abs. 1 S. 1 HWG besteht vor allem darin, eine unsachliche Beeinflussung des Werbeadressaten zu vermeiden und damit eine weitgehende Eindämmung der Werteklame im Arzneimittelbereich zu erreichen. Als Zuwendung und Werbegabe sind dabei - in Abgrenzung zu den bloßen Werbehilfen - alle tatsächlichen oder vorgeblich unentgeltlich gewährten Vergünstigungen erfasst, die akzessorisch oder abstrakt zum Zwecke der Absatzförderung gewährt werden (vgl. Bülow/Ring/Artz/Brixius, HWG, 4. Auflage 2012, § 7 Rz. 16).

Unter Heranziehung dieser Kriterien ist die kostenlose Überlassung des als „V. Massage Lounge“ bezeichneten Massagesessels mit dem ihn umgebenden Sichtschutz - wenn auch nicht in Bezug auf den Endkunden - jedenfalls in Bezug auf den an der „V.-Massage-Aktion“ teilnehmenden Apotheker nicht bloße Werbehilfe, sondern eine unzulässige Zuwendung (Werbegabe) gemäß § 7 Abs. 1 S. 1 HWG.

a) Bei der angegriffenen Werbemaßnahme der Antragsgegnerin handelt es sich nicht bloß um Imagewerbung, sondern um eine solche mit Produktbezug.

Nach § 7 HWG ist eine unsachlich beeinflussende Produktwerbung, nicht aber eine allgemeine Firmen-, Unternehmens- oder Imagewerbung, die nur dem Ansehen des Unternehmens allgemein dient, verboten (BGH GRUR 1997, 761, 765 - Politikerschelte).

Produktbezug ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn bestimmte oder zumindest individualisierbare Arzneimittel angepriesen werden (BGH GRUR 1992, 973 - Pharma-Werbespot; BGH, Urteil vom 26.03.2009 IZR 99/07 - DeguSmiles & more). So haben das auch das OLG Frankfurt die Rabattgewährung eines Hörgeräte-Einzelhändlers auf alle bei ihm erhältlichen digitalen Hörsysteme (OLG Frankfurt, GRUR-RR 2005, 393 - Barrabatt für Hörgeräte) und der Senat die Werbung eines Augenoptikers für dessen gesamtes Brillenfassungssortiment von mehr als 1.500 Fassungen mit bestimmten Kunststoffgläsern in allen Glasstärken und Ausführungen (OLG Hamburg, GRUR-RR 2005, 397 - Unzulässiger Barrabatt für Brillenkauf) an § 7 Abs. 1 HWG gemessen.

Nach diesen Maßgaben ist die Zurverfügungstellung der V.-Massage-Lounge Produktwerbung. Der den Apotheken für einige Tage überlassene Massagesessel ist an mehreren Stellen gut sichtbar mit „V.“ beschriftet. Die Marke V. ist dem angesprochenen Verkehr, insbesondere Apothekern, in hohem Maße bekannt und zwar in dem Sinne, dass er damit eine Produktpalette von verschiedenen Medikamenten verbindet, die der Schmerzlinderung dienen und die in Apotheken frei, d. h. auch ohne ärztliche Verschreibung, erhältlich sind. Unzutreffend ist daher die von der Antragsgegnerin vertretene Auffassung, die Zurverfügungstellung des Massagesessels werde ganz überwiegend als bloße (Image)Werbung für den Hersteller der V.-Arzneimittelsreihe angesehen. Dies gilt schon deshalb nicht, weil der Hersteller namentlich nicht benannt wird. Unbeachtlich ist in diesem Zusammenhang auch, dass der Herstellername in den Teilnahmebedingungen (Anlage B 2) - dies auch nur kleingedruckt - genannt wird; denn es kommt maßgeblich darauf an, mit welcher „Botschaft“ die eigentliche Zuwendung versehen ist. Der Massagesessel aber ist an mehreren Stellen deutlich und ausschließlich mit „V.“ gekennzeichnet und weist daher allein auf die „V.“-Produktreihe hin. Entscheidend ist, dass für den Absatz bestimmter, individualisierbarer Arzneimittel, nämlich die Produkte aus der V.-Serie, geworben wird.

b) Mit der Überlassung der V.-Massage-Lounge gewährt die Antragsgegnerin den an der Aktion teilnehmenden Apotheken eine nach § 7 Abs. 1 S. 1 HWG unzulässige und damit nach § § 4 Nr. 11 UWG unlautere unentgeltliche Zuwendung, die zu einer unangemessen unsachlichen Beeinflussung des Zuwendungsempfängers und damit zu einer Behinderung der Antragstellerin als Mitbewerberin, aber auch zu einer Marktstörung im allgemeinen führt.

(aa) Das Verbot von Werbegaben bei produktbezogener Werbung für Heilmittel soll der abstrakten Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung der Werbeadressaten entgegenstehen, die allerdings dann nicht besteht, wenn die so Angesprochenen die Zuwendung nicht als ein ihnen zugeordnetes Werbegeschenk betrachten (BGH; Urteil vom 25.04.2012 - I ZR 105/10 - „Das große Rätselheft“ - = GRUR 2012, S. 1279 Tz. 24 m. w. N.; Urteil vom 17.08.2011 - I ZR 13/10 - „Arzneimitteldatenbank“). Werbegaben, d. h. alle unentgeltlich gewährten Vergünstigungen, die als Zugabe oder sonstige Werbegabe zum Zwecke der Absatzförderung von Heilmitteln gewerblich eingesetzt werden (vgl. BGH, GRUR 1990, 1041; siehe auch LG Hamburg, Urteil vom 28.04.2009 – 312 O 738/08), sind daher von den unentgeltlichen Werbehilfen abzugrenzen, bei denen die Werbung gegenüber den Endverbrauchern im Mittelpunkt steht und die aus Sicht der Empfänger vorwiegend dem eigenen Interesse des Herstellers dienen (vgl. BGH, Urteil vom 25.04.2012 - „Das große Rätselheft“ a. a. O. Tz. 24 m. w. N.). Werbehilfen können allerdings zugleich Werbegaben sein, wenn sie dem

Einzel- oder Zwischenhändler einen über die Werbung gegenüber dem Endverbraucher oder Nachstabnehmer hinausgehenden gewichtigen -nicht notwendig überwiegenden Zweitnutzen - bieten, der geeignet ist, den Kaufentschluss des Einzel- oder Zwischenhändlers zu beeinflussen (BGH, Urteil vom 25.04.2012 - „Das große Rätselheft“ a. a. O.; BGH, Urteil vom 24.03.1972, I ZR 130/70 - „Cognac-Portionierer“ = GRUR 1972, 611; LG Hamburg a. a. O.). Der Senat entnimmt der BGH-Entscheidung aus dem Jahr 2012 nicht, dass die Feststellung eines überwiegenden Zweitnutzens erforderlich wäre, mag auch im Einzelfall - wie etwa in der Cognac-Portionierer-Entscheidung - festgestellt worden sein, dass der „innerbetriebliche Nutzen im Vordergrund“ steht.

Nach diesen Grundsätzen bietet die „V.-Massage-Lounge“ den an der Aktion teilnehmenden Apothekern einen nicht überheblichen wirtschaftlichen Vorteil, einen gewichtigen Zweitnutzen, mit der Folge, dass sie aus ihrer Sicht nicht nur der Antragsgegnerin ein Plenum für die Bewerbung von V.-Produkten gegenüber dem Endverbraucher verschaffen, sondern darüber hinaus die Massage-Sessel-Aktion auch für sich als unzulässige Werbegabe entgegennehmen und zu nutzen wissen.

Dass - neben den Apothekenkunden, die allerdings mit der einmaligen Massage nur einen nach § 7 Abs. 1 S. 1 HWG zulässigen geringwertigen Vorteil erlangen - auch aus Sicht der Antragsgegnerin die Apotheker Zuwendungsadressaten sind und diese das auch erkennen, also die unentgeltliche Überlassung der Massage-Lounge nicht allein der Werbung für die V.-Produkte gegenüber den Apothekenkunden dient, sondern auch den Apothekern einen Zweitnutzen bietet, wird auch dadurch bestätigt, dass die Antragsgegnerin den Apothekern in ihren Teilnahmebedingungen empfiehlt, die Massage-Lounge zum Zwecke der „Kundenbindung“ und der „besonders guten Beratungsmöglichkeit“ bereitzuhalten. Anhand der Art und Weise, in der einzelne Apotheken dieses „Zusatzangebot“ beworben haben, zeigt sich, dass diese Apotheker die Intention der Antragsgegnerin aufgegriffen und die Massage-Lounge als zusätzliche Werbemöglichkeit für ihre Apotheke erkannt und einzusetzen gewusst haben. So ist aus der Anlage AS 5 u. a. ersichtlich, dass „die Apotheke im Marktkauf“ in Tübingen wie folgt geworben hat: „V. Massage Lounge - Stress??? Wir bieten Entspannung pur! - Besuchen Sie unsere Massagelounge vom 25.07.-30.07.2011“; die „Apotheke am Rosengarten“¹ hat angepriesen: „Kommen Sie in unsere V.-Massage-Lounge und lassen sich kostenlos massieren“.

Dieser - wie sich anhand der Formulierungen der Teilnahmebedingungen zeigt (s. o.) - von der Antragsgegnerin auch bezweckte Zweitnutzen für die teilnehmenden Apotheker, der in der Schaffung eines Anreizpunktes für die Bewerbung der eigenen Apotheke liegt, ist auch gewichtig. Denn zum einen erkennen

die Apotheker - wie sich aus der an die Bereitstellung anknüpfenden Eigenwerbung der Apotheken ergibt die Massage-Lounge, die zweifelsohne daneben auch der Werbung für V.-Produkte gegenüber den Endverbrauchern dient, als eine auch ihnen zugedachte zusätzliche Werbemöglichkeit.

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Apotheker von sich aus eine solche Aktion nicht durchführen würde. Denn - anders als die Antragsgegnerin meint ~ wird nach der Rechtsprechung gerade nicht vorausgesetzt, dass der Zuwendungsempfänger die erhaltenen Vorteile anderenfalls auf eigene Kosten angeschafft hätte, also eine Ersparnis von Aufwendungen tatsächlich festgestellt wird. Dies ergibt sich insbesondere nicht aus den von der Antragsgegnerin bemühten Entscheidungen des LG Hamburg (312 O 738/08, a. a. O.) und des OLG München (Urteil vom 26.11.2009, OLG MUENCHEN 6 U 2279/08, 6 U 2279/08, PharmR 2010, 65, Tz. 69). Vielmehr genügt danach für die Unzulässigkeit der Zuwendung, dass auch bei fehlender Ersparnis der Zuwendungsempfänger aus der Zuwendung einen Zusatznutzen zieht (hier die eigene Werbewirksamkeit).

Dieser Nutzen, also die durch die Bereitstellung der Massage-Lounge in den eigenen Apothekenräumen begründete zusätzliche Möglichkeit für eine Eigenwerbung ist, auch geeignet, die Entscheidung der Apotheker, V.-Produkte zu beziehen und an ihre Kunden abzusetzen, unsachlich zu beeinflussen. Zwar ist hier nicht zu verkennen und der Antragsgegnerin zuzugeben, dass eine Koppelung zwischen der unentgeltlichen Bereitstellung der Massagelounge und dem Bezug sowie Absatz von V. Produkten nicht dargelegt ist. Dies steht der Annahme einer unsachlichen Beeinflussung indes nicht entgegen. Ausreichend ist es dafür, dass die Werbemaßnahme geeignet ist, bei den Apothekern ein wirtschaftliches Interesse an der vermehrten Abgabe der der beworbenen V.-Produkte zu wecken (vgl. BGH a. a. O. Tz. 29). Dass dies im Sinne einer bloß abstrakten Gefahr nicht nur bloß vorstellbar ist, sondern überwiegend wahrscheinlich konkret droht, zeigt sich bereits daran, dass - wie aus der Anlage AS 5 ersichtlich - z. B. die oben schon genannte „Apothek am Rosengarten“ während der Aktionsdauer zugleich 10% Rabatt auf alle V. Produkte angeboten hat. Darin liegt nicht nur eine besondere Empfehlung dieser Produkte an die Kunden des Apothekers, sondern die Werbemaßnahme lässt den Schluss auf eine erhöhte Bevorratung durch den Apotheker zu. Darüber hinaus ergibt sich auch aus den Teilnahmebedingungen der Antragsgegnerin (Anlage B 2), dass mit der Überlassung der „V.-Massage-Lounge“ bezweckt wird, dass die Münzen für die Inbetriebnahme des Gerätes durch die teilnehmenden Apotheker „zusätzlich zu Ihrer Beratung an ausgewählte Kunden gegeben werden“ sollen. D. h., schon nach der Intention der Antragsgegnerin sollen die an der Massage-Aktion teilnehmenden Apotheker ausgewählten Kunden nicht nur die Wohltat einer Mas-

sage zukommen lassen, sondern diese darüber hinaus auch beraten. Dass die Apotheker im Rahmen solcher Beratungen gerade auch auf die Produkte der Antragsgegnerin hinweisen, Siegt dabei mehr als nahe.

(bb) Schließlich begründet die unentgeltliche Zuwendung den Apothekern auch nicht bloß einen nach § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 HWG zulässigen geringwertigen finanziellen oder materiellen Vorteil. Für die Beurteilung der Geringwertigkeit ist § 7 Abs. 1 S. 1 HWG entsprechend Art. 94 des Humanarzneimittelkodex, Richtlinie 2001/83/EG auszulegen, weil im Bereich des Heilmittelwerberechts konzeptionell Vollharmonisierung hergestellt werden soll mit der Folge, dass die EU-Mitgliedsstaaten nur dann von der Richtlinie abweichende Regelungen treffen können, wenn dies in der Richtlinie 2001/83/EG ausdrücklich vorgesehen ist (EuGH, Urteil vom 08.11.2007 C-347/05-Gintec), Gemäß Art. 94 der Richtlinie 2001/83/EG ist es im Rahmen der Verkaufsförderung für Arzneimittel verboten, den zu ihrer Verschreibung oder Abgabe berechtigten Personen eine Prämie, finanzielle oder materielle Vorteile zu gewähren, anzubieten oder zu versprechen, es sei denn, sie sind von geringem Wert und für die medizinische oder pharmazeutische Praxis von Belang. Darüber hinaus ist in der Rechtsprechung anerkannt und unstrittig (stehe zuletzt nur: BGH, Urteil vom 25.04.2012 1 ZR 105/10 - Das große Rätselheft = GRUR 2012, 1279), dass für die Frage der Geringwertigkeit des Vorteils bzw. der Zuwendung bei deren gebündelter Gewährung nicht auf den Wert der einzelnen Zuwendung abzustellen ist, sondern auf den Summeneffekt. Zudem ist bei der Frage der Geringwertigkeit zwischen dem Wert für den Endverbraucher und dem Vorteil für den Apotheker zu differenzieren. Mag die Zuwendung hier im Verhältnis zu dem Apothekenkunden, der eine einzelne Massage erhält, geringwertig sein, entspricht der Wert der Massagelounge für den Apotheker der Summe der ersparten Kosten.

Der materielle Vorteil für den an der Werbeaktion teilnehmenden Apotheker liegt darin, dass er für die Dauer der Aktion von der Antragsgegnerin eine zusätzliche Möglichkeit für die Bewerbung seiner Apotheke erhält und dafür - abgesehen vom Bereithalten des für die Massage-Lounge erforderlichen, aber ohnehin vorhandenen Aufstellplatzes und der Zurverfügungstellung des Betriebsstromes - keinerlei eigene Aufwendungen tätigen muss. Dadurch ergibt sich die Möglichkeit, den eigenen wirtschaftlichen Vorteil /Ertrag zu erhöhen (Kundenbindung, zusätzlicher Publikumsverkehr, längere Verweildauer und damit einhergehende bessere Beratungsmöglichkeiten, ggf. Rabattaktionen); Unstrittig ist zwischen den Parteien insoweit, dass - wollte ein Apotheker eigeninitiativ über mehrere Tage einen professionellen Massagesessel vorhalten - dafür Kosten (incl. An- und Abtransport, Aufbau, Abbau etc.) in Höhe von jedenfalls 150,- Euro anfielen. Diese muss der an der Aktion teilnehmende Apotheker nicht aufwenden. Zu berücksichtigen ist zwar, dass die Beschriftung der

Massage-Lounge mit „V.“ den Verkehrswert der Überlassung mindern dürfte, weil damit nicht nur die Apotheke, sondern die V.-Produktserie beworben wird; dies führt aber - entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin - durchaus nicht zu einer Wertreduzierung „gegen Null“, sondern begründet allenfalls eine - die Geringwertigkeitsschwelle nicht erreichende - gewisse Wertminderung. Dies ist schon daraus ersichtlich, dass trotz Beschriftung der Gebrauchsnutzen, nämlich die Verwendung des Sessels für eine Massage, vollständig erhalten bleibt. Darüber hinaus hält die Beschriftung des Sessels mit dem Schriftzug „V.“ die Apotheker nicht davon ab, das Angebot auch als ihres anzupreisen und damit die eigene Apotheke als Ort für Entspannung und Wellness darzustellen und aktiv zu bewerben (siehe oben Anlage ASS).

Letztlich ist die Bereitstellung des Massage-Sessels und dessen Betrieb über mehrere Tage auch nicht handelsüblich i. S. von § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 HWG. Denn dies geht über das, was sich nach allgemeiner Auffassung der beteiligten Verkehrskreise im Rahmen der allgemeinen kaufmännischen Gepflogenheiten hält, deutlich hinaus, insbesondere unterscheidet sich die kostenlose {Unterstreichung durch den Senat} Zurverfügungstellung eines Massagesessels von der -keinesfalls unentgeltlichen - Kfz-Leasing-Aktion der Antragstellern gemäß der Anlage AG 3. Denn als Gegenleistung zu der Überlassung des mit „Aspirin“ gekennzeichneten Pkw muss der an dieser Aktion teilnehmende Apotheker monatlich nicht unerhebliche Leasingraten zahlen.

b) Für die Zweckvariante „zur Bewerbung und Zurverfügungstellung gegenüber dem Endverbraucher“ besteht schließlich auch Wiederholungsgefahr. Diese ist insbesondere nicht durch die von der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 28.10.2011 abgegebene Unterlassungserklärung ausgeräumt worden. Denn die Antragstellerin begehrt zu Recht das oben skizzierte abstrakte Verbot der kostenlosen Zurverfügungstellung und Bewerbung des mit der Marke „V.“ gekennzeichneten Massagesessels. Die Unterlassungserklärung indes bezieht sich lediglich auf einen von einem Apotheker modifizierten Werbeflyer, ohne dass die Antragsgegnerin zugleich erklärt hätte, an der Werbeaktion als solcher nicht mehr festhalten zu wollen.

3. Allerdings kann die Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin im Ergebnis weder unter dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr noch auf einer Erstbegehungsgefahr gründend auf der Grundlage von §§ 7 HWG, 8, 3, 4 Nr. 11 UWG das begehrte Verbot erlangen, soweit es auf die im Unterlassungsantrag genannte Zweckvariante „zur Eigennutzung“ gestützt ist. Denn weder ergibt sich aus den Teilnahmebedingungen (Anlage B 2) noch ist sonst ersichtlich, dass die Antragsgegnerin den an der Massage-Aktion teilnehmenden Apothekern die „V.-Massage-Lounge“ auch „zur Eigennutzung“, also mit der Absicht, zum

Zwecke der Eigennutzung überlassen hat Die nur faktische Möglichkeit der Eigennutzung rechtfertigt demgegenüber ein Verbot nicht.

4. Es gilt die Dringlichkeitsvermutung des § 12 Abs. 2 UWG. Die Antragstellerin hat darüber hinaus auch dargelegt, von der Werbung gemäß der Anlage AS 4 Mitte Oktober 2011 Kenntnis erlangt und dies zum Anlass genommen zu haben, eine Internetrecherche durchzuführen, aus der wiederum hervorgegangen sei, dass die Antragsgegnerin schon zuvor - beginnend ab April 2011 - vergleichbare Werbeaktionen durchgeführt habe. Der Verfügungsantrag datiert vom 04.11.2011.

Die Antragsgegnerin hat die Dringlichkeitsvermutung nicht widerlegt. Sie hat nicht hinreichend dargelegt und glaubhaft gemacht, dass die Antragstellerin bereits in dringlichkeitsschädlicher Zeit Kenntnis von der streitgegenständlichen Werbung hatte oder eine etwaige Unkenntnis auf grober Fahrlässigkeit beruhte. Zwar hat die Antragsgegnerin behauptet, dass die beanstandete Werbeaktion im Internet leicht auffindbar gewesen sei und Außendienstmitarbeiter der Antragstellerin die Massage-Lounge bei teilnehmenden Apotheken längst hätten sehen müssen, und deshalb vermutet, der Antragstellerin sei mindestens grob fahrlässig verborgen geblieben, dass die beanstandete Werbeaktion unstreitig bereits seit April 2011 lief. Die indes genügt nicht, um die Dringlichkeitsvermutung zu erschüttern. Denn es ist nicht ersichtlich, dass die Antragstellerin vor Oktober 2011 Anlass hatte, das Internet auf etwaige Verstöße der Antragsgegnerin zu durchsuchen. Dies gilt selbst dann, wenn - was konkret nicht dargetan ist - Außendienstmitarbeiter der Antragsgegnerin bei Apothekenbesuchen aus anderem Anlass tatsächlich auf die Massage-Lounge gestoßen wären. Denn maßgeblich für die Frage der u. U. dringlichkeitsschädlichen Kenntnisnahme ist nicht eine (u. U. nur beiläufige) Beobachtung von mit ganz anderen Aufgaben betrauten Außendienstmitarbeitern, sondern nur das Wissen der Personen, die im Unternehmen für die Ermittlung und/oder Geltendmachung von Wettbewerbsverstößen zuständig sind. Dass dies für Außendienstmitarbeiter gilt, deren Aufgabe im Wesentlichen darin besteht, die eigene Produktpalette vorzustellen, Kundenpflege zu betreiben und Produkte zu verkaufen, ist weder dargelegt noch sonst ersichtlich.

Etwas anderes gilt auch nicht etwa, weil die Antragstellerin in der eidesstattlichen Versicherung eines bei ihr beschäftigten Brand-Managers vom 09.08.2012 (Anlage AG 9) eine üblicherweise engmaschige Wettbewerbsüberwachung für sich in Anspruch nimmt. Denn für den streiterheblichen Einzelfall ist diese eidesstattliche Versicherung nicht ergiebig.

5. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 516 Abs. 3 ZPO. Der Senat hat das wirtschaftliche Gesamtinteresse der Antragstellerin an dem begehrten Verbot entsprechend der Angabe in der Antragschrift, die die Antragsgegnerin nicht beanstandet hat, wie das Landgericht mit insgesamt 250.000 Euro bewertet (§3 ZPO). Bei der Kostenquotelung ist berücksichtigt worden, dass die Antragstellerin mit ihrem Begehren nicht vollumfänglich, nämlich bezogen auf die Zweckvariante „zur Eigennutzung“, durchgedrungen ist. Sie hat deshalb die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, soweit sie gemessen an der Gesamtheit des Streits unterlegen ist. Diesen Anteil des Obsiegens der Antragsgegnerin hat der Senat mit 1/5 bemessen. Die Zurücknahme der Anschlussberufung fiel demgegenüber nicht ins Gewicht.