
Datum: 27.03.2007
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 20. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-20 U 168/06
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2007:0327.I20U168.06.00

Tenor:

Die Berufung der Antragsgegnerin gegen das Urteil der 8. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Düsseldorf vom 03.11.2006 wird zu-rückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Antragsgegnerin aufer-legt.

Gründe

1

I.

2

Die Antragstellerin beanstandet eine TV-Werbung der Antragsgegnerin, bei der einem bestimmten Edelstein eine Einflussnahme auf menschliche Körperfunktionen in der Weise beigemessen worden ist, dass er Müdigkeit vertreiben soll, als irreführend.

3

Auf die vorgerichtliche Abmahnung der Antragstellerin hat die Antragsgegnerin sich durch Erklärung vom 30.06.2006 unterworfen, allerdings mit dem Zusatz "soweit bei der Präsentation nicht hinreichend deutlich gemacht werde, dass die Aussage nicht ernst gemeint sei".

4

Der Streit der Parteien geht im wesentlichen darum, inwieweit die angesprochenen Verkehrskreise überhaupt irregeführt werden konnten. Die Antragsgegnerin beruft sich darauf, dass die mangelnde Ernstlichkeit der beanstandeten Werbeaussage ganz offensichtlich gewesen sei. Sie führt dafür an, dass die Moderatorin spaßhaft mit einem Augenzwinkern gesagt habe, dass sie "fast bestätigen könne, dass er die Müdigkeit vertreiben könne". Des weiteren habe die Moderatorin während der Präsentation fortgehend gelacht.

5

Der antragstellende Verband hält dem entgegen, dass jeglicher Hinweis auf eine Distanzierung von der Aussage fehle. Es sei zu berücksichtigen, dass der Verbraucher durch die Flüchtigkeit der TV-Werbung auch nur einen entsprechend flüchtigen Eindruck gewinne. Schließlich sei es unrichtig, dass die Verkehrskreise von vornherein nicht an die esoterische Wirkung von Edelsteinen glauben würden.	6
Ein weiterer Streitpunkt zwischen den Parteien ist die ordnungsgemäße Vollziehung der einstweiligen Verfügung durch Zustellung an die Antragsgegnerin. Unstreitig ist bei der Zustellung vom 15. Juli 2006 (ZU Blatt 70 d. A.) die als Anlage A 3 "nur für das Gericht" zur Akte gereichte Aufzeichnung der Werbesendung nicht mit zugestellt worden. Das Landgericht hatte in Ziffer IV. der Beschlussverfügung vom 06.07.2004 die Zustellung der Antragsschrift nebst Anlagen angeordnet.	7
Das Landgericht hat die Beschlussverfügung durch Urteil vom 03.11.2006 bestätigt und zur Begründung im wesentlichen ausgeführt, dass sich die gerichtliche Anordnung zu Ziffer IV des Beschlusses vom 12.06.2006 ersichtlich nicht auf die Anlage A 3 bezogen habe.	8
Zur Begründetheit des Unterlassungsanspruchs gemäß §§ 3, 5 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 UWG hat das Landgericht ausgeführt, dass der angebliche Witzcharakter der beanstandeten Äußerung nicht hinreichend dargetan sei. Die von der Antragsgegnerin ausgestrahlte Werbesendung zielle zur fraglichen Zeit verstärkt auf ältere Personen ab, die die Mimik der handelnden Personen nicht genau erkennen und auf die Seriosität der Moderatoren vertrauen würden. Schließlich sei auch eine nicht gänzlich unerhebliche Anzahl von Menschen bereit, Strahlen, Steinen und ähnlichen Dingen Einflussmöglichkeiten auf den Körper des Menschen zuzubilligen.	9
Mit der Berufung rügt die Antragsgegnerin erneut und ausführlich, warum die Anlage A 3 hätte zugestellt werden müssen, so dass die einstweilige Verfügung schon wegen eines Vollziehungsmangels aufzuheben wäre.	10
Des weiteren liege ein Verfahrensfehler bei der materiellen Beurteilung insofern vor, als die erkennende Kammer des Landgerichts nicht ausgeführt habe, inwieweit sie aus eigener Sachkunde das Verkehrsverständnis beurteilen könne. Es hätte der Gesamtzusammenhang, in dem die beanstandete Aussage getroffen worden sei, berücksichtigt werden müssen. Der verständige Verbraucher, auf den abzustellen sei, wisse, dass ein Stein keine die Müdigkeit vertreibende Wirkung entfalten könne.	11
Schließlich sei die Wiederholungsgefahr durch die von der Antragsgegnerin abgegebene Unterlassungsverpflichtungserklärung beseitigt. Auch sei der abstrahierte Teil des Tenors der Beschlussverfügung nicht hinreichend bestimmt.	12
Die Antragsgegnerin beantragt,	13
das Urteil des Landgerichts Düsseldorf vom 03.11.2006 abzuändern, die Beschlussverfügung vom 06.07.2006 aufzuheben und den auf ihren Erlass gerichteten Antrag zurückzuweisen.	14
Der Antragsteller beantragt,	15
die Berufung zurückzuweisen.	16
Der Antragsteller tritt den Ausführungen der Antragsgegnerin in der Berufungsbegründung entgegen und wiederholt und vertieft sein erstinstanzliches Vorbringen.	17
	18

II.

Die zulässige Berufung der Antragsgegnerin hat in der Sache keinen Erfolg.	19
<u>1.</u>	20
Die Beschlussverfügung vom 06.07.2006 ist ordnungsgemäß zugestellt worden. Es liegt kein Vollziehungsmangel darin, dass die die Aufzeichnung der Werbesendung enthaltende Anlage A 3 nicht zugestellt worden ist. Grundsätzlich gilt zwar, dass die Antragsschrift und andere Anlagen, die zum Bestandteil der einstweiligen Verfügung gemacht worden sind, ebenfalls zugestellt werden müssen, wenn insbesondere zur Umschreibung eines Verbots auf sie Bezug genommen wird. Allerdings ist die Zustellung von Anlagen, die nicht zum Bestandteil der aus sich heraus verständlichen Entscheidung gemacht sind, zur Vollziehung selbst dann nicht notwendig, wenn auf die Anlagen Bezug genommen und deren Zustellung angeordnet ist (vgl. Berneke, Die einstweilige Verfügung in Wettbewerbssachen, 2. Aufl., Rdnr. 316). Letzteres ist hier anzunehmen.	21
Aus dem Tenor der Beschlussverfügung ergibt sich eindeutig, was der Antragsgegnerin verboten werden soll, ohne dass auf die Anlage 3 zur Umschreibung des Verbots Bezug genommen wird. Des weiteren ergibt sich aus der Antragsschrift, auf welche Werbesendung die Antragstellerin Bezug nimmt. Die Zustellung der Aufzeichnung der Werbesendung ist somit für das Verständnis der Antragsgegnerin nicht erforderlich gewesen, so dass dahingestellt bleiben kann, ob die Anlage A 3 von der gerichtlichen Anordnung in Ziffer IV. der Beschlussverfügung mitumfasst gewesen ist oder nicht.	22
<u>2.</u> Das ausgesprochene Verbot ist hinreichend bestimmt. Der verallgemeinernde Teil verbietet, mit der Aussage zu werben, der fragliche Schmuck "vertreibe Müdigkeit". Das ist klar und eindeutig im Sinne einer unmittelbaren Kausalbeziehung. Der "Insbesondere"-Teil des Verbots hat im vorliegenden Fall den Zweck zu illustrieren, wie eine solche Aussage beschaffen sein kann.	23
<u>3.</u>	24
Der vom Antragsteller geltend gemachte Unterlassungsanspruch, den er im Wege der einstweiligen Verfügung vorläufig zu sichern begehrt, ist gemäß §§ 5 Abs. 2 Nr. 1, 8 Abs. 1 UWG begründet. Die Antragsgegnerin hat irreführend über die Zwecktauglichkeit und Verwendungsmöglichkeit der von ihr zum Kauf angebotenen russischen Chromdiopsid-Edelsteine geworben.	25
Dass es sich bei der Anpreisung, der Edelstein-Schmuck könne Müdigkeit vertreiben, um eine objektiv falsche Angabe handelt, wird von der Antragsgegnerin selbst nicht in Frage gestellt und steht auch in zweiter Instanz zwischen den Parteien außer Streit.	26
Da es immerhin (wenn auch in der selteneren Zahl der Fälle) vorkommt, dass die angesprochenen Verkehrskreise eine objektiv unrichtige Angabe im richtigen Sinne verstehen (vgl. Bornkamm in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 25. Aufl., § 5 UWG Rdnr. 2.70), könnte im vorliegenden Fall eine Irreführung fehlen, wenn – wie die Antragsgegnerin geltend macht – die mangelnde Ernstlichkeit für die Zuschauer der betreffenden TV-Werbesendung ganz offensichtlich gewesen wäre.	27
Dies ist jedoch zu verneinen.	28
	29

In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vom 06.03.2007 ist eine Aufzeichnung der Werbesendung in Auszügen abgespielt worden. Aufgrund dessen ist die Behauptung der Antragsgegnerin, die Moderatorin habe die im Antrag enthaltene Passage mit einem Augenzwinkern erwähnt und über ihren eigenen Spaß gelacht, widerlegt. Die Moderatorin wurde nämlich gar nicht gezeigt, als es um die im Antrag wiedergegebene Textpassage ging; vielmehr wurde ausschließlich der Schmuck (in vergrößerter Darstellung) eingeblendet. Schon von daher hatte der angesprochene Verkehrskreis, der nur mit dem Text und dem Produkt konfrontiert wurde, keine Veranlassung daran zu zweifeln, dass das Gesagte ernst gemeint war. Dagegen spricht weiter, dass sich bei Spaßhaftigkeit das zum Kauf zu animierende Publikum hätte an der Nase herum geführt fühlen sollen und die Antragsgegnerin das von ihr vertriebene Produkt selbst hätte lächerlich machen wollen. Auch vermag der Umstand, dass die Moderatorin bei Wiedereinblendung nach der beanstandeten Aussage herumgealbert und "ins Plaudern geraten ist" nicht zu einem Verständnis des angesprochenen Verkehrs, die zuvor im Hinblick auf die Müdigkeit vertreibende Wirkung gemachte Aussage sei ebenfalls nur unernst dahingeplaudert, führen. Dieser Bezug wird vor dem Hintergrund, dass der Werbesendung auf weiten Strecken ohnehin nicht viel mehr als ein "Plauderniveau" beizumessen ist, nicht gemacht.

Die beanstandete Werbung richtete sich an das allgemeine Publikum, das wegen der Sendezeit am Vormittag nicht vornehmlich aus älteren (in ihrer Wahrnehmung beeinträchtigten) Personen bestehen muss, wie das Landgericht gemeint hat. Vielmehr ist von einem durchaus altersgemischten Publikum auszugehen, da nicht unterstellt werden kann, dass die meisten der sich im arbeitsfähigen Alter befindlichen Personen vormittags keine Zeit hätten, Werbesendungen zu schauen. 30

Bei der Bestimmung der Aufmerksamkeit, mit der die Werbung vom durchschnittlich informierten und verständigen Verbraucher der Situation angemessen wahrgenommen wird (so das Verbrauchleitbild nach ständiger Rechtsprechung des BGH, z.B. GRUR 2004, 244, 245 – Marktführerschaft) ist die Art der Werbung zu berücksichtigen (vgl. Bornkamm, a.a.O. § 5 Rdnr. 2.89). Damit ist im vorliegenden Fall, in dem es sich um eine TV-Werbung handelte, in Betracht zu ziehen, dass der Betrachter seinen Eindruck aufgrund einer einmaligen Wahrnehmung gewinnt. 31

Adressat der Schmuckwerbung der Antragsgegnerin ist nicht der vernünftige rational denkende und um die objektive Unrichtigkeit der Werbeaussage wissende Verbraucher, sondern sind zum einen solche Verbraucher gewesen, die die anpreisende Werbeaussage für möglich halten und in ihrem (Aber-)Glauben bestärkt werden und zum anderen solche, die zumindest in Erwägung ziehen, dass die angepriesene Wirkung eintreten könnte. Hintergründige Kenntnisse vom Ursprung und genauen Inhalt der sog. Edelsteinheilkunde sind dem rechtlich relevanten Teil der angesprochenen Verkehrskreise nicht zu unterstellen. Diejenigen, die nicht ohnehin schon an die heilende Wirkung von Edelsteinen glauben, werden erwägen, dass ein solcher Edelstein vielleicht doch etwas nützen könne und es, da ein gesundheitlicher Schaden keineswegs zu befürchten ist, vielleicht zumindest auf einen Versuch ankommen lassen. 32

Ob die oben umschriebenen angesprochenen Verkehrskreise ein ausreichendes Quorum für eine wettbewerblich relevante Irreführung ausmachen, wird von den Parteien so nicht diskutiert. Der Senat hält eine Festlegung auch für nicht angezeigt, weil selbst bei einem unter der Quote liegenden Anteil eine normative Betrachtung, die sich am Zweck des Irreführungsverbotes orientiert, im Ergebnis dazu führt, die angegriffene Werbeaussage zu verbieten, um die Bevölkerung vor derartigen Unwahrheiten zu schützen (vgl. BGH GRUR 33

Schließlich hat die von der Antragsgegnerin abgegebene Unterlassungserklärung die Wiederholungsgefahr nicht beseitigt. Die Vermutung der Wiederholungsgefahr kann grundsätzlich nur dadurch ausgeräumt werden, dass der Verletzer gegenüber dem Gläubiger bedingungslos, unbefristet und unwiderruflich unter Versprechen einer angemessenen Vertragsstrafe für jeden Fall der Zuwiderhandlung erklärt, die Verletzungshandlung künftig zu unterlassen (vgl. Berneke, a.a.O. Rdnr. 7). Eine solche Erklärung hat die Antragsgegnerin hier nicht abgegeben, sondern einen Vorbehalt erklärt. Damit verlagert sie die zwischen den Parteien streitige Frage, ob die beanstandete Aussage als ernstgemeint verstanden wird oder nicht, in einen weiteren Rechtsstreit. Dies nimmt der Erklärung die Eignung, die Wiederholungsgefahr entfallen zu lassen, ungeachtet der Frage, wer in dem weiteren Rechtsstreit wofür die Beweislast trägt.	34
Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.	35
Einer Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit bedarf es nicht, da die Sache kraft Gesetzes nicht revisibel ist, § 542 Abs. 2 ZPO.	36
Streitwert: 15.000 € (entsprechend der von den Parteien nicht beanstandeten Wertfestsetzung durch das Landgericht).	37
B. Dr. M. F.	38