Oberlandesgericht Düsseldorf, I-15 U 70/14

Datum:	12.02.2015
Gericht:	Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper:	15. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	I-15 U 70/14
ECLI:	ECLI:DE:OLGD:2015:0212.I15U70.14.00

Vorinstanz:	Landgericht Düsseldorf, 38 O 9/13LG

Tenor:

für **R e c h t** erkannt:

I.

Die Berufung der Beklagten gegen das am 06.12.2013 verkündete Urteil der 8. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Düsseldorf (38 O 9/13) wird zurückgewiesen.

II.

Die Beklagte trägt auch die Kosten des Berufungsverfahrens.

III.

Das Urteil und das landgerichtliche Urteil sind vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung von EUR 75.000 abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

IV.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe 1

2

I.

Die Parteien vertreiben Medizinprodukte an Verbraucher. Die Klägerin vertreibt seit über 10 Jahren in Deutschland ein Augenspray unter den Markennamen „E.®“ und „F.®“ (Anlagen K 4, K 5). Sie ist Marktführerin. Die Beklagte – eine 100%ige Tochtergesellschaft der G.NV, welche auch die Geschäftsführung der Beklagten stellt – vertreibt in Deutschland das Augenspray „H.®“ (im nachfolgenden: angegriffene Ausführungsform oder angegriffener Spray), dessen Herstellerin die in der Schweiz ansässige I. AG ist. Bei der angegriffenen Ausführungsform handelt es sich um ein Lidspray in Form einer Öl-in-Wasser-Emulsion. Sie ist jedenfalls zusammengesetzt aus Sojalecithin, Natriumchlorid, Ethanol, Vitamin A-Palmitat, Vitamin E, gereinigtem Wasser und Fett. Liposome sind in ihr nicht enthalten. 3

Auf der – nachfolgend eingeblendeten – Produktverpackung der angegriffenen Ausführungsform Anlage K 1 und in der – ebenfalls nachfolgend eingeblendeten – Gebrauchsanweisung Anlage K 2 sind die in der angegriffenen Ausführungsform enthaltenden Inhaltsstoffe unvollständig angegeben. Es fehlt der Bestandteil Fett. 4

Anlage K 1 5

6

BEI GEÖFFNETEM AUGENLIDERN ANWENDEN
Sofortige Hilfe bei:
✓ Müden Augen
✓ Trockenen Augen
✓ Juckenden und gereizten Augen
✓ Tränenden Augen
für ca. 100 Anwendungen
CE1253
1921 A
Stand: 2012-06
55x27x93
LOT
3 bis 4-mal täglich
1 bis 2-mal im Abstand von ca. 10 cm auf die geschlossenen Augenlider sprühen.
Zur täglichen Anwendung geeignet.
Für Kinder unzugänglich aufbewahren.
1 ml enthält:
Sojalecithin 10 mg
Natriumchlorid 2,8 mg
Ethanol 8 mg
Vitamin A-Palmitat 0,25 mg
Vitamin E 0,02 mg
gereinigtes Wasser
Verwendbar bis
Chargenbez.:
Siehe Bodenlasche.

Anlage K 2

[redacted]

Gebrauchsanweisung

[redacted] ist ein konservierungsmittelfreies Lidspray zur Behandlung müder und trockener Augen.

Zusammensetzung

Inhaltsstoffe	1 ml enthält:
Sojalecithin	10 mg
Natriumchlorid	2,8 mg
Ethanol	8 mg
Vitamin A-Palmitat	0,25 mg
Vitamin E	0,02 mg
Gereinigtes Wasser	

Anwendungsgebiete

[redacted] stabilisiert die Lipidschicht, welche die Verdunstung des Tränenfilms vermeidet und so für die Erhaltung der natürlichen Tränenflüssigkeit sorgt. Augenoberfläche und Augenlider werden befeuchtet. [redacted] kann zur Linderung müder, trockener, gereizter oder tränender Augen angewendet werden.

Wie Opticalm Lipomyst wirkt

Die Tränenflüssigkeit hat für das Auge eine sehr wichtige Schutz- und Ernährungsfunktion. Sie beeinflusst somit entscheidend Gesundheit und Wohlbefinden.
Der natürliche Tränenfilm besteht aus 3 Schichten; der inneren Muzin-Schicht, die die Oberfläche des Auges bedeckt, der wässrigen Schicht, die das Auge schützt und ernährt und der äußeren Lipidschicht, die die Verdunstung der Tränen vom Auge vermindert.
Viele äußere Einflüsse des modernen Lebensstils wie langes Arbeiten am Bildschirm/Computer, Autofahren, Heizungsluft oder Klimaanlagen, Luftverschmutzung u.v.m. können die schützende Lipidschicht schädigen, was zu einer erhöhten Verdunstung der Tränenflüssigkeit und somit zu trockenen Augen führt.
[redacted] lindert die Symptome müder und trockener Augen schnell durch Aufbau und Stabilisierung der beschädigten Lipidschicht. Die umliegende Augenregion wird befeuchtet.

[redacted] **wirkt durch eine neuartige Kolloidtechnologie:**

- Das Augenspray verteilt Kolloide aus Phospholipiden auf den Augenlidern.
- Die Phospholipide ersetzen die natürlichen Lipide und stabilisieren so den Lipidfilm.

Anwendungshinweise

Bei der ersten Anwendung sind 3 bis 4 Pumpstöße erforderlich, um die Pumpvorrichtung zu füllen. Drücken Sie dazu 3 bis 4-mal kräftig auf den Sprühkopf, um den Gebrauch des Produkts möglich zu machen.
Sprühen Sie [redacted] 1 bis 2-mal auf die geschlossenen Augenlider. Halten Sie dabei einen Sprühabstand von ca. 10 cm ein. Sprühen Sie das Produkt nicht in die geöffneten Augen und berühren Sie die Augenoberfläche nicht mit dem Sprühkopf.
In der Regel sind 3 bis 4 Anwendungen am Tag ausreichend, um eine Linderung zu erzielen. Bei schwerer ausgeprägten Symptomen kann das Augenspray häufiger angewendet werden. [redacted] kann in der Langzeitanwendung täglich angewendet werden.
Der neuartige Sprühkopf filtert die eintretende Luft aseptisch und verhindert so eine Verunreinigung. [redacted] ist deshalb absolut konservierungsmittelfrei.

Was Sie machen sollten!	Was passiert?
1. Sprühen Sie 1 bis 2-mal auf die geschlossenen Augenlider und halten Sie einen Sprühabstand von ca. 10 cm zwischen Spray und geschlossenem Auge ein.	• Kolloide (Phospholipide) verteilen sich über die Augenlider. • Phospholipide ergänzen die natürlichen Lipide.
2. Blinzeln	• Lipide werden durch die Blinzelbewegung auf der Augenoberfläche verteilt und bauen die Lipidschicht wieder auf. • Kolloide ziehen schnell in die umliegende Augenregion ein.
3. Augen geöffnet	• Beruhigendes, erfrischendes Gefühl. • Linderung der Symptome trockener Augen.

Das Produkt sollte nicht in die geöffneten Augen gesprüht werden. Passiert dies dennoch unabsichtlich, kann ein kurzes, brennendes Gefühl auftreten.

Kann auch beim Tragen von Kontaktlinsen und auf Make-up angewendet werden:
- Benutzen Sie [redacted] bevor Sie Make-up auftragen oder nach dem Abschminken. Bei Anwendung von bereits aufgetragenem Make-up sollte nur ein Sprühstoß verwendet werden. Der Sprühabstand zwischen Spray und Auge sollte erhöht werden (ca. 20 cm).
- Durch die Stabilisierung des Tränenfilms mit [redacted] wird das Tragen von harten und weichen Kontaktlinsen angenehmer.

Gegenanzeigen

⚠ Verwenden Sie [redacted] nicht bei einer Überempfindlichkeit gegen einen der Inhaltsstoffe.

Wechselwirkungen mit Arzneimitteln

Wechselwirkungen mit anderen Arzneimitteln sind nicht bekannt.

Aufbewahrung

5°C / 25°C Kühl und trocken lagern.

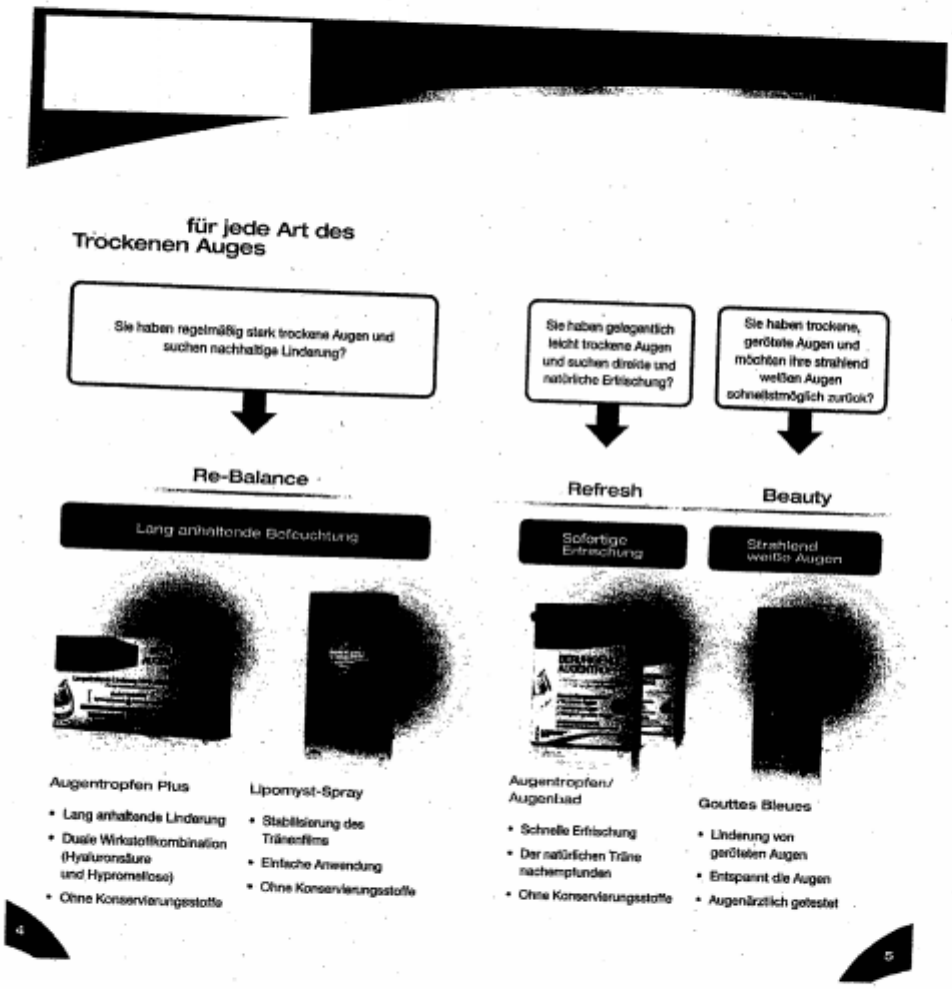
Direkte Sonneneinstrahlung vermeiden.

- Für Kinder unzugänglich aufbewahren.
- Nach dem ersten Gebrauch kann die Flasche noch 6 Monate verwendet werden – im Gegensatz zu anderen Augentropfen muss [redacted] nicht nach 28 Tagen entsorgt werden.
- Um einen stärker erfrischenden Effekt zu erzielen, kann [redacted] im Kühlschrank aufbewahrt werden.
- Nicht nach dem hinter "Verwendbar bis" angegebenen Verfallsdatum anwenden.

Hinweise zur Anwendung

Da bei einem bestimmungsgemäßen Gebrauch keine Verunreinigung erfolgt, kann die Augensprayflasche von mehreren Personen benutzt werden. Wenn Ihnen Augenpräparate verschrieben worden sind, sprechen Sie bitte mit Ihrem Arzt, bevor Sie [redacted] anwenden.
[redacted] ist nicht geeignet, um ansteckende Augenerkrankungen (verursacht durch Bakterien, Viren oder Pilze) zu behandeln oder im Falle von Verletzungen oder [redacted] der Augenoberfläche.

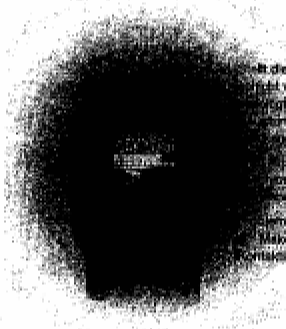
Sowohl der Produktverpackung als auch der Gebrauchsanweisung sowie der Patientenbroschüre (Anlage K 3), die nachfolgend auszugsweise wiedergegeben ist, ist als primäre Zweckbestimmung des angegriffenen Sprays die Behandlung des Krankheitsbildes Trockenes Auge, eine multifaktorielle Erkrankung der Tränen- und Augenoberfläche, zu entnehmen.



6

Re-Balance

[redacted]indert das Trockene Auge auf einfache Weise und stabilisiert den Tränenfilm.



...llt die natürliche Lipid-
...schicht wieder her und
...rgt so eine der
...ursachen für das
... Auge
...ch auf das
...ossene Auge
...rüht
...emlos verwendbar
Make-up und mit
...ntaktlinsen

Das Richtige für Sie, wenn Sie ...

... am Trockenen Auge leiden.

... eine praktische Alternative zu Augentropfen suchen.

... Ihre Augen auch unterwegs schnell und wirksam erfrischen möchten.

8

Anwendung

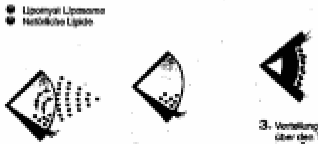
- Bei stark trockenen und müden Augen
- Bei Abneigung gegen die Anwendung von Augentropfen
- Als schnelle, einfache Hilfe gegen trockene Augen – überall und jederzeit
- Anwendung 3-4 x pro Tag

Wie funktioniert's?

Die Lipidschicht bildet die äußerste Schicht des Tränenfilms – dadurch ist sie äußeren Einflüssen am intensivsten ausgesetzt. Eine Störung der Lipidschicht ist die häufigste Ursache für das Trockene Auge. Lipomyst baut die Lipidschicht wieder auf, erfrischt die Augen und beseitigt so eine der Hauptursachen für die Austrocknung der Augen.

Die Liposomen-Technologie

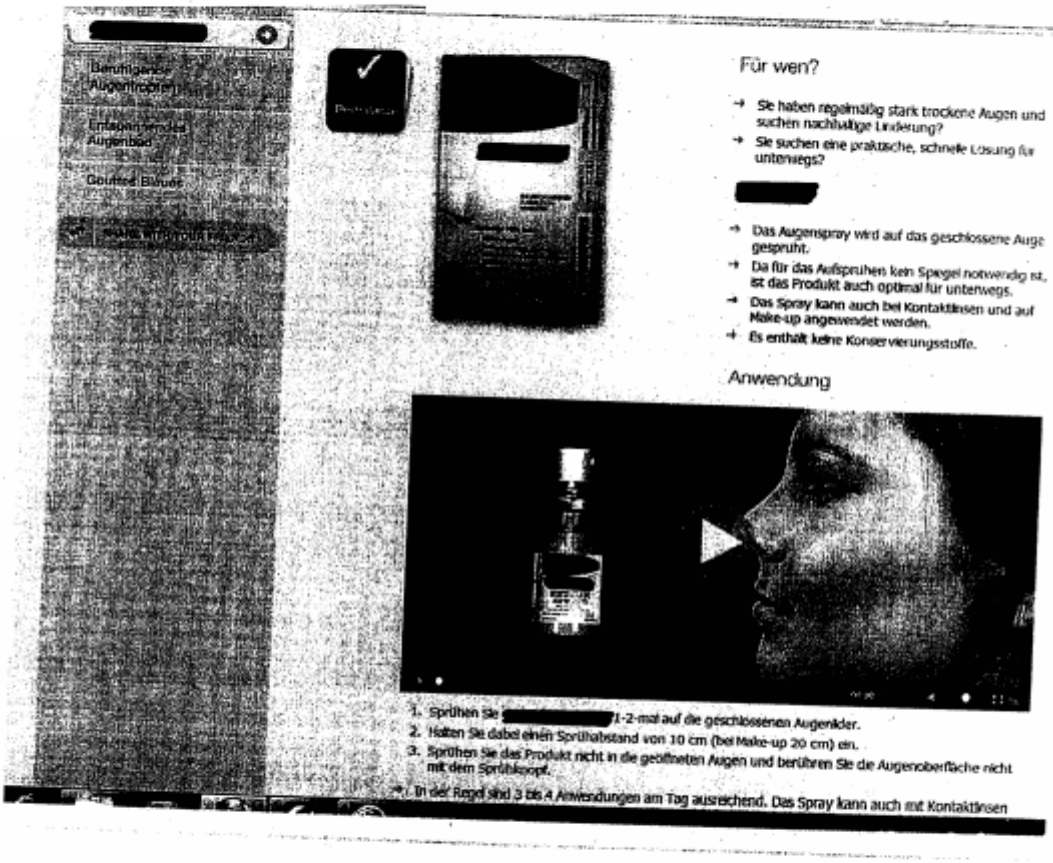
- Lipomyst Liposome
- Natürliche Lipide



1. Aufsprühen von Lipomyst auf das geschlossene Augenlid.
2. Mischung der Lipomyst Liposome mit den natürlichen Lipiden.
3. Verteilung der Lipide über den Tränenfilm beim Öffnen der Augen. Durch den feinen Nebel wird das Auge zusätzlich erfrischt.

9

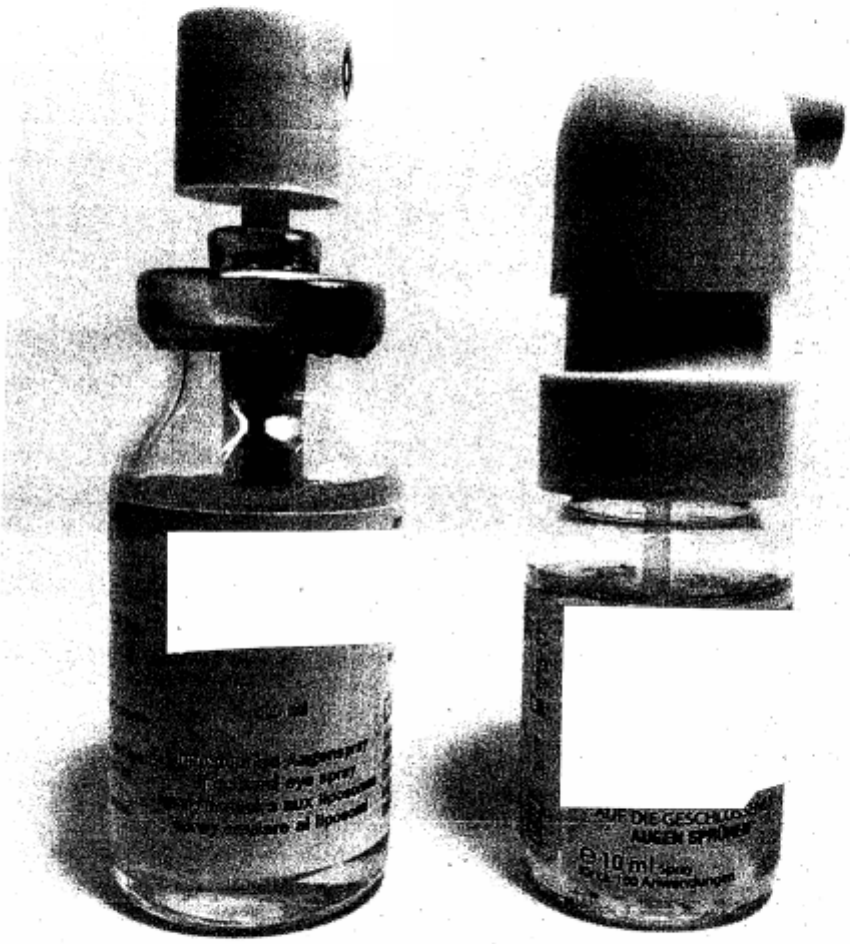
Die Beklagte bewirbt die angegriffene Ausführungsform im Internet mit einem Video, in dem das angegriffene Spray u.a. wie aus der nachfolgend eingeblendeten Anlage K 8 ersichtlich gezeigt wird.



Die Abbildung entspricht hinsichtlich der Flasche nebst Pumpe nicht der Gestalt, in der die angegriffene Ausführungsform tatsächlich vertrieben wird. Vielmehr ist eine Abbildung einer Flasche nebst Pumpe des von der Klägerin vertriebenen Augensprays im Layout der Beklagten gezeigt. Die Gestaltung der angegriffenen Ausfüh-

rungsform und des klägerischen Produkts veranschaulicht die nachfolgend eingeblendete Anlage K 9.

Anlage K9



Mit Schreiben vom 29.11.2012 (Anlage K 11) und mit Schreiben vom 13.12.2012 (Anlage K 16) mahnte die Klägerin die Beklagte erfolglos wegen der im hiesigen Verfahren streitgegenständlichen Werbeaussagen ab.

9

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Unterlassung der streitgegenständlichen Werbeaussagen und Verwendung von Lichtbildern, die die Flasche nebst Pumpe des klägerischen Produkts zeigen sowie auf Erstattung der Abmahnkosten in Anspruch. Sie hat erstinstanzlich im Wesentlichen wie folgt vorgetragen: 13

14

Sie hat behauptet, die Beklagte versuche sich mit der angegriffenen Ausführungsform an ihr erfolgreiches Originalprodukt zur Stabilisierung der Lipidschicht, dem liposomalen, nach einem neuartigen (patentierten) Verfahren hergestellten Augenspray „E.®“ bzw. „F.®“ anzunähern. Ihr Originalprodukt habe sie, die Klägerin, in der Vergangenheit über die Muttergesellschaft der Beklagten im europäischen Ausland vertrieben, wobei der Vertrieb unter der Dachmarke der Muttergesellschaft als „H.®“ erfolgt sei (Anlage K 6). Das entsprechende Vertragsverhältnis mit der G.NV sei zwischenzeitlich durch sie beendet worden. Zwecks Anlehnung an ihr Originalprodukt führe die Beklagte die Inhaltsstoffe des angegriffenen Sprays gezielt nur unvollständig, nämlich insoweit als dass sie mit denen des klägerischen Produkts – insoweit unstreitig – übereinstimmten, auf und verschweige den Hauptbestandteil der angegriffenen Ausführungsform Fett (3,2 % pro 1 ml). Die Beklagte werbe folglich mit unwahren und irreführenden Angaben. Die gleichfalls bewusste Bewerbung der angegriffenen Ausführungsform mit Lichtbildern/Videoaufnahmen des Produktes der Klägerin, wie es vormals im Layout und unter der Dachmarke der G.NV u.a. in Belgien vertrieben worden sei, sei zudem geeignet, eine Verwechslungsgefahr zwischen dem klägerischen Produkt und dem angegriffenen Spray herbeizuführen und dadurch die angesprochenen Verkehrskreise in die Irre zu führen. Schließlich werde der Adressat nach der objektiven Zweckbestimmung beider Produkte von einer Ähnlichkeit derselben ausgehen.

Die Klägerin hat ferner behauptet, die Beklagte bewerbe die angegriffene Ausführungsform mit Wirkungen, die dieser nicht zukommen würden. Das von ihr im Wege von Testkäufen erworbene angegriffene Spray sei Dr. J. zur Durchführung einer klinischen Studie im Hinblick auf seine Wirksamkeit im Vergleich zu ihrem Augenspray „F.®“ übergeben worden. Die Studie vom 07.01.2013 (Anlage K 10) belege, dass das angegriffene Spray keinen positiven Effekt auf den Tränenfilm habe und ihm keinerlei Wirkung bei der Behandlung des Krankheitsbildes Trockenes Auge zukomme. Gleiches sei aus einer weiteren Studie von Dr. J. vom 12.07.2012 (Anlage K 18) zu folgern, in welcher das ebenfalls aus dem Hause der I. AG stammende, unter dem Namen „K.®“ vertriebene Spray mit dem klägerischen Produkt verglichen worden sei. Auch das Spray „K.®“, das hinsichtlich der wesentlichen, vermeintlich wirkungsrelevanten Inhaltsstoffe identisch mit dem angegriffenen Spray sei, sei wirkungslos. Die physio-chemischen Eigenschaften dieser beiden Produkte seien, wie das Gutachten von Prof. Dr. L. (Anlage K 17) zeige, nahezu identisch. 15

Angesichts dessen obliege es der Beklagten, den Nachweis der Wirksamkeit durch Vorlage von Studien zu erbringen, die nach allgemein anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen erstellt worden seien. Derartige Studien lägen der Beklagten indes nicht vor. Insbesondere die Studie von Prof. M. vom 13.09.2011 (Anlage BK 5) könne kein klinischer Beleg dafür sein, dass die ausgelobten Eigenschaften der angegriffenen Ausführungsform bestehen. Wie aus der gutachterlichen Stellungnahme von Prof. Dr. N. vom 26.05.2013 (Anlage K 23) hervorgehe, seien die Resultate der durchgeführten Tests angesichts der kleinen Stichprobenzahl und der verwendeten Scala mit Vorsicht zu bewerten und die Ergebnisse nicht belastbar. Ebenso wenig sei die erst im Laufe des Rechtsstreits erstellte Untersuchung von Prof. M. und Prof. Dr. O., „Wirkung von P. und Vergleich der Wirkung der Produkte P. und F.® sowie von P. und Placebo“ vom 17.06.2013 (Anlage BK 6) zum Wirkungsnachweis geeignet. Abgesehen davon, dass die Untersuchung von der Beklagten in Auftrag gegeben und finanziert worden sei, Prof. M. nicht die notwendige Neutralität aufweise und die Studie nicht im Zeitpunkt des Inverkehrbringens und im Zeitpunkt der monierten Werbung vorgelegen habe, leide die Studie, wie insbesondere die gutachterliche Stellungnahme von Prof. Dr. N. vom 01.07.2013 (Anlage K 24) belege, an ihrer verfehlten Methodik und weiteren Mängeln. 16

17

Die Beklagte hat erstinstanzlich mit Nichtwissen eine vertragliche Beziehung der G.NV mit der Klägerin bestritten. Sie sei nicht darüber informiert, welche Verträge ihre Muttergesellschaft abschließe und welche dieser Verträge gekündigt werden. Eine Rückfrage bei der G.NV habe ergeben, dass diese keinen Vertrag des von der Klägerin behaupteten Inhalts mit dieser abgeschlossen habe. Gleichfalls mit Nichtwissen bestritten hat die Beklagte die Zweckbestimmung sowie ein besonderes Herstellungsverfahren des klägerischen Produkts und die erstmalige Herstellung eines liposomalen Augensprays durch die Klägerin zur Behandlung des Krankheitsbildes Trockenes Auge.

Sie hat die Ansicht vertreten, es sei fernliegend, ihr vorzuwerfen, sie lehne sich an das Produkt der Klägerin an und wolle den Eindruck einer „Identität“ erwecken. Der auszugsweise Überblick über die Inhaltsstoffe des angegriffenen Sprays sei rechtlich nicht zu beanstanden. Sie suggeriere an keiner Stelle, dass es sich um eine vollständige Aufzählung der Inhaltsstoffe, welche im Übrigen nach dem gesetzgeberischen Willen bei Medizinprodukten überhaupt nicht mitgeteilt werden müssten, handele. Bei der Verwendung des Internetvideos, das ihr von einem Schwesterunternehmen zur Verfügung gestellt worden sei, sei ihr in keiner Weise bewusst gewesen, dass die abgebildete Flasche mit der Pumpe die von der Klägerin verwendete Flasche und Pumpe seien. Es sei ihr nicht aufgefallen, dass die gezeigte Flasche und Pumpe nicht der Flasche und Pumpe entspreche, mit der das angegriffene Spray ausgestattet ist. Das liege daran, dass weder Flasche noch Pumpe in irgendeiner Art charakteristisch oder prägend für das Produkt seien. Charakteristisch und prägend sei allein das Layout des Produkts, welches in dem Video ersichtlich nicht dem Layout der Klägerin entspreche. Der Verbraucher werde daher auch nicht in relevanter Weise getäuscht; er verbinde weder mit der Flasche noch mit der Pumpe und auch nicht mit der Gesamtheit aus Flasche und Pumpe das Produkt der Klägerin. 18

Die Studie von Dr. J. vom 07.01.2013 (Anlage K 10) sei nicht geeignet, die dahingehende Behauptung der Klägerin zu belegen. Sie hat mit Nichtwissen bestritten, dass es sich bei den von der Klägerin an Dr. J. übergebenen Produkten, mit denen dieser die Untersuchung durchgeführt hat, auf die sich der als Anlage K 10 vorgelegte Bericht bezieht, Produkte der Beklagten waren, insbesondere dass es sich um Packungen des angegriffenen Sprays gehandelt hat. Dr. J. könne (und mache) zur Echtheit und Originalität der Produkte keinerlei Aussagen machen. Für den Fall, dass – was bestritten wird – tatsächlich Packungen des angegriffenen Sprays an Dr. J. übergeben worden seien, hat die Beklagte mit Nichtwissen bestritten, dass die Packungen bis zur Verwendung im Rahmen der Studie den für den angegriffenen Spray vorgesehenen Transport- und Lagerungsbedingungen entsprechend gelagert und transportiert wurden und dass das angegriffene Spray in einem oder gar in beiden genannten Untersuchungszentren angewendet wurde. Da es sich bei der Studie nur um eine Vergleichsstudie handele, könnten aus ihr zudem allenfalls Aussagen zu einer relativen Wirksamkeit gezogen werden, nicht jedoch zur absoluten Wirksamkeit der angegriffenen Ausführungsform. Es handele sich nur um die Darstellung von Ergebnissen auf Basis der Interferenzstatistik. Die Interferenzstatistik sei aus wissenschaftlicher Sicht nicht geeignet, zu zeigen, ob ermittelte Unterschiede praktische oder klinische Relevanz haben. Zudem genüge sie wissenschaftlichen Ansprüchen nicht, da insbesondere in die Untersuchung eine erhebliche Anzahl von Patienten einbezogen worden sei, die nicht unter Trockenem Auge litten. Eine valide Aussage zur absoluten Wirksamkeit oder Unwirksamkeit eines der untersuchten Produkte könne die Studie somit nicht treffen. 19

Tatsächlich sei das angegriffene Spray wirksam und geeignet, im Rahmen der Zweckbestimmung angewendet zu werden. Dies sei innerhalb des nach medizinproduktrechtlichen Vorgaben erforderlichen Konformitätsbewertungsverfahrens, 20

welches die I. AG vor dem Inverkehrbringen des angegriffenen Sprays habe durchführen lassen, belegt. Aufgrund seiner Inhaltsstoffe sei es geeignet, die mit den gerügten Aussagen beschriebene Wirkung zu entfalten, wie insbesondere aus dem Studienbericht von S. u.a., „Eine neue Möglichkeit der Behandlung der Keratonkonjunktivitis sicca durch Besprühung mit einer Öl-in-Wasser-Emulsion“, Spektrum Augenheilkunde (2005) 19/3:276-279 (Anlage BK 3) und der gutachterlichen Stellungnahme von Dr. Q. vom 07.12.2012 (Anlage BK 4) folge. Darüber hinaus bestätige die „Compatibility Study“ von Prof. M. vom 13.09.2011 (Anlage BK 5), dass ein mit dem angegriffenen Spray vergleichbares Medizinprodukt „K.“ im Vergleich zum Produkt der Klägerin zumindest gleichwertig sei.

Ferner belege die ihr am 18.06.2013 bekannt gewordene Studie von Prof. M. und Prof. Dr. O. (Anlage BK 6) wissenschaftlich valide in einem geeigneten Verfahren und Design, dass dem angegriffenen Spray die von der Klägerin angezweifelten Wirkungen zukämen. Die dagegen gerichtete Kritik sei haltlos, wie insbesondere aus der Stellungnahme von Prof. M. und Prof. Dr. O. vom 03.09.2013 (Anlage BK 7) und dem übertragbaren Studienbericht „Wirkungen von K.® und Vergleich der Wirkung der Produkte K.® und F.® (revidierte Fassung)“ vom 18.04.2013 (Anlage BK 8) folge. Soweit die Klägerin die vermeintlich verfehlte Methodik der Studie Anlage BK 6 bemängel, lege sie ihrer Argumentation offenbar die Annahme zugrunde, dass der Wirkungsmechanismus liposomaler Augensprays abschließend und umfassend geklärt sei. Dies sei tatsächlich jedoch nicht der Fall. Fest stehe lediglich der Nutzen entsprechender liposomaler Augensprays, nicht aber, durch welche Mechanismen dieser Nutzen letztlich erreicht werde. 21

Die Beklagte hat schließlich mit Nichtwissen bestritten, dass der Klägerin Kosten für die Abmahnung in der behaupteten Höhe tatsächlich entstanden sind. 22

Wegen der weiteren Einzelheiten wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen im Urteil des Landgerichts Bezug genommen. 23

Das Landgericht hat die Beklagte mit Urteil vom 06.12.2013 antragsgemäß wie folgt verurteilt: 24

„I. 25

Die Beklagte wird verurteilt, es zu unterlassen, 26

1. 27

das Produkt H. P.® unter Angabe der nachstehend angeführten Zusammensetzung in den Verkehr zu bringen: 28

Inhaltsstoffe	1 ml enthält:	
Sojalecithin	10 mg	30
Natriumchlorid	2,8 mg	31
Ethanol	8 mg	32
Vitamin A-Palmitat	0,25 mg	33
Vitamin E	0,02 mg	34
Gereinigtes Wasser		35

wenn dies wie in den Anlagen K 1 und K 2 wiedergegeben geschieht;

2.

zur Bewerbung des Produktes H. P.® in Deutschland Lichtbilder oder Videoaufnahmen des Produktes aus dem Hause der Klägerin zu verwenden, wenn dies wie in Anlage K 8 geschieht;

3.

das Produkt H. P.® mit folgenden Aussagen in den Verkehr zu bringen und/oder zu bewerben:

a)

„erfrischt und beruhigt sofort die trockenen, müden, gereizten oder tränenden Augen und mildert die Beschwerden“,

b)

„hilft, die Lipidschicht im natürlichen Tränenfilm wieder aufzubauen und zu stabilisieren,

c)

„stabilisiert die Lipidschicht, welche die Verdunstung des Tränenfilms vermeidet und so für die Erhaltung der natürlichen Tränenflüssigkeit sorgt“,

d)

„lindert die Symptome müder und trockener Augen schnell durch Aufbau und Stabilisierung der beschädigten Lipidschicht“,

e)

„konservierungsmittelfreies Lidspray zur Behandlung müder und trockener Augen“,

f)

„das Augenspray verteilt Kolloide aus Phospholipiden auf den Augenlidern. Die Phospholipide ersetzen die natürlichen Lipide und stabilisieren so den Lipidfilm“,

g)

„durch die Stabilisierung des Tränenfilms wird das Tragen von harten und weichen Kontaktlinsen angenehmer“,

h)

„Lipsomen-Technologie”

i)

„P.-Liposome“ oder

j)

“Mischung der P.-Liposome mit den natürlichen Lipiden”, 60

wenn dies wie in den Anlagen K 1, K 2 und K 3 dargestellt geschieht. 61

II. 62

Der Beklagten wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die unter den von I. 1. bis 3. genannten Unterlassungsverpflichtungen ein vom Gericht festzusetzendes Ordnungsgeld in Höhe von bis zu 250.000,00 Euro, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu vollziehen an der Geschäftsführerin der Beklagten, angedroht. 63

III. 64

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag in Höhe von 1.379,80 Euro zuzüglich Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 20.12.2012 zu zahlen.“ 65

Zur Begründung hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt: 66

Der Anspruch auf Unterlassung des im Tenor unter I. 1. beschriebenen Verhaltens ergebe sich aus § 4 Nr. 11 UWG i. V. m. § 3a HWG. Die konkrete Inhaltsangabe für das angegriffene Spray sei eine zur Täuschung geeignete Angabe über die Zusammensetzung des Medizinproduktes, da die Liste der Inhaltsstoffe unstreitig unvollständig sei. Es fehle der zumindest mengenmäßig erheblich ins Gewicht fallende Bestandteil Fett. Die Auflistung vermittle den Eindruck der Vollständigkeit. Da jeglicher Hinweis auf eine nur auszugsweise Wiedergabe der Inhaltsstoffe fehle, müsse ein durchschnittlich aufmerksamer Leser davon ausgehen, außer den genannten Stoffen sei kein weiterer vorhanden. Ohne Einfluss sei hierbei, dass keine Pflicht zur Angabe der Inhaltsstoffe bei Medizinprodukten bestehe. Wenn ein Hersteller oder Vertreiber Angaben hierzu mache, gehe der Verbraucher von einer Vollständigkeit aus. 67

Zur Unterlassung des im Tenor unter I. 2. beschriebenen Verhaltens sei die Beklagte gem. § 3 Abs. 3 UWG i. V. m. Nr. 13 des Anhangs zu § 3 UWG verpflichtet. Die Gegenüberstellung der Flaschen (Anlage K 9) zeige, dass das von der Klägerin vertriebene Produkt in der gezeigten Flasche nebst Zerstäuber verkauft werde und sich deutlich von der Ware der Beklagten unterscheide. Damit liege eine Warenähnlichkeit vor, ohne dass ein vernünftiger Grund erkennbar sei, warum die gefilmte Darstellung nicht ein Originalprodukt der Beklagten zum Gegenstand habe. Es sei davon auszugehen, dass die Abweichung in dem Demonstrationsfilm auch in der Absicht einer Herkunftstäuschung erfolgt sei. Die Verwendung einer anderen Flasche und eines „gewöhnlichen“ Zerstäubers erfordere zumindest einen Etikettierungsaufwand, für den die Beklagte keinen nachvollziehbaren Grund genannt habe. Unstreitig sei das Produkt der Klägerin vor demjenigen der Beklagten auf dem Markt gewesen, so dass es naheliegt, Verbraucher mit einer gewohnten Gestaltungsform anzulocken. Eine Herkunftstäuschung sei auch nicht wegen der unterschiedlichen Produktbezeichnung ausgeschlossen, da es keine Seltenheit sei, dass inhaltsgleiche Produkte eines Herstellers unter verschiedenen Handelsbezeichnungen am Markt vertreten seien. Im vorliegenden Fall liege eine solche Annahme umso näher, als auch die Angaben der Inhaltsstoffe nach Art, Reihenfolge und Menge gleich bezeichnet würden. 68

Der Anspruch auf Unterlassung des im Tenor unter I. 3. a) – g) beschriebenen Verhaltens folge aus § 4 Nr. 11 UWG i. V. m. § 4 Abs. 2 Nr. 1 MPG. Für die von der Beklagten aufgestellten Wirkungsbehauptungen gebe es keine ausreichenden, wissenschaftlichen 69

Nachweise.

Eine Konformitätsbescheinigung sei insoweit nicht aussagekräftig, da sie grundsätzlich die Verkehrsfähigkeit des Medizinproduktes betreffe und nicht die Prüfung von konkreten Wirksamkeitsaussagen beinhalte. 70

Die Studie von S. u.a. (Anlage BK 3) sei gleichfalls nicht aussagekräftig, weil sie sich nur in allgemeiner Form mit der Besprühung der Augen von Patienten mit Trockenem Auge mit einer Öl-in-Wasser-Emulsion befasse. Weder handele es sich bei der geprüften Emulsion um die angegriffene Ausführungsform noch sei der Studie zu entnehmen, dass deren Zusammensetzung auch nur im Wesentlichen derjenigen der angegriffenen Ausführungsform entspreche. 71

Ebenso wenig belege die gutachterliche Stellungnahme von Dr. Q. (Anlage BK 4) die ausgelobten Wirkungen. Dr. Q. habe keine eigenen klinischen Untersuchungen vorgenommen, sondern lediglich Literatur ausgewertet. Die herangezogenen Untersuchungen hätten ihrerseits nicht das angegriffene Spray zum Gegenstand. Soweit auch die Studie von S. (Anlage BK 3) erwähnt und die Feststellung getroffen werde, die angegriffene Ausführungsform sei eine phospholipidhaltige Öl-in-Wasser-Emulsion, die mit den bei den klinischen Studien von S. verwendeten Emulsionen vergleichbar sei, werde dies weder begründet noch belegt. Aus der damit lediglich angenommenen Vergleichbarkeit lasse sich insbesondere vor dem Hintergrund der klinischen Prüfung von Dr. J. nicht die wissenschaftliche Richtigkeit der Wirksamkeitsaussagen ableiten. 72

Auch die Studie von Prof. M. vom 13.09.2011 (Anlage BK 5) beinhalte keine ausreichende klinische Wirksamkeitsstudie. Abgesehen davon, dass in der Studie allein die unter 3. g) behauptete Wirkung angesprochen sei, gelte auch hier, dass sich aus der Untersuchung nicht ablesen lasse, dass die angegriffene Ausführungsform Untersuchungsgegenstand gewesen ist. Zudem seien mit insgesamt 10 Personen eine relativ kleine Gruppe untersucht worden, deren Aussage sich auf die Wiedergabe bloß subjektiver Empfindungen beschränkt habe. 73

Schließlich sei auch die von Prof. M. und Prof. Dr. O. unter dem 17.06.2013, also nach Rechtshängigkeit der Klage erstellte Untersuchung (Anlage BK 6) nicht geeignet, den Nachweis der behaupteten Wirkungen zu erbringen. Die Studie, durchgeführt im Wesentlichen von studentischen Hilfskräften, weise ausweislich der wissenschaftlichen Überprüfung von Prof. Dr. N. methodologische Schwächen auf, die die Ergebnisse nicht als wissenschaftlich ausreichend belegt erscheinen ließen. Hieran ändere die Stellungnahme von Prof. M. und Prof. Dr. O. vom 03.09.2013 (Anlage BK 7) nichts. Es möge sein, dass die Kritik ihrerseits wissenschaftlich umstritten ist. Ausgangspunkt bliebe jedoch, dass die Beklagte den Ausführungen von Prof. M. und Prof. Dr. O. folgend selbst vortrage, den behaupteten Wirkmechanismus gar nicht zu kennen. Damit handele es sich um eine erst nach Aufstellung der Wirksamkeitsbehauptungen im Laufe des Rechtsstreits erfolgte bloße Beschreibung eines Phänomens, das sich an wenigen Versuchspersonen gezeigt habe. Berücksichtige man, dass es eine immerhin klinische Untersuchung gebe, die nicht nur die fehlende Wirksamkeit des angegriffenen Sprays bescheinige, sondern diesen auch für die Anwendung bei Trockenem Auge als nicht ratsam bewerte, fehle damit ein ausreichender, wissenschaftlicher Beleg für die Wirksamkeitsbehauptungen der Beklagten, auch wenn Einwände gegen die Feststellungen und Wertungen der Untersuchung von Dr. J. berechtigt sein sollten. 74

Mangels wissenschaftlichen Nachweises der Richtigkeit der Behauptungen seien diese zu unterlassen. Eine Überprüfung der Wirkungen im Rahmen des vorliegenden Rechtsstreits 75

etwa durch Einholung eines Sachverständigengutachtens scheide aus. Wer für sein Produkt mit Tatsachenbehauptungen werbe, müsse diese wissenschaftlich bereits zum Zeitpunkt belegen, in dem sie aufgestellt werden. Die Beklagte trage auch die Beweislast für die Richtigkeit ihrer Behauptungen, da die Klägerin durch Vorlage des Gutachtens von Dr. J. erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der behaupteten Werbeaussagen dargelegt habe.

Der Unterlassungsanspruch betreffend die im Tenor unter I. 3. h) – j) aufgeführten Angaben folge aus § 3 Nr. 3a HWG i. V. m. § 4 Nr. 11 UWG. Die Erwähnung von Liposomen stelle eine unwahre und zur Täuschung geeignete Angabe dar. Die Klägerin habe unwidersprochen vorgetragen, es seien keine Liposomen im angegriffenen Spray enthalten. 76

Die Beklagte schulde ferner gem. § 12 Abs. 1 S. 2 UWG die Erstattung der in ihrer Höhe ebenfalls nicht substantiiert bestrittenen Kosten der vorgerichtlichen Abmahnung. Da die Klägerin die Beklagte durch anwaltliches Schreiben abgemahnt habe, sei davon auszugehen, dass die dafür berechneten Kosten in Höhe von 1.379,80 Euro tatsächlich entstanden sind. Ob die Kosten von der Klägerin bereits gezahlt worden seien, sei ohne Bedeutung, als die Zahlungsverweigerung durch die Beklagte nicht lediglich einen Freistellungsanspruch, sondern einen Ersatzanspruch begründe. 77

Gegen dieses Urteil richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung der Beklagten, mit der sie ihren Klageabweisungsantrag weiterverfolgt. 78

Unter Bezugnahme auf ihr erstinstanzliches Vorbringen einschließlich der Beweisantritte rügt die Beklagte die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Sie führt im Wesentlichen aus: 79

Zu Ziffer I.1. des Tenors habe das Landgericht nicht dargelegt oder begründet, dass durch die dortige Handlung ein relevanter Anteil der angesprochenen Verkehrskreise vermeintlich irregeführt bzw. getäuscht werde. Die Klägerin habe auch nicht dargetan, dass die erforderliche Irreführungsquote erreicht werde. 80

Die vom Landgericht zu Ziffer I. 2. des Tenors zugrundegelegte Annahme, bei den angesprochenen Verkehrskreisen könne der Eindruck entstehen, dass die angegriffene Ausführungsform und das Produkt der Klägerin vom selben Hersteller stamme, sei von keiner Partei vorgetragen worden. Die Klägerin habe sich ausschließlich auf eine vermeintliche Verwechslungsgefahr berufen. Es bestehe auch keine ernstliche Gefahr der Herkunftstäuschung. Die von der Klägerin verwendete Flasche werde von einem Anbieter gefertigt, der die Flasche an zahlreiche Abnehmer für unterschiedliche Zwecke verkaufe. Es sei jedermann unbenommen, die Flasche auch für Augenprodukte zu verwenden. Die Flasche als solche habe keinerlei Wiedererkennungseffekt. Gleiches gelte für den Sprühkopf. Hinzu trete, dass die angebliche Herkunftstäuschung schon wegen der Verwendung des Etiketts des angegriffenen Sprays ausgeschlossen werde. Darüber hinaus unterstelle das Landgericht eine Absicht einer Herkunftstäuschung und folge diesbezüglich allein dem Vortrag der Klägerin, den sie jedoch bestritten habe. Sie habe die tatsächlichen Geschehnisse, die zur Verwendung der abgebildeten Flasche nebst Pumpe geführt hätten, dargelegt. Sie habe das Video von ihrem Schwesterunternehmen zur Verfügung gestellt bekommen, wobei in ihrem Auftrag die Kennzeichnung auf der Flasche geändert worden sei. Die von ihr angebotenen Beweise seien ohne Begründung und ohne Hinweis nicht erhoben worden. Ferner sei darauf hinzuweisen, dass auch die Klägerin selbst weder vorgetragen noch unter Beweis gestellt habe, dass die Beklagte die Absicht gehabt habe, mit der Darstellung im Rahmen des Internet-Videos über die Herkunft des angegriffenen Sprays zu täuschen. Schließlich habe das Landgericht auch im Hinblick auf die Annahme eines „Etikettierungsaufwandes“ seiner Entscheidung einen Sachverhalt zugrunde gelegt, der von 81

keiner Partei vorgetragen oder zu irgendeinem Zeitpunkt diskutiert worden sei. Klarstellend sei darauf hinzuweisen, dass im Digital-Zeitalter das Umetikettieren von Behältnissen für die Erstellung von Internet-Videos in keiner Weise erforderlich sei.

Soweit das Landgericht zu Ziffer I. 3. a) – g) vermeintliche methodische Schwächen der von ihr vorgelegten Studie von Prof. M. und Prof. Dr. O. vom 17.06.2013 (Anlage BK 6) aus der „wissenschaftlichen Überprüfung von Prof. Dr. N." herleite, seien die Unterstellungen des Landgerichts unzutreffend. Gleiches gelte für die gezogenen Schlussfolgerungen, wobei das Landgericht offen lasse, woher es die fachwissenschaftliche Kompetenz für seine Behauptung nehme. Das Landgericht führe in seinem Urteil auch nicht nachvollziehbar aus, aus welchen Gründen der Stellungnahme des Prof. Dr. N. die Eignung zukommen solle, die fachwissenschaftlichen Ausführungen von Prof. M. und Prof. Dr. O. auch nur mit ernst zunehmenden Argumenten in Frage zu stellen. Das Landgericht verkenne den Umfang, Inhalt und die Tragweite der Aussagen von Prof. Dr. N.. Dessen Schlussfolgerungen in Anlage K 24 bezögen sich nicht auf den im vorliegenden Verfahren streitigen Nachweis der Wirkungen des angegriffenen Sprays, sondern auf den Vergleich der Wirkungen des angegriffenen Sprays mit dem klägerischen Produkt „F.®", der aber im vorliegenden Verfahren unerheblich sei. 82

Sämtliche im Tenor unter Ziffer I. 3. a) – g) aufgeführten Wirkungsaussagen seien durch die Studie von Prof. M. und Prof. Dr. O. vom 17.06.2013 (Anlage BK 6), bei der es sich unstreitig um eine randomisierte, prospektive, experimentelle Doppelblind-Studie im Cross-Over-Design handele, hinreichend belegt. Die Stellungnahme von Prof. Dr. N. erschüttere deren Aussagekraft nicht, wobei sowieso unklar bleibe, auf welchen Kenntnissen und Erkenntnissen die Einschätzung des Landgerichts beruhe, die Stellungnahme abschließend fachlich bewerten zu können. Die Studie sei – obwohl sie im Zeitpunkt der Werbeaussage nicht vorgelegen habe – zu berücksichtigen. Maßgeblich sei die Situation heute. Es könne nicht sein, dass ihr mit einem in die Zukunft gerichteten Unterlassungsgebot Werbeaussagen verboten würden, obwohl diese nunmehr wissenschaftlich belegt seien. Soweit das Landgericht meint, es gebe „immerhin eine klinische Untersuchung", die die Anwendung des angegriffenen Sprays als „nicht ratsam" bewerte, sei auch dies zu beanstanden. Die angeblich existierende Untersuchung werde nicht einmal benannt. Darüber hinaus fehle jede Auseinandersetzung mit der vermeintlichen Untersuchung und vor allem jede Herleitung, warum diese vermeintliche Untersuchung aussagekräftig sein solle. Soweit damit die Untersuchung von Dr. J. gemeint sei, sei auf ihre erstinstanzlichen Ausführungen und Beweisantritte zu verweisen. 83

Die Beklagte beantragt, 84

das Urteil des Landgerichts Düsseldorf in dem Verfahren 38 O 9/13 vom 06.12.2013 aufzuheben und die Klage abzuweisen. 85

Die Klägerin beantragt, 86

die Berufung zurückzuweisen. 87

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil und wiederholt sowie vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen. Sie führt hierbei insbesondere aus: 88

Das Landgericht habe zu Ziffer I. 1. des Tenors zu Recht darauf hingewiesen, dass die (freiwillige) Angabe der Inhaltsstoffe für ein Medizinprodukt bei den in Rede stehenden Verkehrskreisen die Erwartung beinhalte, dass die vorgenommene Auflistung vollständig sei. 89

Besonderer Erfahrung zur Feststellung der Verkehrsauffassung bedürfe es vorliegend nicht, weshalb das Landgericht aus eigener Sachkompetenz darüber habe befinden können, wie ein aufmerksamer, durchschnittlich informierter Verbraucher die Angaben versteht. Das Erreichen einer bestimmten Irreführungsquote sei nicht erforderlich, wobei im Übrigen anerkannt sei, dass – wenn man eine solche fordere – bei deren Festlegung auch wertende Elemente zu berücksichtigen seien. Auch eine eher geringe Irreführungsquote reiche deshalb aus, wenn – wie hier – die Werbung gezielt darauf angelegt sei, einen bestimmten – und sei es auch kleinen – Teil des Verkehrs zu täuschen. Der Entschluss der Beklagten, ohne rechtliche Verpflichtung die Inhaltsstoffe auf dem angegriffenen Spray lediglich in Auszügen anzugeben, beruhe allein auf dem Ziel, sich dem Produkt der Klägerin anzunähern und eine Identität beider Produkte zu suggerieren.

Die vom Landgericht getroffenen Tatsachenfeststellungen zu Ziffer I. 2. des Tenors seien unstreitig. Ob die vom Landgericht erwähnte Umetikettierung in tatsächlicher Hinsicht oder „nur“ in digitaler Form erfolge, spiele keine Rolle. Die Subsumtion des Landgerichts basiere auch auf ihrem Tatsachenvortrag, der im Übrigen explizit eine Täuschungsabsicht umfasst habe. Aber selbst wenn anzunehmen wäre, das Landgericht habe tatsächlich den festgestellten Sachverhalt unter die falsche Norm subsumiert, würde das Urteil des Landgerichts nicht auf diesem Rechtsfehler beruhen. Denn die geschäftliche Handlung der Beklagten rufe eine Verwechslungsgefahr hervor und stelle damit einen Verstoß gegen § 5 Abs. 2 UWG dar, für den weder ein Verschulden noch eine Irreführungs- oder Täuschungsabsicht erforderlich sei. 90

Im Hinblick auf den unter Ziffer I. 3 a) – g) festgestellten Unterlassungsanspruch sei das Landgericht zutreffend davon ausgegangen, dass die Werbeaussagen irreführend und damit unzulässig seien. Das Landgericht habe insbesondere die Stellungnahme von Prof. Dr. N. vom 01.07.2013 (Anlage K 24) richtig verstanden und bewertet. Die mit der Berufung dagegen geführten Angriffe griffen nicht durch, wie die weitere Stellungnahme von Prof. Dr. N. vom 19.05.2014 (Anlage K 28) belege. Letztlich komme es auf all dies jedoch gar nicht an, weil die Studie von Prof. M. und Prof. Dr. O. unstreitig erst im Laufe des Verfahrens erzeugt worden sei. Im maßgeblichen Zeitpunkt des Inverkehrbringens der angegriffenen Ausführungsform und dem Aufstellen der Werbeaussagen habe die Beklagte nicht über den erforderlichen Wirksamkeitsnachweis verfügt. 91

II. 92

Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Der Klägerin stehen sämtliche gegenüber der Beklagten geltend gemachten Unterlassungsansprüche zu. 93

1. 94

Das Landgericht hat in Ziffer I. 1. des Urteilstenors zu Recht einen Unterlassungsanspruch der Klägerin bejaht. Die unvollständige Angabe der Inhaltsstoffe des angegriffenen Sprays, wie auf der Produktverpackung Anlage K 1 und der Gebrauchsanweisung Anlage K 2 geschehen, stellt eine unzulässige irreführende Werbung gem. §§ 8, 4 Nr. 11 UWG i. V. m. § 3 Nr. 3a HWG dar. 95

a) 96

Nach § 3 Nr. 3a HWG, bei dem es sich um eine Marktverhaltensregel im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG handelt (Götting/Nordemann/Ebert-Weidenfeller, UWG, 2. Aufl., § 4 Rn. 11.73; Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Aufl., § 4 Rn. 11.132 ff.; Ohly/Sosnitza/Ohly, UWG, 6. Aufl. § 4 97

Rn. 11/66 ff.), liegt eine Irreführung vor, wenn unwahre oder zur Täuschung geeignete Angaben über die Zusammensetzung oder Beschaffenheit von Arzneimitteln, von Medizinprodukten, Gegenständen oder anderen Mitteln oder über die Art und Weise der Verfahren oder Behandlungen gemacht werden.

Objektiv zutreffende Angaben sind zur Täuschung geeignet, wenn sie bei einem erheblichen Teil der angesprochenen Verkehrskreise zu einer unrichtigen Vorstellung führen (BGH GRUR 1998, 1043 – GS-Zeichen; BGH WRP 1993, 239 – Sofortige Beziehbarkeit), d. h. es zu einer Diskrepanz zwischen Verkehrsverständnis und objektiver Sachlage kommt (BGH GRUR 2000, 911 – Computerwerbung; BGH GRUR 1964, 33 – Bodenbeläge). Ob diese Täuschungseignung gegeben ist, richtet sich nach dem Verständnis des situationsadäquat aufmerksamen, durchschnittlich informierten und verständigen Mitglied des angesprochenen Verkehrskreises (BGH GRUR 2012, 1053 – Marktführer Sport; BGH GRUR 2004, 793 – Sportlernahrung II; BGH GRUR 2004, 162 – Mindestverzinsung). Maßgebend für die Beurteilung der Werbeaussage ist, wie der angesprochene Verkehr die beanstandete Werbung auf Grund ihres Gesamteindrucks versteht (BGH GRUR 2012, 942 – Neurologisch/Vaskuläres Zentrum; BGH GRUR 2010, 352 – Hier spiegelt sich Erfahrung; BGH GRUR 2003, 361 – Sparvorwahl). Entscheidend ist der erfahrungsgemäß am Wortsinn anknüpfende objektive Eindruck der Werbung auf den Empfängerkreis. Die Werbung muss so abgefasst sein, dass der Leser, der sich auf sie verlässt, nicht getäuscht wird (BGH GRUR 1983, 654 – Kofferschaden). Zu berücksichtigen hierbei ist zudem die Aufmerksamkeit sowie die Sorgfalt, mit der ein Verbraucher die Werbung aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls zur Kenntnis nimmt. 98

Sofern die Feststellung der maßgeblichen Verkehrsauffassung keine besonderen Erfahrungen erfordert oder das befasste Gericht über die ausreichende Sachkunde verfügt, welche bspw. auch infolge der ständigen Befassung mit Wettbewerbssachen erlangt worden sein kann, kann das Gericht die Irreführungsgefahr auch ohne Beweisaufnahme bejahen oder verneinen. Es bedarf in diesen Fällen zur Ermittlung der Verkehrsauffassung grundsätzlich keiner Beweisaufnahme, etwa durch Verkehrsbefragung. Die Ermittlung des Verkehrsverständnisses durch den Richter aufgrund eigener Sachkunde ist keine Tatsachenfeststellung, sondern Anwendung eines speziellen Erfahrungswissens (BGH GRUR 2013, 401 – Biomineralwasser; BGH GRUR 2013, 649 – Basisinsulin mit Gewichtsvorteil; BGH GRUR 2010, 1125 – Femur-Teil; BGH GRUR 2007, 1079 – Bundesdruckerei; BGH GRUR 2004, 244 – Marktführerschaft; Ohly/Sosnitza/Sosnitza UWG, 6. Aufl., § 5 Rn. 141; Rinken, in: Cepl/Voß, Prozesskommentar zum Gewerblichen Rechtsschutz, 1. Aufl., § 286 Rn. 18; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, Kap. 47 Rn. 4 ff.). 99

§ 3 Nr. 3a HWG setzt nicht voraus, dass tatsächlich eine Irreführung bzw. Täuschung eintritt; vielmehr genügt das Vorliegen einer Irreführungs- bzw. Täuschungsgefahr. Diese Gefahr muss sich nicht bei der Gesamtheit des Verkehrs realisieren. Ausreichende, aber zugleich notwendige Voraussetzung ist lediglich der Eintritt der Gefahr der Irreführung bzw. Täuschung bei einem erheblichen Teil der von der Werbeaussage angesprochenen Verkehrskreise. Erforderlich ist somit eine Prognoseentscheidung, wie der Verkehr die Werbeaussage verstehen wird. Ob und wann ein erheblicher Teil des angesprochenen Verkehrs einer solchen Irreführung unterliegt, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab, die normativ zu bewerten sind. Feste Prozentsätze gelten insoweit nicht (BGH GRUR 2012, 1053 – Marktführer Sport; BGH GRUR 2004, 162 – Mindestverzinsung; OLG Köln GRUR-RR 2014, 303 – Feuchtigkeitsspende; OLG Frankfurt GRUR-RR 2011, 145; Ohly/Sosnitza/Sosnitza, UWG, 6. Aufl., § 5 Rn. 148 f.; Harte/Henning/Dreyer, UWG, 3. Aufl., 100

§ 5 B. Rn. 9 ff.), weshalb es auch stets eine Frage des Einzelfalls ist, ob und wenn ja welche Irreführungsquote mit welchen Mitteln festzustellen ist. Im Rahmen der normativen Bewertung können Art und Besonderheit der Ware oder Leistung, Art und Ausmaß der Werbung, die Intensität der Irreführung, deren Gefährlichkeit für die Allgemeinheit und der Grad der Betroffenheit der Mitbewerber und Verbraucher (Ohly/Sosnitza/Sosnitza, UWG, 6. Aufl., § 5 Rn. 149) von Bedeutung sein.

b) 101

Adressaten der streitgegenständlichen Werbeaussage sind (potentielle) Käufer des angegriffenen Medizinproduktes bzw. Letztverbraucher, die entweder selbst an dem Krankheitsbild Trockenes Auge leiden oder derartige Sprays für andere daran erkrankte Personen erwerben (wollen). Sie richtet sich nicht an Fachkreise. Da die Feststellung der Verkehrsauffassung hierzu keine besonderen Erfahrungen erfordert und zudem der Senat ständig mit Wettbewerbssachen befasst ist, ist er selbst in der Lage, die Verkehrsauffassung festzustellen. 102

Der angesprochene Verkehrskreis versteht die Angabe der Zusammensetzung des angegriffenen Sprays auf der Produktverpackung und/oder der Gebrauchsanweisung, wie das Landgericht zutreffend festgestellt hat, als vollständig; jedenfalls insoweit, als dass alle Bestandteile bzw. Inhaltsstoffe des angegriffenen Sprays angegeben sind, die mengenmäßig ins Gewicht fallen. 103

Die Angabe der Zusammensetzung eines (stofflichen) Medizinprodukts, das der Linderung eines bestimmten Krankheitsbildes dienen soll, und körperliche Anwendung erfährt, dient dem Interesse des angesprochenen Verkehrskreises, sich über das Produkt zu informieren und mithilfe der Informationen entscheiden zu können, ob das Medizinprodukt (auch) aufgrund seiner Zusammensetzung für ihn bzw. die erkrankte Person zur Anwendung in Betracht kommt. Wenn der Durchschnittsverbraucher sich für die Zusammensetzung eines Medizinproduktes, das gerade in einem sensiblen Bereich des Körpers (Auge) angewendet werden soll, informieren will, bedarf es zwecks Beantwortung der vorgenannten Frage der Angabe aller mengenmäßig ins Gewicht fallenden Inhaltsstoffe, weshalb der Durchschnittsverbraucher auch regelmäßig davon ausgeht, dass ihm in diesem Sinne „alle“ Inhaltsstoffe bzw. Bestandteile genannt werden. Fehlen jedenfalls mengenmäßig ins Gewicht fallende Inhaltsstoffe, ist die Information zur Zusammensetzung des Produktes offensichtlich wenig werthaltig. Der Verbraucher trifft eine Entscheidung auf unvollständiger Faktenlage. Er kann sich nicht auf die Angaben verlassen, was vor allem auch im Hinblick auf mögliche Allergien oder Unverträglichkeiten problematisch sein kann. Ohne einen entsprechenden Hinweis, dass es sich nur um einen Auszug handelt und/oder einzelne Bestandteile bzw. Inhaltsstoffe nicht aufgeführt sind, betrachtet der Durchschnittsverbraucher die Angabe der Zusammensetzung als vollständig. Dies auch deshalb, weil er aus anderen, allgemein bekannten Zusammenhängen, wie z. B. bei Lebensmitteln oder Arzneimitteln, weiß und gewohnt ist, dass Angaben zur Zusammensetzung der jeweiligen Produkte grundsätzlich vollständig sind. 104

An dem Verständnis des durchschnittlich informierten Verbrauchers ändert es nichts, dass für Medizinprodukte keine rechtlichen Vorgaben bestehen, die die Angabe (aller) Inhaltsstoffe des Produktes vorschreiben. Selbst wenn dem Durchschnittsverbraucher das Fehlen einer derartigen rechtlichen Regelung bekannt sein sollte und ihm mithin bewusst wäre, dass es sich um eine freiwillige Angabe seitens der Beklagten handelt, würde eine derartige Freiwilligkeit nicht sein Verständnis ändern. Die Freiwilligkeit ist für ihn nicht gleichbedeutend mit einer selektiven Auswahl von Inhaltsstoffen bzw. dem Weglassen von jedenfalls 105

mengenmäßig ins Gewicht fallenden Inhaltsstoffen. Wenn ihm – ohne einen entsprechenden Hinweis – eine Zusammensetzung des Medizinproduktes angegeben wird, erwartet er aus den oben dargelegten Gründen auch bei freiwilliger Angabe regelmäßig die Angabe aller Inhaltsstoffe.

Die Angabe der Zusammensetzung des angegriffenen Sprays ist demzufolge geeignet, den Verkehr zu täuschen und irrezuführen. Sie ist unvollständig, da der Bestandteil Fett nicht aufgeführt ist und weder der Produktverpackung Anlage K 1 noch der Gebrauchsanweisung Anlage K 2 irgendein Hinweis zu entnehmen ist, dass es sich bei den genannten Inhaltsstoffen nur um einen Auszug handelt. Dass es sich bei dem Bestandteil Fett um einen solchen handelt, der – wie das Landgericht festgestellt hat – zumindest mengenmäßig erheblich ins Gewicht fällt, hat die Beklagte mit der Berufung nicht in Abrede gestellt bzw. angegriffen. Erstinstanzlich hat sie allein die Behauptung der Klägerin bestritten, es handele sich bei dem Inhaltsstoff Fett um den mengenmäßig „größten“ Inhaltsstoff. In der Berufung hat sie dies nicht mehr aufgegriffen. 106

Die Gefahr der Irreführung bzw. Täuschung tritt auch bei einem erheblichen Teil des angesprochenen Verkehrskreises ein, wobei es vorliegend nicht der Feststellung einer bestimmten Irreführungsquote bedarf. Die Angaben in der Zusammensetzung sind von der Beklagten bewusst unvollständig und ohne jeden Hinweis auf den Auszugscharakter der Angaben aufgeführt worden. Es ist nicht ersichtlich, dass ein Teil des angesprochenen Verkehrskreises von sich aus die – nicht erkennbar – unvollständige Angabe in irgendeiner Weise gedanklich vervollständigen kann und so die Erkenntnis erlangt, dass die Zusammensetzung einen weiteren Bestandteil enthält bzw. enthalten könnte. Dies wiegt umso schwerer als die streitgegenständliche Werbung ein Medizinprodukt betrifft, das zur körperlichen Anwendung im Gesundheitsbereich beworben wird. 107

c) 108

Da § 3 Nr. 3a HWG dem Schutz der Gesundheit des Verbrauchers dient, ist die Verletzung der Bestimmung – was von der Beklagten auch nicht in Abrede gestellt wird – zudem geeignet, die Interessen der Verbraucher spürbar i.S. von § 3 Abs. 1 UWG zu beeinträchtigen (vgl.: BGH GRUR 2012, 647 – INJECIO; BGH GRUR 2011, 842 – Vorrichtung zur Schädlingsbekämpfung; Götting/Nordemann/Ebert-Weidenfeller, UWG, 2. Aufl., § 4 Rn. 11.31; Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Aufl., § 4 Rn. 11.58f). 109

2. 110

Das Landgericht hat des Weiteren im Ergebnis zu Recht in Ziffer I. 2. des Tenors die Bewerbung der angegriffenen Ausführungsform mit Lichtbildern oder Videoaufnahmen des Produktes aus dem Hause der Klägerin untersagt, wenn dies wie in Anlage K 8 geschieht. 111

Es kann dahin stehen, ob das Landgericht diesen Unterlassungsanspruch zu Recht auf Nr. 13 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG gestützt hat und ob insbesondere die dafür erforderliche Herkunftstäuschungsabsicht – ohne Erhebung der von der Beklagten angebotenen Beweise – festgestellt werden kann. Der Unterlassungsanspruch ergibt sich jedenfalls aus §§ 8 Abs. 1, 5 Abs. 2 UWG. 112

a) 113

Nach § 5 Abs. 2 UWG ist eine geschäftliche Handlung u.a. dann irreführend, wenn sie im Zusammenhang mit der Vermarktung einer Ware eine Verwechslungsgefahr mit einer 114

anderen Ware eines Mitbewerbers hervorruft. Es muss die ernstliche Gefahr bestehen, dass erhebliche Teile des angesprochenen Verkehrskreises den Eindruck gewinnen könnten, dass die betreffenden Waren identisch sind oder zwar unterschiedlich, aber aus dem selben Betrieb stammen oder aber zwar aus verschiedenen Betrieben, zwischen denen aber irgendwelche organisatorischen, rechtlichen oder wirtschaftlichen Beziehungen bestehen (Götting/Nordemann/Ebert-Weidenfeller, UWG, 2. Aufl., § 5 Rn. 8.15 ff., 8.29; Harte/Henning/Dreyer UWG, 3. Aufl., § 5 J. Rn. 20 ff; Ohly/Sosnitza/Sosnitza, UWG, 6. Aufl., § 5 Rn. 717). Eine wettbewerbliche Eigenart im Sinne des § 4 Nr. 9 UWG der Ware, mit der das vermarktete Produkt verwechselt wird, ist nicht erforderlich (Götting/Nordemann/Ebert-Weidenfeller, UWG, 2. Aufl., § 5 Rn. 8.29; Harte/Henning/Dreyer UWG, 3. Aufl., § 5 J. Rn. 21; Ohly/Sosnitza/Sosnitza, UWG, 6. Aufl., § 5 Rn. 706). Gleichfalls bedarf es weder einer Herkunftstäuschungsabsicht noch eines Verschuldens des geschäftlich Handelnden.

Ob eine solche Produktverwechslungsgefahr anzunehmen ist, ist eine Frage des Einzelfalls und beurteilt sich nach den jeweiligen konkreten Umständen, die in eine Gesamtbetrachtung einzubeziehen sind. Sie kann insbesondere auch durch ähnliche Werbeanzeigen, ähnliche Produktverpackungen oder durch eine bestimmte Warenform, von der der Verkehr auf die betriebliche Herkunft schließt, gegeben sein. Maßgeblich ist die Sicht des verständigen und angemessen aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers. 115

b) 116

Dies zugrundegelegt ist die Gefahr einer Verwechslung der angegriffenen Ausführungsform mit dem klägerischen Produkt bei der streitgegenständlichen Werbung festzustellen. 117

Das unter den Marken „E.®“ oder „F.®“ vertriebene klägerische Produkt und die angegriffene Ausführungsform sind ähnliche Produkte. Bei dem klägerischen Produkt handelt es sich um ein liposomales Augenspray zur Behandlung des Krankheitsbildes Trockenes Auge. Es dient der Stabilisierung der Lipidschicht am Tränenfilm und reguliert und verbessert die Befeuchtung der Augenoberfläche und Augenlider. Soweit die Beklagte die Zweckbestimmung des klägerischen Produktes mit Nichtwissen bestreitet, verfängt dies im Ergebnis nicht. Die als Anlagen K 4 und K 5 vorgelegten Gebrauchsanweisungen der Augensprays „E.®“ und „F.®“ belegen insbesondere die Zusammensetzung und die Anwendungsgebiete des Produktes. Ob es sich bei dem Verfahren, mit dem das klägerische Produkt hergestellt wird, um ein neuartiges (patentiertes) Herstellungsverfahren handelt, ist hier ohne Belang. Gemessen an der Auslobung der angegriffenen Ausführungsform handelt es sich bei dem klägerischen und dem angegriffenen Spray mithin um Konkurrenzprodukte derselben Art mit den selben Inhaltsstoffen, die – nach dem Vorbringen der Beklagten – substituierbar und dem selben Verwendungszweck zu dienen bestimmt sind. Ausgehend hiervon sind ihre Nutzung und ihre Funktion aus der Sicht des angesprochenen Verkehrskreises gleich. 118

Obwohl das Etikette der in der streitgegenständlichen Werbung dargestellten angegriffenen Ausführungsform eine Kennzeichnung aufweist („H.“, „P.“), die sich von dem Namen der Klägerin bzw. den Marken ihrer Produkte („E.®“, „Lip Nit®“) unterscheidet, wird der situationsadäquat aufmerksame, durchschnittlich informierte und verständige Durchschnittsverbraucher aus den nachfolgend geschilderten Gründen durch die Werbung verleitet zu glauben, es handele sich bei der angegriffenen Ausführungsform um ein Augenspray aus dem Hause der Klägerin. 119

Die angegriffene Ausführungsform wird in dem Internet-Video nicht in der Gestaltung beworben, in der sie tatsächlich vertrieben wird. Vielmehr wird eine Flasche nebst Pumpe 120

gezeigt, die der entspricht, in der das klägerische Produkt vertrieben wird. Die Flasche nebst Pumpe versteht der Durchschnittsverbraucher als einen Hinweis auf die Klägerin, auch wenn es sich – was die Beklagte erstmalig in der Berufungsinstanz vorgetragen hat – um eine Flasche handeln sollte, die von einem Dritte hergestellt und von diesem an zahlreiche Abnehmer für unterschiedliche Zwecke verkauft wird. Unabhängig davon, ob dieser von der Klägerin bestrittene Vortrag nach § 531 Abs. 2 ZPO überhaupt zuzulassen wäre, mag es zwar sein, dass die Flasche für sich genommen keine besonderen Spezifika und Charakteristika aufweist. Es geht indes nicht um eine isolierte Betrachtung oder um auch mögliche Verwendungszwecke der Flasche nebst Pumpe. Entscheidend ist vielmehr, dass die (gezeigte) Flasche nebst patentierter Pumpe auf dem Markt ausschließlich für das klägerische Produkt verwendet wird. Es gibt unstreitig kein anderes auf dem deutschen Markt befindliches Augenspray, das in dieser bzw. einer solchen Flasche nebst Pumpe vertrieben wird. Auch die angegriffene Ausführungsform wird gerade nicht in dieser Gestalt vertrieben, sondern begegnet dem Verkehr in einer anderen Form. Dem Markt ist deshalb die gezeigte Flasche nebst Pumpe nur im Zusammenhang mit dem klägerischen Produkt bekannt. Die Bekanntheit des klägerischen Produktes ergibt sich aus der unstreitigen Marktführerschaft der Klägerin, die ihr Produkt seit über 10 Jahren auf dem deutschen Markt vertreibt. Das klägerische Produkt war überdies, wie die Klägerin unwidersprochen vorgetragen hat, bereits Gegenstand von Tests der Zeitschrift „Öko-Test“. In Anbetracht dessen sowie des Umstandes, dass auch die Farbgebung des Etiketts der angegriffenen Ausführungsform der des klägerischen Produkts ähnelt – blaue Schrift auf weißem Grund, wobei dies bei der Bezeichnung „H.“ invertiert ist (vgl. Anlage K 9) – und des Umstandes, dass bezüglich des unter der Marke „F.®“ vertriebenen klägerischen Produkts die Anfangssilben der jeweiligen Produktnamen („ “) identisch sind, besteht die Gefahr, dass der das Internet-Video betrachtende Durchschnittsverbraucher die Produkte verwechselt. Er kann keinen Einzelvergleich vornehmen und sieht nicht beide Produkte nebeneinander; er verfügt vielmehr nur über ein Erinnerungsbild. Betrachtet er das Internet-Video situationsadäquat mit der gehörigen Aufmerksamkeit wird aufgrund der gezeigten Flasche nebst Pumpe, der Farbgestaltung, der Zweckbestimmung der Produkte und der teilweisen Silbenübereinstimmung nicht allein durch die abweichende Kennzeichnung des angegriffenen Sprays die Gefahr einer Täuschung über die betriebliche Herkunft vermieden. Dies auch deshalb nicht, weil das klägerische Produkt unter zwei verschiedenen Markennamen vertrieben wird, der Markt mithin insbesondere die Gestaltungsform der Flasche nebst Pumpe für „zwei Produkte“ („E.®“, „F.®“) der Klägerin gewöhnt ist. Der Durchschnittsverbraucher wird infolgedessen jedenfalls von einer wirtschaftlichen oder rechtlichen Beziehung der Beklagten zur Klägerin ausgehen, die jedoch nicht besteht. Die Verwechslungsgefahr wäre zudem ohne weiteres vermeidbar gewesen, wenn die angegriffene Ausführungsform in der Flasche nebst Pumpe gezeigt worden wäre, in der sie tatsächlich vertrieben wird.

c) 121

Die Irreführung hat geschäftliche Relevanz im Sinne von § 3 Abs. 1 UWG. Die Werbung mit Lichtbildern oder Videoaufnahmen des Produktes aus dem Hause der Klägerin ist geeignet, die Interessen der Verbraucher spürbar zu beeinträchtigen, weil sie möglicherweise im Vertrauen darauf, dass es sich tatsächlich um ein Produkt der Klägerin handelt, die angegriffene Ausführungsform erwerben, während sie anderenfalls Produkte der Klägerin oder weiterer Anbieter in Betracht ziehen würden. Auf diese Weise können die Marktchancen von Mitbewerbern beeinträchtigt werden. 122

3. 123

124

Ebenfalls zu Recht hat das Landgericht in Ziffer I. 3 a) – g) des Urteilstenors der Klägerin einen Unterlassungsanspruch zuerkannt. Die im Tenor insoweit aufgeführten Werbeaussagen stellen eine unlautere geschäftliche Handlung der Beklagten gem. § 4 Nr. 11 UWG i. V. m. § 4 Abs. 2 Nr. 1 MPG bzw. § 3 Abs. 1 Nr. 1 HWG dar. Wegen der bestehenden Wiederholungsgefahr steht der Klägerin ein Anspruch auf Unterlassung gem. § 8 Abs. 1 UWG zur Seite.

a) 125

Nach der Marktverhaltensregelung des § 4 Abs. 2 Nr. 1 MPG ist es verboten, weil irreführend, ein Medizinprodukt mit einer Leistung zu belegen, die das Produkt nicht hat. Gleiches folgt aus § 3 Abs. 1 Nr. 1 HWG, wonach eine unzulässige, irreführende Werbung anzunehmen ist, wenn einem beworbenen Medizinprodukt eine therapeutische Wirksamkeit oder Wirkung beigelegt wird, das es nicht hat. 126

Bei gesundheitsbezogener Werbung sind besonders strenge Anforderungen an die Richtigkeit, Eindeutigkeit und Klarheit der Werbeaussage zu stellen, da mit irreführenden gesundheitsbezogenen Angaben erhebliche Gefahren für das hohe Schutzgut des Einzelnen sowie der Bevölkerung verbunden sein können (BGH GRUR 2013, 649 – Basisinsulin mit Gewichtsvorteil; BGH NJW-RR 2002, 329 – Das Beste jeden Morgen; OLG Hamm GRUR-RR 2014, 412 – Begleitende Kinesiologie; OLG Köln GRUR-RR 2014, 303 – Feuchtigkeitsspende; OLG Düsseldorf [20. ZS], Urt. v. 13.11.2007, BeckRS 2008, 03329). 127

Im Interesse des Gesundheitsschutzes der Bevölkerung gilt für Angaben mit fachlichen Aussagen auf dem Gebiet der gesundheitsbezogenen Werbung generell, dass die Werbung nur zulässig ist, wenn sie gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnis entspricht (BGH GRUR 2013, 649 – Basisinsulin mit Gewichtsvorteil; BGH GRUR 2002, 273 – Eusovit; BGH GRUR 1991, 848 – Rheumalind II; BGH GRUR 1971, 153 – Tampax; OLG Hamm GRUR-RR 2014, 412 – Begleitende Kinesiologie; OLG Köln GRUR-RR 2014, 303 – Feuchtigkeitsspende; OLG Hamburg PharmaR 2007, 204; Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Aufl., § 5 Rn. 4.183 ff.; Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, 6. Aufl., § 4 Rn. 11/70a; Zimmermann, HWG, 1. Aufl., § 3 Rn. 4). Daran fehlt es, wenn dem Werbenden jegliche wissenschaftlich gesicherten Erkenntnisse fehlen, die die werbliche Behauptung stützen können, wenn mit einer fachlich umstrittenen Meinung geworben wird, ohne die Gegenmeinung zu erwähnen, oder wenn eine Werbeaussage auf Studien gestützt wird, die diese Aussagen nicht tragen (BGH GRUR 2013, 649 – Basisinsulin mit Gewichtsvorteil; OLG Köln GRUR-RR 2014, 303 – Feuchtigkeitsspende; OLG Jena NJOZ 2012, 254 – Massagematten; KG, Beschluss v. 11.07.2011, BeckRs 2011, 22042; OLG Düsseldorf [20. ZS], Urt. v. 13.11.2007, BeckRS 2008, 03329; OLG Hamburg PharmR 2007, 204). 128

Die gesicherte wissenschaftliche Erkenntnis für die aufgestellte Werbeaussage muss in dem Zeitpunkt vorliegen, in dem die Werbeaussage aufgestellt wird; es genügt nicht, dass – etwa durch Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens – erstmalig im Verfahren der Beweis geführt wird, dass die aufgestellten Leistungs- bzw. Wirkungsbehauptungen objektiv richtig sind bzw. (nunmehr) gesicherten wissenschaftlichen Erkenntnissen entsprechen. Die Zulassung einer Führung des Beweises durch erst zu gewinnende wissenschaftliche Erkenntnisse liefe darauf hinaus, dem Werbenden zu ermöglichen, eine medizinische Leistung bzw. Wirksamkeit erst einmal auf „gut Glück“ zu behaupten. Zum einen würde hierdurch der klagende Mitbewerber mit einem erheblichen Kostenrisiko belastet, da er im Extremfall mit den Kosten einer umfassenden wissenschaftlichen Untersuchung belastet würde, wenn sich die Behauptung des Werbenden nachträglich durch ein solches Sachverständigengutachten als richtig herausstellen sollte: ein Risiko, dass viele 129

Mitbewerber von einem Vorgehen ganz abhalten würde. Zum anderen würde dem Werbenden gestattet, auf Kosten der Gesundheit potentieller Patienten quasi „Roulette zu spielen“. Letzteres ist entscheidend. Nur bei einer Beschränkung auf im Zeitpunkt der Werbung bereits vorliegende und bekannte Erkenntnisse kann der Grundsatz, auf dem Gebiet des Gesundheitswesens, bei dem die Gefahr von Schäden besonders groß ist, nur solche Werbeangaben zuzulassen, die gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnis entsprechen, umfassend verwirklicht werden (OLG Düsseldorf [20. ZS], Urt. v. 13.11.2007, BeckRS 2008, 03329. Ebenso: OLG Hamm GRUR-RR 2014, 412 – Begleitende Kinesiologie; OLG Köln GRUR-RR 2014, 303 – Feuchtigkeitsspende; OLG München MD 2009, 784; OLG Hamburg GRUR-RR 2004, 88 – Chitosan; OLG Frankfurt OLG-Report 2003, 295).

Welche Anforderungen an den Nachweis einer gesicherten wissenschaftlichen Erkenntnis zu stellen sind, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Studien, die zum Beleg einer gesundheitsbezogenen Aussage angeführt werden, sind in der Regel nur dann hinreichend aussagekräftig, wenn sie nach den allgemeinen Regeln und Grundsätzen wissenschaftlicher Forschung durchgeführt und ausgewertet wurden. Dafür ist grundsätzlich erforderlich, dass eine randomisierte, placebokontrollierte Doppelblindstudie mit einer adäquaten statistischen Auswertung vorliegt, die durch Veröffentlichung in den Diskussionsprozess der Fachwelt einbezogen worden ist (BGH GRUR 2013, 649 – Basisinsulin mit Gewichtsvorteil; BGH GRUR 2012, 1164 – ARTROSTAR; BGH GRUR 2009, 75 – Priorin; OLG Düsseldorf PharmR 2010, 353; KG, Urt. v. 11.07.2011, BeckRs 2011, 22042). 130

Der Nachweis, dass eine gesundheitsbezogene Angabe nicht gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnis entspricht, obliegt grundsätzlich dem Kläger als Unterlassungsgläubiger. Eine Umkehrung der Darlegungs- und Beweislast kommt allerdings dann in Betracht, wenn der Beklagte mit einer fachlich umstrittenen Meinung geworben hat, ohne die Gegenmeinung zu erwähnen. Der Werbende übernimmt in einem derartigen Fall dadurch, dass er eine bestimmte Aussage trifft, die Verantwortung für die Richtigkeit, die er im Streitfall auch beweisen muss (BGH GRUR 2013, 649 – Basisinsulin mit Gewichtsvorteil; BGH GRUR 1991, 848 – Rheumalind II; OLG Köln GRUR-RR 2014, 303 – Feuchtigkeitsspende; Feddersen, GRUR 2013, 127; Nielen, in: Cepl/Voß, Prozesskommentar zum Gewerblichen Rechtsschutz, 1. Aufl., § 138 Rn. 63). Ob die beanstandete Aussage wissenschaftlich umstritten ist, muss wiederum der Kläger darlegen und beweisen (BGH GRUR 2013, 649 – Basisinsulin mit Gewichtsvorteil; OLG Jena NJOZ 2012, 254 – Massagematten; OLG Hamburg GRUR-RR 2004, 88 – Chitosan). Eine entsprechende Umkehr der Darlegungs- und Beweislast gilt gleichfalls, wenn der Kläger darlegt und nachweist, dass nach der wissenschaftlichen Diskussion die Grundlagen, auf die der Werbende sich stützt, seine Aussagen nicht rechtfertigen (OLG Hamburg GRUR-RR 2004, 88 – Chitosan) oder sogar jede tragfähige wissenschaftliche Grundlage für die Behauptung fehlt (BGH GRUR 2013, 649 – Basisinsulin mit Gewichtsvorteil; BGH Beschluss v. 08.05.2013, BeckRs 2013, 08444; OLG Köln GRUR-RR 2014, 303 – Feuchtigkeitsspende; OLG Hamburg PharmR 2011, 99; OLG Düsseldorf [20. ZS], Urt. v. 13.11.2007, BeckRS 2008, 03329; Feddersen, GRUR 2013, 127; Harte/Henning/Weidert, UWG, 3. Aufl., § 5 Rn. C 175; Zimmermann, HWG, R 3 Rn. 5). Der Kläger hat das Fehlen einer wissenschaftlichen Grundlage substantiiert vorzutragen (BGH GRUR 1991, 848 – Rheumalind II; OLG Hamm GRUR-RR 2014, 412 – Begleitende Kinesiologie; OLG Jena NJOZ 2012, 254 – Massagematten; OLG Karlsruhe, Urt. v. 23.11.2011, BeckRs 2011, 28422; KG, Urt. v. 11.07.2011, BeckRs 2011, 22042; OLG Frankfurt GRUR-RR 2005, 3940). 131

b) 132

133

Ausgehend von diesen Grundsätzen lässt sich nicht die Feststellung treffen, dass für die unter Ziffer I. 3 a) – g) des Urteilstenors im Einzelnen aufgeführten Werbeaussagen der erforderliche Leistungs- bzw. Wirkungsnachweis im maßgeblichen Zeitpunkt vorgelegen hat.

aa) 134

Die streitgegenständlichen Werbeaussagen beziehen sich aus der Sicht des angesprochenen Verkehrskreises auf die Behandlung des Krankheitsbildes Trockenes Auge. Es handelt sich um gesundheitsbezogene Werbung. Die angegriffene Ausführungsform soll nach der Wirkungsauslobung auf der Gebrauchsanweisung (Anlage K 2) und der Patientenbroschüre (Anlage K 3) die mit dem Krankheitsbild einhergehenden Beschwerden lindern und die trockenen, müden, gereizten oder tränenden Augen erfrischen und beruhigen. Das angegriffene konservierungsmittelfreie (Lid-)Spray soll dem Kern der Werbeaussagen zufolge helfen, die Lipidschicht, welche die Verdunstung des Tränenfilms vermeidet und so für die Erhaltung der natürlichen Tränenflüssigkeit sorgt, im natürlichen Tränenfilm wieder aufzubauen und zu stabilisieren. Durch Aufbau und Stabilisierung der beschädigten Lipidschicht sollen die Symptome müder und trockener Augen gelindert werden. Das Augenspray verteilt nach den streitgegenständlichen Werbeaussagen Kolloide aus Phospholipiden auf den Augenlidern, welche die natürlichen Lipide ersetzten und so den Lipidfilm stabilisierten. Durch die Stabilisierung des Tränenfilms werde, so die Werbeaussagen der Beklagten, das Tragen von harten und weichen Kontaktlinsen angenehmer. 135

Die streitgegenständlichen Werbeaussagen werden vom angesprochenen Verkehr als hinreichend wissenschaftlich abgesichert verstanden. Zwar findet sich in der Werbung der Beklagten kein konkreter Hinweis auf eine (bestimmte) Wirksamkeitsstudie oder einen (bestimmten) wissenschaftlichen Nachweis. Die Wortwahl und die Darstellung der behaupteten Wirkungen einschließlich des Umstandes, dass sich an keiner Stelle eine einschränkende Angabe findet, verleiten den Verkehr indes zu der Annahme, dass die behaupteten gesundheitsbezogenen Wirkungen unangefochtenen dem Stand der Wissenschaft entsprechen. Das stellt auch die Beklagte nicht in Abrede. 136

bb) 137

Die Klägerin ist der ihr obliegenden Darlegungs- und Beweislast bezüglich des Nichtvorliegens wissenschaftlich gesicherter Erkenntnisse für diese Werbeaussagen in hinreichendem Maße nachgekommen. 138

Es ist unstreitig, dass der Beklagten im Zeitpunkt der Werbung mit den genannten Wirkungen keine randomisierte, placebokontrollierte Doppelblindstudie mit einer adäquaten statistischen Auswertung vorlag, die durch Veröffentlichung in den Diskussionsprozess der Fachwelt einbezogen worden ist. Weder der Studienbericht von S. (Anlage BK 3) noch die gutachterliche Stellungnahme von Dr. Q. vom 07.12.2012 (Anlage BK 4) oder die „Compatibility Study“ von Prof. Dr. M. vom 13.09.2011 (Anlage BK 5) erfüllen die genannten Anforderungen. Die randomisierte, prospektive, experimentelle Doppelblind-Studie im Cross-Over-Design von Prof. M. und Prof. Dr. O. (Anlage BK 6) mag – was die Klägerin allerdings bestreitet – den wissenschaftlichen Anforderungen genügen. Sie ist allerdings unstreitig erst am 17.06.2013, mithin erst während des laufenden Verfahrens erstellt worden und stand der Beklagten folglich zum maßgeblichen Zeitpunkt nicht zur Verfügung. Die Wirkungsauslobungen erfolgten demnach ohne eine gesicherte wissenschaftliche Grundlage im genannten Sinne. 139

140

Darüber hinaus hat die Klägerin die wissenschaftliche Absicherung der behaupteten Wirkungen hinreichend in Abrede gestellt. Sie hat bestritten, dass die genannten Wirkungen von dem angegriffenen Spray bewirkt werden und zum Beleg die Studie von Dr. J. vom 07.01.2013 (Anlage K 10) vorgelegt. Nach der Studie von Dr. J. vom 07.01.2013 (Anlage K 10), die das Landgericht offensichtlich auf S. 11, 2. Absatz im Urteilsumdruck in Bezug nimmt, hat die angegriffene Ausführungsform keinen positiven Effekt auf den Tränenfilm (S. 4, 21 der Studie). Der Studie zufolge verändern sich die Interferenz-Werte für die Lipidschicht bei Anwendung des angegriffenen Sprays statistisch signifikant negativ im Zeitverlauf, ebenso die NIBUT (nicht-invasiven break-up time)-Werte. Zudem kam es zu einer Verschlechterung des Komforts im Zeitverlauf nach der Anwendung (S. 21 der Studie). Die Studie schließt mit der Annahme, dass durch die negative Veränderung des Tränenfilms und des okulären Komforts die angegriffene Ausführungsform für die Anwendung bei Trockenem Auge nicht ratsam sei. Mit der Studie hat die Klägerin in ausreichendem Maße dargetan und belegt, dass die notwendige wissenschaftliche Grundlage fehlt.

Die seitens der Beklagten gegen die Verwertung und Aussagekraft dieser Studie ins Feld geführten Einwände greifen im Ergebnis nicht durch. 141

Soweit die Beklagte mit Nichtwissen bestritten hat, dass es sich bei dem von Dr. J. untersuchten Spray tatsächlich um das angegriffene Spray gehandelt habe, und falls doch weiterhin mit Nichtwissen bestritten hat, dass die angegriffene Ausführungsform ordnungsgemäß bis zur Untersuchung gelagert worden sei, steht einer Berücksichtigung dieses Bestreitens zwar nicht entgegen, dass – wie die Klägerin meint – die Beklagte für die darin liegenden „Manipulationsvorwürfe“ weiter darlegungs- und letztlich beweispflichtig sei. Denn eine Erklärung mit Nichtwissen ist gem. § 138 Abs. 4 ZPO immer dann zulässig, wenn es sich um Tatsachen handelt, die nicht Gegenstand eigener Handlungen oder eigener Wahrnehmung gewesen sind (Nielen, in: Cepl/Voß, Prozesskommentar zum Gewerblichen Rechtsschutz, § 138 Rn. 25; Zöller/Greger, ZPO, 30. Aufl., § 138 Rn. 13). So verhält es sich hier. Die Beklagte hat aus eigener Wahrnehmung weder Kenntnisse zum Testerwerb der angegriffenen Ausführungsform, zum Versand der Produkte an Dr. J., zur dortigen Verwendung noch zur (ordnungsgemäßen) Lagerung. Sie war an all diesen Vorgängen nicht beteiligten; sie liegen außerhalb ihrer eigenen Wahrnehmungsmöglichkeit. Infolge der Erklärung mit Nichtwissen ist es demnach Sache der Klägerin, ihren dahingehenden Tatsachenvortrag darzutun und zu beweisen. 142

Auch wenn die Klägerin keinen weiteren Vortrag zu den bestrittenen Tatsachen er-bracht und ebenso wenig einen Beweis angeboten hat, hat der Senat aus weiteren – unstreitigen – Umständen die Überzeugung gewonnen, dass es sich bei dem Untersuchungsgegenstand der Studie von Dr. J. vom 07.01.2013 (Anlage K 10) um die ordnungsgemäß gelagerte angegriffene Ausführungsform gehandelt hat. Die Klägerin hat eine weitere Studie von Dr. J. vom 12.07.2012 (Anlage K 18) vorgelegt, bei der es sich um eine Vergleichsstudie des klägerischen Produkts „F.®“ mit dem Produkt „K.®“ handelt. Dieses Produkt stammt unstreitig von derselben Herstellerin, der I. AG, welche auch die angegriffene Ausführungsform herstellt. Die angegriffene Ausführungsform und das Produkt „K.®“ sind unstreitig hinsichtlich der wesentlichen (wirkungsrelevanten) Inhaltsstoffe identisch. Die physio-chemischen Eigenschaften beider Produkte sind – wie die Klägerin unwidersprochen vorgetragen hat – nahezu identisch; dies ergibt sich auch aus dem Gutachten von Prof. L. (Anlage K 17). Für „K.®“ gewonnene Erkenntnisse und Ergebnisse sind deshalb übertragbar, was die Beklagte selbst mit Blick auf die Stellungnahme von Prof. M. und Prof. Dr. O. vom 03.09.2013 (Anlage BK 7) ausdrücklich vorträgt. Die Ergebnisse der Studie von Dr. J. vom 12.07.2012 (Anlage K 18) hinsichtlich „K.®“ stimmen mit den Ergebnissen der Studie von Dr. J. vom 07.01.2013 143

(Anlage K 10) überein. Die Ergebnisse der erstgenannten Studie hat die Beklagte auch nicht substantiiert bestritten. Folglich ist aufgrund der Übertragbarkeit bzw. Übereinstimmung der Ergebnisse davon auszugehen, dass die von Dr. J. gewonnenen Ergebnisse in der Studie vom 07.01.2013 die angegriffene Ausführungsform betreffen.

Auch die inhaltliche Kritik der Beklagten an der Studie von Dr. J. verfängt nicht. 144

Zunächst ist in Erinnerung zu rufen, dass es nicht Aufgabe dieser Studie ist, die Unwirksamkeit der angegriffenen Ausführungsform zu beweisen. Im hier in Rede stehenden Kontext stellt sich nur die Frage, ob die Studie als Beleg für das Bestreiten der Klägerin herangezogen werden kann und mit ihr die erste Darlegung einer fehlenden wissenschaftlichen Absicherung der ausgelobten Wirkungen gelungen ist. Dies ist zu bejahen. 145

Dass es sich bei der Studie um eine Vergleichsstudie handelt, steht dem prinzipiell nicht entgegen. Trotz des zum klägerischen Produkt angestellten Vergleichs und der Zugrundelegung identischer subjektiver und objektiver Parameter der jeweils untersuchten Sprays sind die Wirkungen der angegriffenen Ausführungsform untersucht worden. Es sind eigens für die angegriffene Ausführungsform die Interferenz-Werte, die NIBUT-Werte und der Komfort untersucht worden. Die gewonnenen Ergebnisse wurden nur zusätzlich in Verhältnis zum klägerischen Produkt gesetzt. 146

Gleichfalls unberechtigt ist die Kritik an den vermeintlich ungeeigneten Einschlusskriterien. Es ist nicht zu erkennen, dass sich die Studie auf eine Personengruppe bezieht, von der ein erheblicher Anteil nicht an Trockenem Auge leidet. Soweit die Beklagte meint, die Hälfte der Testpersonen weise einen OSDI-Score von unter 15 und demzufolge nicht das maßgebliche Krankheitsbild auf, erschließt sich bereits nicht, woher sie diese Annahme nimmt. Die Studie benennt einen Mittelwert des auf einer Selbsteinschätzung basierenden OSDI-Score von 16,43; der Wert 15 ist kein „anerkannter“ Grenzwert für die Einteilung in Trockenes Auge oder nicht Trockenes Auge. Maßgeblich für die Frage der Wirksamkeit eines liposomalen Augensprays ist überdies, was die Beklagte selbst im Zusammenhang mit der Stellungnahme von Prof. M. und Prof. Dr. O. Anlage BK 6 anführt, der NIBUT-Wert und die Interferenz. Der NIBUT-Wert drückt unstreitig objektiv die Tränenfilmstabilität aus. Wird dieser mittels einer Anwendung eines Sprays signifikant verbessert, ist dies ein Beleg für die Stabilisierung des Tränenfilmparameters und folglich für die Wirksamkeit des Sprays. Gleiches gilt für eine signifikante Verbesserung des Interferenzwertes. Hinsichtlich der Feststellung dieser Werte übt die Beklagte indes keine substantiierte Kritik. Im Übrigen treten Verbesserungen beim NIBUT-Wert oder beim Interferenzwert auch, wenn auch in geringerem Umfang, bei Wirksamkeit eines Augensprays bei Probanden ein, die nicht an dem Krankheitsbild Trockenem Auge leiden, wie die Stellungnahme von Prof. M. und Prof. Dr. O. Anlage BK 6 belegt. 147

cc) 148

Angesichts dessen hat die Beklagte darzulegen und zu beweisen, dass die von ihr aufgestellten Wirkungsbehauptungen dem Stand der Wissenschaft im oben ausgeführten Sinne entsprechen. Dies ist ihr nicht gelungen. 149

Hinsichtlich der von ihr in Bezug genommenen Konformitätsbescheinigung, der Studie von S. (Anlage BK 3), der gutachterlichen Stellungnahme von Dr. Q. vom 07.12.2012 (Anlage BK 4) und der „Compatibility Study“ von Prof. M. vom 13.09.2011 (Anlage BK 5) kann auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts, auf die zwecks Vermeidung von 150

Wiederholungen Bezug genommen wird, verwiesen werden.

Die Studie von Prof. M. und Prof. Dr. O. (Anlage BK 6) vermag ebenso wenig als Beleg für eine gesicherte wissenschaftliche Grundlage bezüglich der verschiedenen Wirkungsbehauptungen dienen. Unabhängig von den einzelnen zwischen den Parteien umstrittenen Fragen zur Verwertbarkeit, zur Aussagekraft und zur Qualität der Studie, die durch die Stellungnahmen von Prof. Dr. N. vom 26.05.2013 (Anlage K 23) und vom 01.07.2013 (Anlage K 24) – wie schon das Landgericht zutreffend ausgeführt hat – und die weitere Stellungnahme von Prof. Dr. N. vom 19.05.2014 (Anlage K 24) jedenfalls erheblich in Zweifel gezogen worden sind, kann die Beklagte die Studie Anlage BK 6 nicht fruchtbar machen. Sie ist unstreitig erst in Laufe des Rechtsstreits erstellt worden und lag deshalb im maßgeblichen Zeitpunkt nicht vor. Sie ist folglich ohne Relevanz. Soweit die Beklagte für die behauptete Wirksamkeit die Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens beantragt, ist dem Beweisantrag aus den dargelegten Gründen nicht nachzugehen. 151

4. 152

Das Landgericht hat schließlich ebenfalls zu Recht ein Unterlassungsgebot gemäß Ziffer I. 3 h) – j) des Urteiltenors ausgesprochen und die Beklagte zur Zahlung der Abmahnkosten gemäß Ziffer III. des Urteiltenors verurteilt. Die Beklagte hat die hierzu getroffenen Feststellungen und die rechtlichen Würdigungen zu Recht nicht angegriffen. 153

III. 154

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit findet ihre Grundlage in §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 155

Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 543 ZPO unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt erfüllt sind. 156

Streitwert: EUR 75.000,- nach der Festsetzung des Landgerichts. 157

B.	Dr. C.	D.

158

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE