
Datum: 02.05.2019
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 20. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 20 U 116/18
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2019:0502.20U116.18.00

Tenor:

I.

Die Berufung der Antragstellerin gegen das am 16. Oktober 2018 verkündete Urteil der 14c. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf wird zurückgewiesen.

II.

Auf die Berufung der Antragsgegner wird das genannte Urteil teilweise abgeändert und der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung vom 2. Juli 2018 in seiner Fassung vom 11. September 2018 insgesamt zurückgewiesen.

III.

Die Kosten des Verfahrens beider Instanzen trägt die Antragstellerin.

Gründe:

1

A)

2

Die Antragstellerin begehrt die Unterlassung einer Äußerung der Antragsgegner betreffend die von ihr vertriebene Zahnpasta „X.“.

3

Die Antragstellerin stellt her und vertreibt Mittel zur Körper- und Schönheitspflege. Zu den von ihr hergestellten und vertriebenen Produkten zählt auch die Zahnpasta „X.“, die kein Fluorid, stattdessen aber Hydroxylapatit enthält, ein Calciumphosphatsalz, aus dem der Zahnschmelz beim Menschen größtenteils besteht.

4

Der Antragsgegner zu 1) ist die Berufsvertretung aller Zahnärzte in Deutschland. Seine Mitglieder sind die 17 Landes Zahnärztekammern. Der Antragsgegner zu 2) ist Professor der Zahnheilkunde und Vizepräsident des Antragsgegners zu 1). Zu dessen satzungsmäßigen Zielen und Aufgaben zählen u. a. die Förderung einer fortschrittlichen, auf wissenschaftlichen Erkenntnissen basierenden Zahnheilkunde, welche die Gesundheit des Menschen in den Mittelpunkt stellt, die Mitwirkung an der öffentlichen Gesundheitspflege und die Unterstützung von Forschungsvorhaben und Institutionen auf dem Gebiet der Zahn-, Mund- und Kieferheilkunde (Anlage AST 2, dort § 2 Abs. 2 d) und e)).

In der Ausgabe Nr. 06 des Z.-Magazins im Jahr 2018, die auch im Internet veröffentlicht wurde (Anlage AG 13), erschien unter der redaktionellen Überschrift „KARIESSCHUTZ GERING“ das nachfolgend im Berufungsantrag der Antragstellerin eingeblendete Interview mit dem Antragsgegner zu 2). Dieser spricht darin auf die Frage der Redaktion: „Im Fernsehen habe ich Werbung für die Zahnpasta X. gesehen, sie verzichtet auf Fluorid. Was ist davon zu halten?“ eine Empfehlung für fluoridhaltige Zahnpasten aus und begründet dies u. a. wie folgt:

„(...) Daneben gibt es im Markt schon lange Zahnpasten ohne Fluorid. Ein vergleichbarer Schutz vor Karies beziehungsweise deren Wirksamkeit wurde bisher nicht in notwendigen Langzeituntersuchungen nachgewiesen. Das gilt auch für Produkte mit Hydroxylapatit wie K. Hydroxylapatit ist ein Calciumphosphatsalz und die Grundsubstanz von Zahnschmelz. Dass Hydroxylapatit-Bestandteile sich an den defekten Zahnschmelz anlagern oder sogar eine Schutzwirkung ausüben, ist wissenschaftlich nicht belegt. Sofern eine Zahnpasta kein Fluorid enthält, ist der Kariesschutz deutlich geringer.“

Durch das angefochtene Urteil vom 16. Oktober 2018 (Bl. 141 ff. GA), auf das wegen der weiteren Einzelheiten Bezug genommen wird, hat das Landgericht auf den im Termin zur mündlichen Verhandlung am 11. September 2018 modifizierten Antrag der Antragstellerin hin den Antragsgegnern bei Meidung näher bezeichneter Ordnungsmittel untersagt, die Behauptung „Sofern eine Zahnpasta kein Fluorid enthält, ist der Kariesschutz deutlich geringer.“ aufzustellen und zu verbreiten und/oder verbreiten zu lassen, insbesondere wenn dies geschieht wie nachfolgend im Berufungsantrag der Antragstellerin eingeblendet. Zurückgewiesen hat es das weitergehende Begehren der Antragstellerin, den Antragsgegnern bei Meidung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu untersagen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs folgende Behauptung aufzustellen und zu verbreiten und/oder verbreiten zu lassen: „Ein vergleichbarer Schutz vor Karies beziehungsweise deren Wirksamkeit wurde bisher nicht in notwendigen Langzeituntersuchungen nachgewiesen. Das gilt auch für Produkte mit Hydroxylapatit wie X. Hydroxylapatit ist ein Calciumphosphatsalz und die Grundsubstanz von Zahnschmelz. Dass Hydroxylapatit-Bestandteile sich an den defekten Zahnschmelz anlagern oder sogar eine Schutzwirkung ausüben, ist wissenschaftlich nicht belegt.“, wenn dies geschieht wie nachfolgend im Berufungsantrag der Antragstellerin eingeblendet.

Zur Begründung hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt, ein Unterlassungsanspruch sei jedenfalls in dem zuerkannten Umfang aus § 1004 BGB analog, § 824 BGB glaubhaft gemacht. Die Äußerung des Antragsgegners zu 2) „Sofern eine Zahnpasta kein Fluorid enthält, ist der Kariesschutz deutlich geringer.“, die sich der Antragsgegner zu 1) zurechnen lassen müsse, sei nicht etwa untrennbarer Bestandteil einer Meinungsäußerung, vielmehr liege hierin die Behauptung einer dem Beweis zugänglichen Tatsache. Die Behauptung sei unwahr, da die Antragstellerin glaubhaft gemacht habe, dass es bisher keine wissenschaftlichen Erkenntnisse dafür gebe, dass der Kariesschutz von

Zahnpasten ohne Fluorid gegenüber dem von fluoridhaltigen Zahnpasten deutlich geringer sei. Die Äußerung sei auch betriebsbezogen und geeignet, sonstige Nachteile im Sinne des § 824 Abs. 1 BGB für den Erwerb oder das Fortkommen der Antragstellerin herbeizuführen. Es liege auch ein Verfügungsgrund vor. Die Antragstellerin habe die Eilbedürftigkeit durch eidesstattliche Versicherung des Leiters ihrer Rechtsabteilung glaubhaft gemacht. Dieser Annahme stehe auch nicht die Kenntnis der Antragstellerin von der gemeinsamen Stellungnahme der Antragstellerin [Anm.: gemeint ist „des Antragsgegners zu 1)“] mit der Deutschen Gesellschaft für Zahnerhaltung (DGZ) und der Deutschen Gesellschaft für Präventivzahnmedizin (DGPZM) aus Januar 2018 entgegen, wonach für fluoridhaltige Zahnpasten umfangreiche Studien auf hohem wissenschaftlichem Niveau vorlägen, es für „X.“ und seine Bestandteile hingegen noch keine wissenschaftliche Evidenz gebe. Denn insoweit handele es sich schon deshalb nicht um einen kerngleichen Verstoß, da sie sich anders als die nunmehr in Rede stehende Veröffentlichung in erster Linie an Angehörige der Heilberufe (insbesondere Zahnärzte) gerichtet habe.

Einen weitergehenden Unterlassungsanspruch habe die Antragstellerin nicht glaubhaft gemacht. Lauterkeitsrechtliche Ansprüche schieden bereits mangels einer geschäftlichen Handlung der Antragsgegner im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG aus. Ihr Handeln sei – objektiv betrachtet – nicht maßgeblich darauf gerichtet, durch die Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung der Adressaten den Absatz von Waren bestimmter Unternehmen zu fördern. Im Vordergrund stünden vielmehr das Informationsinteresse der Bevölkerung und die mit den angegriffenen Äußerungen bezweckte Aufklärung durch den im Bereich der Mundhygiene besonders sachkundigen Vertreter des Antragsgegners zu 1), den Antragsgegner zu 2). Inhaltlich handele es sich bei dem in Rede stehenden Interview daher lediglich um die Stellungnahme eines Experten und könne mit Verbraucherinformationen eines Verbraucherverbandes verglichen werden, bei denen die Annahme einer geschäftlichen Handlung ebenfalls grundsätzlich ausscheide. Mit den sachlich gehaltenen Informationen überschreite der Antragsgegner zu 2) nicht die satzungsgemäßen Aufgaben des Antragsgegners zu 1). Auch liege in der Äußerung weder eine übermäßige oder überzogene Kritik noch ein Boykottaufruf mit dem Ziel, dadurch den Absatz eines bestimmten Unternehmens bzw. bestimmter Unternehmen zu fördern. Der weitergehende Unterlassungsanspruch könne – so das Landgericht weiter - aber auch nicht auf § 1004 Abs. 1 BGB analog i.V.m. § 824 BGB oder § 1004 Abs. 1 BGB analog i.V.m. § 823 BGB wegen Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gestützt werden. Die ersten beiden angegriffenen Sätze („Ein vergleichbarer Schutz vor Karies beziehungsweise deren Wirksamkeit wurde bisher nicht in notwendigen Langzeitstudien nachgewiesen. Das gilt auch für Produkte mit Hydroxylapatit wie X.“) enthielten Tatsachenbehauptungen, deren Unwahrheit die Antragstellerin nicht glaubhaft gemacht habe. Die insoweit vorgelegte Schlagenhauf-Studie (Anlage AST 11) sei schon deshalb ungeeignet, da die Autoren der Studie in ihrer abschließenden Zusammenfassung ihre eigene Aussage, wonach Zahnpasten mit Hydroxylapatit (und ohne Fluorid) solchen mit Fluorid beim Kariesschutz nicht unterlegen seien, selbst relativierten. Auch sei zweifelhaft, ob die Studie angesichts des Untersuchungszeitraums von weniger als einem halben Jahr die Aussagekraft einer Langzeituntersuchung besitze. Dies ließe sich letztlich auch nicht im einstweiligen Verfügungsverfahren klären. Auch die anderen angeführten Studien seien zur Glaubhaftmachung der Unwahrheit der Tatsachenbehauptung nicht geeignet. Eine ungerechtfertigte schädigende Verbreitung von wahren Tatsachen sei ebenfalls nicht gegeben. Die weiteren beiden Sätze („Hydroxylapatit ist ein Calciumphosphatsalz und die Grundsubstanz von Zahnschmelz. Dass Hydroxylapatit-Bestandteile sich an den defekten Zahnschmelz anlagern oder sogar eine Schutzwirkung ausüben, ist wissenschaftlich nicht belegt.“) stellten eine unstreitig wahre Tatsachenbehauptung (Satz 1) bzw. eine

Tatsachenbehauptung dar, deren Unwahrheit die Antragstellerin nicht mithilfe von Studien glaubhaft zu machen vermocht habe (Satz 2). Die insoweit angeführte Studie von Najibfard et al. aus dem Jahr 2011 (Anlagenkonvolut AST 7) reiche nicht aus, um von einem wissenschaftlichen Beleg für den konkreten Wirkmechanismus von Hydroxylapatit ausgehen zu können. Dies gelte auch im Hinblick auf die Studie von Harks et al. aus dem Jahr 2016 (Anlagenkonvolut AST 8), deren Gegenstand auch nicht die Remineralisierung an sich, sondern die Neubildung von Plaque auf der Zahnoberfläche gewesen sei. Selbst wenn man die Äußerung insoweit als Meinungsäußerung einordnete, ergebe sich schließlich nichts anderes. Denn regelmäßig müsse sich ein Gewerbetreibender wertende, nicht mit unwahren Tatsachenbehauptungen verbundene Kritik an seiner gewerblichen Leistung auch dann gefallen lassen, wenn sie scharf formuliert sei.

Hiergegen wenden sich beide Parteien mit selbständigen Berufungen.

11

Die Antragstellerin, die ihr Unterlassungsbegehren vollumfänglich weiterverfolgt, macht geltend, das Landgericht habe zu Unrecht einen Anspruch aus § 1004 BGB analog, § 824 BGB verneint. Die ersten beiden angegriffenen Sätze seien bereits deshalb unwahr, da sie fälschlicherweise suggerierten, der Begriff der „Langzeituntersuchung“ sei gesetzlich definiert oder durch andere normerschaffende Institutionen vorgegeben und die Durchführung einer solchen sei notwendige rechtliche Voraussetzung für die Bewerbung eines Kosmetikums. Überdies könnten Teile der angesprochenen Verkehrskreise den unzutreffenden Eindruck gewinnen, es liege keine Studie vor, die zumindest die Kriterien des als Anlage AST 24 vorgelegten Beitrags von Ployhart und Vandenberg erfülle. Auch bei den Sätzen drei und vier handele es sich um unwahre Tatsachenbehauptungen, weil es zahlreiche, bereits erstinstanzlich überreichte wissenschaftliche Belege für die Anlagerung von Hydroxylapatit-Bestandteilen an den defekten Zahnschmelz und die damit verbundene Schutzwirkung gebe. Dass die Belege wissenschaftlich anerkannt seien, sei nicht erforderlich, zumal es unmöglich sei zu bewerten, unter welchen Voraussetzungen eine Studie denn als „wissenschaftlich anerkannt“ gelten solle und wann nicht. Weiter habe das Landgericht auch zu Unrecht das Vorliegen eines lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruchs verneint. Soweit es das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung mit der Begründung verneine, eine übermäßige oder überzogene Kritik oder ein Boykottaufruf lägen nicht vor, eine entsprechende wirtschaftliche Wirkung ergebe sich vielmehr lediglich als Reflex der angegriffenen Äußerung zum Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis, sei dies nur schwer zu vereinbaren mit dem Umstand, dass das Landgericht die angegriffene Äußerung zumindest zum Teil als unwahre und damit kreditgefährdende Tatsachenbehauptung eingestuft habe. Geschäftsschädigende Aussagen könnten indes kaum zu den satzungsmäßigen Aufgaben des Antragsgegners zu 1) gehören. Vielmehr hätten die Antragsgegner hierdurch objektiv zugunsten der Hersteller fluoridhaltiger Zahnpflegeprodukte Partei ergriffen. In der Folge hätte das Landgericht eine Irreführung durch Unterlassen, § 5a Abs. 2 UWG bejahen müssen, da die Antragsgegner die Studie Schlagenhauf et al. und damit eine wesentliche Information vorenthalten hätten. Auch sei der Tatbestand des Boykotts, § 4 Nr. 4 UWG, ebenso erfüllt wie der Tatbestand der Anschwärzung, § 4 Nr. 2 UWG, und der Herabsetzung, § 4 Nr. 1 UWG. Schließlich liege auch ein Verstoß gegen das allgemeine Irreführungsverbot, § 5 UWG, vor.

12

Die Antragstellerin beantragt,

13

das Urteil des Landgerichts Düsseldorf vom 16. Oktober 2018 wie folgt abzuändern:

14

Die Antragsgegner werden verurteilt, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten

15

(Ordnungsgeld im Einzelfall höchstens 100.000,- €; Ordnungshaft insgesamt nicht mehr als zwei Jahre), im Falle des Antragsgegners zu 1) zu vollstrecken an seinen jeweiligen gesetzlichen Vertretern, zu unterlassen,

folgende Behauptung aufzustellen und zu verbreiten und/oder verbreiten zu lassen: 16

„Ein vergleichbarer Schutz vor Karies beziehungsweise deren Wirksamkeit wurde bisher nicht in notwendigen Langzeituntersuchungen nachgewiesen. Das gilt auch für Produkte mit Hydroxylapatit wie X. Hydroxylapatit ist ein Calciumphosphatsalz und die Grundsubstanz von Zahnschmelz. Dass Hydroxylapatit-Bestandteile sich an den defekten Zahnschmelz anlagern oder sogar eine Schutzwirkung ausüben, ist wissenschaftlich nicht belegt. Sofern eine Zahnpasta kein Fluorid enthält, ist der Kariesschutz deutlich geringer.“, 17

insbesondere wenn dies geschieht wie nachfolgend eingeblendet, 18



Die Antragsgegner beantragen, 20

1. die Berufung der Antragstellerin zurückzuweisen 21

sowie 22

23

2. auf die eigene Berufung das angefochtene Urteil abzuändern und den Antrag der Antragstellerin auf Erlass einer einstweiligen Verfügung vom 2. Juli 2018 in Gestalt der Modifizierung vom 11. September 2018 zurückzuweisen.

Sie verteidigen das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens im Ergebnis als zutreffend, soweit der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen worden ist, wobei allerdings schon ein Verfügungsgrund zu verneinen und die in Rede stehende Äußerung insgesamt als Meinungsäußerung, nicht aber als Tatsachenbehauptung einzuordnen sei. 24

Sie halten das erstinstanzliche Urteil aber für falsch, soweit sie darin zur Unterlassung verurteilt worden sind. Insoweit machen sie geltend, die Äußerung stelle im Gesamtkontext des Interviews sowie angesichts der Begleitumstände, zu denen auch die Vorgeschichte des Interviews, insbesondere die aggressive, gesundheitsbezogene Werbekampagne der Antragstellerin gehöre, eine Meinungsäußerung und nicht eine Tatsachenbehauptung dar. Es handele sich um ein Fazit des Vorhergesagten, eine eigene Schlussfolgerung, mithin Meinung des Interviewten, dass er von einem deutlich geringeren Kariesschutz von Produkten ohne Fluoride ausgehe, solange der wissenschaftliche Nachweis einer vergleichbaren Wirkungsweise nicht erbracht sei. Als Meinungsäußerung genieße sie umfassenden grundgesetzlichen Schutz, insbesondere sei die Grenze zur Schmähkritik erkennbar nicht überschritten. Selbst wenn der Satz aber als Tatsachenbehauptung einzustufen sei, scheide ein Anspruch aus § 824 BGB aus, da die Unwahrheit der Behauptung für den Zeitpunkt ihrer Abgabe nicht festgestellt werden könne. 25

Die Antragstellerin tritt dem u. a. mit Hinweis auf die zwischenzeitliche, nämlich am 30. Januar 2019 nach erfolgtem „Peer-Review“ im Journal of Investigative and Clinical Dentistry (Anlage AST 25) erfolgte Veröffentlichung der Studie Schlagenhaut et al. entgegen und beantragt, 26

die Berufung der Antragsgegner zurückzuweisen. 27

Hinsichtlich aller weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen Bezug genommen. 28

B) 29

Die Berufungen der Parteien sind zulässig, in der Sache hat indes nur die Berufung der Antragsgegner Erfolg. 30

I. 31

Allerdings ist der gemäß § 935, 940 ZPO erforderliche Verfügungsgrund gegeben. Ungeachtet dessen, dass die Dringlichkeitsvermutung des § 12 Abs. 2 UWG nur für die in Rede stehenden Ansprüche nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb gilt, hat die Antragstellerin durch ihr Verhalten zu erkennen gegeben, dass ihr die Sache eilig ist. 32

Es bedarf insoweit keiner Entscheidung, ob die Antragstellerin den Zeitpunkt der erstmaligen Kenntniserlangung hinreichend glaubhaft gemacht hat, denn auch nach dem Vortrag der Antragsgegner ist eine Kenntniserlangung jedenfalls nicht vor dem 13. Mai 2018, dem angeblichen Erscheinungsdatum des streitgegenständlichen Interviews im Internet, denkbar. Indem die Antragstellerin am 3. Juli 2018 den Erlass einer einstweiligen Verfügung beantragt hat, hat sie ihr im Grundsatz schützenswertes Interesse an einer einstweiligen Regelung 33

hinreichend zum Ausdruck gebracht. Der Senat vertritt in ständiger Rechtsprechung die Ansicht, dass die Zeitspanne zwischen der Erlangung der Kenntnis von der Person des Verletzers und den maßgeblichen Umständen der Verletzungshandlung bis zur Einreichung des Verfügungsantrags in Fällen durchschnittlicher Bedeutung und Schwierigkeiten sowie mittleren Umfangs zwei Monate betragen darf, diese Dauer aber auch nicht überschreiten soll (GRUR-RR 2011, 315, 316 – Staubsaugerbeutel; NJWE-WettbR 1999, 15; ebenso: Berneke/Schüttpelz, Die einstweilige Verfügung in Wettbewerbssachen, 4. Auflage 2018, Rn. 155). An diesem Ansatz hält der Senat trotz der in der Rechtsprechung anderer Oberlandesgerichte ersichtlichen Tendenz zur Verkürzung der Zeitspanne fest. Auch Verfügungsverfahren sollen gründlich vorbereitet sein. Der Antragsteller muss die Sach- und Rechtslage prüfen und – je nach Ergebnis und Reaktion des Abgemahnten – die Risiken eines gerichtlichen Vorgehens abwägen können. Allzu enge zeitliche Vorgaben könnten nicht vollständig durchdachte „Schnellschüsse“ provozieren, mit denen niemandem gedient wäre.

So ist die Antragstellerin in der Zeit zwischen (frühestmöglicher) Kenntniserlangung und Beantragung der einstweiligen Verfügung auch nicht untätig geblieben, sondern hat diese sinnvoll für eine Abmahnung der Antragsgegner genutzt. 34

Soweit das Landgericht in der Veröffentlichung der gemeinsamen Stellungnahme des Antragsgegners zu 1) mit der DGZ und der DGPZM im Januar 2018 keinen der Annahme der Dringlichkeit entgegenstehenden Verstoß gesehen hat, sind dem die Antragsgegner zu Recht nicht entgegengetreten. 35

II. 36

Indes ist ein Verfügungsanspruch nicht glaubhaft gemacht. 37

1. 38

Dabei ist zunächst der Antrag der Antragstellerin – entgegen der Annahme des Landgerichts – dahin auszulegen, dass er nicht auf Unterlassung einzelner, vom Landgericht mit den Zahlen 1 bis 5 nummerierter Äußerungen gerichtet ist (weshalb auch schon deshalb von vornherein eine nur teilweise Stattgabe des Verfügungsantrags ausscheidet), sondern Unterlassung der gesamten Behauptung begehrt wird. So wird die Interviewäußerung des Antragsgegners zu 2) im Antrag nicht in einzelne Abschnitte aufgegliedert, sondern schon in der Antragschrift ausgeführt, es werde die Unterlassung aller unterhalb des Portraitfotos aufgestellten Behauptungen begehrt, da diese – wie die Antragstellerin später ausführt – isoliert betrachtet auch gar nicht verständlich wären. Damit richtet sich der Antrag gegen die sogenannte konkrete Verletzungsform, also das konkret umschriebene (beanstandete) Verhalten in seiner Gesamtheit (vgl. BGH GRUR 2013, 401 Rn. 24 – Biomineralwasser) und umfasst der Streitgegenstand in diesem Falle alle Rechtsverletzungen, die durch die konkrete Verletzungsform verwirklicht wurden (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 24; BGH GRUR 2018, 203, Rn. 18 – Betriebspsychologe), wobei dem Gericht vorbehalten ist zu bestimmen, auf welcher Grundlage es ein Unterlassungsgebot ausspricht und der Antrag nur dann zurückzuweisen ist, wenn die konkrete Verletzungsform unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt, für den der Antragsteller die tatsächlichen Grundlagen vorgetragen hat, untersagt werden kann (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 37. Auflage 2019, § 12 Rn. 2.23f). Der Umstand, dass die Antragstellerin zum Zwecke der Anspruchsbegründung einzelne Sätze und deren angebliche Rechtsverletzung herausgestellt hat, steht dieser Annahme nicht entgegen. Der Bundesgerichtshof (WRP 2018, 413 Rn. 16 – Tiegelgröße) hat entschieden, dass auch bei einem auf das Verbot der konkreten Verletzungsform gerichteten Antrag der Antragsteller aufgrund der Dispositionsmaxime sein Rechtsschutzbegehren dahin fassen

kann, dass aus einem bei natürlicher Betrachtungsweise einheitlichen Lebenssachverhalt nur bestimmte Teile zur Begründung herangezogen werden sollen. Dazu zählen z. B. bestimmte Irreführungsaspekte. Diese werden, um zu verhindern, dass der Antragsgegner gezwungen wird, sich von sich aus gegen eine Vielzahl von lediglich möglichen, vom Antragsteller aber nicht konkret geltend gemachten Irreführungsaspekten zu verteidigen, nur dann Gegenstand des Verfahrens, wenn der Antragsteller diejenigen Irreführungsaspekte substantiiert darlegt, auf die er seinen Angriff stützen möchte.

2. 40

Der so verstandene Antrag der Antragstellerin ist unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt erfolgreich. 41

a) 42

Lauterkeitsrechtliche Ansprüche scheitern mit der Ansicht des Landgerichts bereits am Fehlen einer geschäftlichen Handlung der Antragsgegner. Denn bei der in Rede stehenden Äußerung, die der Antragsgegner zu 2) in seiner Eigenschaft als Vizepräsident des Antragsgegners zu 1) getätigt hat, handelt es sich nicht um eine geschäftliche Handlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG in der hier allenfalls in Betracht kommenden Tatbestandsvariante des „Verhaltens zugunsten eines fremden Unternehmens“. Zwar ist die Äußerung objektiv geeignet, den Absatz fremder Unternehmen, nämlich den der Hersteller fluoridhaltiger Zahnpasten zu fördern. Erforderlich ist ferner aber ein funktionaler Zusammenhang dergestalt, dass die Handlung bei objektiver Betrachtung darauf gerichtet sein muss, durch Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung der Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer den Absatz oder Bezug von Waren oder Dienstleistungen des eigenen oder eines fremden Unternehmens zu fördern (BGH GRUR 2015, 694 – Bezugsquellen für Bachblüten; Keller in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 4. Auflage 2016, § 2 Rn. 70). Auf die tatsächlichen subjektiven Vorstellungen des Handelnden kommt es dabei nicht an, vielmehr muss die Handlung bei der gebotenen objektiven Betrachtung vorrangig dem Ziel der Förderung des Absatzes oder Bezugs von Waren oder Dienstleistungen dienen (OLG Hamm GRUR-RR 2017, 234 Rn. 41 mwNw.). 43

Unter Beachtung dieser Maßstäbe ist das Bestehen eines funktionalen Zusammenhangs in dem vorbeschriebenen Sinne im Streitfall zu verneinen. Die angegriffene Äußerung betrifft – anders als beispielsweise in dem dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 1. März 2018 (GRUR 2018, 622 ff. – Verkürzter Versorgungsweg II) zugrundeliegenden Fall – keine Mitglieder des Antragsgegners zu 1). Denn diesem gehören zahnpastaherstellende oder -vertreibende Unternehmen nicht an, er ist vielmehr Dachverband der 17 Landes Zahnärztekammern und zu seinen ihm satzungsgemäß zugewiesenen Aufgabenstellungen zählen die „Mitwirkung an der öffentlichen Gesundheitspflege“ und die „Förderung einer fortschrittlichen, auf wissenschaftlichen Erkenntnissen basierende Zahnheilkunde, welche die Gesundheit des Menschen in den Mittelpunkt stellt“. Vor diesem Hintergrund kann die Äußerung des Antragsgegners zu 2) mit Testveröffentlichungen der Stiftung Warentest verglichen werden, die in erster Linie der Information der Verbraucher dienen, nicht aber den vorrangiger Zweck haben, bestimmte Wettbewerber zum Nachteil anderer zu unterstützen (vgl. BGH GRUR 1967, 113 – „Leberwurst“), oder aber mit sonstigen redaktionellen Beiträgen, die nur der Information und Meinungsbildung der Leser, Zuschauer oder Zuhörer dienen (vgl. Köhler, a.a.O., § 2 Rn. 63 ff. mwNw) oder aber – wie auch das Landgericht meint - mit Verbraucherinformationen eines Verbraucherverbandes, bei denen die Annahme einer geschäftlichen Handlung ebenfalls grundsätzlich ausscheidet und nur dann anzunehmen ist, wenn der Verbraucherverband gezielt zu Gunsten einzelner 44

Unternehmen oder mit unsachlichen Mitteln oder Methoden in den Wettbewerb eingreift (vgl. BGH WPR 2014, 552 Rn. 28 – Werbung für Fremdprodukte; Köhler, a.a.O., § 2 Rn. 60). Hiervon ist im Streitfall indes nicht auszugehen. Die Äußerung des Antragsgegners zu 2) im Rahmen des Interviews ist sachlich und zurückhaltend formuliert und von dem Bestreben geprägt, die Leser der Zeitschrift Z. über den Stand der Wissenschaft betreffend fluoridhaltige und nicht fluoridhaltige Zahnpasten zu informieren. Weder lässt die Äußerung eine übermäßige Kritik an einem bestimmten Unternehmen noch gar einen Boykottaufruf erkennen. Selbst in der Formulierung des letzten Satzes des Interviews liegt keine Überschreitung der satzungsgemäßen Aufgaben. Denn hierin liegt, wie nachfolgend noch ausgeführt werden wird, – entgegen der Auffassung des Landgerichts – keine Tatsachenbehauptung. Vielmehr versteht der angesprochene Verkehr diese als eine aus dem Vorhergesagten rein schlussfolgernd getätigte Meinungsäußerung dahingehend, dass er, der Interviewte, von einem deutlich geringeren Kariesschutz von Produkten ohne Fluoride ausgeht, solange der wissenschaftliche Nachweis einer vergleichbaren Wirkungsweise nicht erbracht ist. Eine damit einhergehende Empfehlung zur Verwendung fluoridhaltiger Zahnpasten ist indes ohne weiteres von den satzungsgemäßen Aufgaben des Antragsgegners zu 1) umfasst. Dass sie im Streitfall geeignet ist, den Absatz von – nicht näher bezeichneten – Herstellern oder Vertreibern von fluoridhaltigen Zahnpasten zu fördern, ist damit nicht vorrangiges Ziel der Äußerung, lediglich reflexartige Nebenfolge.

b) 45

Die Antragstellerin hat auch weder einen Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog, § 824 BGB wegen der Verbreitung unwahrer Tatsachenbehauptungen noch die Voraussetzungen eines Unterlassungsanspruchs aus § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog, 823 Abs. 1 BGB glaubhaft gemacht. 46

aa) 47

Der letzte Satz des Interviews stellt eine Meinungsäußerung dar. Ob die angegriffene Äußerung auch im Übrigen und damit insgesamt als Meinungsäußerung einzustufen ist, oder aber die ersten vier Sätze der angegriffenen Äußerung Tatsachenbehauptungen enthalten, bedarf im Ergebnis keiner Entscheidung. Denn weder hat die Antragstellerin die Unwahrheit der – insoweit als gegeben unterstellten - Tatsachenbehauptungen glaubhaft gemacht (dazu nachfolgend unter bb)), noch stellten die – insoweit als gegeben unterstellten - Meinungsäußerungen einen rechtswidrigen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Antragstellerin dar (dazu nachfolgend unter dd)). 48

(1) 49

Ob eine Äußerung als Tatsachenbehauptung oder als Werturteil einzustufen ist, ist eine Rechtsfrage. Tatsachenbehauptungen sind durch die objektive Beziehung zwischen Äußerung und Wirklichkeit charakterisiert. Demgegenüber werden Werturteile und Meinungsäußerungen durch die subjektive Beziehung des sich Äußernden zum Inhalt seiner Aussage geprägt. Wesentlich für die Einstufung als Tatsachenbehauptung ist danach, ob die Aussage einer Überprüfung auf ihre Richtigkeit mit Mitteln des Beweises zugänglich ist. Das scheidet bei Werturteilen und Meinungsäußerungen aus, weil sie durch das Element der Stellungnahme und des Dafürhaltens gekennzeichnet sind und sich deshalb nicht als wahr oder unwahr erweisen lassen. Als Meinung zu qualifizieren ist auch eine Äußerung, in der Tatsachen und Meinungen sich vermengen, wenn sie durch die Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens geprägt ist (BGH NJW 2017, 2029 Rn. 29; BGH NJW 2016, 2106 Rn. 33 – jameda.de II), wenn diese Elemente aus Sicht des 50

Empfängers gegenüber den zugrunde liegenden Tatsachen also nicht in den Hintergrund treten (BGH NJW 2011, 2204 – Bonitätsbeurteilungen).

Die zutreffende Einstufung einer Äußerung als Wertung oder Tatsachenbehauptung setzt die Erfassung ihres Sinns voraus (BGH NJW 2016, 1584 – Nerzquäler; BGH NJW 2015, 773 – Hochleistungsmagneten). Dabei ist weder die subjektive Absicht des sich Äußernden maßgeblich noch das subjektive Verständnis des Betroffenen, sondern das Verständnis eines unvoreingenommenen und verständigen Publikums. Ausgehend vom Wortlaut – der allerdings den Sinn nicht abschließend festlegen kann – und dem allgemeinen Sprachgebrauch sind bei der Deutung der sprachliche Kontext, in dem die umstrittene Äußerung steht und die Begleitumstände, unter denen sie fällt, zu berücksichtigen, soweit diese für das Publikum erkennbar sind. Zur Erfassung des vollständigen Aussagegehalts muss die beanstandete Äußerung stets in dem Gesamtzusammenhang beurteilt werden, in dem sie gefallen ist. Sie darf nicht aus dem sie betreffenden Kontext herausgelöst einer rein isolierten Betrachtung zugeführt werden (stRspr; zB BGH GRUR 2017, 308 Rn. 13 – Die Anstalt; BGH NJW 2017, 482 Rn. 12 – Pressebericht über Organentnahme).

(2) 52

Dies berücksichtigend ist der letzte Satz des Interviews („Sofern eine Zahnpasta kein Fluorid enthält, ist der Kariesschutz deutlich geringer.“) als Meinungsäußerung zu qualifizieren. Isoliert betrachtet beinhaltet er zwar ohne weiteres die dem Beweis zugängliche Behauptung eines deutlich geringeren Kariesschutzes einer nicht fluoridhaltigen Zahnpasta. Diese Interpretation ließe indes den Kontext der Äußerung außer Betracht. So betont der Antragsgegner zu 2) zu Beginn des Interviews den nach wissenschaftlichen Erkenntnissen wesentlichen Beitrag fluoridhaltiger Zahnpasten zur Vermeidung von Karies, weshalb jedem Patienten zur Nutzung fluoridhaltiger Zahnpasten geraten werde. Sodann führt er aus, dass ein vergleichbarer Schutz durch die Verwendung nicht fluoridhaltiger Zahnpasten bislang nicht wissenschaftlich belegt sei. Der verständige und unbefangene Leser wird dem sich sodann anschließenden und das Interview zugleich abschließenden Satz deshalb keinen über das Vorhergesagte hinausgehenden Erklärungswert beimessen und etwa – was eine Auslegung der Äußerung streng nach Wortlaut implizierte – annehmen, im Gegenteil sei der geringere Schutz solcher Zahnpasten wissenschaftlich belegt. Vielmehr wird der Leser hierin eine persönliche Schlussfolgerung des Antragsgegners zu 2) sehen, dass, solange wissenschaftliche Belege für einen ebenfalls wesentlichen Beitrag zur Vermeidung von Karies fehlen, von einem deutlich geringeren Kariesschutz nicht fluoridhaltiger Zahnpasten auszugehen ist.

Ob die ersten vier angegriffenen Sätze („Ein vergleichbarer Schutz vor Karies beziehungsweise deren Wirksamkeit wurde bisher nicht in notwendigen Langzeitstudien nachgewiesen. Das gilt auch für Produkte mit Hydroxylapatit wie X. Hydroxylapatit ist ein Calciumphosphatsalz und die Grundsubstanz von Zahnschmelz. Dass Hydroxylapatit-Bestandteile sich an den defekten Zahnschmelz anlagern oder sogar eine Schutzwirkung ausüben, ist wissenschaftlich nicht belegt.“) dem Beweis zugängliche Behauptungen enthalten, kann letztlich dahinstehen, denn, wie nachfolgend unter bb) ausgeführt wird, hat die Antragstellerin deren Unwahrheit nicht glaubhaft zu machen vermocht. Jedenfalls aber ist der Ansicht der Antragstellerin entgegen zu treten, den ersten beiden angegriffenen Sätzen sei die Behauptung zu entnehmen, der Begriff der „Langzeitstudie“ sei gesetzlich definiert. Einen solchen Schluss wird der verständige Leser des Interviews schon deshalb nicht ziehen, da er weiß, dass im Bereich Wissenschaft und Forschung die Anerkennung von Ergebnissen nicht gesetzlichen Bedingungen (die angesichts der Vielzahl möglicher Fragestellungen auch

undenkbar wären) unterworfen ist, sondern davon abhängt, ob die jeweiligen Forschungsarbeiten anerkannten Grundsätzen der Wissenschaft entsprechen, was wiederum vom konkreten Forschungsobjekt abhängt. Er wird deshalb aus der Äußerung lediglich schließen, dass – was das Forschungsobjekt „wirksame Kariesprophylaxe“ auch ohne weiteres nahelegt – keine einmalige Untersuchung ausreicht, sondern über einen längeren, ggf. mehrjährigen Zeitraum Untersuchungen vorgenommen werden müssen.

bb) 55

Die insoweit darlegungs- und glaubhaftmachungsbelastete Antragstellerin (vgl. Palandt/Sprau, BGB, 78. Auflage 2019, § 824 Rn. 13) hat nicht glaubhaft gemacht, dass die (mutmaßlichen) Tatsachenbehauptungen unwahr sind und deshalb ein Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog, § 824 BGB besteht. Insoweit wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts verwiesen, die aufgrund des Berufungsvorbringens nur Anlass zu folgenden Ergänzungen geben: 56

(1) 57

Es ist zwar zutreffend, dass es – wie aus Art. 20 Abs. 1 der VO (EG) Nr. 1223/2009 (KosmetikVO) zu folgern ist – zum Nachweis beworbener Eigenschaften von nicht fluoridhaltigen Zahnpasten, bei denen es sich gemäß Art. 2 Abs. 1 lit. a KosmetikVO um kosmetische Mittel handelt, nicht ausschließlich randomisierter, placebokontrollierter Doppelblindstudien, die durch Veröffentlichung in den Diskussionsprozess der Fachwelt einbezogen worden sind (sog. Goldstandard) bedarf. Vielmehr müssen nach Nummer 3 des Anhangs der VO (EU) Nr. 655/2013 Werbeaussagen über kosmetische Mittel (lediglich) durch hinreichende und überprüfbare Nachweise belegt werden, die den Stand der Technik berücksichtigen (Nrn. 1 und 2), und müssen als Nachweis herangezogene Studien für das Produkt und den behaupteten Nutzen relevant sein, auf einwandfrei entwickelten und angewandten Methoden basieren und ethischen Erwägungen Rechnung tragen (Nr. 3); außerdem muss die Beweiskraft der Nachweise bzw. Belege mit der Art der getätigten Werbeaussage in Einklang stehen (Nr. 4). Schließlich kann sich eine hinreichende wissenschaftliche Absicherung aus einer einzigen Arbeit ergeben, sofern diese auf überzeugenden Methoden und Feststellungen beruht (BGH GRUR 2010, 359 Rn. 18 – Vorbeugen mit Coffein!; BGH GRUR 2016, 418 Rn. 20 – Feuchtigkeitsspendendes Gel-Reservoir). 58

Ob dies entsprechend auch für den Nachweis der Unwahrheit der hier in Rede stehenden (mutmaßlichen) Tatsachenbehauptungen gilt, die gerade das Fehlen eines wissenschaftlichen Beleges zum Gegenstand haben, oder insoweit strengere Anforderungen zu stellen sind, bedarf im Streitfall keiner Entscheidung. Denn die seitens der Antragstellerin in das Verfahren eingeführten Nachweise genügen selbst den (geringeren) Anforderungen der KosmetikVO nicht. 59

Die als Anlagen AST 4 und 24 vorgelegten eidesstattlichen Versicherungen des Herrn Dr. X., einem Mitarbeiter der Antragstellerin, sind hierfür ersichtlich genauso ungeeignet wie die vorgelegten Auszüge aus dem Fachbuch „Toothpastes“ (Anlage AST 6), denn die Aussage, Nano-Hydroxylapatit habe das Potential, um Kariesläsionen durch Hinzufügung zu Zahnpasten und Mundspülungen zu remineralisieren, ist nicht gleichbedeutend mit der Aussage, dass dies auch tatsächlich der Fall ist. 60

61

Mit der als Anlage AST 11 vorgelegten Schlagenhaut-Studie vermag die Antragstellerin, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, die Unwahrheit der Tatsachenbehauptungen ebenfalls nicht glaubhaft zu machen. Dies, sollten an den Nachweis der Unwahrheit strengere Anforderungen zu stellen sein, schon deshalb nicht, da die Studie im – für den auf Wiederholungsgefahr gestützten Unterlassungsanspruch maßgeblichen – Zeitpunkt der Interviewäußerung wenn überhaupt dann jedenfalls nur auf einem sogenannten Pre-Publication-Server (BioRxiv) eingestellt war, also noch nicht das Peer-Review-Verfahren durchlaufen hatte und so in der wissenschaftlichen Fachwelt diskutiert worden war. Aber auch beim Stellen geringerer Anforderungen genügt sie als Nachweis nicht. So mag es dem wissenschaftlichen Jargon der allermeisten wissenschaftlichen Studien entsprechen, abschließend weiteren Forschungsbedarf aufzuzeigen. Schon das Fazit der auf BioRxiv veröffentlichten Schlagenhaut-Studie geht indes weiter darüber hinaus, wenn es dort heißt: „Die in der vorliegenden Studie erbrachten vielversprechenden Ergebnisse müssen mit nachfolgenden klinischen Untersuchungen an breiter aufgestellten Studienpopulationen und unterschiedlichen Formen der Kariesaktivität untermauert werden, bevor allgemeine Schlussfolgerungen zum Nutzen und den Grenzen von mikrokristallinem HAP zur klinischen Kariesprävention möglich sind.“. Das Fazit der nunmehr, nach Abschluss des Peer-Review-Verfahrens im Journal of Investigative and Clinical Dentistry veröffentlichte Studie fällt sogar noch zurückhaltender aus und lautet: „An evidence-based judgement regarding the general suitability of microcrystalline HAP as a substitute or adjunct to fluorides in clinical caries prevention might only be possible after the availability of further data derived from clinical trials in study cohorts of diverse age and varying magnitude of the cariogenic challenge.“.

Die Studie von Najibfard et al. (Anlage AST 7) genügt zur Glaubhaftmachung ebenfalls nicht. Weder verhält sie sich zur Frage der kariesprophylaktischen Wirkungsweise von Hydroxylapatit im Verhältnis zu Fluoriden, noch können ihr ausreichend belastbare Aussagen zur Stabilität etwaiger Anlagerungen von Hydroxylapatit-Partikeln an Zahnschmelzoberflächen entnommen werden. So betrug der Untersuchungszeitraum gerade einmal 28 Tage je getestetem Produkt und nahmen an der Studie lediglich 30 Probanden teil. Die Studie von Harks et al. (Anlage AST 8) thematisierte schon nach eigenen Angaben der Antragstellerin nicht die Wirkweise als Kariesprophylaxe, sondern diente der Untersuchung von Plaquebildung und Zahnfleischbluten. Weshalb trotz dieses Endpunktes der Studie sicher auf die Wirkweise als Kariesprophylaxe geschlussfolgert werden kann, ist nicht überzeugend dargelegt. 62

Eine „erdrückende Beweislage“ vermögen auch weder die als Anlage AST 9 vorgelegte Übersichtsarbeit von Dr. X. und Dr. Y mit ihrer Schlussfolgerung „Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die klinische Wirksamkeit von synthetischem Hydroxylapatit bei der Prävention von Dentin-Überempfindlichkeit ausreichend dokumentiert ist. Allerdings ist die Wirkung auf die Remineralisation beginnender Kariesläsionen, auf das Biofilmmanagement, auf die Reparatur kleiner Zahnschmelz-Läsionen und auf die Erosionsschutz weniger gut durch klinische Studien dokumentiert.“ noch die als Anlage AST 18 vorgelegte und für sich gesehen nicht aussagekräftige Liste mit Publikationen zu Hydroxylapatit und Hydroxylapatit-haltigen Formulierungen in der Zahnpflege zu schaffen. 63

cc) 64

Die Verbreitung der insofern wahren (mutmaßlichen) Tatsachen stellt auch keinen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb dar, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt und dem die Antragstellerin nichts entgegen zu setzen vermocht hat. 65

dd) 66

Schließlich hat die Antragstellerin auch nicht die Voraussetzungen eines Unterlassungsanspruchs aus § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog, 823 Abs. 1 BGB wegen eines rechtswidrigen Eingriffs in ihren eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb durch die als wertende Meinungsäußerung anzusehende Interviewaussage der Antragsgegner glaubhaft gemacht.	67
Die Äußerung ist erkennbar nicht als Formalbeleidigung oder Schmähkritik zu qualifizieren. Die somit gebotene Abwägung der betroffenen – auch grundrechtlich geschützten – Rechtspositionen führt dazu, dass die Antragstellerin die beanstandete Äußerung hinnehmen muss.	68
Bei der Auseinandersetzung mit der von der Antragstellerin behaupteten alternativen Kariesprävention durch hydroxylapatitbasierte Zahnpasta handelt es sich im Hinblick auf die mögliche Betroffenheit einer Vielzahl von Personen um eine Thematik von großem öffentlichen Interesse. Zu berücksichtigen ist weiter, dass es sich bei der Äußerung des Antragsgegners zu 2), wie oben ausgeführt, um eine nicht den lauterkeitsrechtlichen Verhaltensanforderungen, sondern lediglich dem allgemeinen Deliktsrecht unterliegende Äußerung handelt, die überdies sachlich formuliert und mit den im Rahmen des Interviews zuvor getätigten Aussagen nachvollziehbar begründet ist. Zwar ist die Antragstellerin durch die Äußerung in ihrem Recht aus Art. 12 Abs. 1 GG betroffen. Diese Betroffenheit geht aber nicht über eine zulässige Kritik hinaus und muss deswegen gegenüber dem Grundrecht der Antragsgegner aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG zurückstehen. So muss es dem Antragsgegner zu 1) als Interessenvertreter der Zahnärzte und damit ebenso wie diese der öffentlichen Gesundheitspflege verpflichtet, möglich sein, sich zu diesbezüglichen Fragestellungen – auch kritisch – zu äußern.	69
III.	70
Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1, § 97 Abs. 1 ZPO.	71
Einer Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit bedarf es nicht, da dieses Urteil kraft Gesetzes nicht revisibel ist, § 542 Abs. 2 ZPO.	72
Streitwert: 250.000,- € (entsprechend der von den Parteien nicht angegriffenen erstinstanzlichen Festsetzung)	73