
Datum: 20.09.2007
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 47/07
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2007:0920.4U47.07.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 41 O 91/06

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 20. Dezember 2006 verkündete Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Essen wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Berufung trägt die Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagten wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung des Klägers durch Sicherheitsleistung in Höhe von 50.000,- EUR abzuwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet.

Gründe

A.

Die Beklagte bewirbt im Internet zur Nahrungsergänzung das Produkt "....-Kapseln" (als Abkürzung für "Always Using for Everything") "gegen die Wehwehchen des Alltags", und zwar so geschehen wie im Internetauftritt gemäß Anl. K 2 zur Klageschrift. Auf diesen wird Bezug genommen.

1

2

3

4

Der Kläger verlangt die Unterlassung der streitgegenständlichen Werbeangaben, weil, wie er meint, dem Produkt hierdurch eine Wirkung als Schmerzmittel beigelegt werde. Der Verbraucher begreife es als Präsentationsarzneimittel, so dass die Bewerbung mangels arzneirechtlicher Zulassung unzulässig sei. Außerdem sei die Werbung irreführend, weil dem Produkt die in der Präsentation beschriebenen Wirkungen nicht zukämen.

Die Beklagte hat die Klagebefugnis des Klägers bestritten und in der Sache geltend gemacht, bei dem Produkt handle es sich nicht um ein Arzneimittel. Es diene lediglich der Förderung des Wohlfühlgefühls bei natürlichen Alltagsbelastungen. Unter "Zwicken und Zwacken" seien kein Schmerz und keine Krankheit zu verstehen. Das Produkt zielen gerade nicht darauf ab, für die Heilung oder Beseitigung einer Krankheit zu sorgen. Die Zutaten des Produkts hätten – insoweit unstreitig – nicht die pharmakologische Wirkung eines Arzneimittels, da sie deutlich unter den hierfür erforderlichen Dosierungen lägen. Das Produkt sei in den Niederlanden hergestellt und dort zulässigerweise in den Verkehr gebracht worden, weshalb es den deutschen Gerichten nicht zustehe, den Vertrieb in der Bundesrepublik zu untersagen. Alle Inhaltsstoffe seien zulässige Nährstoffe, die keine Nebenwirkungen hätten. Das Produkt sei in der Lage, das allgemeine Wohlfühlgefühl positiv zu unterstützen. Sämtliche Aussagen in der Werbung seien zutreffend. 5

Der Kläger hat die Beklagte gemäß Schreiben vom 30.11.2005 abgemahnt. Die Beklagte hat eine strafbewehrte Unterlassungserklärung nicht abgegeben. 6

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zur Unterlassung verurteilt, 7

im geschäftlichen Verkehr für das Produkt "...-Kapseln", wie nachstehend wiedergegeben zu werben: 8

1. "Wer kennt sie nicht? Die kleinen Wehwehchen des Alltags. Da zwickt und zwackt es mal im Kopf, im Rücken, in den Beinen, in den Gelenken und ...und ... und. Doch Mutter Natur hält für diese, gelegentlichen natürlichen Alltagsbelastungen, eine interessante Palette an natürlichen Pflanzen für uns bereit. Einige dieser hochaktiven Natursubstanzen haben wir erstmalig in einer Kapsel namens ... vereint." 9

2. "Verschiedene, komplett natürliche Pflanzensubstanzen, vereint als geballte Kraft, zur Förderung des Wohlfühlgefühls gegen das gelegentliche natürliche Zwicken und Zwacken in den unterschiedlichsten Körperregionen. Das ist wirklich einmalig und der Grund, weshalb das Produkt auch seinen Namen ... erhalten hat - nämlich als Abkürzung für "Always Using for Anything" (wörtlich: Immer für alles einsetzbar), also als sog. Allrounder zur Unterstützung des allgemeinen Wohlfühlgefühls während der belastenden Momente des Lebens." 10

3. "Und das, wozu die ... Kapseln folglich hilfreich sein können, ist geradezu sensationell. Leider dürfen und können wir Ihnen, aus rechtlichen Gründen, längst nicht alles sagen. Somit reduzieren wir unsere Aussagen auf die Inhaltsstoffe, deren Bedeutung Sie aber jederzeit in der Fachliteratur oder im Internet nachlesen können. Tun Sie es unbedingt! Es lohnt sich." 11

4. "Die unglaubliche Rezeptur der ... Kapseln besteht u.a. aus: 12

Pappelblattpulver: Die Hauptschubstanz aus der Pappel dürfte Ihnen bekannt sein. Nein? Doch - Sie kennen sie. Es ist die Naturschubstanz Salicin. Allerdings dürfte Ihnen eher die synthetisch hergestellte Form des Salicins bekannt sein: Die Acetylsalicylsäure, die Sie heute in vielen Schmerztabletten finden. Der Vorteil des natürlichen Salicins ist, dass es absolut bekömmlich 13

ist und nicht die Magenwände angreift, wie das beispielweise der Fall bei der synthetischen Acetylsalicylsäure sein kann. Der Naturstoff Salicin passiert nämlich den Magen völlig unverändert und wird erst in der Leber verwertet. Übrigens: Tiere in freier Wildbahn, die sich "unpässlich" fühlen, knabbern instinktiv am Pappelblatt, um sich mit dem Salicin zu versorgen.

5. "Mädesüß: Auch in dieser Pflanze finden wir das natürliche Salicin, das um das Jahr 1830 erstmalig extrahiert wurde. Ungefähr 60 Jahre später stellte ein großes, bekanntes Arzneimittelunternehmen eine ähnliche künstliche Substanz her, dessen Produktnamen Sie sicherlich kennen. Er beginnt mit A und endet mit N." 14

6. "Methylsulfonylmethan: ... Seit der Antike weiß man, dass schwefelhaltige Quellen in vielen Fällen Erleichterung bringen können. Wir empfehlen Ihnen diese Supersubstanz um dem o.g. Zwicken und Zwacken ein Schnippchen zu schlagen. Sie werden erstaunt sein was MSM alles für Ihr Wohlbefinden tun kann. Es ist einfach schier unglaublich." 15

7. "Chillipulver: ... Klar ist auch, dass das Capsaicin - der Hauptinhaltsstoff der Chillischote - gesundheitsfördernd sein kann. So ist Capsaicin, beispielsweise, hervorragend geeignet um das Zwicken und Zwacken in Muskeln, Gelenken und Rücken zu zerstreuen. Verstärkt wird die Wirkung des Chillipulvers in den ... Kapseln durch Pfeffer, dessen Hauptinhaltsstoff ebenfalls das Capsaicin ist." 16

8. "Senfsamen: ... Außerdem kann Senf, eine der ältesten Kulturpflanzen überhaupt, die Wehwehchen des Alltages lindern und hat damit natürlich ebenfalls einen berechtigten Platz in der ... Rezeptur" 17

und dies geschieht wie im Internetauftritt gemäß Anlage K 2 beigefügten Internetauszügen. 18

Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt: Die Klagebefugnis des Klägers nach § 8 III Nr. 2 UWG sei zu bejahen. In der Sache sei die Klage aus §§ 3, 4 Nr. 11, 8 I UWG i.V.m. §§ 2, 21 AMG, 3 a HWG gerechtfertigt, weil es sich bei dem streitgegenständlichen Produkt um ein Funktionsarzneimittel im Sinne von § 2 I Nr. 5 AMG handele. Dem Verbraucher werde aufgrund der in der Werbung getätigten Aussagen der Eindruck vermittelt, dass es sich um ein Schmerzmittel handele, dessen Wirkung mit apothekenpflichtigen Schmerzmitteln vergleichbar sei. Insbesondere durch die Bezugnahme auf die in vielen Schmerztabletten enthaltene "Acetylsalicylsäure" und das Produkt, das jedermann bekannt sei, nämlich Aspirin, werde der Eindruck erweckt, dass das Produkt das gleiche Wirkungsspektrum abdecke, also Schmerzen lindere. 19

Die Beklagte greift das Urteil mit der von ihr eingelegten Berufung an. 20

Sie bestreitet nach wie vor die Klagebefugnis des Klägers und wirft ihm Rechtsmissbräuchlichkeit vor. In der Zwischenzeit habe sie weiter in Erfahrung bringen können, dass die Geschäftsführerin des Klägers M bei urlaubsbedingter Abwesenheit von Rechtsanwalt X vertreten werde und dieser sich gegenüber den Mitgliedern auch so vorstelle. 21

In der Sache habe sich das Landgericht über ihren Sachvertrag über das streitgegenständliche Produkt und dessen Wirkung wie auch über die damit zusammenhängenden Beweisantritte hinweggesetzt. Dem Produkt sei eine pharmakologische Wirkung unterstellt worden, obwohl dieses eine solche pharmakologische Wirkung nicht habe. Insbesondere habe sich das Gericht zu einseitig an Merkmale gehalten, die für eine Einordnung des Produkts als Arzneimittel sprächen. Aus dem 22

Gesamtzusammenhang der Werbeaussagen ergebe sich, dass das Produkt "...-Kapseln" nicht wie die dem Durchschnittsverbraucher bekannten Schmerzmittel gegen Schmerzen eingesetzt werden solle. Im Gegenteil könne es lediglich den sog. "kleinen Wehwehchen des Alltags" bzw. dem "Zwicken und Zwacken" im Kopf, Rücken, in den Beinen usw. entgegenwirken. Derartige Symptome seien einem Schmerzsymptom nicht gleichgestellt worden, sondern lägen, was für den Durchschnittsverbraucher erkennbar sei, deutlich darunter. Auch sei das streitgegenständliche Produkt ausdrücklich als Nahrungsergänzung bezeichnet und deklariert worden. Es werde eine Verzehrempfehlung, nicht wie bei Arzneimitteln eine Dosierungsempfehlung abgegeben. Hinweise auf Nebenwirkungen, wie bei arzneilichen Schmerzmitteln bekannt, fehlten völlig. Die Wirkung des Produkts in der Tagesverzehrmenge habe nicht die pharmakologische Wirkung wie ein arzneiliches Schmerzmittel. Schmerzmittel hätten dagegen ein völlig anderes Wirkungsspektrum und dementsprechend auch gewisse Nebenwirkungen. Das Produkt sei für jeden aufmerksamen Durchschnittsverbraucher erkennbar dazu gedacht, das allgemeine Wohlbefühl während der belastenden Momente des Lebens zu unterstützen. Es ziele eindeutig auf die Förderung des Wohlbefühls ab und nicht auf die Linderung von Schmerzen, worauf nun einmal Schmerzmittel abzielten.

Die Beklagte beantragt, 23

unter Aufhebung des landgerichtlichen Urteils die Klage abzuweisen, hilfsweise, unter 24
Aufhebung des landgerichtlichen Urteils die Sache zur Neuverhandlung an das Landgericht zurückzuverweisen.

Der Kläger beantragt, 25

die Berufung zurückzuweisen. 26

Er verteidigt das angefochtene Urteil. Er hält die Frage der Klagebefugnis für geklärt und 27
verweist insofern auf das Urteil des Senats vom 24.10.2006 in dem Verfahren 4 U 8/06. Auch in materiell-rechtlicher Hinsicht sei das Urteil des Landgerichts zutreffend. Zwar habe das Landgericht missverständlich auf ein Funktionsarzneimittel abgestellt. Die Begründung zeige aber, dass es von einem Präsentationsarzneimittel ausgegangen sei. Dies sei nicht zu beanstanden, zumal der vom Landgericht in Bezug genommene § 2 I Nr. 5 AMG nicht zwischen Funktions- und Präsentationsarzneimitteln unterscheide. Da sich der Unterlassungsanspruch allein auf die Präsentation beziehe, rüge die Beklagte zu Unrecht, dass das Landgericht keine Beweisaufnahme durchgeführt habe. Auf die Feststellung einer etwaigen pharmakologischen Wirkung komme es nicht an.

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

B. 29

Die zulässige Berufung der Beklagten ist unbegründet. 30

Der Kläger kann von ihr die Unterlassung der streitgegenständlichen Werbeaussagen 31
verlangen. Dabei kann dahinstehen, ob ein solcher Anspruch aus §§ 8 I, III Nr. 2, 3, 4 Nr. 11 i.V.m. §§ 2, 21 AMG, 3 a HWG aus dem Grunde besteht, dass das Produkt "..." nach der Bestimmung als Arzneimittel zu qualifizieren ist, für das die nötige arzneimittelrechtliche Zulassung nicht gegeben ist. Jedenfalls folgt der Unterlassungsanspruch mit dem tenorisierten Inhalt – wie im Senatstermin ausführlich erörtert – wegen Irreführung aus §§ 8 I, III Nr. 2, 3, 4

I.	32
Die Klagebefugnis des Klägers ist aus den Gründen, wie sie der Senat in seinem Urteil vom 24.10.2006 in dem Verfahren 4 U 8/06 ausgeführt hat und auf die zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird, zu bejahen. Der vorliegende Rechtsstreit rechtfertigt keine hiervon abweichende Beurteilung. Soweit die Beklagte nunmehr in der Berufung geltend macht, die Geschäftsführerin des Klägers werde in ihrer Urlaubsabwesenheit von Rechtsanwalt X vertreten und dieser erkläre entsprechendes auch gegenüber den Mitgliedern, so ist dies zum einen jedenfalls nunmehr im Termin bestritten worden, zum anderen aber auch bereits deshalb unerheblich, weil dies nach Ort und Zeit wie auch nach den Umständen (es ist unerfindlich, ob in diesem Zusammenhang irgendwelche Entscheidungen getroffen worden sind) und der Person des Gesprächspartners, worauf hingewiesen worden ist, unsubstantiiert ist. Abgesehen davon fehlt es diesbezüglich an einem geeigneten Beweisantritt, worauf der Senat ebenfalls hingewiesen hat. Ebenso wenig liegt alsdann ein Missbrauch der Klagebefugnis gemäß § 8 IV UWG vor.	33
II.	34
Nach § 11 I 1 LFGB – insoweit handelt es sich um eine Marktverhaltensregelung im Sinne von § 11 Nr. 4 UWG – ist es verboten, Lebensmittel unter irreführender Bezeichnung, Angabe oder Aufmachung in den Verkehr zu bringen oder für Lebensmittel allgemein oder im Einzelfall mit irreführenden Darstellungen oder sonstigen Angaben zu werben. Insbesondere ist dies nach § 11 I 2 Nr. 2 LFGB der Fall, wenn einem Lebensmittel Wirkungen beigelegt werden, die ihm nach den Erkenntnissen der Wissenschaft nicht zukommen oder die wissenschaftlich nicht hinreichend gesichert sind. Selbst wenn das Produkt hier als Lebensmittel zu qualifizieren ist und nicht als (Präsentations-) Arzneimittel, was offen bleiben kann, stellt sich die angegriffene Werbung als irreführend und damit verbotswidrig dar, weil dem Produkt Wirkungen gegen Schmerzen beigelegt werden, die es tatsächlich nicht hat. Die Beklagte selbst räumt ein, dass das Produkt keine pharmakologische Wirkung bzw. keine Heilwirkung in Bezug auf "Schmerz im eigentlichen Sinne" hat. Aber genau dies wird, anders als die Beklagte meint, nach dem Gesamtzusammenhang der Werbung ausgelobt. Die fehlende Wirksamkeit in Bezug auf insoweit maßgebliche Schmerzzustände ist unstreitig.	35
Das Landgericht hat hierzu, wenn auch unter dem Blickwinkel der Werbung für ein Arzneimittel, überzeugend ausgeführt, dass das von der Beklagten vertriebene Produkt von dem maßgeblichen Durchschnittsverbraucher als ein Schmerzmittel angesehen wird, das konkret dazu dient, wie apothekenpflichtige Schmerzmittel Schmerzzustände, die auch als Krankheitssymptome zu beurteilen sind, zu bekämpfen und die Schmerzen zu lindern. Zwar werden die fraglichen Kapseln, wie von der Beklagten geltend gemacht, als ein bloßes Nahrungsergänzungsmittel beworben, und auch wird lebensmitteltypisch eine bloße Verzehrempfehlung gegeben. Ebenfalls fehlen maßgebliche Nebenwirkungen. Indes geht die Zweckbestimmung nach der Werbung und Präsentation des Produktes dahin, dass dieses bei oder gegen Schmerzen helfen, solche also lindern soll. Denn die in der Werbung getätigten Angaben bleiben nicht dabei stehen, dass diese Kapseln bei alltäglichen "Wehwehchen" gut tun oder bloß das allgemeine Wohlbefühl fördern sollen. Sie vermitteln vielmehr konkret den Eindruck, dass sie gerade auch gegen Schmerzen wirken würden. Zunächst stellen bereits der Begriff "weh", ebenso in der verniedlichenden Form "Wehwehchen", die Anknüpfung an ein "Zwicken und Zwacken" wie auch der Name ... (der eine Abkürzung für "Always Using for Anything" bedeuten soll, aber herkömmlich auch "aua" (phon.) gesprochen werden könnte), einen Hinweis auf (verschiedene) Schmerzsituationen	36

dar, die über ein bloßes Unwohlgefühl, ein Schlechtfühlen oder auch eine Ermattung durch die "belastenden Momente des Lebens" hinausgehen. Der Begriff "weh" wird mitunter als Synonym für etwas Schmerzhaftes verwendet, so wie der Arzt fragt, wo es denn "weh tue". Abgesehen davon wird, worauf es in erster Linie ankommt, in diesem Zusammenhang ganz konkret vergleichend die als Wirkstoff allgemein bekannte Acetylsalicylsäure angesprochen, die sich in vielen *Schmerztabletten* findet, worauf der Werbetext ausdrücklich Bezug nimmt. Damit wird suggeriert, dass diese Wirkung bei Schmerzen auch durch das streitgegenständliche Produkt insbesondere mit der Hauptsubstanz Salicin (aus Pappelblättern und aus Mädesüß) erzielt werde. Jedenfalls ein Großteil der Verbraucher, zu denen als angesprochene Verkehrskreise auch die Senatsmitglieder zählen, wird und kann die Bewerbung nicht anders verstehen, als dass mit dem Produkt gerade auch eine schmerzlindernde Wirkung erzielt werden soll. Dies wird unterstrichen durch die offenkundige (und entsprechend gewollte) Bezugnahme auf das große, bekannte Arzneimittelunternehmen, das eine ähnliche künstliche Substanz herstelle (nämlich die C AG) und dessen Produkt, das mit A beginne und N ende (also Aspirin). Dabei wird mitgeteilt und suggeriert, dass die Wirkweise bekannt und ähnlich sei, wobei auf einen Unterschied lediglich in der Weise hingewiesen wird, dass das eigene Produkt mit seiner "unglaublichen" Rezeptur und mit dem natürlich hergestellten Salicin letztlich bekömmlicher und insofern vorteilhafter gegenüber Aspirin sei. Das beworbene Produkt wird ansonsten in Bezug auf die "Hauptsubstanz" und damit auch die Wirkweise auf die gleiche Ebene gestellt wie das bekannte Schmerzmittel Aspirin. Damit wird eine Wirkung angesprochen und "versprochen", die das Produkt tatsächlich nicht aufweist. Über die textliche Beschreibung des Produkts hinaus findet sich in der Werbepräsentation, die insgesamt Streitgegenstand ist, ohne dass es darauf entscheidend noch ankommt, nämlich auf der Verpackung, noch das Bild einer Frau, die sich mit den Händen an den Kopf und an die Schläfen als den bekannten Schmerzpunkten fasst, so als wenn sie unter beachtlichen Kopfschmerzen leidet. Die Bewerbung vermittelt insofern nach ihrem Gesamtkontext den Eindruck, dass das Produkt gerade gegen Schmerzen (in verschiedenster Form) hilft. Auch fehlt spiegelbildlich jede Klarstellung darauf, dass diese vermittelte Wirkung tatsächlich – insoweit unstreitig – nicht erzielt wird.

Unmaßgeblich für die Beurteilung und das Verbot ist alsdann auch, dass das Produkt in den Niederlanden hergestellt und in den Verkehr gebracht worden ist, insofern, als sich die Werbung – in deutscher Sprache – unmittelbar an hiesige Abnehmer wendet. 37

III. 38

Eine – hilfsweise – beantragte Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das Landgericht kommt nicht in Betracht. 39

Eine Beweisaufnahme zu der Frage, ob das Produkt tatsächlich das allgemeine Wohlfühl zu unterstützen geeignet ist, wie die Beklagte behauptet, war und ist, da es hierauf entscheidend nicht ankommt, nicht geboten. Denn die Werbeaussage stellt sich, wie ausgeführt, nicht so dar, dass bloß ein Wohlfühl gefördert werden soll, sondern vielmehr so, dass darüber hinaus Schmerzen behandelt werden können und sollen. Ein Großteil der Verbraucher geht gerade wegen des Vergleichs mit dem Schmerzmittel Aspirin davon aus, dass hiermit auch eine schmerzlindernde Wirkung – in Bezug auf Muskeln, Gelenke und Rücken – erzielt werden könne. 40

IV. 41

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97 I, 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO. 42

