
Datum: 01.07.2008
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 202/07
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2008:0701.4U202.07.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 44 O 6/05

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten zu 1) und des Beklagten zu 2) wird unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels das am 5. September 2007 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Essen teilweise dahin abgeändert, dass der Feststellungsausspruch zu IV im Urteilstenor entfällt.

Es bleibt bei der Kostenentscheidung des Landgerichts für die Kosten erster Instanz.

Von den Kosten der zweiten Instanz tragen der Kläger 1/5 und die Beklagten 4/5.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Den Beklagten wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung des Klägers durch Sicherheitsleistung in Höhe von 60.000,- EUR abzuwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet.

Tatbestand:

1

2

Der Kläger ist ein eingetragener Verein, zu dessen satzungsmäßigen Aufgaben die Wahrung der gewerblichen Interessen seiner Mitglieder, insbesondere die Achtung darauf gehört, dass die Regeln des lauterer Wettbewerbes eingehalten werden.	
Die Erstbeklagte vertreibt Nahrungsergänzungsmittel.	3
Der Zweitbeklagte war bis September 2004 Geschäftsführer der Erstbeklagten.	4
Der Kläger nimmt die Beklagten wegen verschiedener Werbeaussagen für ihre Produkte auf Unterlassung in Anspruch, die er für wettbewerbswidrig hält.	5
Am 3. Oktober 2004 nahm der Zweitbeklagte als Gesprächspartner an einer Werbesendung des Fernsehsenders R teil, in welchem für ein Produkt "C" mit dem in der Klageschrift vom 13.01.2005 im Antrag I 5) (Bl. 5 d.A. 44 O 2/05 LG Essen) aufgeführten Werbedialog geworben wurde.	6
Am gleichen Tage warb der Zweitbeklagte für das Produkt "Q für den Mann" mit folgender Werbeaussage; ebenfalls im R:	7
"Da haben Sie die optimale Nahrungsergänzung für eine gesunde Blasenfunktion. Da können Sie auch in Ruhe durchschlafen. Das heißt, wenn Sie diese Kapseln einnehmen, dann sorgen Sie dafür, dass Sie eine gesunde und ausgewogene Blasentätigkeit haben und nicht andauernd nachts raus müssen."	8
Im November 2004 nahm der Zweitbeklagte als Gesprächspartner an einer weiteren Werbesendung des Fernsehsenders R teil, in welchem für ein Produkt "T mit Akelu-Samen" geworben wurde. Hierbei äußerte er zum Produkt:	9
"Der Akelu-Samen auf der anderen Seite kann die Fließfähigkeit des Blutes positiv unterstützen."	10
Am gleichen Tag warb er im Fernsehsender R auch für das Produkt "B - Isoflavon mit Arganöl". Hierbei tätigte er die in der Klageschrift vom 20.01.2005 im Antrag I 3) aufgeführten Werbeaussagen (Bl. 3 - 4 der Akten 44 O 6/05 LG Essen; im folgenden betreffen die ohne Aktenzeichen zitierten Blattzahlen nur noch diese Akte).	11
Die Erstbeklagte warb am 24.11.2004 auf ihrer Internetseite *internetadresse* ferner für das Produkt "F" mit den auf Bl. 27 - 28 der Akten aufgeführten Werbeaussagen.	12
Neben der Unterlassung hat der Kläger zudem Abmahnkosten in Höhe von 464,00 € erstattet verlangt. Ferner hat er die Feststellung begehrt, dass die klägerseits verauslagten Gerichtskosten zu verzinsen seien.	13
Das Landgericht hat in seiner mündlichen Verhandlung vom 5. September 2007 die zunächst in getrennten Verfahren geltend gemachten Ansprüche des Klägers (44 O 2/05 und 44 O 6/05 jeweils Landgericht Essen) durch Beschluss miteinander verbunden, wobei das Verfahren 44 O 6/05 als führend bestimmt worden ist (vgl. Protokoll der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht vom 5. September 2007 Bl. 645 d.A.).	14
Das Landgericht hat Beweis erhoben über die Fragen, bei wem der Fernsehsender R die beworbenen Produkte bestellt habe und über wen der Fernsehsender diese Bestellungen abgewickelt habe, durch uneidliche Vernehmung der Zeugen Q2, O und C3. Wegen des Inhaltes ihrer Aussagen im Einzelnen wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vor	15

dem Landgericht vom 19. Oktober 2005 (Bl. 427 ff d.A.) verwiesen. Wegen der Fassung der Beweisfragen im Einzelnen wird auf den Beweisbeschluss vom 15. Juni 2005 (Bl. 388 d.A.) verwiesen.

Das Landgericht hat ferner den damaligen Geschäftsführer der Beklagten zu 1) I als Partei über die Lieferbeziehungen der Beklagten zu 1) zum Sender R vernommen. Wegen des Inhaltes seiner Aussage im Einzelnen wird ebenfalls auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht vom 19. Oktober 2005 (Bl. 442 d.A.) verwiesen. 16

Des weiteren hat das Landgericht auch den 1. Vorsitzenden des Klägers uneidlich als Partei über die Beziehungen des Klägers zu einem bestimmten Verbandsmitglied sowie generell über die Frage der Abmahnpraxis des Klägers vernommen. Wegen des Inhaltes seiner Aussage im Einzelnen wird ebenfalls auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht vom 19. Oktober 2005 (Bl. 439 ff d.A.) verwiesen. 17

Das Landgericht hat ferner ein Gutachten der Sachverständigen C4 vom 2. April 2007 zu den Wirkweisen der beworbenen Produkte eingeholt. Wegen des Inhaltes dieses Gutachtens im Einzelnen wird auf Blatt 509 ff der Akten verwiesen. Die Sachverständige C4 hat ihr Gutachten in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht vom 5. September 2007 erläutert. Wegen des Inhaltes dieser Erläuterung im Einzelnen wird auf das Sitzungsprotokoll Blatt 647 ff der Akten verwiesen. 18

Das Landgericht hat sodann durch Urteil vom 6. September 2007 entsprechend den Anträgen des Klägers den Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln verboten, im geschäftlichen Verkehr u.a. 19

4. für das Produkt **C** mit einer den Cholesterinspiegel beeinflussenden Wirkung zu werben, insbesondere wie nachfolgt zu werben: 20

"Es gibt auch Leute, die ganz fettarm leben und trotzdem Cholesterin-Probleme haben. Das heißt also, das ist ein Produkt, das wirklich für jeden geeignet ist. Für cholesterinbewusste Menschen ein einzigartiges Produkt mit einer exklusiven Formel aus dem roten Reispulver, Sesampulver und Omega-3-Fettsäure. Da haben Sie die optimale Kombination, um Ihren Cholesterinspiegel in Ausgleich zu bringen oder zu halten." 21

und/oder 22

"Und wenn Sie die morgens zum Frühstück einfach dazu nehmen, dann haben Sie die Gewissheit, dass Sie sich optimal um Ihren Cholesterin-Spiegel gekümmert haben." 23

Drei N reicht diese Einheit. Das ist ein rein pflanzliches Produkt. Und damit beeinflussen Sie Ihre Arterien ganz positiv." 24

wenn dies geschieht, wie in der Werbesendung vom 03.10.2004 geschehen, 25

5. für das Produkt **Q für den Mann** wie folgt zu werben: 26

"Da haben Sie die optimale Nahrungsergänzung für eine gesunde Blasenfunktion. Da können sie auch in Ruhe durchschlafen. Das heißt, wenn Sie diese Kapseln einnehmen, dann sorgen Sie dafür, dass sie eine gesunde und ausgewogene Blasentätigkeit haben und nicht andauernd nachts raus müssen." 27

wenn dies geschieht, wie in der Werbesendung vom 03.10.2004 geschehen. 28

II.	29
1. für das Nahrungsergänzungsmittel F wie folgt zu werben:	30
1.1 mit Aussagen bezogen auf eine Unterstützung der "(Selbst-) reinigung" des menschlichen Körpers, insbesondere wie folgt: <i>"Das ist auch der Grund, weshalb wir Ihnen diese Mikroalge empfehlen, um die natürliche Selbstreinigung des Körpers zu unterstützen";</i>	31
und/oder	32
<i>"Dieser harte Zellkern ist sehr gut, wenn es darum geht, die Körperreinigung, die körpereigene Reinigung zu unterstützen";</i>	33
1.2 unter Verwendung der Bezeichnung <i>zum Patent angemeldetes Verfahren</i> ", wenn und soweit eine dieser Angabe zu Grunde liegende in Deutschland geltende Patentanmeldung nicht besteht;	34
1.3 mit Aussagen bezogen auf eine durch Substanzen aus der Alge Chlorella erhöhte "Bioverfügbarkeit" der Inhaltsstoffe Lutein und Zeaxanthin, insbesondere wie folgt zu werben: <i>"Und jetzt kommt es aber: in Chlorella drin sind ganz bestimmte Substanzen, die die Bioverfügbarkeit von Lutein und Zeaxanthin, also die Augensubstanzen, extrem erhöhen können";</i>	35
und/oder	36
<i>"... dass der menschliche Körper an diesen Chlorella Wachstumsfaktor herankommen kann, der wiederum die Augensubstanzen Lutein und Zeaxanthin so richtig zum Turbo bringen kann";</i>	37
2. für das Nahrungsergänzungsmittel T mit Akelu-Samen mit einer die Fließfähigkeit des Blutes positiv unterstützenden Wirkung zu werben, insbesondere wie folgt: <i>"Der Akelu Samen auf der anderen Seite kann die Fließfähigkeit des Blutes positiv unterstützen";</i>	38
3. für das Produkt B (Isoflavon mit Arganöl) wie folgt zu werben:	39
3.1 <i>"und Isoflavone, das sind ja die Natursubstanzen, die wirklich dafür Sorge tragen können, dass man mit Schwung und Elan durch die Wechseljahre gehen kann. ... Damit es einem nicht dauernd so heiß wird. Damit man diese Stimmungsschwankungen verbessern kann";</i>	40
3.2 <i>"Die hat mir erzählt, dass es im Japanischen gar kein Wort gibt für Wechseljahre; was daran liegt, dass die halt viel Tofu essen, dass die Sojasprossen essen. Und dadurch die haben permanent eine Aufnahme von diesen Phytoöstrogenen. ... Und deshalb gibt es bei denen gar nicht: die Wechseljahre";</i>	41
3.3 <i>"Der Problemlöser für Frauen in den Wechseljahren."</i>	42
Unter III. hat es Folgendes ausgeurteilt:	43
1.	44
Die Beklagte zu 1.) wird verurteilt, an den Kläger 139,230 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 17.02.2005 zu zahlen.	45
2.	46

Die Beklagten werden verurteilt, als Gesamtschuldner an den Kläger weitere 324,80 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 17.02.2005 zu zahlen.	47
IV.	48
Es wird festgestellt, dass die Beklagten verpflichtet sind, an den Kläger auf die in den Verfahren 44 O 2/05 und 44 O 6/05 (Landgericht Essen) vom Kläger verauslagten Gerichtskosten Zinsen in Höhe von 9,21 % maximal aber in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu zahlen, für den Zeitraum ab Eingang der eingezahlten Gerichtskosten bei Gericht bis zum Eingang eines Kostenfestsetzungsantrages des Klägers bei Gericht, allerdings nur nach Maßgabe der rechtskräftig zu Gunsten des Klägers jeweils ausgeteilten Kostenquote.	49
Die weitergehenden Ansprüche des Klägers hat das Landgericht entsprechend dem Abweisungsantrag der Beklagten abgewiesen.	50
Wegen des Inhaltes des Urteiles im Einzelnen wird auf Blatt 682 ff der Akten verwiesen.	51
Gegen dieses Urteil haben zunächst beide Parteien form- und fristgerecht selbständig Berufung eingelegt.	52
Unter Ergänzung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrages stellen die Beklagten die Klagebefugnis des Klägers in Abrede.	53
In der Sache sei zu berücksichtigen, dass die Produkte nicht von der Beklagten zu 1), sondern von der C2 B.v. in den Niederlanden produziert würden. Da der Beklagte zu 2) seit dem 1. September 2004 nicht mehr Geschäftsführer der Beklagten zu 1) sei, könnten Werbeaussagen in den Fernsehsendungen keine Unterlassungsansprüche gegen die Beklagte zu 1) begründen. Ab September 2004 sei der Fernsehsender R auch nur noch ausschließlich von dieser holländischen Firma beliefert worden.	54
Was das Produkt F betreffe, sei mit den beanstandeten Werbeaussagen lediglich eine Verzehrempfehlung ausgesprochen, dagegen gerade keine wissenschaftliche Erkenntnis angesprochen worden.	55
Was das Produkt B betreffe, so seien die beanstandeten Werbeaussagen wissenschaftlich gesichert und damit zulässig.	56
Die Beklagte beantragt,	57
unter entsprechender teilweiser Aufhebung des Urteils des LG Essen vom 06.09.2007, Az 44 O 6/05	58
die Klage gegen die Beklagte zu 1) auch im Hinblick auf die Klageanträge zu I 5), 6), II 1, II 2, II 3, III 2 und IV abzuweisen	59
sowie die Klage des Klägers gegen den Beklagten zu 2) auch im Hinblick auf die Klageanträge II 3, III 2 und IV abzuweisen.	60
Der Kläger beantragt unter Ergänzung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrages,	61
	62

Die Berufung der Beklagten im Hinblick auf die Verurteilung durch das Landgericht Essen zu den Klageanträgen Ziffern 1.5., 1.6, II. 1., II. 2., II. 3., III. 2. und IV. zurückzuweisen und im Übrigen als unzulässig zu verwerfen.

Der Kläger hat seine eigene Berufung zurückgenommen. 63

Wegen des Inhaltes der Parteivorträge im Einzelnen wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen. 64

Entscheidungsgründe: 65

Nachdem der Kläger seine eigene Berufung zurückgenommen hat, ist nur noch über das Berufungsbegehren der Beklagten zu entscheiden, mit dem die Beklagten ihre Verurteilung durch das Landgericht auch nur teilweise angreifen. 66

Dieses Berufungsbegehren der Beklagten hat nur insoweit Erfolg, als unter IV. des angefochtenen Urteils die Verpflichtung der Beklagten festgestellt wird, die vom Kläger verauslagten Gerichtskosten zu verzinsen. 67

Für dieses Verzinsungsbegehren des Klägers fehlt es bereits an einer Anspruchsgrundlage. Ein Anspruch auf eine strafbewehrte Unterlassungserklärung steht dem Kläger nicht zu. Das Gesetz gibt einem Wettbewerbsverband nach § 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2 UWG nur einen gewöhnlichen Unterlassungsanspruch. Die Unterwerfungserklärung soll es dem Verletzer lediglich ermöglichen, von sich aus die Wiederholungsgefahr zu beseitigen. § 9 UWG gewährt den Wettbewerbsverbänden gerade keinen Schadensersatzanspruch wegen des verfolgten Wettbewerbsverstoßes. In seiner Entscheidung "Antwortpflicht des Abgemahnten" (= GRUR 1990, 381) hat der Bundesgerichtshof dem abgemahnten Verletzer lediglich die Pflicht auferlegt, gegenüber dem Abmahnenden auf eine bereits abgegebene Drittunterwerfung hinzuweisen. Die Abmahnung begründet kein spezielles Schuldverhältnis, aus dem sich unter Verzugsgesichtspunkten Schadensersatzansprüche eines Wettbewerbsverbandes als Gläubiger ergeben können. 68

Im Übrigen ist die Berufung der Beklagten unbegründet. 69

Soweit der Kläger bereits die Zulässigkeit der Berufung rügt, geht dies fehl. Denn der Berufungsumfang wird erst durch die Anträge bestimmt (Zöller, ZPO, § 528, Rz. 2). Sämtliche Angriffe gegen das landgerichtliche Urteil haben die Beklagten aber auch begründet. 70

Zu Unrecht wehren sich die Beklagten dagegen, dass das Landgericht die Klagebefugnis des Klägers bejaht hat. Zur Vermeidung von Wiederholungen kann auf das Senatsurteil vom 24. Oktober 2006 (Az. 4 U 8/06 OLG Hamm = Bl. 480 ff d.A.) verwiesen werden, das ebenfalls zwischen den Parteien des vorliegenden Rechtsstreits ergangen ist. Die Beklagten haben insoweit nichts Neues vortragen können. Soweit sie sich erneut auf den Vorfall mit den TV-Mitschnitten berufen (vgl. Berufungsbegründung Bl. 797 d.A.) kann ebenfalls bereits auf dieses genannte Senatsurteil verwiesen werden, in dem dieser Vorfall bereits als Sonderfall qualifiziert worden ist, der keine allgemeinen Rückschlüsse auf die Verfahrenspraxis des Klägers im Allgemeinen zulässt (Senatsurteil a.a.O., Bl. 491 d.A.). 71

Zu Unrecht wehrt sich die Beklagte zu 1) gegen ihre Verurteilung hinsichtlich des Produktes C (Ziffer I 4. des Urteils = Antrag zu Ziff. I 5). Insoweit wird die Beklagte zu 1) ausdrücklich zur Unterlassung verurteilt. Es spricht einiges dafür, dass es sich insoweit lediglich um ein Schreibversehen handelt, als nur von der Beklagten die Rede ist. Tatsächlich zeigen die 72

Entscheidungsgründe des Urteils (vgl. Bl. 718, 721, 728 d.A.), dass das Landgericht nicht nur die Beklagte zu 1), sondern auch den Beklagten zu 2) verurteilen wollte. Der Kläger hat in der mündlichen Verhandlung vom 5. September 2007 (Bl. 645 d.A.) die Anträge mit der Klarstellung gestellt, dass sich der Antrag I. auf beide Beklagten beziehe. Gleichwohl hat sich offenbar der Fehler aus der Klageschrift (Bl. 2 d.A.) fortgesetzt, ohne dass dies von den Parteien bislang gerügt worden ist. Nach Erörterung mit den Parteien im Senatstermin hat der Senat von einer entsprechenden Korrektur des landgerichtlichen Urteils abgesehen, weil ein etwaiger Formulierungsfehler für das vorliegende Berufungsverfahren nicht relevant ist. Denn der Beklagte zu 2) greift das landgerichtliche Urteil hinsichtlich der Verbotsaussprüche zu I. nicht an.

Zu Unrecht greift die Beklagte zu 1) ihre Verurteilung zu I 4. des landgerichtlichen Urteils auch in der Sache an. 73

Danach ist es der Beklagten zu 1) untersagt, für das Produkt C mit einer den Cholesterinspiegel beeinflussenden Wirkung zu werben. Die Beklagte zu 1) rügt insofern allein ihre fehlende Passivlegitimation, so dass auf die verbotenen Werbeaussagen im Einzelnen in der Berufungsinstanz nicht mehr eingegangen zu werden braucht. Insoweit hat das Landgericht unter II 5. seiner Entscheidungsgründe (Bl. 731 ff d.A.) zutreffend und unbeanstandet ausgeführt, dass die verbotenen Werbeaussagen hinsichtlich des Produktes C schon deshalb irreführend sind, weil ihre fehlende wissenschaftliche Gesicherheit verschwiegen wird. 74

Hinsichtlich der Passivlegitimation der Beklagten zu 1) für diese Werbeaussagen ist davon auszugehen, dass die beanstandeten Aussagen vom Beklagten zu 2) in einer Werbesendung des Senders R gemacht wurden, die am 3. Oktober 2004 stattfand. Zu diesem Zeitpunkt war der Beklagte zu 2) nicht mehr Geschäftsführer der Beklagten zu 1). Zu diesem Zeitpunkt belieferte die Beklagte zu 1) nach ihrem Vortrag auch nicht mehr den Sender R mit dem fraglichen Produkt. Vielmehr soll der Sender R dieses Produkt über die Firma C2 B.V. aus den Niederlanden bezogen haben. 75

Zu Unrecht leitet die Beklagte aus diesem Sachverhalt aber ab, dass sie für die Äußerungen des Beklagten zu 2) nicht mehr verantwortlich sei unter dem Gesichtspunkt der Beauftragtenhaftung nach § 8 Abs. 2 UWG, der hier allein eine Haftung der Beklagten zu 1) begründen kann. 76

Der Beklagten zu 1) ist zuzugestehen, dass ihre Haftung dann nicht in Betracht kommt, wenn in einer Fernsehsendung des Senders R ein beworbenes Produkt ausdrücklich als ein solches der holländischen Firma C2 gekennzeichnet und beworben wird (Senatsurteil vom 11. Januar 2007 - 4 U 33/06, das ebenfalls zwischen den Parteien dieses Rechtsstreits ergangen ist). Denn die Beklagte zu 1) ist in einem solchen Fall gewissermaßen außen vor geblieben. Auch der Beklagte zu 2) kann nach seinem Ausscheiden als Geschäftsführer der Beklagten zu 1) dann nicht mehr als deren Beauftragter angesehen werden, wenn er sich in einer solchen Fernsehsendung ausdrücklich nur für ein Produkt der holländischen Firma C2 B.V. einsetzt. 77

So liegt der Fall hinsichtlich des Produktes C hier aber nicht. Das Landgericht hat in seinen Entscheidungsgründen (Bl. 41 des Urteilsumdrucks = Bl. 722 d.A.) ausdrücklich festgestellt, dass in den Werbesendungen des Jahres 2004 des Senders R eine Klarstellung hinsichtlich der unterschiedlichen Produktverantwortlichkeit nicht erfolgt ist. In der fraglichen Werbesendung ist das beworbene Produkt noch nicht als solches der holländischen Firma ausdrücklich gekennzeichnet gewesen. Die Beklagte zu 1) behauptet in diesem 78

Zusammenhang nur allgemein, dass es sich um ein Produkt gehandelt habe, das der Sender R von der holländischen Firma bezogen habe. Die vom Landgericht durchgeführte Beweisaufnahme hat sich vornehmlich darüber verhalten, von welcher Firma der Fernsehsender R seine Waren bezogen hat. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme waren einige Merkwürdigkeiten zu verzeichnen, was die Kontaktmöglichkeiten des Fernsehsenders R zu der holländischen Firma betrifft. Diese Umstände rechtfertigen indes nicht den Schluss, dass die holländische Firma eine bloße Scheinfirma ist.

Damit steht aber noch nicht zugunsten der Beklagten zu 1) fest, dass der Sender R am 3. Oktober 2004 gerade ein Produkt der holländischen Firma C2 B.V. beworben hat. Zugunsten des Klägers ist vielmehr davon auszugehen, dass der Fernsehsender zu diesem Zeitpunkt noch mit dem Abverkauf der von der Beklagten zu 1) bezogenen Waren beschäftigt war. 79

Nach der Aussage des Zeugen Q2 hat die Beklagte zu 1) den Sender R noch bis zum 31. August 2004 beliefert. Die Sendung fand am 3. Oktober 2004 statt. Von daher können durchaus noch Produkte der Beklagten zu 1) beim Sender R vorhanden gewesen sein. Der Zeuge O hat bekundet, dass die Bestellungen des Fernsehsenders R nach wie vor über Deutschland gelaufen seien. Die Aussagen des Geschäftsführers der Beklagten zu 1) sind für die Frage des Abverkaufs unergiebig. 80

Für den Senat ist damit für die Frage der Dauer des Abverkaufs der Vortrag des Klägers maßgeblich, wonach von den Beklagten im Kammertermin vom 19. Oktober 2005 unstreitig gestellt worden ist, dass der Sender R noch bis weit in den Dezember 2004 Produkte der Beklagten zu 1) verkauft hat. Im Protokoll der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht (Bl. 323 d.A. 44 O 2/05) räumt die Beklagte zu 1) die Möglichkeit eines solchen Abverkaufs selbst ein. Diesem dezidierten Vortrag des Klägers zum Abverkauf (vgl. auch Bl. 344 d.A. 44 O 2/05 sowie Bl. 452 d.A.) hat die Beklagte zu 1) auch nicht mehr widersprochen. 81

Damit ist zugunsten des Klägers davon auszugehen, dass in der Sendung vom 3. Oktober 2004 noch Produkte der Beklagten zu 1) beworben worden sind. Schließlich wollte der Fernsender R auch die zuvor von ihm bei der Beklagten zu 1) eingekauften Produkte verkaufen. Hätte die Beklagte zu 1) mit dem Ende ihrer Lieferbeziehung zum Fernsender R zum 1. September 2004 einen konsequenten Schnitt machen wollen, dann hätte sie versuchen müssen, den Abverkauf durch den Fernsehsender zu verhindern. Die Produkte der Beklagten zu 1) und der holländischen Firma unterscheiden sich nur durch den kleinen Aufdruck B.V.. Im Übrigen ist die Aufmachung der Produkte identisch. Auch die Beklagte zu 1) verkauft nach ihrem eigenen Vorbringen nunmehr Produkte dieser holländischen Schwesterfirma, nachdem sie die eigene Herstellung aufgegeben hat. Zu beachten ist weiterhin, dass der Verkehr den Beklagten zu 2) immer noch mit der Beklagten zu 1) in Verbindung brachte, solange sein Ausscheiden bei der Beklagten zu 1) in der Fernsehsendung nicht klargestellt wurde. Auch in dieser Hinsicht haben weder der Beklagte zu 2) noch die Beklagte zu 1) in der Fernsehsendung vom 3. Oktober 2004 für eine deutliche Zäsur gesorgt. Insgesamt gesehen ist damit der Beklagte zu 2) trotz seines Ausscheidens als Geschäftsführer bei der Beklagten zu 1) weiterhin als ihr Beauftragter i.S.d. § 8 Abs. 2 UWG anzusehen, so dass sich die Beklagte zu 1) die Werbeaussagen des Beklagten zu 2) in der fraglichen Fernsehsendung zurechnen lassen muss (vgl. zu einem vergleichbar gelagerten Fall das Senatsurteil vom 18. Januar 2007 - 4 U 29/06, das ebenfalls zwischen den Parteien des vorliegenden Rechtsstreits ergangen ist). 82

Diese Beauftragteneigenschaft des Beklagten zu 2) für die Beklagte zu 1) in der fraglichen Fernsehsendung ergibt sich auch noch aus einem weiteren Gesichtspunkt, bei dem ebenfalls 83

die unterbliebene Zäsur zwischen den Verkaufsinteressen der Beklagten zu 1) und der holländischen Firma die entscheidende Rolle spielt.

Zumindest den treuen Fernsehzuschauern war nämlich bekannt, dass sie die beworbenen Produkte nicht nur über den Sender R, sondern auch über die Beklagte zu 1) beziehen konnten. Zudem war diesem Publikum bekannt, dass der Beklagte zu 2) der maßgebliche Mann bei der Beklagten zu 1) war. Unter diesen Umständen muss er aber weiter als Beauftragter der Beklagten angesehen werden, solange in den Werbesendungen des Fernsehsenders R für die Zuschauer alles so weiterlief wie bisher. Die Beklagten behaupten aber selbst nicht, insoweit für eine klare Zäsur gesorgt zu haben. Auch dies lässt die Beklagte zu 1) in der Haftung für die Werbeaussagen des Beklagten zu 2) unter dem Gesichtspunkt der Beauftragtenhaftung nach § 8 Abs. 2 UWG verbleiben. Indem die Beklagte zu 1) den Beklagten zu 2) weiterhin gewähren ließ, wie bisher als ihr Geschäftsführer Werbung für die auch von ihr vertriebenen Produkte zu machen, blieb er nach wie vor in ihre Betriebsorganisation eingegliedert (Hefermehl/Köhler/Bornkamm § 8 Rz. 2.41 m.w.N.). Die Beklagte zu 1) hätte dieses Werbeverhalten des Beklagten zu 2) auch nicht hinnehmen müssen. Insoweit hätte sie sich mit dem Ausscheiden des Beklagten zu 2) als ihr Geschäftsführer dagegen absichern können, dass dieser nach wie vor werbend für sie tätig war. Eine solche Einflussmöglichkeit des Geschäftsherrn reicht aus, um ihn für ein Verhalten eines früheren Mitarbeiters weiterhin verantwortlich sein zu lassen, wenn in den Augen der angesprochenen Kunden der ausgeschiedene Mitarbeiter weiterhin so agiert, als wäre er noch für den Geschäftsherrn tätig (Hefermehl/Köhler/ Bornkamm a.a.O.). Entscheidend ist auch in diesem Zusammenhang die fehlende Zäsur in der werbenden Tätigkeit des Beklagten zu 2) für die Beklagte zu 1).

84

Zu Unrecht greift die Beklagte zu 1) auch ihre Verurteilung unter I 5. des Urteilstenors an. Dabei geht es um das Produkt Q für den Mann. Auch insofern hält sich die Beklagte zu 1) nicht für passivlegitimiert. Sie meint, das Werbeverhalten des Beklagten zu 2) sei ihr wiederum nicht nach § 8 Abs. 2 UWG zuzurechnen. Insoweit gilt aber das Gleiche, was oben zu dem Produkt C ausgeführt worden ist.

85

Unstreitig ist auch Q in zwei unterschiedlichen Sendungen am 3. Oktober 2004 vom Beklagten zu 2) beworben worden. Auch die Beklagten behaupten nicht, dass in diesen Werbesendungen für das Publikum zwischen der Beklagten zu 1) und der holländischen Firma C2 B.V. unterschieden worden ist. Es ging in der Werbung allein um das Produkt. Das Produkt wurde in identischer Aufmachung auch von der Beklagten zu 1) vertrieben. Damit stellt sich wiederum die Werbeaussage des Beklagten zu 2) als Werbung für die Beklagte zu 1) dar, die er auch als Beauftragter der Beklagten zu 1) i.S.d. § 8 Abs. 2 UWG aus den oben dargelegten Gründen macht. Auch hier fehlt es wiederum an der entscheidenden Zäsur im Ablauf der Werbesendung, durch die für die Zuschauer hätte deutlich werden können, dass es nunmehr nur um Produkte der holländischen Firma C2 B.V. ging und der Beklagte zu 2) auch nur im Auftrage dieser Firma auftrat, die Beklagte zu 1) also für die Zuschauer erkennbar gewissermaßen außen vor blieb.

86

Soweit das Landgericht das Verbot inhaltlich darauf gestützt hat, dass in irreführender Weise Wirkungen versprochen würden, die sich auch in gesunden Körpern nicht einstellten (S. 52 des Urteilsumdrucks = Bl. 733 d.A.), wird dies von der Beklagten zu 1) auch nicht angegriffen.

87

Zu Unrecht greift die Beklagte auch das unter II 1. ausgeurteilte Verbot an. Dieses Verbot betrifft die Werbung für das Nahrungsergänzungsmittel F.

88

Die erste Aussage unter Ziffer 1.1 des Tenors fand sich am 24. November 2004 auf der Internetseite der Beklagten zu 1) (Bl. 27 d.A.), so dass hier die Passivlegitimation der Beklagten zu 1) außer Zweifel steht.

Das Landgericht hat (S. 58 des Urteilsumdrucks = Bl. 739 d.A.) diese Aussage deshalb verboten, weil eine "Selbstreinigungswirkung" nach der Bestätigung der Sachverständigen wissenschaftlich nicht gesichert ist (vgl. Bl. 513, 516, 520; 657). Die Beklagten greifen diese Argumentation nur mit dem Argument an (Bl. 801 d.A.), dass sie nur eine "Empfehlung" ausgesprochen hätten. Der Kläger weist in seiner Berufungserwiderung (Bl. 842 d.A.) zu Recht aber darauf hin, dass eine Empfehlung vom Verkehr so verstanden wird, dass sie nur wegen der gesicherten Wirkung ausgesprochen wird, worum es hier allein geht. Wenn in dem Internetauftritt es plakativ heißt, dass diese Mikroalge und damit das Produkt F, in dem diese Alge enthalten ist, empfohlen wird, um die natürliche Selbstreinigung zu unterstützen, lässt sich das nur so verstehen, dass diese Unterstützung wissenschaftlich gesichert ist. Das ist sie aber gerade nicht. Auch die Beklagten greifen insoweit die Ausführungen der Sachverständigen nicht an. 90

Im Übrigen wäre es auch gerade Sache der Beklagten, die wissenschaftliche Absicherung der beworbenen These der Selbstreinigung ihrerseits nachzuweisen (Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, § 5 Rz. 3.26 m.w.N.). Davon kann erst recht nicht die Rede sein. 91

Im Ergebnis gilt dies auch für die zweite Aussage unter 1.1 des Urteils, wo vom harten Zellkern die Rede ist. 92

Entgegen der Ansicht des Klägers (Bl. 841 d.A.) findet sich diese Aussage in der Internetwerbung nicht, wofür auch schon die unbeholfene Formulierung spricht. 93

Schon in der Klageschrift (Bl. 7 d.A.) hatte der Kläger aber behauptet, dass diese Aussage in der Sendung vom 14. November 2004 gemacht worden sei (vgl. Bl. 85, 90 d.A.). 94

Nach der Behauptung der Beklagten (Bl. 194, 802 d.A.) hat diese Sendung zwar bereits am 4. November 2004 stattgefunden. Dem hat sich der Kläger angeschlossen (Bl. 840 d.A.). Das Landgericht erwähnt diese Sendung nicht, sondern geht in diesem Zusammenhang nur von der Internetwerbung aus (vgl. S. 18 des Urteilsumdrucks = Bl. 699 d.A. sowie S. 57 des Urteilsumdrucks = Bl. 738 d.A.). Im Ergebnis braucht diese Unklarheit, wo und wann diese beanstandete Aussage gefallen ist, aber nicht aufgeklärt zu werden. Denn die Beklagten räumen ein, dass diese Aussage jedenfalls in der Fernsehsendung des Senders R am 4. November 2004 gefallen ist. 95

Wie dargelegt ist die Beklagte zu 1) für die Äußerungen des Beklagten zu 2) mangels klarer Trennung der Firmen und ihrer Produkte auch noch unter dem Gesichtspunkt der Beauftragtenhaftung nach § 8 Abs. 2 UWG verantwortlich. Das gilt hier erst recht auch deshalb, weil der Kläger (Bl. 639 d.A.) unwidersprochen vorgetragen hat, dass das Produkt "F" als Nachfolgeprodukt der "Augenkapseln" der Beklagten zu 1) beworben worden ist. 96

In der Sache gilt das Gleiche wie für die vorhergehende Aussage. Auch hier wird zumindest verdeckt die Behauptung aufgestellt, dass die Mikroalge wissenschaftlich erwiesen die Selbstreinigung des Körpers unterstützt. So plakativ stimmt das aber nicht. 97

Das Verbot zu Ziffer 1.2 betrifft die Bezeichnung "zum Patent angemeldetes Verfahren". Hier greifen die Beklagten die Verurteilung der Sache nach nicht an. Die Entscheidung des 98

Landgerichts ist auch zutreffend (vgl. S. 59 des Urteilsumdrucks = Bl. 740 d.A.). Die vom Kläger angegriffene Aussage findet sich in der Internetwerbung der Beklagten zu 1), so dass sich die Passivlegitimation hier schon aufgrund der Täterschaft der Beklagten zu 1) ergibt.

Die unter 1.3 verbotenen Werbeaussagen zur "Bioverfügbarkeit" stehen wiederum nicht in der Internetwerbung, was sich auch schon aus der lässigen Ausdrucksweise ergibt (vgl. insoweit auch die Rüge der Beklagten Bl. 802 d.A.). 99

Auch der Kläger sagt in der Klageschrift nicht ausdrücklich, wo diese Aussagen zu finden seien. Aus der Abmahnung des Klägers (Bl. 90 d.A.) ergibt sich aber, dass diese beiden Aussagen wiederum im Rahmen von Werbesendungen beim Fernsehsender R gefallen sind. Dies räumen die Beklagten auch selbst ein (vgl. Bl. 194, 556 d.A.). Sie räumen dort zudem ein, dass diese Aussagen "wissenschaftlich nicht ganz sauber seien" (vgl. dazu auch den Klägervortrag Bl. 306 d.A.). 100

Das Landgericht hat diese Aussagen (S. 58 des Urteilsumdrucks = Bl. 739 d.A.) im Anschluss an die Ausführungen der Sachverständigen (Bl. 521, 527 ff, 658) als wissenschaftlich nicht erwiesen angesehen und damit zu Recht verboten. Auch die Beklagten verteidigen ihre Aussagen in der Berufungsbegründung in der Sache nicht mehr, stellen es insbesondere nicht als wissenschaftlich gesichert dar, dass dem Produkt wegen der Mikroalge die verheißene Turbowirkung zukommt. 101

Ihr Angriff bezieht sich auch hier allein auf die vom Landgericht bejahte Passivlegitimation der Beklagten zu 1). Diese Zurechnung ist aber wie dargelegt unter dem Gesichtspunkt der Beauftragtenhaftung nach § 8 Abs. 2 UWG auch hier gegeben. Auch insoweit fehlt es an einer ausreichenden Zäsur zwischen einer bloßen Werbung für Produkte der holländischen Firma C2 B.V. und der Beklagten zu 1). 102

Zu Unrecht greift die Beklagte auch das unter II 2. ausgeurteilte Verbot an, das eine Werbeaussage zugunsten des Produktes T mit Akelu-Samen betrifft. Auch hier rügt die Beklagte lediglich, dass das Landgericht sie als passivlegitimiert angesehen hat, obwohl der Beklagte zu 2) die vom Kläger gerügte Äußerung erst in einer Werbesendung am 4. November 2004 gemacht hat (vgl. Berufungsbegründung Bl. 802 ff d.A.). 103

Mit dem Landgericht ist hier eine Zurechnung dieser Äußerung zu Lasten der Beklagten zu 1) schon deshalb vorzunehmen, weil in der Werbesendung nicht deutlich geworden ist, dass die beworbenen Produkte nun von der holländischen Firma C2 B.V. herrührten (S. 45 des Urteilsumdrucks = Bl. 726 d.A.). Es handelt sich wiederum um die Werbesendung vom 4. November 2004 (vgl. S. 18 des Urteilsumdrucks = Bl. 699 d.A.). Wie der Kläger im Schriftsatz vom 14. Juli 2005 (Bl. 399 d.A.) unbestritten vorgetragen hat, hat er dieses Produkt noch im Dezember 2004 vom Fernsehsender R bezogen, und zwar von der Beklagten zu 1) geliefert und mit deren Kennzeichnung versehen. Damit haben die Beklagten nicht ausreichend dargetan, inwiefern es in diesem Falle lediglich um eine Werbeäußerung des Beklagten zu 1) zugunsten der holländischen Firma gegangen sein kann. Wenn der Beklagte zu 2) in dieser Verkaufssituation eine Werbeäußerung zugunsten der Beklagten zu 1) macht, wie er es auch bislang getan hat, ist keine Zäsur ersichtlich, die den Beklagten zu 2) aus dem Geschäftsbereich der Beklagten zu 1) auch nach außen erkennbar ausgegliedert hat. 104

Zu Unrecht wendet sich die Beklagte zu 1) auch gegen die Verbote, die das Landgericht wegen verschiedener Werbeaussagen hinsichtlich des Produktes B unter Ziffer II 3. des Urteils ausgesprochen hat. 105

Es handelt sich wiederum um Werbeaussagen des Beklagten zu 2) in der Sendung des Fernsehsenders R vom 4. November 2004 (vgl. S. 18 des Urteilsumdrucks = Bl. 699 d.A.).	106
Dass diese Werbeaussagen so gemacht worden sind, wie sie verboten worden sind, wird von den Beklagten nicht in Abrede gestellt.	107
Zu Unrecht leugnet die Beklagte zu 1) aber wiederum auch hier ihre Passivlegitimation (vgl. Berufungsbegründung Bl. 803 d.A.). Es fehlt wiederum wie dargelegt an einer ausreichend klaren Trennung zwischen Produkten der Beklagten zu 1) und der holländischen Firma C2 B.V.	108
Darüber hinaus verteidigen die Beklagten die verbotenen Aussagen auch als hinreichend wissenschaftlich gesichert, allerdings zu Unrecht.	109
Das Landgericht hat diese fehlende wissenschaftliche Gesicherheit im Anschluss an die Ausführungen der Sachverständigen (Bl. 535, 659 d.A.) festgestellt.	110
Die dagegen gerichteten Berufungsangriffe bleiben erfolglos. Die Beklagten übersehen, dass die Beweislast für die bestehende wissenschaftliche Absicherung bei ihnen liegt (Hefermehl/Köhler/Bornkamm a.a.O.). Die beanstandeten und verbotenen Werbeaussagen sind aber so zu verstehen, dass das beworbene Produkt "B" dank der in ihm enthaltenen Isoflavone sicher gegen Beschwerden der Wechseljahre hilft. Dank dieses Produktes kann eine Frau danach mit Schwung und Elan durch die Wechseljahre gehen. Ihr wird weder heiß, noch unterliegt sie Stimmungsschwankungen. Das Produkt ist schlicht der Problemlöser für Frauen in den Wechseljahren. Die Japanerinnen machen es vor. Nur so lassen sich die beanstandeten Aussagen in ihrer plakativen Ausdrucksweise verstehen.	111
Die Beklagten haben in ihrem Schriftsatz vom 15. März 2005 (Bl. 197 d.A.) eingeräumt, dass die Inhaltsstoffe die angesprochenen Wirkungen nur haben können, also nicht sicher haben. Eine Garantie könne natürlich für die beschriebenen Wirkungen nicht gegeben werden. Das haben die Beklagten in der Berufungsbegründung (Bl. 806 d.A.) wiederholt. Besteht aber nur die Möglichkeit einer Wirkung, ist diese zweifelhaft. Dann liegt aber keine gesicherte Erkenntnis vor. Auch die Angriffe der Beklagten gegen die Ausführungen der Sachverständigen C4 sind lediglich ein Beleg dafür, dass die Auseinandersetzung zwischen den Anhängern der Naturheilverfahren und denen der Schulmedizin noch nicht ausgestanden sind, dass es mithin gerade nicht einen gesicherten wissenschaftlichen Kenntnisstand gibt. Dann darf das in Rede stehende Produkt aber nicht so plakativ wie geschehen als erfolgreich beworben werden.	112
Die Beklagte zu 1) wendet sich schließlich noch gegen die Verurteilung zur Zahlung nach III 2. des Tenors. Danach sollen die Beklagten als Gesamtschuldner an den Kläger 324,80 € nebst Rechtshängigkeitszinsen zahlen. Das Landgericht hat dazu zu Recht ausgeführt (vgl. S. 61 des Urteilsumdrucks = Bl. 742 d.A.), dass das Abmahnverhalten des Klägers nicht als rechtsmissbräuchlich anzusehen ist. Gegen einen Rechtsmissbrauch sprechen schon die unterschiedlichen Sachverhalte, in denen der Kläger ein unlauteres Wettbewerbsverhalten der Beklagten gesehen hat, das er deshalb auch zum Anlass für eigenständige Abmahnungen nehmen konnte.	113
Der Beklagte zu 2) hat nur beschränkt Berufung eingelegt (vgl. Berufungsbegründung Bl. 803 ff d.A.).	114

Was seine Verurteilung zur Unterlassung angeht, wendet sich der Beklagte zu 2) lediglich gegen die Verbote im Zusammenhang mit dem Produkt B. Insoweit rügt der Beklagte zu 2), dass dieses Verbot deshalb nicht hätte ausgesprochen werden dürfen, weil die beanstandeten Werbeaussagen wissenschaftlich gesichert seien. Wie oben bereits im Zusammenhang mit der Berufung der Beklagten zu 1) dargelegt, ist dies aber nicht der Fall. Den Inhaltsstoffen des fraglichen Produktes kann allenfalls die Möglichkeit eingeräumt werden, die beworbenen Wirkungen entfalten zu können, was aber keinesfalls gesichert ist.

Zu Unrecht wehrt sich der Beklagte zu 2) auch gegen seine Verurteilung zur Zahlung von Abmahnkosten unter III. Ziffer 2. des angefochtenen Urteils als Gesamtschuldner mit der Beklagten zu 1. Wie dargelegt ist die Aufteilung der Abmahnungen durch den Kläger entsprechend den jeweils zugrunde liegenden Sachverhalten nicht als missbräuchlich anzusehen. 116

Der Berufung der Beklagten verhilft es hinsichtlich des Produktes B auch nicht zum Erfolg, weil wegen dieses Produktes bereits ein weiteres Verfahren zwischen den Parteien anhängig ist, wie die Beklagten im Senatstermin eingewandt haben. Zum einen haben diese beiden Verfahren, nämlich das Verfahren 41 O 45/05 LG Essen = 4 U 1/08 OLG Hamm) jeweils unterschiedliche Streitgegenstände. Während es im vorliegenden Verfahren um Werbeaussagen für dieses Produkt geht, geht es in dem anderen Prozess um die Verwendung verbotener Zusatzstoffe. Es mag zwar insoweit eine Überschneidung zwischen diesen beiden Verfahren geben, als im Erfolgsfalle des anderen Verfahrens, nämlich bei Ausspruch eines Vertriebsverbotes auch eine Werbung für ein solches Verbot entfällt. Damit entfällt aber nicht das Rechtsschutzbedürfnis des Klägers für die vorliegenden Werbeverbote. Denn aus dem Vertriebsverbot, das in dem anderen Verfahren begehrt wird, können sich die Beklagten auf eine Art und Weise herausbegeben, die ein Interesse an dem Werbeverbot weiter bestehen lässt. Der Kläger wäre nicht hinreichend gesichert, wenn er im Hinblick auf das erstrebte Vertriebsverbot auf die Verfolgung verbotener Werbeaussagen verzichten müsste. 117

Zum anderen steht auch unter prozessrechtlichen Gesichtspunkten das angeführte zweite Verfahren dem vorliegenden Verfahren nicht entgegen. Denn das zweite Verfahren ist noch nicht rechtskräftig abgeschlossen, mithin ein Vertriebsverbot noch nicht rechtskräftig ausgeurteilt. Dem vorliegenden Verfahren steht damit nicht der Rechtskrafteinwand eines anderweitigen Verfahrens, sondern allenfalls der Rechtshängigkeitseinwand eines anderen Verfahrens entgegen. In diesem Zusammenhang ist aber zu beachten, dass das vorliegende Verfahren vor dem anderen Verfahren rechtshängig geworden ist. Mithin kann dieses andere Verfahren nicht, was die Rechtshängigkeit angeht, als vorgreiflich angesehen werden. Der Umstand, dass mit diesem anderen Verfahren ein umfassendes Vertriebsverbot erstrebt wird, lässt die Priorität der Rechtshängigkeit des vorliegenden Verfahrens nicht entfallen. 118

Unerheblich ist schließlich auch der von den Beklagten in der Verhandlung vor dem Senat erhobene Einwand, dass das Produkt B nur von der holländischen Firma C2 B.V. hergestellt werde. Das mag so sein. Das ändert aber nichts an den getroffenen Feststellungen und Wertungen, weil eben diese Zäsur in den fraglichen Fernsehsendungen nicht deutlich gemacht worden ist. Für den Zuschauer blieb der Zusammenhang dieses Produktes mit dem von der Beklagten zu 1) hergestellten Vorgängerprodukt nach wie vor erhalten. 119

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 269 Abs. 3 ZPO. 120

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Ziff. 10, 711 ZPO. 121
