
Datum: 26.11.2009
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 151/09
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2009:1126.4U151.09.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 41 O 32/09

Tenor:

Auf die Berufung des Antragstellers wird das am 1. Juli 2009 verkündete Urteil der ersten Kammer für Handelssachen des Landgerichts Essen abgeändert.

Die einstweilige Verfügung des Landgerichts vom 4. Mai 2009 wird bestä-tigt.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe: 1

I. 2

Die Antragsgegnerin wirbt im Internet auf ihrer Homepage für das von ihr vertriebene Mittel "Q" unter anderem mit der Aussage, das Mittel unterstütze ein harmonisches Wohlfühl der Nasen- und Atemwege. Es könne insbesondere in den Monaten Februar bis August empfohlen werden. 3

Der Antragsteller mahnte die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 08.04.2009 wegen dieser Werbeaussage ab. Die Antragsgegnerin erklärte mit Schreiben vom 28.04.2008, dass sie die Aussage für zulässig halte. Daraufhin beantragte der Antragsteller am 29.04.2009 unter Vorlage eines vom 31.03.2009 datierenden Internetausdrucks der angegriffenen Werbung den Erlass einer einstweiligen Verfügung. Der Antrag wurde damit begründet, dass die 4

Werbung krankheitsbezogene Aussagen enthalte, denn sie werde von dem Adressaten dahin verstanden, dass das Mittel Q bei Pollenallergien helfe. Hierfür spreche insbesondere, dass die Wirkungsweise des Produktes in den Monaten Februar bis August in der Werbung hervorgehoben werde. Die Werbung sei zudem irreführend, weil das Mittel die Symptome einer Pollenallergie nicht mindern könne. Die Antragsgegnerin hat eingeräumt, dass das Produkt nicht geeignet ist, Heuschnupfen oder anderen krankhaften Atemwegsproblemen entgegenzuwirken.

Das Landgericht Essen hat durch die Vorsitzende der 1. Kammer für Handelssachen am 04.05.2009 eine einstweilige Verfügung mit folgendem Inhalt erlassen: 5

Der Antragsgegnerin wird bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der künftigen 6
Zu widerhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis 250.000 Euro, ersatzweise
Ordnungshaft

oder 7

einer Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu vollziehen an dem Geschäftsführer, 8

untersagt, 9

im geschäftlichen Verkehr, das Mittel "Q" mit der Aussage zu bewerben: 10

"Für das Wohlfühl der Nasen- und Atemwege 11

(...) Probieren Sie Q, wenn Sie Ihr harmonisches Wohlfühl der Nasen- und Atemwege 12
unterstützen wollen. Insbesondere in den Monaten Februar bis August können wir Ihnen Q
mit seiner ausgefeilten natürlichen Kombination, an Natursubstraten empfehlen",

sofern dies geschieht, wie in Anlage A2 (Bl. 12 d.A.) wiedergegeben. 13

Hiergegen hat die Antragsgegnerin Widerspruch eingelegt. 14

Der Antragsteller hat beantragt, 15

die einstweilige Verfügung vom 04.05.2009 aufrechtzuerhalten. 16

Die Antragsgegnerin hat beantragt, 17

die einstweilige Verfügung aufzuheben und den Antrag auf ihren Erlass zurückzuweisen 18

Die Antragsgegnerin hat gemeint, durch die Werbung werde ein Nahrungsergänzungsmittel 19
beworben, aber nicht der Eindruck erweckt, dieses Mittel könne zur Linderung der
Beschwerden bei Heuschnupfen verwendet werden. Im Termin zur mündlichen Verhandlung
vor dem Landgericht hat die Antragsgegnerin bestritten, dass der Verfügungsgrund der
Eilbedürftigkeit vorliege. Hierzu hat sie durch ihren Prozessbevollmächtigten anwaltlich
versichern lassen, das streitgegenständliche Produkt sei seit etwa zwei Jahren auf dem
deutschen Markt erhältlich. Es sei durch die Herstellerin im Fernsehsender R beworben
worden. Im Rahmen dieser Fernsehwerbung habe es auch bereits eine Abmahnung durch
den Antragsteller gegeben. Im Hauptsacheverfahren (41 O 46/09 LG Essen) sei zudem
vorgetragen worden, dass wegen eines Inhaltsstoffes dieses Mittels bereits im Januar 2009
Erkundigungen durch den Antragsteller eingezogen worden seien. Aus all diesen
Umständen folge, dass der Antragsteller bereits vor dem 31.03.2009 Kenntnis von dem

streitgegenständlichen behaupteten Verstoß gehabt habe.

Der Antragssteller hat hierauf durch anwaltliche Versicherung seines
Prozessbevollmächtigten erwidert, dass die Werbung erst am 31.03.2008 bekannt geworden
ist und hierzu auf das Datum des Internetausdrucks hingewiesen. Eine systematische
Beobachtung der Antragsgegnerin finde nicht statt. Die Erkundigungen über die Inhaltsstoffe
des Produktes im Hauptsacheverfahren vor dem LG Essen seien bei der Überprüfung
anderer Produkte eingezogen worden. 20

Das Landgericht hat die einstweilige Verfügung aufgehoben, weil nach den Erklärungen in
der mündlichen Verhandlung das Vorliegen eines Verfügungsgrundes nicht mehr habe
festgestellt werden können. Zwar begründe § 12 Abs. 2 UWG zunächst eine tatsächliche
Vermutung für die Dringlichkeit, diese sei aber vorliegend widerlegt. Es sei gerichtsbekannt,
dass der Antragsteller zahlreiche Unterlassungsverfügungen und –klagen gegen die
Antragsgegnerin angestrengt habe. Angesichts der Versicherung, dass das Produkt bereits
seit zwei Jahren auf dem deutschen Markt erhältlich sei, sei es ungewöhnlich, dass der
Wettbewerbsverstoß gerade in diesem Fall erst nach zwei Jahren aufgefallen sein solle,
wenn gleichzeitig bereits eine Abmahnung gegen die Herstellerin vorliege. Damit sei die
Vermutung der Dringlichkeit erschüttert, der Antragsteller habe darauf hin nicht glaubhaft
gemacht, wann er von dem Verstoß Kenntnis erlangt habe. Allein die Vorlage des
Internetausdrucks sei hierfür nicht genügend. 21

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung des Antragsstellers. Er wiederholt und vertieft
seinen erstinstanzlichen Vortrag. Er meint, die Dringlichkeitsvermutung sei vorliegend nicht
widerlegt. Er trägt vor, die bereits zuvor gegen die Herstellerin geführte Abmahnung habe
unter dem 21.05.2007 stattgefunden und sich auf krankheitsbezogene Aussagen für ein
Produkt "Q mit Kakao & Hopfenextrakt" bezogen. Die Herstellerin habe sich diesbezüglich zur
Unterlassung verpflichtet, so dass der Antragsteller den Vorgang als abgeschlossen
angesehen haben dürfe. Der Antragsteller habe im Übrigen nicht anders als durch Vorlage
des Internetausdrucks seine erstmalige Kenntnis von dem hier streitgegenständlichen
Wettbewerbsverstoß darlegen können. 22

Der Antragsteller beantragt: 23

Der Antragsgegnerin wird bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der künftigen24
Zuwerhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis 250.000,- Euro, ersatzweise
Ordnungshaft

oder 25

einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu vollziehen an dem Geschäftsführer, 26

untersagt 27

im geschäftlichen Verkehr, das Mittel "Q" mit der Aussage zu bewerben: 28

"Für das Wohlfühl der Nasen- und Atemwege 29

(...) Probieren Sie Q, wenn Sie Ihr harmonisches Wohlfühl der Nasen- und Atemwege30
unterstützen wollen. Insbesondere in den Monaten Februar bis August können wir Ihnen Q,
mit seiner ausgefeilten natürlichen Kombination an Natursubstraten empfehlen",

sofern dies geschieht, wie in Anlage A 2 wiedergegeben. 31

Die Antragsgegnerin hat beantragt,	32
die Berufung zurückzuweisen.	33
Sie wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag. Zudem trägt sie vor, dass der Antragsteller seit Jahren die Auffassung vertrete, die niederländische M sei eine Deckadresse der F GmbH. So habe der Antragsteller im Juli 2008 in einer Strafanzeige ausgeführt, dass die Geschäftsaktivitäten für die niederländische M von F2 aus erfolgten und die Geschäftsadresse in den Niederlanden nur als Deckadresse diene. Aus dieser, inhaltlich von der Antragsgegnerin bestrittenen Behauptung folge, dass die Handlungen des niederländischen Unternehmens von der Antragstellerin ständig auch der Antragsgegnerin zugerechnet würden. Auch hieraus folge, dass der Antragsteller schon im Jahr 2007 Kenntnis von Vertrieb und Bewerbung des Produktes Q gehabt habe.	34
II.	35
Die zulässige Berufung des Antragstellers ist begründet, weil dem Antragsteller ein Unterlassungsanspruch entsprechend § 8 Abs. 1, Satz 1, Abs. 3, Nr. 2 mit § 3, 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit § 12 Abs. 1 LFGB zusteht. Daher war das landgerichtliche Urteil abzuändern und die ursprünglich beantragte einstweilige Verfügung zu bestätigen.	36
1. Der vom Antragsteller gestellte Antrag ist dahingehend auszulegen, dass die Wiederherstellung der einstweiligen Verfügung des Landgerichts Essen vom 21.05.2009 begehrt wird.	37
2. Der Antragsteller ist entsprechend § 8 Abs. 3, Nr. 2 UWG antragsbefugt. Der Senat hat bereits im Verfahren 4 U 8/06 ausführlich begründet, dass der Antragsteller generell befugt ist, Unterlassungsansprüche nach dem UWG geltend zu machen.	38
3. Der Verfügungsgrund wird für den Antragssteller nach § 12 Abs. 2 UWG widerleglich vermutet. Er muss daher vom Antragsteller weder dargelegt noch glaubhaft gemacht werden, das Gericht hat von seinem Vorliegen auszugehen (Schmukle in Pastor/Ahrens, Kapitel 45 Rn 7). Die Vermutung ist nur widerlegt, wenn Tatsachen feststehen oder glaubhaft gemacht sind, aus denen sich gewichtige Anhaltspunkte dafür ergeben, dass tatsächlich ein Verfügungsgrund nicht vorliegt.	39
Die Vermutung ist vorliegend nicht erfolgreich widerlegt. Der Verfügungsantrag ist am 29.04.2009, und damit noch innerhalb eines Monats nach dem behaupteten Zeitpunkt des Verstoßes am 31.03.2009 bei Gericht eingegangen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats kann die Dringlichkeitsvermutung als widerlegt angesehen werden, wenn der Antragsteller in einem Zeitraum nach Kenntnis, der jedenfalls länger ist als ein Monat, mit der Geltendmachung des Verfügungsantrages zugewartet hat. Die Antragsgegnerin hat vorliegend keine ausreichenden Umstände vorgetragen, aus denen eine positive Kenntnis der Antragstellerin vom Verstoß noch vor dem 31.03.2009 folgt. Solche Tatsachen vorzutragen, obliegt der Antragsgegnerin, auch wenn grundsätzlich die Eilbedürftigkeit von Amts wegen zu überprüfen ist. (Baumbach/Hefermehl/Köhler, § 12 Rn. 3.12; OLG Karlsruhe GRUR 1995, 510, 511). Die Antragsgegnerin hat zwar eine Reihe von Umständen vorgetragen, aus denen die frühere Kenntnis von der Verletzung resultieren soll. Doch genügt keines dieser Ereignisse, um die Vermutung, dass die Kenntnis nicht erst am 31.03.2009 bestand, erfolgreich zu widerlegen. Die genannten Umstände führen auch nicht dazu, dass sich dem Gläubiger die Kenntnis von einer wettbewerbswidrigen Werbung aufdrängen musste. Sie begründen auch in der Zusammenzählung keine gewichtigen Anhaltspunkte für	40

eine dringlichkeitsschädliche Kenntnis von dem hier behaupteten Verstoß.

Der Umstand, dass der Antragsteller bereits mehrfach in anderen Fällen gegen die Antragsgegnerin durch Abmahnungen und Unterlassungsklagen vorgegangen ist, kann für sich genommen nicht begründen, dass ihm sämtliche Werbeaktivitäten der Antragsgegnerin, und insbesondere auch die hier relevante Werbung stets und in umfassender Weise bekannt sind. Jedenfalls folgt daraus nicht die Kenntnis von der hier angesprochenen Werbung. Dies gilt umso mehr, als nach gefestigter Ansicht den Gläubiger des Unterlassungsanspruchs eine allgemeine Marktbeobachtungspflicht nicht trifft (OLG Köln GRUR-RR 2003, 187). 41

Selbst wenn dem Antragsteller bereits seit Mai 2007 bekannt war, dass es das Produkt "Q" gibt, so folgt hieraus noch nicht, dass auch die konkret angegriffene Werbung bereits seit 2007 verbreitet wurde. Das behauptet selbst die Antragsgegnerin nicht. Allein aus dem Umstand, dass ein Produkt vermarktet wird, folgt naturgemäß noch nicht, dass auch jede Werbung für das Produkt wettbewerbswidrig ist. Daher ist auch die in der Berufung zusätzlich vorgebrachte Behauptung, dass der Antragsteller die Aktivitäten der niederländischen M mit denen der Antragsgegnerin identifiziere, nicht ergiebig, denn die Antragsgegnerin hat gerade nicht vorgetragen, dass die niederländische M mit Kenntnis des Antragstellers für das Produkt identisch wie im vorliegenden Fall geworben habe. 42

Schließlich lässt sich der Tatsache, dass es in Bezug auf das Produkt "Q" bereits eine Abmahnung gegen die Herstellerin des Produkts gegeben hat, nicht entnehmen, dass der Antragsteller die Werbung der Antragsgegnerin zu diesem Produkt kennen musste. Wie nämlich die Vorlage von Unterlagen über die Abmahnung gegen die Herstellerin im Berufungsverfahren zeigt, ging es bei dieser Abmahnung um eine Rundfunkwerbung für ein Produkt mit einer Bezeichnung und einer Werbeaussage, die mit der Werbung im hier streitgegenständlichen Verfahren nicht übereinstimmt. Während im Verfahren gegen die Herstellerin die Aussage "die erste natürliche Waffe gegen Allergien" im Rundfunk angegriffen wurde, geht es im hiesigen Verfahren um eine textlich erheblich erweiterte Werbung im Internet für ein Produkt, das vor allem in Monaten hilfreich sein soll, in denen sich Allergiegefahren häufen. Sowohl Werbeinhalt als auch Werbemedium unterscheiden sich voneinander. 43

Da es an der Widerlegung der Dringlichkeitsvermutung mangelt, kommt es auch nicht zu einer Verlagerung der Darlegungslast von der Antragsgegnerin auf den Antragsteller. Es kann aus diesem Grunde dahin gestellt bleiben, ob der Antragsteller mit der Vorlage des Ausdrucks der Internetwerbung hinreichend glaubhaft gemacht hat, dass er erstmals zum 31.03.2009 Kenntnis von dem Wettbewerbsverstoß erlangt hat. Umgekehrt ist vielmehr davon auszugehen, dass die aus § 12 Abs. 2 UWG folgende Dringlichkeitsvermutung nicht durch Unterlagen oder Darlegungen erschüttert wurde, die darauf hindeuten, dass der Antragsteller verspätet auf den Verstoß reagiert hat. 44

4. Der Verfügungsanspruch folgt aus §§ 8 Abs. 1 Satz 1; 3 Abs. 1; 4 Nr. 11 UWG mit § 12 Abs. 1 Nr. 1 LFGB. Nach § 12 Abs. 1 Nr. 1 LFGB ist es verboten, in der Werbung für Lebensmittel Aussagen zu verwenden, die sich auf die Beseitigung, Linderung oder Verhütung von Krankheiten beziehen. Das Verbot stimmt mit europäischem Recht überein, weil es auch in Art. 2 Abs. 1 lit. a) ii) der Etikettierungsrichtlinie 2000/13/EG (Abl. L 109/29) enthalten ist. 45

a) Das Produkt "Q" ist ein Lebensmittel im Sinne der genannten Vorschriften. Nahrungsergänzungsmittel sind Lebensmittel, wie nicht nur § 1 der deutschen Nahrungsergänzungsmittelverordnung, sondern auch Art. 2 der VO (EG) 178/2002 zeigt. 46

Lebensmittel sind alle Stoffe und Erzeugnisse, die dazu bestimmt sind, von Menschen aufgenommen zu werden. Davon geht der Antragsteller zu Recht aus.

b) Der Krankheitsbegriff nach § 12 Abs. 1 Nr. 1 LFGB ist weit auszulegen und umfasst insbesondere auch Überempfindlichkeiten und Allergien (Senat, Urt. v. 1.4.2003 – 4 U 174/02 – Schwarzkümmel; ebenso OLG München GRUR 1989, 361, 362 - Blütenpollen-Erzeugnis, jeweils zum inhaltsgleichen § 18 LMBG). 47

c) Aus Sicht des durchschnittlich informierten und aufmerksamen Adressaten der Werbung wird durch die Verwendung des Produktnamens "Q", die Bezugnahme auf das "harmonische Wohlfühl der Nasen- und Atemwege" sowie die Empfehlung, dass das Produkt "insbesondere in den Monaten Februar bis August verwendet werden sollte, der Eindruck erzeugt, dass Q Allergien lindere, heile oder verhüte. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der genannte Adressatenkreis im Bereich krankheitsbezogener Wirkungsaussagen bei Lebensmitteln besonders sensibel reagiert. Er setzt Hoffnungen auf die versprochene Produktwirkung und ist daher geneigt, Werbeversprechen besonders ernst zu nehmen (vgl. BGH GRUR 2002, 182, 185 – Das Beste jeden Morgen). Ob dem Produkt die genannte Wirkung tatsächlich zukommt, spielt insoweit keine Rolle mehr, denn die genannte Aussage ist im Zusammenhang mit der Bewerbung von Lebensmitteln auch unzulässig, wenn sie objektiv zutreffend ist (Fezer/Meyer, UWG, 2. Aufl. 2005, § 4-S4 Rn 292). 48

d) Bei § 12 Abs. 1 Nr. 1 LFGB handelt es sich um eine Marktverhaltensregel im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG, denn die Norm dient jedenfalls auch dem Verbraucherschutz (Senat, Urt. v. 9.1.2007 – 4 U 30/06, LMuR 2007, 79, 81 – Zimt gegen Zucker). 49

e) Der Verstoß ist erheblich, weil die Werbeaussage in einer Interpräsentation mit großer Breitenwirkung enthalten ist, mithin spürbar auf das Verhalten der Marktbeteiligung einwirkt. 50

f) Ob daneben auch ein Verstoß gegen §§ 3, 5 UWG vorliegt, kann dahingestellt bleiben. 51

III. 52

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 91 ZPO. 53