
Datum: 18.05.2010
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 36/10
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2010:0518.4U36.10.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 15 O 17/10

Tenor:

Auf die Berufung des Antragstellers wird das am 16. Februar 2010 verkündete Urteil der 6. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bielefeld teilweise abgeändert.

Der Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Verfügung, bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,- EUR, ersatzweise Ordnungshaft, oder der Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, untersagt,

im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken über einen Internetauftritt in Bezug auf die Vermittlung von Fachkliniken im Ausland zu werben, ohne Hinweis auf die bloße Vermittlungstätigkeit der Antragsgegnerin, wie mit der Internetwerbung vom 12.01.2010 unter *Internetadresse* (Anlage A 5 zur Antragsschrift) geschehen:

„In unserer Klinik in J treffen Sie jedoch auf erfahrene Spezialisten, die sich durch Qualität und Ästhetik enorm von anderen Anbietern für professionelle Haartransplantationen unterscheiden“.

Die Kosten des Rechtsstreits werden gegeneinander aufgehoben.

Gründe

A.

Die Parteien konkurrieren als Vermittler von Reisen in die Türkei u.a. zwecks Durchführung von Wellnessbehandlungen und kosmetischen Korrekturen, wie beispielsweise Haartransplantationen, Lidstraffung, Nasenkorrekturen und zahnästhetische Behandlungen. Beide Parteien bieten ihre Leistungen auch im Internet an, der Antragsteller unter *Internetadresse1*, die Antragsgegnerin unter *Internetadresse*.

Am 12.01.2010 stellte der Antragsteller auf der Internetseite der Antragsgegnerin zu Haartransplantationen unter der Überschrift "Was spricht für eine Haartransplantation in J?" den folgenden Satz fest:

"Heutzutage gibt es überall Möglichkeiten, eine Haartransplantation oder Eigenhaarverpflanzung durchführen zu lassen. In unserer Klinik in J treffen Sie jedoch auf erfahrene Spezialisten, die sich durch Qualität und Ästhetik enorm von anderen Anbietern für professionelle Haartransplantationen unterscheiden".

Wegen der näheren Einzelheiten wird auf die Anlage A 5 zur Antragsschrift Bezug genommen.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 13.01.2010 mahnte der Antragsteller die Antragsgegnerin in Bezug hierauf ab, weil kein Hinweis auf eine bloße Vermittlungstätigkeit erfolge. Dies stelle eine Irreführung des Kunden dar, weil mit den gemachten Aussagen der Eindruck entstehe, dass die Antragsgegnerin selbst auch die Operation durchführen würde und Vertragspartner auch der vermittelten Leistung sei. Die Antragsgegnerin lehnte die Abgabe einer Unterwerfung aus dem Grunde ab, dass aus dem Gesamtzusammenhang deutlich werde, dass sie die Klinken lediglich vermittle.

Der Antragsteller hat gemeint, der beanstandete Satz sei irreführend, weil der Eindruck erweckt würde, die Antragsgegnerin führe die angebotenen Leistungen durch, während sie in Wahrheit lediglich Vermittlungstätigkeiten erbringe.

Der Antragsteller hat beantragt,

der Antragsgegnerin bei Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel im Wege der einstweiligen Verfügung zu untersagen,

im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken über einen Internetauftritt in Bezug auf die Vermittlung von Fachkliniken im Ausland a) (...)

b) zu werben, ohne an gleicher Stelle den konkreten Hinweis auf die bloße Ver-

mittlungstätigkeit zu geben, mit Aussagen wie folgt: "In unserer Klinik in J treffen Sie jedoch auf erfahrene Spezialisten, die sich durch Qualität und Ästhetik enorm von anderen Anbietern für professionelle Haartransplantationen unterscheiden", wie am 13.01.2010 unter

Internetadresse bundesweit geschehen.

Die Antragsgegnerin hat beantragt, 14

den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen. 15

Sie hat gemeint, die Formulierung "unsere Klinik" sei nicht zu beanstanden. Denn aus dem Internetauftritt im Übrigen sei unschwer zu erkennen, dass damit eine der Kliniken gemeint sei, zu denen die Antragsgegnerin die Reisen vermittele. 16

Das Landgericht hat dem Antrag zu a) stattgegeben, den Antrag zu b) abgewiesen. Zur Begründung der Abweisung hat es ausgeführt, dass die Formulierung "unsere Klinik" ersichtlich ungenau sei, weil die Antragsgegnerin selbst keine Klinik betreibe, sondern nur Reisen zu Kliniken vermittele. Das sei dem verständigen Betrachter ihres Internetauftritts aber ohnehin klar. Demgemäß liege keine relevante irreführende geschäftliche Handlung i.S.v. § 5 I 2 Nr. 1, 3 UWG vor. 17

Der Antragsteller wehrt sich hiergegen mit der Berufung, mit der er seinen erstinstanzlichen Antrag zu b) weiter verfolgt. Er meint weiterhin, dass die streitgegenständliche Werbeaussage dazu führe, dass potentielle Kunden davon ausgingen, dass die Antragsgegnerin selber eine Klinik unterhalte und somit auch die ärztlichen Leistungen selbst anbiete. Eine andere grammatikalische Auslegung der betreffenden Formulierung sei gar nicht denkbar. Die Beschränkung auf die Vermittlungstätigkeit führe zu einem Haftungsausschluss hinsichtlich der Operationsleistungen, so dass es sich um für das Vertragsverhältnis maßgebliche Gesichtspunkte handle. Ob auf anderen Seiten Hinweise auf Vermittlungstätigkeiten offenbart würden, sei hierbei unerheblich. Es bestehe die Gefahr, dass die restlichen Seiten vom potentiellen Kunden nicht angeschaut oder inhaltlich überflogen bzw. diese Hinweise übersehen würden. Hinzu komme, dass die Antragsgegnerin auch an anderen Stellen ihres Internetauftritts vergleichbare irreführende Formulierungen verwende. Hierzu trägt die Antragstellerin unter Vorlage von weiteren Internetauszügen vom 23.10.2010 näher vor. Auf die Berufungsbegründung S. 3 ff. und die diesbezüglichen Auszüge (Anl. A 8 ff.) wird Bezug genommen. Der Antragsteller führt dazu aus, dass sich zu keinem Zeitpunkt Hinweise oder nur unzureichende Hinweise auf die Vermittlungsleistungen fänden, so dass der Kunde, der diese Unterlagen lese, von einer eigenen Klinik mit eigenen Ärzten ausgehe. 18

Der Antragsteller beantragt, 19

unter teilweiser Abänderung des landgerichtlichen Urteils der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Verfügung, bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000, EUR, ersatzweise Ordnungshaft, oder der Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu untersagen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken über einen Internetauftritt in Bezug auf die Vermittlung von Fachkliniken im Ausland zu werben, ohne Hinweis auf die bloße Vermittlungstätigkeit der Antragsgegnerin, wie mit der Internetwerbung vom 12.01.2010 unter *Internetadresse* (Anlage A 5 zur Antragsschrift) geschehen: 20

"In unserer Klinik in J treffen Sie jedoch auf erfahrene Spezialisten, die sich durch Qualität und Ästhetik enorm von anderen Anbietern für professionelle Haartransplantationen unterscheiden". 21

Die Antragsgegnerin beantragt,	
die Berufung zurückzuweisen.	24
Soweit diese mit Schriftsatz vom 14.05.2010 in Bezug auf die Verurteilung zu a) Anschlussberufung eingelegt hat, hat der Antragsteller den Antrag im Senatstermin wegen mangelnder Vollziehung wieder zurückgenommen.	25
Die Antragsgegnerin verteidigt – in Bezug auf den Antrag zu b) - das landgerichtliche Urteil. Sie hat gemeint, der ursprüngliche Klageantrag erfülle nicht die Bestimmtheitsanforderungen des § 253 II Nr. 2 ZPO. Für sie sei nicht erkennbar, was genau mit einem "konkreten" Hinweis und mit der Formulierung "an gleicher Stelle" gemeint sein solle. In der Sache meint sie, der Verbraucher würde, da es insoweit um mit der Reise verbundene medizinische Behandlungen gehe und nicht um ein "alltägliches Gebrauchsgut", die ihm angebotene Information sorgfältiger prüfen. Dass er aus der Formulierung "unsere Klinik" den Schluss ziehe, sie, die Antragsgegnerin, sei Inhaberin eines Klinikimperiums, und daraufhin wegen des geklärten Haftungsregimes die weiteren Seiten nur noch vage überfliege, wäre in keiner Weise situationsadäquat. Auch könne ein Hinweis auf die bloße Vermittlungstätigkeit nicht "an gleicher Stelle" verlangt werden. Der Antrag sei insoweit zu weitgehend. Ihre Internetseiten, die sie mit den Anlagen AG 1 ff. vorlegt, vermittelten insgesamt sehr deutlich, dass es um die Vermittlung von Reisen ginge. Sowohl auf der Startseite (Anl. AG 1) wie auch auf den Seiten der jeweiligen Behandlungsseiten (Anl. AG 2 f.) fänden sich konkrete Hinweise darauf, dass sie Vermittlerin und nicht Vertragspartnerin bezüglich der eigentlichen medizinischen Behandlungen sei. Außerdem sei nicht erkennbar, dass der Antragsteller die Darstellung selbst für irreführend halte. Dieser betreibe nämlich die Internetseite *Internetadresse2*, auf der sich bei der Vorstellung der Klinik auch keinerlei Hinweis auf seine Vermittlertätigkeit befinde.	26
Der Antragsteller repliziert dahin, dass die Antragsgegnerin ihre Internetpräsenz inzwischen geändert und auch angebliche Hinweise auf Vermittlungen "eingebaut" habe, um dadurch den falschen Eindruck zu erwecken, dass der Kunde seinerzeit entsprechende Vermittlungshinweise habe lesen können. Belegt werde die Manipulation durch die Sicherung der damaligen Seiten vom 05.02. und 23.02.2010, die als Anl. A 13 ff. vorgelegt werden. Es werde überdies bestritten, dass der Kunde seinerzeit entsprechende Vermittlungshinweise habe lesen können.	27
Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	28
B.	29
Die zulässige Berufung des Antragstellers, über die allein noch zu befinden ist, ist begründet. Er kann von der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Verfügung wie tenoriert die Unterlassung der Werbung mit "in unserer Klinik ..." ohne Hinweis auf deren Vermittlungstätigkeit verlangen.	30
I.	31
Soweit der Antragsteller im Senatstermin zunächst seinen Antrag teilweise modifiziert hat, handelt es sich im Hinblick auf § 253 II Nr. 2 ZPO lediglich um eine auch kostenunschädliche Klarstellung, um etwaige Unklarheiten in Bezug auf die Formulierungen "an gleicher Stelle" und "konkreten Hinweis" zu beseitigen. Eine Änderung des Streitgegenstandes ist hiermit	32

nicht verbunden.

II.	33
Der für den Erlass der einstweiligen Verfügung nötige Verfügungsgrund ist zu bejahen. Die Dringlichkeit wird nach § 12 II UWG vermutet. Es liegt auch keine dringlichkeitsschädliche Verzögerung bei der gerichtlichen Geltendmachung und damit eine Widerlegung der Vermutung vor. Die Kenntnis vom Verstoß war gemäß Ausdruck Anl. A 5 begründet am 12.01.2010. Nach Abmahnung vom 13.01.2010 (Anl. A 6) hat der Antragsteller am 29.01.2010 den Verfügungsantrag bei Gericht eingereicht. Die vom Senat geforderte Monatsfrist ist insofern eingehalten.	34
III.	35
Der Verfügungsanspruch ergibt sich aus §§ 8 I, III Nr. 1; 3; 5 I Nr. 1, 3 UWG. Der angesprochene Verkehr wird durch die Angabe "in unserer Klinik ..." in relevanter Weise irregeführt, weil ein relevanter Teil davon nicht erfährt, dass die Antragsgegnerin nur Vermittlungstätigkeiten erbringt und diese nicht auch Vertragspartnerin in Bezug auf die im Ausland erfolgenden medizinischen Leistungen wird. Letzteres wird angedeutet durch den Bezug auf "unsere" Kliniken, womit gerade auch "eigene" Kliniken gemeint sein können, ohne dass es darauf ankommt, ob diese von der Antragsgegnerin selbst betrieben werden oder auch nur vertraglich mit ihr in Verbindung stehen. Jedenfalls wird es unterlassen, über den wesentlichen Umstand, dass die Klinikleistungen nur vermittelt werden, aufzuklären.	36
1.	37
Die allgemeinen Voraussetzungen eines Unterlassungsanspruchs, so ein Handeln im geschäftlichen Verkehr und ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien, die beide derartige Behandlungen im Ausland vermitteln, i.S.v. § 2 Nr. 1 und 3 UWG, sind erfüllt.	38
2.	39
Durch die Angabe "in unserer Klinik ...", wie geschehen durch die Werbung für Haartransplantationen in J gemäß Anl. A 5, erfolgt eine relevante Irreführung über die angebotenen Leistungen. Die Klägerin erscheint für einen erheblichen Teil der Verbraucher auch als Vertragspartnerin für die Klinikleistungen.	40
a)	41
Eine Angabe ist dann irreführend, wenn sie den angesprochenen Verkehrskreisen einen unrichtigen Eindruck vermittelt. Dabei genügt es, dass die Werbung zur Irreführung und Beeinflussung dessen geeignet ist. Auf eine tatsächliche Irreführung kommt es nicht an (BGH GRUR 1988, 829 – Verkaufsfahrten II; 2000, 239, 241 – Last-Minute-Reise). Dabei muss sich der Werbende im Falle einer Mehrdeutigkeit auch die verschiedenen Bedeutungen gegen sich geltend lassen (st. Rspr.; u.a. BGH GRUR 1957, 128 – Steihäger; GRUR 1960, 567, 569 – Kunstglas; GRUR 2000, 436 – Ehemalige Herstellerpreisempfehlung).	42
Für den verständigen Betrachter ist nach der beanstandeten Seite auch in ihrem Gesamtzusammenhang keineswegs klar, dass die Antragsgegnerin die Reisen nur vermittelt. Bereits der Wortlaut "in unserer Klinik ..." lässt zunächst gerade auch den Schluss darauf zu, dass die medizinischen und kosmetischen Leistungen von einer eigenen oder jedenfalls vertraglich verbundenen Klinik erbracht werden, wobei auch nicht ersichtlich ist, ob die Antragsgegnerin zumindest einzelne Kliniken selbst betreiben mag. Auch wenn diese	43

Wortwahl zunächst ambivalent ist und letztlich nur im Gesamtzusammenhang des Textes verstanden werden kann, lässt sich die Benutzung des Possessivpronomens primär auch dahin verstehen, dass es sich um die Kliniken "der" Antragsgegnerin handelt, die deren Leistungen in ihr eigenes Angebotsspektrum aufgenommen hat. Eine Lesart dahin, dass die Antragsgegnerin ein internationales Klinikimperium betreibt, ist damit nicht notwendigerweise verbunden. Es geht lediglich darum, ob die bloße Vermittlungstätigkeit offen gelegt wird oder nicht. Der genannte Wortlaut ist insofern durchaus geeignet, dem angesprochenen Verkehr mitzuteilen, dass es sich gerade nicht um ein bloßes Vermittlungsverhältnis handelt. Denn die Darstellung als "unsere" kann gelesen werden wie "eigene Klinik" und signalisiert jedenfalls für einen erheblichen Teil des angesprochenen Publikums, dass die Klinikleistungen von der Antragsgegnerin vertraglich selbst mit angeboten werden.

b) 44

Auch nach dem Gesamtzusammenhang des Werbetextes in Verbindung mit den allgemeinen Informationen der Antragsgegnerin zu ihrer Tätigkeit, die von den Interessenten für eine Haartransplantation mitgelesen werden, gibt es keinen klaren Hinweis auf eine schlichte Leistungsvermittlung und darauf, dass man im Übrigen nur die äußeren Reiseleistungen (wie Transfer und Unterbringung) erbringt. Dies ergibt sich auch nicht in ausreichender Weise aus Formulierungen etwa dahin, dass man mit den angesprochenen Kliniken zusammenarbeite, zumal die Antragsgegnerin ebenfalls die medizinischen Behandlungsmethoden selbst mit dargestellt und beworben hat. 45

Soweit die Antragsgegnerin – in das Gericht täuschender Weise - mit der Berufungserwiderung Unterlagen (Anl. AG 1 ff., AG 2 zur Haartransplantation) – vorgelegt hat, die vielfach auf Vermittlungsleistungen hinweisen, kann im Hinblick auf nicht wiedergegebene Daten, auf die früheren Ausdrücke der Antragstellerin (Anl. A 13 ff.) und überdies mangels entsprechender Glaubhaftmachung nicht angenommen werden, dass diese bereits zum Verstoßzeitpunkt so vorhanden waren. Entsprechendes gilt für die dann vorgelegten Ausdrücke vom 07.05.2010 (Anl. AG 16 ff., AG 21). Vielmehr liegt es eher nahe, dass die Seiten nachträglich abgeändert und dem Gericht als maßgeblich vorgelegt worden sind, ohne mit der Berufungserwiderung vom 08.04.2010 zunächst überhaupt auf gemachte Änderungen hinzuweisen. Maßgeblicher Zeitpunkt war bekanntermaßen allein der fragliche Verstoßzeitpunkt. 46

Für eine Lesart dahin, dass auch die Klinikleistungen von dem Vertragsangebot der Antragsgegnerin erfasst sein könnten oder sollten, sprechen im Gesamtzusammenhang der Werbung auch weitere Umstände, so dass ein erheblicher Teil des angesprochenen Verkehrs die Werbung so verstehen kann und versteht, dass es sich nicht um eine bloße Vermittlungstätigkeit der Antragsgegnerin handelt: 47

Es wird gemäß Anl. A 5 bezogen auf Haartransplantation und Eigenhaarverpflanzung beispielsweise eine "ausführliche und detaillierte Beratung" vor der Reise mit angeboten, und zwar ersichtlich auch in medizinischer Hinsicht. Die medizinische Klinikleistung wird insofern in das Dienstleistungsangebot der Antragsgegnerin einbezogen. In der Klinik soll es dann eine "nochmalige" Beratung geben. Auch nach der Kopfzeile soll es von Seiten der Antragsgegnerin eine "24h Rundum Persönliche Beratung" geben, ersichtlich nach dem Gesamteindruck der Darstellung auch zum Thema Haartransplantation und Behandlung in der Klinik selbst. 48

In der Kopfzeile der allgemeinen Seite "*Internetadresse* – Warum Wir" (Anl. A 3) heißt es zudem: 49

"INTERNATIONALE TOP KLINIKEN UND ÄRZTE" (Tel. ...) *Internetadresse*" Die Kliniken werden unmittelbar mit der Antragsgegnerin in Verbindung gebracht. Nichts weist wiederum auf ein bloßes Vermittlungsverhältnis hin, auch wenn dies vom kundigen Betrachter mit besonderem Problembewusstsein erahnt werden mag. Vielmehr werden im Rahmen der Angebote der Antragsgegnerin gerade auch die medizinischen Leistungen erörtert und mit beworben. Auf der genannten Seite wird darauf hingewiesen, dass man auch während der Behandlung "für Sie da" sei, dass von der Antragsgegnerin "Behandlung und Reiseverlauf, typische Risiken und Nebenwirkungen" etc. erörtert sowie von ihr alle diesbezüglichen Fragen "für alle Behandlungs- und Operationsformen" beantwortet würden. Das ist nicht ohne Weiteres Sache eines bloßen Vermittlers, sondern vielmehr in erster Linie des Behandlers. Auch an dieser Stelle wird der rein medizinische Bereich in den Tätigkeitsbereich der Antragsgegnerin einbezogen. 50

Weiter werden von der Antragsgegnerin entsprechend undifferenziert ihre "Vorteile" angepriesen, so "Garantieleistungen von mindestens 10 Jahren für Ihre Sicherheit", "Modernste und neueste Technologie der Geräte" usw. Es wird der Eindruck untermauert, sie könne auch medizinische Sicherheit garantieren und optimale medizinische Ausstattung zur Verfügung stellen. 51

Jedenfalls erhellt sich eine Vermittlungstätigkeit der Antragsgegnerin, wie im Senatstermin im Einzelnen erörtert worden ist, insoweit nicht. Dem Interessenten wird letztlich suggeriert, dass die Vertragsleistungen der Antragsgegnerin auch die Klinikleistungen erfassen, wobei es nicht darauf ankommt, ob der Interessent erwarten mag, ob die Antragsgegnerin die Kliniken vermeintlich selbst betreibt. Diese könnten quasi auch als eine Art Subunternehmer fungieren. Jedenfalls ist die Werbung geeignet, den Interessenten darüber im Unklaren zu lassen, dass der Vertrag mit der Klinik nur vermittelt wird und dass ein Vertragsverhältnis mit der Antragsgegnerin hinsichtlich der medizinischen Leistungen eben nicht bestehen soll. Die Werbung stellt sich mitunter dar wie ein Pauschalreiseangebot, das die "Reiseleistungen" und Behandlungsmaßnahmen vor Ort insgesamt einschließt. Auch bei Reisepauschalverträgen – insoweit vom Ansatzpunkt her vergleichbar – hat der Kunde ein Vertragsverhältnis allein mit dem Reiseunternehmen. Ähnlich stellt es sich für einen maßgeblichen Teil des angesprochenen Verkehrs in Bezug auf die Antragsgegnerin dar. Dass diese mit den Behandlungsmaßnahmen und Kliniken vertraglich überhaupt nichts tun haben soll, wird letztlich verschleiert. 52

c) 53

Dies ändern auch die AGB der Antragsgegnerin nicht, soweit darin ihre Vermittlungstätigkeit zum Ausdruck kommt, da diese vom Betrachter nicht in gleicher Weise mitgelesen werden. Ob die als AG 5 vorgelegten Geschäftsbedingungen bereits zum Zeitpunkt des Verstoßes so bestanden, ist insofern unmaßgeblich. 54

IV. 55

Die Wiederholungsgefahr ist durch die Verletzungshandlung indiziert und nicht durch eine strafbewehrte Unterlassungserklärung ausgeräumt. Auf später vorgenommene Abänderungen der Werbung kommt es nicht an. Diese beseitigen die Wiederholungsgefahr nicht. 56

V. 57

58

Unerheblich ist schließlich, ob der Antragsteller auf einer Internetseite *Internetadresse2* vermeintlich den gleichen Verstoß begeht und selbst nicht auf seine Vermittlungstätigkeit hinweist, denn es geht um den Schutz der Allgemeinheit. Der Einwand der "unclean hands" vermag in diesem Zusammenhang der Irreführung nicht durchzugreifen.

VI. 59

Von einem Bagatellfall gemäß § 3 UWG kann nicht ausgegangen werden, denn es ist für den Interessenten überaus bedeutsam, mit wem er gerade die behandlungsrelevanten Verträge abschließt (ob nämlich mit der Antragsgegnerin oder – vermittelt durch diese – mit der einzelnen Klinik), an wen er sich diesbezüglich wenden und wen (und wo) er dann bei etwaigen Fehlern im weitesten Sinne nötigenfalls haftbar machen kann. 60

V. 61

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 92 I, 269 III, 708 Nr. 10 ZPO. 62