
Datum: 15.01.1993
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 88/92
ECLI: ECLI:DE:OLGK:1993:0115.6U88.92.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 31 O 648/91

Schlagworte: Dringlichkeitsvermutung; Widerlegung; Werbung; Arzneimittel; Presseorgane

Normen: UWG §§ 1, 25

Leitsätze:

1. Für die Widerlegung der Dringlichkeitsvermutung des § 25 UWG kommt es bei einem klagenden Verband grundsätzlich allein auf den Zeitpunkt an, in dem dieser von dem Wettbewerbsverstoß Kenntnis erlangt hat. Ist die Eilbedürftigkeit für den Antrag eines Wettbewerbers wegen Zeitablaufs entfallen, muß sich der antragstellende Verband dies jedoch zurechnen lassen, wenn der Wettbewerber mit Hilfe des Verbandes die Dringlichkeit "wieder aufleben" lassen will. Die Darlegungs- und Beweislast für solche dringlichkeitsschädlichen Umstände liegen beim Antragsgegner. 2. Redaktionelle Beiträge, in denen Arzneimittel namentlich genannt, herausgestellt, abgebildet und u.a. als "Spezialwaffen" gegen bzw. als "bewährt" bei bestimmten Erkrankungen dargestellt werden, können als getarnte redaktionelle Werbung unzulässig sein. Zu den objektiven und subjektiven Voraussetzungen einer solchen unzulässigen Werbung in Presseorganen.

Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Die Berufung der Antragsgegnerin gegen das am 31. März 1992 verkündete Urteil der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 31 O 648/91 - wird zurückgewiesen. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Antragsgegnerin auferlegt.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung der Antragsgegnerin bleibt in der Sache ohne Erfolg.

Dem Antragsteller stehen auch nach dem Berufungs- vorbringen der Parteien die geltendgemachten Un- terlassungsansprüche in der im Tenor der angefoch- tenen Entscheidung ausgesprochenen Fassung gegen- über der Antragsgegnerin zu.

1.) Soweit die Antragsgegnerin durch Bezugnahme auf ihr erstinstanzliches Vorbringen die in der ersten Instanz erhobene Rüge aufrechterhält, der Verfü- gungsantrag sei zu unbestimmt, wird auf die zu- treffenden Ausführungen in der angefochtenen Ent- scheidung Bezug genommen.

Der Antragsteller hat hinsichtlich beider Unter- lassungsanträge durch Wiedergabe der entsprechen- den Seiten 50 bis 52 und 108 bis 110 der Zeit- schrift "B." Nr. 45/91 auf die konkrete Ver- letzungsform Bezug genommen und ein Verbot dieser beiden Artikel in der konkreten Gesamtgestaltung, die sie durch die Antragsgegnerin erfahren haben, begehrt. Soweit darüber hinaus in dem Verfügungs- antrag und ihm folgend im Tenor der angefochtenen Entscheidung die in den Artikeln erwähnten Prä- parate zusammenfassend wiedergegeben sind, dient dies nur der Erläuterung des Verbotskerns. Dadurch wird die Benennung und die Abbildung dieser Prä- parate nicht generell untersagt, sondern nur in der konkreten Gestaltung der angegriffenen Artikel verboten.

2.) Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin fehlt es auch nicht an dem Verfügungsgrund der Dring- lichkeit, da die Dringlichkeitsvermutung des § 25 UWG nicht widerlegt ist. Der Antragsteller ist innerhalb angemessener Frist nach Kenntnis von dem streitgegenständlichen Wettbewerbsverstoß gegen die Verletzerin vorgegangen. Er hat durch die von ihm vorgelegten eidesstattlichen Versiche- rungen hinreichend glaubhaft gemacht, daß er erst am 06.12.1991 von den streitbefangenen Artikeln in der Zeitschrift "B." Nr. 45/91 durch einen Be- schwerdeführer Kenntnis erlangt hat. Da er die An- tragsgegnerin bereits mit Schreiben vom 09.12.1991 abgemahnt hat, hat er nicht zögerlich gehandelt, so daß hierin kein Dringlichkeitsverlust gesehen werden kann. Allein die Tatsache, daß der Antrag- steller in seiner Antragsschrift vom 20.12.1991 in sich widersprüchliche Daten und u.a. als Datum der ersten Kenntnisnahme den 09.12.1991 angegeben hat, führt nicht dazu - wie die Antragsgegnerin meint -, daß aufgrund der Widersprüchlichkeit der geschilderten zeitlichen Reihenfolge von einer Kenntnisnahme am 09.11.1991 ausgegangen werden müsse. Der Antragsteller hat seine Angaben inso- weit rechtzeitig korrigiert und durch die Vorlage der eidesstattlichen Versicherungen glaubhaft ge- macht.

Ein Dringlichkeitsverlust ist auch nicht dadurch eingetreten, daß der Beschwerdeführer längere Zeit untätig zugewartet oder eine Rechtsverfolgung nur schleppend betrieben hätte. Ausnahmsweise könnte es allerdings nicht auf den Zeitpunkt der Kennt- nisnahme durch den Antragsteller, sondern auf den Zeitpunkt ankommen, in dem der beschwerdeführende Dritte Kenntnis erlangt hat (vgl. OLG Frankfurt GRUR 1991, 471 - vorgeschobener Verband), wenn die Eilbedürftigkeit für den Antrag eines Wettbewer- bers wegen Zeitablaufs entfallen ist und dieser nur mit Hilfe des antragstellenden Verbandes, der bislang keine Kenntnis von dem Wettbewerbsverstoß erlangt hat, die Dringlichkeit wieder aufleben lassen will. Die Antragsgegnerin hat hierzu aber weder substantiiert vorgetragen, daß es sich bei dem Beschwerdeführer um einen Mitbewerber han- delte, noch dargelegt, zu welchem Zeitpunkt dieser Kenntnis erlangt hat. Soweit die Antragstellerin aus der zum Teil wenig präzisen eidesstattlichen Versicherung vom 8. Oktober 1992 folgert, bei dem Beschwerdeführer müsse es sich um einen ihrer Wettbewerber oder um einen Wettbewerber der Her- steller oder

Vertreiber der in den streitbefangenen Artikeln genannten Produkte handeln, dem eine Marktbeobachtungspflicht obliege, so handelt es sich lediglich um Mutmaßungen, die den Anforderungen an ein substantiiertes Vorbringen nicht genügen. Hierzu bedurfte es auch keines besonderen Hinweises durch den Senat, da die Antragsgegnerin selbst vorträgt, ohne nähere Informationen durch den Antragsteller dieses Vorbringen nicht präzisieren zu können. Für die von der Antragsgegnerin aufgestellten Mutmaßungen spricht auch nicht eine Lebenserfahrung, da durchaus die Möglichkeit besteht, daß auch andere Personen - so ein Leser, der mit den in den Artikeln empfohlenen Präparaten schlechte Erfahrungen gemacht hat - sich als Beschwerdeführer an den Antragsteller gewandt haben.

Der Antragsgegnerin ist es somit nicht gelungen, die Dringlichkeitsvermutung des § 25 UWG zu widerlegen. 8

3.) Der Unterlassungsanspruch hinsichtlich beider Artikel ergibt sich aus §§ 1, 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG. Das Landgericht hat zu Recht beide im Unterlassungsantrag wiedergegebenen Veröffentlichungen in ihrer konkreten Form als unter dem Gesichtspunkt getarnter Werbung unzulässig angesehen. 9

Die Publikation der beiden beanstandeten redaktionellen Beiträge, in denen bestimmte Arzneimittel und andere Produkte namentlich erwähnt und/oder abgebildet und als "Spezialwaffen" gegen Erkrankungen und/oder als "bewährt" hervorgehoben sind, stellt sich als ein Handeln im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs dar. 10

a) Soweit in dem Artikel "Erste Hilfe Hatschi" konkrete Ratschläge zur Vorbeugung und Bekämpfung bestimmter, gerade akuter Krankheiten erteilt werden und zur Vorbeugung oder Behandlung dieser Krankheiten bestimmte Präparate benannt oder abgebildet werden, ist der Artikel objektiv geeignet, den Wettbewerb der Hersteller der auf den Seiten 50 bis 52 der Zeitschrift "B." 45/91 angekündigten Produkte zu Lasten der Hersteller von nicht genannten oder nicht abgebildeten Konkurrenzprodukten gleicher oder ähnlicher Wirkungsweise und Zusammensetzung zu fördern. Der Leser des Artikels, der sich über Behandlungsmöglichkeiten der typischen Erkältungs- und Grippe-symptome oder über Vorbeugemaßnahmen informieren will, wird die beispielhafte Aufzählung von Produkten - sei es im Text selbst, sei es in Klammerzusätzen - oder die Abbildungen dieser Produkte als eine besondere Empfehlung dieser Erzeugnisse verstehen. Dies gilt insbesondere im Zusammenhang mit den jeweiligen Überschriften der einzelnen Rubriken, in denen "Spezialwaffen" gegen die einzelnen Erkältungs-symptome angepriesen werden. Verstärkt wird der empfehlende Charakter auch durch den Kontext, in denen diese Präparate als "bewährte" oder "natürliche" Mittel oder gar als "Hatschi-Killer", "Anti-Schnupfenmittel", "Schluckwaffen" oder "leichte Waffen" gegen die jeweiligen Erkältungssymptome angepriesen werden. Leser dieses Artikels, die bereits unter Erkältungskrankheiten leiden oder diesen wirksam vorbeugen wollen, werden geneigt sein, den so unter ihrem Handelsnamen oder in ihrer handelsüblichen Ausstattung angepriesenen Produkten im besonderen Maße Aufmerksamkeit und Vertrauen entgegenbringen, weil die Empfehlung aus ihrer Sicht von einer unabhängigen Zeitung und damit von neutraler Seite stammen. Diese objektive Eignung des Artikels, zu Zwecken des Wettbewerbs zu dienen, ist auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß als "Waffen" gegen bestimmte Erkältungssymptome mehrere Präparate gleichzeitig benannt werden, da weiterhin eine Vielzahl von Konkurrenzprodukten nicht benannt oder abgebildet worden sind. Diese Feststellungen kann der Senat, dessen Mitglieder zu den angesprochenen Verbraucherkreisen gehören, in Übereinstimmung mit dem Landgericht aus eigener Sachkunde und Lebenserfahrung treffen. 11

Die subjektiven Voraussetzungen eines Handelns zu Wettbewerbszwecken sind ebenfalls erfüllt, da die Antragsgegnerin auch in der Absicht handelte, eigenen oder fremden Wettbewerb zum Nachteil anderer zu fördern, und diese Absicht nicht völlig hinter anderen Beweggründen zurücktritt (BGH WRP 1990, 270, 271 - "Schönheits-Chirurgie" m.w.N.). Zwar besteht bei Presseberichten allein aufgrund der objektiven Eignung zur Wettbewerbsförderung und des Bewußtseins des Verfassers, daß eine solche Wirkung eintreten kann, noch keine Vermutung für das Bestehen einer subjektiven Wettbewerbsabsicht, weil Grund für die Äußerung auch das besondere Anliegen der Presse sein kann, die Öffentlichkeit über Vorgänge von allgemeiner Bedeutung zu unterrichten oder zur öffentlichen Meinungsbildung beizutragen. Wie die Antragsgegnerin unter Vorlage der eidesstattlichen Versicherung des Verfassers des Artikels "Erste Hilfe Hatschi" vorgetragen und glaubhaft gemacht hat, ist es Absicht gewesen, eine anschauliche und lebendige Berichterstattung über die jahreszeitlich bedingten Erkältungskrankheiten und deren Bekämpfung zu geben, zumal die Zeitschrift "B." auf diesem Gebiet traditionell sehr aktiv sei und ein hohes Interesse und Informationsbedürfnis der Leser bestehen. Daneben kann jedoch gleichwohl auch die Absicht der Antragsgegnerin zur Förderung des Wettbewerbs bestehen, die nicht völlig hinter den dargelegten Beweggründen zurücktritt. Eine solche Absicht ist unter Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalls festzustellen (BGH GRUR 1986, 812, 813 - "Gastrotekriter"). Ein nicht unbedeutendes Indiz für eine Wettbewerbsabsicht der Antragsgegnerin ist darin zu sehen, daß keine Notwendigkeit bestand, einzelne Produkte lobend zu erwähnen und in ihrer handelsüblichen Packung abzubilden, obwohl es eine Vielzahl gleichwirkender Präparate gibt. Das Landgericht hat hierzu zu Recht ausgeführt, daß der Informationswert des Artikels nicht dadurch gelitten hätte, wenn anstelle der einzelnen Präparate lediglich die Gattungsbezeichnung wie Nasentropfen und Nasenspray oder Hustentropfen und Hustensaft oder eventuell nur deren Wirkstoffe mit dem Hinweis genannt worden wären, sich insoweit von einem Arzt oder Apotheker beraten zu lassen. Schließlich verweist der Artikel auch nicht auf Südfrüchte bestimmter Herkunft wie "Jaffa", "Outspan" oder "Maroc" hin, sondern empfiehlt Vitamin C-haltige Zitronen, Orangen oder Pampelmusen. Erst Recht bedurfte es nicht der Abbildung bestimmter Präparate in ihrer Originalpackung, da der Artikel - wie andere Beispiele zeigen - durch unverfängliche Abbildung von Kräutern, Obst oder Gemüse eine hinreichende, einer Publikumszeitschrift entsprechende Auflockerung erfahren kann, ohne in den Wettbewerb verschiedener miteinander konkurrierender Produkte einzugreifen. Dieses Indiz wird auch nicht durch die Behauptung der Antragsgegnerin, die sie durch eidesstattliche Versicherung des Verfassers des Artikels glaubhaft gemacht hat, entkräftet. Gerade aus der eidesstattlichen Versicherung ergibt sich, daß der Verfasser des Artikels die aus seiner Sicht und seiner Erfahrung als Medizinjournalist gängigen und bewährten Mittel den Lesern empfehlen wollte, da der Artikel sonst nicht hinreichend informativ sei und durch die Benennung einzelner Produkte eine Flut an Nachfragen verhindert werden könne. Da sich die Antragsgegnerin diese Ausführungen des Verfassers zu eigen macht, hat sie in dem von ihr veröffentlichten Artikel absichtlich bestimmte Produkte als "Spezialwaffen" gegen Erkältungskrankheiten empfohlen und/oder abgebildet, damit die Leser einen Anhaltspunkt haben, welche Produkte sie kaufen sollen. Da der Antragsgegnerin - wie sie selbst vorträgt - auch bewußt war, daß es eine Vielzahl von Produkten gegen Erkältungskrankheiten gibt, die in diesem Artikel nicht erwähnt sind, hat sie durch die Veröffentlichung der auf bestimmte Produkte beschränkten Empfehlungen bewußt in den Wettbewerb eingegriffen und absichtlich den Wettbewerb der Hersteller der Produkte, die in dem Artikel benannt sind, zu Lasten anderer Hersteller von Konkurrenzprodukten gefördert. Die Antragsgegnerin kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, daß es sich bei dem Verfasser des Artikels um einen anerkannten Medizinjournalisten handele, der durch zahlreiche Veröffentlichungen und Publikationen bekannt sei, denn in dem angegriffenen Artikel ist der Verfasser noch nicht

einmal benannt, so daß sich die Empfehlungen bestimmter Produkte auch nicht als eine subjektive Auffassung eines einzelnen Medizinjournlisten darstellen.

Insofern kommt es nicht darauf an, daß weder die Antragsgegnerin noch der Verfasser des Artikels mit den Herstellern und/oder Vertreibern der in dem Artikel beworbenen Produkte Kontakt aufgenommen oder von diesen gar Gegenleistungen erhalten haben. 13

b) Auch der Artikel "Kräuter und Enzyme. Der neue Jungbrunnen für Menschen über 60" ist in der konkreten Gestaltung der Seiten 108 bis 110 der Zeitschrift "B." 45/91 objektiv geeignet, den Wettbewerb der Hersteller der in diesem Artikel genannten Präparate zum Nachteil der Hersteller und/oder Vertreter von Konkurrenzprodukten zu fördern. Hierbei hatte der Senat nicht darüber zu befinden, ob der Artikel auf Seite 108 dieser Zeitschrift als solcher allein schon unter dem Gesichtspunkt der getarnten Werbung als unzulässig anzusehen ist, denn der Antragsteller hat (lediglich) beantragt, einen redaktionellen Beitrag, in dem die Produkte Craton oder Ilja Rogoff oder Kwai namentlich benannt werden, in der Fassung der Seiten 108 bis 110 der Zeitschrift "B." Nr. 45/91 zu verbieten. Da auf den Seiten 109 und 110 dieser Zeitschrift Werbeanzeigen von zwei der in dem Artikel auf Seite 108 benannten Produkte veröffentlicht worden sind, ist der Antrag des Antragstellers ebenso zwanglos wie zwangsläufig dahin zu verstehen, daß der streitgegenständliche Artikel auf Seite 108 nur in Verbindung mit der auf den beiden folgenden Seiten veröffentlichten Werbung und in der sich hieraus ergebenden konkreten Erscheinungsform beanstandet wird. 14

Wenn in dem angegriffenen Artikel auf Seite 108 der Zeitschrift "B." 45/91 ausgeführt wird "Neben den klassischen Mitteln Ginkgo (Craton) und Knoblauch (Ilja Rogoff, Kwai) regen auch Kräuter wie Ginseng, Weißdorn und Teufelskralle in Verbindung mit Enzymen die Zellteilung an. Der Organismus bleibt länger vital.", so ist Zielrichtung des Artikels, in erster Linie über neue Entdeckungen der Wissenschaft und die Wirkung einer Verbindung von Kräutern und Enzymen zu berichten. Gleichzeitig kommt aber zum Ausdruck, daß diese neue Entdeckung die gleiche Wirkung habe, wie die bereits bekannten klassischen Mittel Ginkgo und Knoblauch. Da diese sogenannten "klassischen Mittel" im Klammersatz als Präparate unter ihrem Handelsnamen ausdrücklich namentlich benannt werden, wird der Leser, der über das 60. Lebensjahr hinaus geistig und körperlich jugendlich sein will, geneigt sein, der Empfehlung zu folgen und diese Präparate, die ohnehin als einzige namentlich benannt werden, in der Apotheke oder Drogerie zu verlangen. Da diese namentlich benannten Präparate auch als die "klassischen Mittel" bezeichnet werden, wird ein nicht unbeachtlicher Teil der Leser dieses Artikels davon ausgehen, daß es sich hierbei gerade um die bewährten und erprobten Präparate handelt und sie anderen Konkurrenzprodukten vorziehen. Dies gilt umsomehr, als auf den beiden folgenden Seiten der Zeitschrift zwei der drei namentlich benannten Produkte in Werbeanzeigen bildlich vorgestellt und nahegebracht werden. Schließlich besteht die Gefahr, daß der durchschnittliche Leser den in dem redaktionellen Artikel angepriesenen Produkten viel eher Vertrauen schenkt als Konkurrenzprodukten, weil er von einer journalistisch gestalteten Veröffentlichung eine objektive, unabhängige redaktionelle Stellungnahme, nicht aber eine subjektiv gefärbte Werbung für Produkte bestimmter Unternehmen erwartet. Er mißt daher Zeitungsbeiträgen regelmäßig ein größeres Gewicht bei als anpreisenden Angaben des Werbenden über seine Ware. Diese (vermutliche) Objektivität des Artikels wird noch dadurch verstärkt, daß er suggeriert, die besondere Wirkung auch der namentlich benannten "klassischen Mittel" beruhe auf Erkenntnissen von Wissenschaftlern und amerikanischen Altersforschern. 15

Der Senat ist wie das Landgericht auch davon überzeugt, daß die Antragsgegnerin mit dem streitbefangenen Beitrag ihre Leser nicht nur über neue Erkenntnisse aus der 16

Wissenschaft unterrichten wollte, sondern zugleich beabsichtigte, den Wettbewerb der benannten Produkte zu fördern, ohne daß diese Zielsetzung völlig hinter den anderen Beweggründen der Antragsgegnerin zurücktritt.

Bei der Prüfung, ob ein Presseorgan mit einem redaktionellen Bericht zu Gunsten einzelner Unternehmen oder Präparate in den Wettbewerb eingreifen wollte, stellt im Rahmen der gebotenen Gesamtwürdigung der Veröffentlichung und aller sonstigen Umstände des konkreten Falls das Vorhandensein oder das Fehlen eines Anlasses für die Erwähnung bestimmter Produkte ein maßgebliches Indiz für und gegen das Vorliegen einer derartigen Wettbewerbsabsicht dar (vgl. Baumbach/Hefermehl, UWG, 16. Aufl., § 1 UWG Rdnr. 35 m.w.N.). 17

Nach der Ankündigung des streitbefangenen Artikels sollte der Leser über neue Wirkstoffkombinationen informiert werden. Wenn gleichwohl in der Einleitung dieses Artikels die bereits bekannten Substanzen Ginkgo und Knoblauch als "klassische Mittel" lobend hervorgehoben werden, so hat dies zwar schon mit dem eigentlichen Anliegen des Berichts wenig zu tun, es läßt sich jedoch als Anknüpfungspunkt und Überleitung zu den neuen Wirkstoffen erklären. Dafür, daß die Antragsgegnerin in Klammerzusätzen zu diesen Substanzen die Präparate Craton, Ilja Rogoff und Kwai namentlich aufführt, fehlt jedoch jeder Anlaß, da der Leser, der sich für diesen Bericht interessiert, etwas über neue Wirkstoffkombinationen erfahren will. Für Produkthinweise bezüglich anderer, schon länger auf dem Markt angebotener und damit relativ bekannter Präparate, von denen zwei Produkte auch noch in unmittelbarem Zusammenhang mit dem redaktionellen Teil in Werbeanzeigen angeboten werden, besteht kein Informationsbedürfnis des Lesers. Die sich aus diesen Umständen ergebende Wettbewerbsabsicht der Antragsgegnerin wird durch die von ihr vorgelegten eidesstattlichen Versicherung des Verfassers des Artikels, die sie sich zu eigen macht, bestärkt. In dieser eidesstattlichen Versicherung wird ausgeführt, daß es dem Verfasser darum ging, die gängigsten bewährten Präparate zu benennen, weil diese für den Leser verständlich und leicht erhältlich seien. Damit wird deutlich gemacht, daß bei der Veröffentlichung dieses Artikels durch die Antragsgegnerin nicht nur die Absicht bestand, über Gesundheitsthemen aufzuklären, sondern auch diejenige, den Lesern durch die Benennung bestimmter Präparate Hinweise zum Kauf zu geben. Damit wird bewußt der Wettbewerb der benannten Artikel zum Nachteil anderer Konkurrenzprodukte gefördert. Soweit die Antragsgegnerin auch hierzu einwendet, daß es sich lediglich um die Empfehlungen eines bekannten Medizinjournalisten handelt, die dieser aus seiner persönlichen Erfahrung gewonnen habe, so ist dies dem Artikel selbst nicht zu entnehmen, da der Verfasser des Artikels nicht einmal namentlich benannt wird. 18

Ist somit von einem Handeln der Antragsgegnerin zu Zwecken des Wettbewerbs auszugehen, so ist der angegriffene Artikel, der sich als redaktioneller Beitrag darstellt und vom Leser nicht als Werbung erkannt wird, mit § 1 UWG nicht zu vereinbaren. 19

Aus diesem Grund kann es offenbleiben, ob in der Veröffentlichung der Seiten 108 bis 110 der Zeitschrift "B." Nr. 45/91 zugleich auch ein Verstoß gegen § 1 Abs. 1 ZugabeVO liegt. 20

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. 21

Das Urteil ist mit der Verkündung rechtskräftig, § 545 Abs. 2 ZPO. 22
