
Datum: 20.12.1996
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 204/96
ECLI: ECLI:DE:OLGK:1996:1220.6U204.96.00

Vorinstanz: Landgericht Bonn, 14 O 134/96
Schlagworte: Anti-Cellulite-Hose
Normen: UWG §§ 13 II, 25; HWG §§ 1, 3
Leitsätze:

1. Gehören einem Berliner Verband i.S. von § 13 II UWG bundesweit Hersteller und Versandhändler von Kosmetika, der Schrothverband, Anbieter und Hersteller von Naturheilmitteln, Naturkosmetik und entsprechenden Ökoprodukten, ein Sanitätshaus und Versandhandelshäuser an, handelt es sich um eine „erhebliche Zahl von Gewerbetreibenden“ i.S. des § 13 II UWG. 2. Eine sogenannte „Anti-Cellulite-Hose“ ist im weiteren Sinne dem Bereich der Kosmetik zuzurechnen; ihr Anbieter steht damit in einem - für die Antragsbefugnis nach § 13 II UWG ausreichenden - abstrakten Wettbewerbsverhältnis mit den Herstellern und Vertreibern von kosmetischen Produkten. 3. Werbung für eine „Anti-Cellulite-Hose“ unterliegt der Kontrolle nach dem HWG. Die Aussagen: „Anti-Cellulite-Hose“, „sichtbarer Erfolg nach 46 Wochen“, „läßt Cellulite `wegschmelzen‘“, „`Unter die Haut‘ geht die Wirkung der Anti-Cellulite-Hose Turbo, mit der M... den Kundinnen des Fachhandels ein wirksames Instrument zur Bekämpfung von Cellulite an die Hand gibt“, „Das Geheimnis des in einer Klinikstudie nachgewiesenen Erfolgs beruht auf der speziellen Mikromassage, die von dem Gewebe dieses kleidsamen `Massagegerätes‘ ausgeht“, „Innerhalb von 8 Wochen gelang es, in rund 95 Prozent der Fälle eine Reduzierung des Oberschenkelumfanges um zwei bis neun Zentimeter zu erreichen“, „Abgeschmolzen werden die unschönen überflüssigen Zentimeter auch an Hüften und Bauch“ sowie „Zustande kommt der Erfolg unter dem sanften Druck, den die besondere

Textilstruktur auf den Körper ausübt. Erreicht stärkste Durchblutung des Bindegewebes und eine intensive Behandlung der Fettpolster, die als zwischen Haut und Unterhaut eingelagerte Fettmoleküle die unschöne 'Orangenhaut' hervorrufen. Zudem wird über die erhöhte Ausscheidung von Wasser, das durch Östrogene im Bindegewebe gespeichert wird, den störenden Knötchen und Dellen begegnet" stellen je für sich bereits einen Verstoß gegen § 3, S. 2 Nr. 1 HWG dar. 4. Zur Frage eines etwaigen Dringlichkeitsverlustes im Verfügungsverfahren bei voller Ausschöpfung der Berufungsfrist und bei Neufassung des Verfügungsantrages im Berufungsrechtszug.

Rechtskraft:

rechtskräftig

Tenor:

1.) Auf die Berufung des Antragstellers wird das am 22.8.1996 verkündete Urteil des Landgerichts Bonn - 14 O 134/96 - abgeändert und im Hauptausspruch wie folgt neu gefaßt: Die am 25.6.1996 im Beschlußwege erlassene einstweilige Verfügung - 14 O 134/96 LG Bonn - wird mit der Maßgabe bestätigt, daß ihr Tenor wie folgt lautet: -Der Antragsgegnerin wird es bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der künftigen Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 500.000 DM, ersatzweise Ordnungshaft, oder einer Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu vollziehen an ihrem Geschäftsführer, untersagt, im geschäftlichen Verkehr eine "Anti-Cellulite-Hose" als Mittel gegen Cellulite zu bewerben, und zwar mit den Aussagen: a) "Anti-Cellulite-Hose" und/oder b) "sichtbarer Erfolg nach 4-6 Wochen", und/oder c) "läßt Cellulite 'wegschmelzen'" und/oder d) "'Unter die Haut' geht die Wirkungsweise der Anti-Cellulite-Hose Turbo, mit der Medisana den Kundinnen des Fachhandels ein wirksames Instrument zur Bekämpfung von Cellulite an die Hand gibt", und/oder e) "Das Geheimnis des in einer Klinikstudie nachgewiesenen Erfolgs beruht auf der speziellen Mikromassage, die vom Gewebe dieses kleidsamen 'Massa-gerätes' ausgeht", und/oder f) "Innerhalb von 8 Wochen gelang es, in rund 95 Prozent der Fälle eine Reduzierung des Oberschenkel-umfanges um zwei bis neun Zentimeter zu erreichen", und/oder g) "Abgeschmolzen werden die unschönen überflüssigen Zentimeter auch an Hüften und Bauch", und/oder h) "Zustande kommt der Erfolg unter dem sanften Druck, den die besondere Textilstruktur auf den Körper ausübt. Erreicht wird damit eine leichte Erhöhung der Hauttemperatur, eine verstärkte Durchblutung des Bindegewebes und eine intensive Behandlung der Fettpolster, die als zwischen Haut und Unterhaut eingelagerte Fettmoleküle die unschöne 'Orangehaut' hervorrufen. Zudem wird über die erhöhte Ausscheidung von Wasser, das durch Östrogene im Bindegewebe gespeichert wird, den störenden Knötchen und Dellen begegnet," wie nachstehend wiedergegeben: pp. 2.) Die Kosten des einstweiligen Verfügungsverfahrens in beiden Instanzen haben der Antragsteller zu 1/5 und die Antragsgegnerin zu 4/5 zu tragen.

Entscheidungsgründe	1
Die Berufung ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg.	2
Auf die Berufung des Antragstellers ist die am 25.6.1996 im Beschlußwege von dem Landgericht erlassene einstweilige Verfügung - 14 O 134/96 - unter Abänderung des angefochtenen Urteils der Kammer insoweit zu bestätigen, als sich dies aus dem obigen Tenor der vorliegenden Entscheidung ergibt. Denn der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung erweist sich in seiner im Berufungsverfahren zuletzt gestellten Fassung auch unter Berücksichtigung des Vorbringens der Antragsgegnerin in beiden Instanzen als zulässig und begründet.	3
A	4
Der Antrag ist zunächst zulässig. Entgegen der Auffassung des Landgerichts steht dem Antragsteller aus § 13 Abs.2 Ziff.2 UWG die Antragsbefugnis zu. Darüberhinaus besteht auch der Verfügungsgrund der Dringlichkeit.	5
Der Antragsteller hat durch Vorlage seiner Mitgliederliste und der diese Liste betreffenden eidesstattlichen Versicherung der Zeugin L. vom 14.6.1996 (Anlage A 4 zum Verfügungsantrag) glaubhaft gemacht, daß ihm eine erhebliche Zahl von Gewerbetreibenden angehört, die auf demselben Markt wie die Antragsgegnerin Waren vertreiben, die verwandter Art wie die von dieser vertriebene "Anti-Cellulite-Hose" sind. Zu diesen gehören von den auf S.9 f der Antragsschrift aufgelisteten Mitgliedern zumindest die nachfolgend unter Angabe der jeweiligen Gliederungsziffer jener Auflistung aufgeführten Angehörigen des Antragstellers: der Hersteller und der Versandhändler von Kosmetika (lit.bb), der Schrothverband (lit.ff), die Anbieter und Hersteller von Naturheilmitteln, Naturkosmetik und entsprechenden Ökoprodukten (lit.hh), das Sanitätshaus (lit.jj), das Unternehmen der Ernährungsberatung (lit.ll) und die Versandhandelsunternehmen, die auch Kosmetika vertreiben (lit.mm).	6
Der Begriff der Waren verwandter Art im Sinne des § 13 Abs.2 Ziff.2 UWG ist zur Wahrung der Funktion dieser Vorschrift nicht eng, sondern weit auszulegen (vgl. Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 18. Aufl., § 13 RZ 14, Köhler/Piper, § 13 RZ 13, BGH WRP 96, 1034 - "Preisrätselgewinn auslobung III"). Es reicht danach aus, wenn sich das Angebot des betreffenden Mitglieds des Antragstellers mit demjenigen des angegriffenen Wettbewerbers überschneidet (vgl. BGH a.a.O. unter II. 1. a) bb) [2] m.w.N.). Diese Voraussetzung erfüllen zumindest die vorstehend aufgeführten Mitglieder des Antragstellers. Entgegen der in der angefochtenen Entscheidung zum Ausdruck kommenden Auffassung der Kammer ist insoweit auf Seiten der Antragsgegnerin allein auf die verfahrensgegenständliche Hose und nicht auch auf das weitere von der Antragsgegnerin vertriebene Warensortiment abzustellen, weil allein die Werbung für jene Hose von dem Antragsteller angegriffen wird.	7
Diese Hose ist im weiteren und hier ausreichenden Sinne dem Bereich der Kosmetik zuzurechnen, weil sie kosmetische Wirkungen haben, nämlich zu einer Reduktion des Umfangs der Oberschenkel führen soll. Die Antragsgegnerin steht damit in einem für die Bejahung der Antragsbefugnis des Antragstellers ausreichenden abstrakten Wettbewerbsverhältnis zu den Herstellern und Vertreibern von Kosmetik. Aus diesem Grunde sind die oben zu den Buchstaben bb), hh) und mm) aufgeführten Mitglieder des Antragstellers im Rahmen der Prüfung der Antragsbefugnis zu berücksichtigen, weil sie sämtlich auch kosmetische Produkte in ihrem Warenangebot haben. Entgegen der Auffassung der	8

Antragsgegnerin ist es ohne Bedeutung, ob diese Mitglieder des Antragstellers ebenso wie die Antragsgegnerin ihre kosmetischen Produkte auch bundesweit vertreiben. An der Berücksichtigungsfähigkeit dieser Mitglieder ändert es nämlich nichts, wenn sie nur auf einem örtlich begrenzten Markt tätig sind. Denn auch dann besteht die Möglichkeit, daß sie sich um dieselben Kunden bemühen wie die Antragsgegnerin, weil diese die "Anti-Cellulite-Hose" bundesweit vertreibt und damit auch jeden örtlich begrenzten Markt erreicht (vgl. zu den Erfordernissen an denselben Markt näher Baumbach/Hefermehl, a.a.O. RZ 16, BGH a.a.O. jew. m.w.N.). Aus den vorstehend näher aufgeführten Gründen, wonach bereits der Vertrieb von Kosmetika die Berücksichtigungsfähigkeit der Mitglieder des Antragstellers begründet, kann es auch offenbleiben, ob - wie die Antragsgegnerin behauptet - die unter hh) erfaßten Hersteller und Anbieter von Naturheilmitteln, Naturkosmetik und entsprechenden Ökoprodukten keine der "Anti-Cellulite-Hose" vergleichbaren Waren anbieten.

Ebenfalls zu berücksichtigen sind darüberhinaus die Mitglieder des Antragstellers, die Waren bzw. Dienstleistungen anbieten, die der Gewichtsreduzierung dienen. Denn die Beseitigung der Cellulite, der die beworbene Hose dienen soll, macht - wie der Antragsteller unbestritten vorträgt - nach ganz überwiegender Auffassung einen Abbau der Fettablagerungen in der Haut und damit eine Gewichtsreduktion erforderlich, weswegen ein zumindest abstrakter Wettbewerb der Antragsgegnerin auch zu jenen Mitgliedern der Antragstellerin besteht, deren Gewerbe die Reduktion des Körpergewichts zum Gegenstand hat. Aus diesem Grunde sind die oben unter ff) und ll) aufgeführten Mitglieder des Antragstellers ebenfalls zu berücksichtigen. Die von dem Schrothverband repräsentierten Schrothkurbetriebe streben ebenso eine Gewichtsreduzierung ihrer Patienten an wie dies das unter ll) erfaßte Unternehmen der Ernährungsberatung für ihre Klienten tut. Es ist auch nicht erforderlich, daß sich das Unternehmen der Ernährungsberatung auch mit der "Anti-Cellulite-Hose" befaßt. Ausreichend ist vielmehr schon, daß es gerade Fragen der Gewichtsreduzierung zum Gegenstand der Beratung macht, wovon ohne weiteres auszugehen ist. 9

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin hindert die Tatsache, daß sie die verfahrensgegenständliche Hose ausschließlich über den Sanitätsfachhandel vertreibt, die Berücksichtigung der vorstehend aufgelisteten Mitglieder des Antragstellers nicht. Soweit diese ihre Produkte nicht über den Fachhandel vertreiben, steht das der Annahme eines abstrakten Wettbewerbsverhältnisses nicht entgegen, weil gleichwohl denkbar ist, daß ihre Produkte die "Anti-Cellulite-Hose" ersetzen können. Im übrigen belegt der Hinweis der Antragsgegnerin auf ihren Vertriebsweg über den Sanitätsfachhandel, daß - wie oben geschehen - auch das unter jj) aufgeführte Sanitätshaus zu berücksichtigen ist. 10

Schließlich repräsentieren die vorstehend aufgelisteten Mitglieder auch eine erhebliche Anzahl von Gewerbetreibenden im Sinne des § 13 Abs.2 Ziff.2 UWG. Der Senat sieht hierzu von näheren Ausführungen ab und schließt sich insoweit dem BGH an, der in den beiden von dem Antragsteller vorgelegten Urteilen ausdrücklich entschieden hat, daß schon die in der Kosmetikbranche tätigen Mitglieder des Antragstellers eine erhebliche Anzahl von Gewerbetreibenden im Sinne der Bestimmung darstellen. Die Anforderungen sind damit erst recht bei der gebotenen zusätzlichen Berücksichtigung der weiteren oben aufgeführten, nicht der Kosmetikbranche zugehörigen Mitglieder des Antragstellers erfüllt. 11

Der Antrag ist auch dringlich. Die sich aus § 25 UWG ergebende Vermutung der Dringlichkeit hat der Antragsteller entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin durch sein Verhalten im Verfahren nicht widerlegt. Daß er die oben zitierte Entscheidung des BGH "Preisrätselgewinn auslobung III" erst mit Schriftsatz vom 9.8.1996 vorgelegt hat, belegt nicht ein mangelndes Interesse des Antragstellers an einer schnellen Entscheidung, sondern ist in 12

der Tatsache begründet, daß seine Anwälte das überhaupt erst am 11.7.1996 verkündete Urteil ausweislich des Eingangsstempels erst am 5.8.1996 erhalten haben. Ebenso rechtfertigt das nahezu vollständige Ausschöpfen der Berufungsfrist nach der gefestigten Rechtsprechung des Senats den Vorwurf dringlichkeitsschädlichen Verhaltens nicht. Dem Antragsteller ist es vielmehr im Interesse einer ohne übermäßigen Zeitdruck zu ermöglichenden Entscheidung der Frage, ob ein Rechtsmittel eingelegt werden soll, unbenommen, die Berufungsfrist auch im Eilverfahren auszuschöpfen.

Die Dringlichkeit ist entgegen der in der mündlichen Verhandlung von der Antragsgegnerin geäußerten Auffassung auch nicht durch die Neufassung des Antrags im Berufungsrechtszug entfallen. Ziel des Antragstellers war es von Beginn des Verfahrens an, ein Verbot der Bewerbung der Hose mit den 8 im einzelnen angegriffenen Äußerungen zu erreichen. Dies ergibt sich nicht nur aus der Fassung des Antrags, in dem von Anfang an sämtliche 8 Äußerungen wörtlich aufgeführt waren, sondern auch aus der bildlichen Wiedergabe der Werbeanzeige, die im Rahmen des zweigliedrigen Streitgegenstandes bei der Auslegung des Antrages zu berücksichtigen ist, obwohl sie nicht in dem Antrag selbst enthalten, sondern ausschließlich in der Begründung des Antrags aufgeführt war. Die nunmehrige Fassung des Antrags, in der weiterhin - jetzt klarstellend mit "und/oder-Verbindung" und unter Einblendung einer Abbildung der Anzeige - alle 8 Werbeaussagen aufgeführt sind, enthält zwar - wie unten bei der Begründung der Kostenentscheidung darzulegen sein wird - eine Reduzierung des Begehrens, gleichwohl ist auch das jetzt noch verfolgte Begehren bereits von Anfang an Verfahrensgegenstand gewesen, weswegen die anfängliche Dringlichkeit durch die Neufassung des Antrages nicht entfallen ist.

13

B 14

Der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung ist auch begründet. Der erforderliche Verfügungsanspruch ergibt sich zumindest aus § 1 UWG i.V.m. §§ 1 Abs.1 Ziff.2, 3 S.2 Ziff.1 HWG. Der Senat ist nicht gehindert, auf die vorzitierten Vorschriften des HWG abzustellen, obwohl sie von dem Antragsteller nicht angeführt worden sind. Denn der Antragsteller beruft sich - in der Sache zu Recht - auf eine Irreführung des Verkehrs durch die angegriffene Werbung. Es stellt damit keine Abweichung von dem von ihm bestimmten Verfahrensgegenstand dar, wenn der Senat anstelle des von dem Antragsteller angeführten allgemeinen § 3 UWG auf die spezielleren Bestimmungen des HWG abstellt.

15

Die von der Antragsgegnerin beworbene "Anti-Cellulite-Hose" unterfällt dem HWG, weil sei ein "Gegenstand" im Sinne des § 1 Abs.1 Ziff. 2 HWG ist und sich die Werbeaussage als gesundheitsbezogen darstellt (vgl. für Jeanshosen zur Verwendung in einer "Anti-Fett-Kur-Massage und Sauna mit Trimm-Jeans" Bülow/ Ring, HWG § 1 RZ 116).

16

Sämtliche angegriffenen Werbeaussagen sind bereits deswegen zu untersagen, weil sie eine Irreführung des Verkehrs im Sinne des § 3 S.2 Ziff.1 HWG beinhalten. Denn die Antragsgegnerin legt der "Anti-Cellulite-Hose" in der Werbung eine therapeutische Wirkung bei, die diese tatsächlich nicht hat. Sie behauptet nämlich - und zwar durchgängig mit allen 8 im Einzelnen angegriffenen Aussagen - durch das bloße Tragen der "Anti-Cellulite-Hose" könne Cellulite wirksam bekämpft werden. Es kann bei der Beurteilung der angegriffenen Werbung dahinstehen, ob - was dem Senat allerdings wenig wahrscheinlich erscheint - durch die mit dem Tragen der Hose bewirkte bloße Kompression tatsächlich eine Wirkung erzielt werden kann, die einen nennenswerten und dauerhaften Rückgang des Umfangs der Oberschenkel zur Folge hat. Insbesondere bedarf es auch nicht der Klärung der Frage, ob die Vorlage eines nicht unterschriebenen Auszuges einer angeblichen Studie von Herrn Professor G. aus S. geeignet sein kann, entsprechende wissenschaftliche Erkenntnisse

17

glaubhaft zu machen. Denn es hätte - auch wenn dies so sein sollte - der Antragsgegnerin zur Vermeidung des Vorwurfes irreführender Werbung obliegen, darauf hinzuweisen, daß die therapeutischen Wirkungen in der Fachliteratur zumindest umstritten sind, wie dies aus dem von dem Antragstellerin vorgelegten Gutachten von Herrn Professor Dr. N. deutlich wird. Es entspricht gefestigter Rechtsprechung des BGH (vgl. NJW-RR 91,1391 - "Rheumalind II" m.w.N.), von der abzuweichen kein Anlaß besteht, daß es zwar auch bei der Frage irreführender Werbung grundsätzlich dem Kläger bzw. Antragsteller obliegt, die Unrichtigkeit der Werbung darzulegen und zu beweisen bzw. glaubhaft zu machen, daß aber umgekehrt der Werbende dann darlegungs- und beweis- bzw. glaubhaftmachungsbelastet ist, wenn er mit einer fachlich umstrittenen Meinung geworben hat, ohne die Gegenmeinung zu erwähnen. So verhält es sich auch im vorliegenden Fall. Die behauptete Wirksamkeit der "Anti-Cellulite-Hose" ist indes ungeachtet der Frage von dessen Echtheit durch die Vorlage des Auszuges der Studie von Herrn Professeur G. angesichts der eindeutigen Ausführungen von Herrn Prof. Dr. N. in dessen von dem Antragsteller als Anlage A 11 vorgelegten Gutachten vom 30.1.1992 nicht glaubhaft gemacht.

Aus der vorstehenden Erwägung sind alle 8 angegriffenen Aussagen zu verbieten. Die Antragsgegnerin beruft sich zwar nicht in jeder einzelnen Aussage ausdrücklich auf die Studie, diese wird aber durch die mit dem Antrag zu e) angegriffene Formulierung als Erklärung auch für alle anderen Behauptungen eingesetzt. 18

Vor diesem Hintergrund bedarf es auch der Klärung der Frage nicht, ob einzelne Aussagen zusätzlich gegen § 11 Ziff.1 HWG verstoßen, was zumindest hinsichtlich der mit dem Antrag zu e) angegriffenen Aussage allerdings naheliegt. 19

Damit steht die Wettbewerbswidrigkeit der Werbung hinsichtlich aller 8 angegriffenen Aussagen schon wegen Verstoßes gegen § 3 S.2 Ziff.1 HWG fest. Denn Verstöße gegen das HWG sind wegen der Gefährdung der Gesundheit der Bevölkerung ohne weiteres wettbewerbswidrig, ohne daß es auf das Erreichen eines besonderen Wettbewerbsvorsprunges ankommt (vgl. hierzu näher Baumbach/Hefermehl, a.a.O., Anhang 1 zu § 3 UWG RZ 2 m.w.N.). 20

Angesichts des betroffenen Rechtsgutes der Gesundheit des Verbrauchers und der bundesweiten Ausdehnung der Werbung bedarf es auch keiner näheren Begründung, daß die angegriffene Werbung auch im Sinne des § 13 Abs. 2 Ziff 2 UWG zur wesentlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs geeignet ist. 21

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91 Abs.1, 269 Abs.3 ZPO. 22

Die Neufassung des Antrags im Berufungsverfahren stellt eine teilweise Rücknahme des ursprünglichen Antrags dar, die eine Belastung des Antragstellers mit 1/5 der Kosten rechtfertigt. Die ursprüngliche Fassung des Antrags ging geringfügig über das zuletzt noch verfolgte Verfahrensziel des Antragstellers hinaus, weil mit ihr die Bewerbung nicht nur der "Anti-Cellulite-Hose", sondern weitergehend von "Bekleidung, insbesondere eine(r) sogenannte(n) 'Anti-Cellulite-Hose'" untersagt werden sollte. 23

Das Urteil ist gemäß § 545 Abs.2 ZPO mit seiner Verkündung rechtskräftig. 24

Gegenstandswert für das Berufungsverfahren: 24.000 DM. 25
