
Datum: 17.07.2002
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 23/02
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2002:0717.6U23.02.00

Vorinstanz: Landgericht Bonn, 12 O 78/01

Tenor:

Die Berufung der Antragsgegnerin gegen das am 20. Dezember 2001 verkündete Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bonn - 12 O 78/01 - wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass der Urteilstenor klarstellend insgesamt wie folgt neu gefasst wird: Die Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Verfügung verurteilt, es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 EUR, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zur Dauer von sechs Monaten, zu vollziehen an ihrem Vorstandsmitglied R. H. B., zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr für eine sogenannten "M. S. Mikromassage-Hose" wie nachstehend wiedergegeben mit den Aussagen zu werben: a. "Cellulite ... bei mir nicht!" und/oder b. "Natürliche Entwässerung" und/oder c. "Straffung des Bindegewebes" und/oder d. "... Gewebeflüssigkeit wird vermehrt ausgeschieden": Die Kosten des Verfahrens auf Erlass einer einstweiligen Verfügung trägt die Antragsgegnerin. Das Urteil ist mit seiner Verkündung rechtskräftig.

Entscheidungsgründe:

1

Die zulässige Berufung der Antragsgegnerin hat in der Sache keinen Erfolg, nachdem die Antragstellerin ihren Unterlassungsantrag im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 21. Juni 2002 der konkreten Verletzungsform angepasst und der Senat gemäß § 938 Abs. 1 ZPO durch die jeweilige Aufnahme der Worte "und/oder" in den Unterlassungstenor deutlicher herausgestellt hat, dass die Antragstellerin die den Gegenstand des Unterlassungsbegehrens

2

bildenden vier Werbeaussagen in der konkreten Verletzungsform von vornherein nicht nur kumulativ, sondern jeweils auch isoliert angegriffen hatte.

Zu Unrecht zieht die Antragsgegnerin die Prozessführungsbefugnis und auch die Aktivlegitimation des Antragstellers in Zweifel. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass der Antragsteller die gewerblichen Interessen seiner Mitglieder wahrnimmt und hierzu nach seiner personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung im Sinne des § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG tatsächlich in der Lage ist. Deshalb kommt es insoweit nicht darauf an, dass nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für den seit Jahren unbeanstandet als klagebefugt angesehenen Antragsteller insoweit auch eine vom Gegner zu widerlegende Vermutung für die tatsächliche Zweckverfolgung streitet (siehe nur BGH WRP 1991, 385 "Bilanzbuchhalter"; BGH GRUR 1991, 684 "Verbandsausstattung I"; BGH WRP 1994, 737 "Verbandsausstattung II" und BGH WRP 2000, 1275, 1277 "Fachverband"; vgl. im übrigen hierzu auch Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, 7. Auflage, Kapitel 13 Rdnr. 27 und Pastor/Ahrens/ Jestaedt, Der Wettbewerbsprozess, 4. Auflage, Kapitel 24 Rdnr. 15).

3

Soweit die Antragsgegnerin wie schon ihre Rechtsvorgängerin in dem Verfahren 14 O 134/96 LG Bonn = 6 U 204/96 OLG Köln wiederum in Abrede stellt, dass dem Antragsteller eine erhebliche Zahl von Gewerbetreibenden angehört, die Waren oder gewerbliche Leistungen gleicher oder verwandter Art wie sie - die Antragsgegnerin - vertreibt, hindert dieses Bestreiten die Annahme der Prozessführungsbefugnis (und auch der Aktivlegitimation) des Antragstellers nicht. Denn der Antragsteller hat durch die Vorlage seiner Mitgliederliste (Anlage A 2) und die eidesstattliche Versicherung der Geschäftsführerin A.L.(Anlage A 3) glaubhaft gemacht, dass das vorgenannte Tatbestandsmerkmal des § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG erfüllt ist. Der Begriff der Waren verwandter Art im Sinne des § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG ist nämlich zur Wahrung der Funktion dieser Vorschrift nach allgemeiner Meinung nicht eng, sondern weit auszulegen (vgl. nur BGH WRP 1996, 1034 "Preisrätselgewinn auslobung III"; BGH GRUR 2001, 260, 261 "Vielfachabmahner m.w.N.; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Auflage 2001, § 13 Rdnr. 14; Köhler/Piper, Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2001, § 13 Rdnr. 13). Danach ist es erforderlich, aber auch bereits ausreichend, dass die Waren nach der Verkehrsanschauung so viel Übereinstimmendes haben, dass der Vertrieb der einen Ware durch den Vertrieb der anderen beeinträchtigt werden kann. Infolgedessen reicht es im Streitfall aus, wenn sich das Angebot eines betreffenden Mitglieds des Antragstellers mit demjenigen des angegriffenen Wettbewerbers überschneidet. Diese Voraussetzungen erfüllen zumindest die sich auf Seite 12 und Seiten 18 ff. der Mitgliederliste genannten Mitglieder, die den Handel mit Kosmetik, Naturheilmitteln, Naturkosmetik und Öko-Produkten betreiben. Die sog. "M. S. Mikromassage-Hose" (im Folgenden auch "Hose", "Mikromassage-Hose" oder auch "Anti-Cellulite-Hose" genannt) ist nämlich im weiteren und hier ausreichenden Sinne jedenfalls dem Bereich der Kosmetik zuzurechnen, weil sie kosmetische Wirkungen haben, insbesondere zu einer Straffung des Bindegewebes, zu einer verbesserten Durchblutung und einer dadurch bewirkten frischeren Hautfarbe führen soll.

4

In der Sache selbst sind sämtliche angegriffenen Werbeaussagen der Antragsgegnerin bereits deshalb unzulässig und folglich zu untersagen, weil sie zu einer Irreführung des angesprochenen Verkehrs im Sinne des § 3 Satz 2 Ziffer 1 des Heilmittelwerbegesetzes (HWG) führen. Der erforderliche Verfügungsanspruch ergibt sich deshalb zumindest aus § 1 UWG in Verbindung mit §§ 1 Abs. 1 Ziffer 2, 3 Satz 2 Ziffer 1 HWG.

5

Nach § 3 Satz 2 Nr. 1 HWG ist es untersagt, unter anderem Arzneimitteln oder anderen Mitteln eine therapeutische Wirksamkeit oder Wirkungen beizulegen, die diese nicht haben. Im Streitfall kann offen bleiben, ob die von der Antragsgegnerin beworbene Hose rechtlich ein

6

Arzneimittel darstellt und damit gemäß § 1 Abs. 1 Ziffer 1 HWG von dem Heilmittelwerbeengesetz erfasst wird. Hierfür spricht immerhin, dass die Antragsgegnerin aus der maßgeblichen Sicht des angesprochenen Verkehrs unter anderem eine natürliche Entwässerung und eine Straffung des Bindegewebes verspricht, und Zubereitungen aus Stoffen, die dazu bestimmt sind, die Beschaffenheit des Körpers zu beeinflussen, gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 5 AMG Arzneimittel sind. Es kann indes dahinstehen, ob die werblichen Ankündigungen der Antragsgegnerin tatsächlich so weitgehend verstanden werden. Denn auch wenn diese Frage zu verneinen sein sollte, würde es sich bei der von der Antragsgegnerin beworbenen Hose um einen "Gegenstand" im Sinne des § 1 Abs. 1 Ziffer 1 HWG handeln und sich die Werbeaussagen als gesundheitsbezogen darstellen. Damit unterfällt die Anti-Cellulite-Hose der Antragsgegnerin aber auf jeden Fall dem Anwendungsbereich des Heilmittelwerbegesetzes. Dann aber sind sämtliche angegriffenen Werbeaussagen bereits deswegen zu untersagen, weil sie eine Irreführung des Verkehrs im Sinne des § 3 Satz 2 Nr. 1 HWG beinhalten. Denn die Antragsgegnerin legt ihrer Mikromassage-Hose in der Werbung eine therapeutische Wirkung bei, die diese tatsächlich nicht hat. Dabei kommt es im Ergebnis noch nicht einmal entscheidend darauf an, dass es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und auch des Senats (vgl. unter anderem BGH NJW-RR 1991, 1391 "Rheumalind II"; BGH WRP 1971, 26 "Tampax" und Senat, Urteile vom 20.08.1999 und 20.12.1996 in den Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung 6 U 74/99 und 6 U 204/96) zwar grundsätzlich dem Antragsteller obliegt, die Unrichtigkeit der Werbung darzulegen und glaubhaft zu machen, dass aber umgekehrt der Werbende dann darlegungs- und glaubhaftmachungsbelastet ist, wenn er mit einer fachlich umstrittenen Meinung wirbt, ohne die Gegenmeinung zu erwähnen. Denn kein Fachwissenschaftler vertritt die Auffassung, das Tragen einer Mikromassage-Hose könne bei Frauen das Entstehen von Cellulite verhindern oder eine vorhandene Cellulite wieder vollständig beseitigen. Selbst die Antragsgegnerin behauptet dies nicht. Auch die von ihr zu den Akten gereichte, nach ihrem Vortrag von Prof. L.C. wissenschaftlich überwachte, zum Teil im diametralen Verhältnis zu den gutachterlichen Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. N. von der Freien Universität B. aus Januar 1992 und Juli 1998 (Anlagen A 8 und A 9 zur Antragsschrift) stehende Studie der Frau Dr. L. T. besagt allenfalls, dass das Tragen der Hose über einen bestimmten Zeitraum und bei Annahme bestimmter Voraussetzungen vorhandene Cellulite um bis zu 19% verringern könne. Demgegenüber suggeriert die Werbung der Antragsgegnerin, das Tragen einer Mikromassage-Hose könne den Eintritt von Cellulite verhindern. Das folgt daraus, dass es in ihr an prominenter Stelle und optisch hervorgehoben neben der Abbildung einer recht jungen und schlanken Frau heißt:

##blob##nbsp;	7
##blob##nbsp;	8
##blob##nbsp;	9
##blob##nbsp;	10
"Cellulite	11
##blob##nbsp;	12
##blob##nbsp;	13
##blob##nbsp;	14
	15

##blob##nbsp;

... bei mir nicht!"

16

Auch der verständige und aufmerksame Leser einer solchen Werbung muss diese Werbeaussage zwangsläufig dahin verstehen, das Tragen der dort beworbenen Hose könne dazu führen, dass die Cellulite mit ihren Symptomen der sog. "Orangenhaut" erst gar nicht eintritt, jedenfalls aber beseitigt wird.

17

Nichts anderes gilt im Ergebnis, soweit die Antragsgegnerin in ihrer Werbung behauptet, ihre Mikromassage-Hose führe zu einer natürlichen Entwässerung und zu einem vermehrten Ausscheiden von Gewebeflüssigkeit. Während der Sachverständige Prof. Dr. N. in seinem Gutachten im Einzelnen ausgeführt hat, dass und warum die für die Symptome der Cellulite ursächliche Binnenstruktur der weiblichen Haut durch Massage nicht verändert werden kann, und dass es deshalb unmöglich ist, durch die Förderung der Durchblutung die geschlechtstypische Binnenstruktur der weiblichen Haut zu ändern oder aber die Alterung von Bindegewebe und Fettgewebe zu normalisieren, besagt die Studie der Frau Dr. Tiberi nichts über eine natürliche Entwässerung. Sie enthält auch keine Aussage dahin, dass das Tragen der Mikromassage-Hose zu einem vermehrten Ausscheiden von Gewebeflüssigkeit führt.. Es erscheint auch nicht aus sich heraus plausibel, warum mit dem Tragen einer Hose eine natürliche Entwässerung oder ein vermehrtes Ausscheiden von Gewebeflüssigkeit verbunden sein könnte. In Anbetracht der Tatsache, dass der Antragsteller exakt diesen Punkt bereits in der Antragsschrift angesprochen und ihn zutreffend dargestellt hat, wäre es folglich Sache der Antragsgegnerin gewesen, sich hierzu zu äußern und in der Sache vorzutragen. Sie hat hierzu indes geschwiegen und statt dessen auf die Studie der Frau Dr. T. verwiesen, die aber ihrerseits keine Aussagen zu einer natürlichen Entwässerung oder zu einem vermehrten Ausscheiden von Gewebeflüssigkeit trifft. Deshalb kann im übrigen dahinstehen, ob aus den in der Berufungserwiderung im Einzelnen aufgeführten Gründen davon ausgegangen werden müsste, die Studie sei aus den dort genannten Gründen ohnehin nicht lege artis erstellt worden.

18

Soweit schließlich in der Werbung der Antragsgegnerin davon die Rede ist, die Mikromassage-Hose führe zu einer Straffung des Bindegewebes, ist diese Werbung in ihrer konkreten Form nach dem eigenen Sachvortrag der Antragsgegnerin ebenfalls irreführend. Denn sie selbst nimmt ausweislich ihrer Werbung nicht für sich in Anspruch, dass - was diese wegen der optischen Hervorhebung der Worte "Straffung des Bindegewebes" aber suggeriert - das Tragen der Mikromassage-Hose die für die Cellulite ursächliche Binnenstruktur der weiblichen Haut verändern könne, versucht im Fließtext vielmehr lediglich klarzustellen, dass das Bindegewebe straffer und jugendlicher "wirke", was de facto nichts anderes bedeutet, als dass eine Straffung des Bindegewebes gerade nicht eintritt. Überdies verschweigt die Werbung der Antragsgegnerin, dass diese optische Wirkung nach dem Inhalt der Studie der Frau Dr. T. allenfalls dann eintreten kann, wenn die Hose täglich über die Dauer von mindestens acht Stunden getragen wird.

19

Wird der angesprochene Verkehr deshalb in seinen Erwartungen enttäuscht, und kann an der wettbewerbsrechtlichen Relevanz dieser Irreführung schon wegen des gesundheitsbezogenen Charakters der Werbeaussagen kein Zweifel bestehen, vermag der Senat nicht zu erkennen, warum das Verbot der angegriffenen, nach dem Vorgesagten irreführenden Werbung in der Bundesrepublik Deutschland gegen Art. 28 EG-Vertrag verstoßen könnte. Die Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 234 EG an den Europäischen Gerichtshof kommt deshalb ungeachtet der Tatsache, dass in jedem Fall der Eilcharakter des einstweiligen Verfügungsverfahrens einer solchen Vorlage

20

entgegensteht, nicht in Betracht.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Dass der Antragsteller nunmehr die konkrete Verletzungsform ausdrücklich in seinen Antrag einbezogen hat, bedeutet keine teilweise Rücknahme des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung. Denn aus dem Verfügungsvorbringen des Antragstellers ergibt sich, dass er jede der vier angegriffenen Werbeaussagen stets nur in der konkreten Verletzungsform verboten wissen wollte. 21

Das Urteil ist gemäß § 545 Abs. 2 Satz 1 ZPO in seiner hier gemäß § 26 Nr. 5 EGZPO anzuwendenden alten Fassung mit seiner Verkündung rechtskräftig. 22