Oberlandesgericht Köln, 6 U 119/12

Datum:	31.01.2014
Gericht:	Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper:	6. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	6 U 119/12
ECLI:	ECLI:DE:OLGK:2014:0131.6U119.12.00

Vorinstanz:	Landgericht Köln, 31 O 505/11
Normen:	UWG § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 31.05.2012 verkündete Urteil der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 31 O 505/11 – wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Beklagte zu tragen.

Dieses Urteil und das Urteil des Landgerichts sind vorläufig vollstreckbar. Beide Parteien können die Vollstreckung der anderen Partei durch Sicherheitsleistung abwenden, wenn nicht diese Partei vor der Vollstreckung ihrerseits Sicherheit leistet. Die Sicherheit beträgt hinsichtlich der Unterlassungsansprüche 180.000 € (jeweil 45.000 €), hinsichtlich des Auskunftsanspruchs 20.000 € und hinsichtlich der Kosten für die vollstreckende Partei 110 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren, für die der Vollstreckung ausgesetzte Partei 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages.

Die Revision wird nicht zugelassen.

G r ü n d e 1

I. 2

3

Beide Parteien vertreiben Nassrasiergeräte mit Wechselklingen. Die Beklagte bietet unter ihrer Marke „X“ die Rasierer „I“ und „I2“ an, bei denen sich in einem Behälter oberhalb der (drei oder fünf) Klingen Pulver mit dem Hauptbestandteil Polyox (Polyethylenglykol PEG 115 M) und weiteren Bestandteilen (Titandioxid, Cyclodextrin, Tocopherol, Aloe Vera, Maltodextrin) befindet, das sich mit Wasser zu einem Gel verbindet („Gel-Reservoir“). Sie warb dafür im Internet und auf den Verpackungen – wie aus den Abbildungen im angefochtenen Urteil ersichtlich – mit den Aussagen „HYDRO spendet direkt Feuchtigkeit“, „Feuchtigkeitsspendendes Gel-Reservoir“ und „Das wasseraktivierte Gel mit Aloe Vera und Vitamin E spendet der Haut schon während der Rasur direkt Feuchtigkeit“.

Die Klägerin hält dies für irreführend; sie hat behauptet, von den Produkten der Beklagten gehe keine, erst recht keine länger andauernde feuchtigkeitsspendende Wirkung aus. Sie hat die Beklagte (soweit im Berufungsverfahren noch von Interesse) auf Unterlassung der erwähnten Werbeaussagen (unter Beschränkung weitergehender Anträge auf die konkrete Verletzungsform), Auskunft über den Umfang der Werbung und Feststellung ihrer Schadensersatzpflicht in Anspruch genommen. Die Beklagte ist dem mit Darlegungen zum Verständnis der Werbeaussagen durch die angesprochenen Verbraucher und zur Wirkung des Polyox-Pulvers entgegengetreten; sie hat behauptet, das Polyox beeinflusse den Feuchtigkeitsgehalt der oberen Hautschichten auf zweifache Weise positiv, indem es im feuchten Rasurmilieu Wassermoleküle binde und diese langsam an die Haut abgebe sowie die normale Abdampfrate der Haut vermindere, was zu einer auch subjektiv spürbaren Erhöhung der Hautfeuchtigkeit während der Rasur führe. Beide Parteien haben sich in ihrem schriftsätzlich näher ausgeführten Sachvortrag auf Berichte über klinische Studien sowie wietere Untersuchungen und Unterlagen bezogen. 4

Mit dem angefochtenen Urteil, auf dessen Feststellungen verwiesen wird, hat das Landgericht die Beklagte wegen der vorbeschriebenen Werbung (unter Abweisung des auf Untersagung der Produktbezeichnung „HYDRO“ gerichteten selbständigen Teils der Klage) antragsgemäß verurteilt.. 5

Die Beklagte verfolgt im Berufungsverfahren ihren Antrag auf vollständige Klageabweisung weiter. Sie beanstandet die Feststellungen des Landgerichts als fehlerhaft und unvollständig. Die Annahme, dass die Verbraucher unter „Feuchtigkeitsspende“ eine „nachhaltige“ Erhöhung der Hautfeuchtigkeit verstünden, sei überraschend und werde durch ein von ihr eingeholtes demoskopisches Gutachten vom 24.05.2012 (Anlage BK 1) widerlegt. Aus den von ihr in erster Instanz vorgelegten Studien (Anlagen B 10-14) und Erklärungen sachverständiger Mitarbeiter (Anlagen B 19-20) ergebe sich das die Hautfeuchtigkeit erhöhende duale Wirkprinzip des Polyox-Gels, das der Haut sowohl aktiv Feuchtigkeit zuführe als auch passiv die Abdampfrate vermindere, wobei der Anteil der beiden möglichen Ursachen der Feuchtigkeitssteigerung am Gesamterfolg zwar physikalisch nicht messbar und nicht exakt feststellbar, aber auf Grund anderer wissenschaftlicher Erkenntnisse und Überlegungen zu ermitteln sei. 6

Die Klägerin verteidigt unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Sachvortrags das angegriffene Urteil. Insbesondere litten die von der Beklagten vorgelegten Studien unter schweren methodischen Mängeln und sei es ausgeschlossen, dass während der Nassrasur aus dem Gel in relevantem Umfang Feuchtigkeit an die ohnehin feuchtigkeitsgesättigte Haut abgeben werde. 7

Wegen der weiteren Einzelheiten des beiderseitigen Berufungsvorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze verwiesen. 8

9

Der Senat hat mit Beweisbeschluss vom 11.01.2013, ergänzt durch Beschluss vom 01.02.2013, die Erhebung von Sachverständigenbeweis angeordnet. Auf den Inhalt der Beschlüsse und die von dem Sachverständigen Prof. Dr. Dr.-Ing. M vorgelegte Stellungnahme vom 12.07.2013 wird Bezug genommen.

II. 10

Die zulässige Berufung bleibt in der Sache ohne Erfolg. 11

1. Zu Recht hat das Landgericht der Klägerin gegen die Beklagte den Anspruch aus §§ 3 Abs. 1 und 2, 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 8 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 Nr. 1 UWG zuerkannt, es zu unterlassen, wie geschehen mit den Aussagen „HYDRO spendet direkt Feuchtigkeit“, „Feuchtigkeitsspendendes Gel-Reservoir“ und „Das wasseraktivierte Gel mit Aloe Vera und Vitamin E spendet der Haut schon während der Rasur direkt Feuchtigkeit“ zu werben. Diese Angaben sind zur Täuschung über wesentliche Produktmerkmale geeignet. Denn die den Aussagen gemeinsame Werbebehauptung, das Produkt der Beklagten spende der Haut des zu Rasierenden (direkt) Feuchtigkeit, weckt bei den angesprochenen Verbrauchern Erwartungen an die mit der Verwendung des Produkts erzielbaren Wirkungen, für die es nach dem unstreitigen und von der Beklagten selbst vorgetragenen Sachverhalt an einer hinreichenden tatsächlichen Grundlage fehlt. 12

a) Für die Beurteilung, ob eine Werbung irreführend ist, kommt es darauf an, welchen Gesamteindruck sie bei den angesprochenen Verkehrskreisen hervorruft (BGH, GRUR 2013, 1254 = WRP 2013, 1596 [Rn. 15] – Matratzen Factory Outlet m.w.N.). Das danach maßgebliche Verständnis eines durchschnittlich aufmerksamen, informierten und verständigen Verbrauchers, der Nassrasierer kauft oder verwendet oder für den der Kauf oder die Verwendung von Nassrasierern zumindest in Frage kommt, vermag der ständig mit Wettbewerbssachen befasste Senat auf Grund des Erfahrungswissens seiner Mitglieder, zu denen potentielle Käufer von Rasiergeräten gehören, selbst festzustellen (vgl. BGH, a.a.O. [Rn. 17]; BGHZ 156, 250 [255] = GRUR 2004, 244 – Marktführerschaft). 13

Danach hat das Landgericht zutreffend angenommen, dass solche Verbraucher unter der von der Beklagten werblich herausgestellten „Feuchtigkeitsspende“ eine aktive Zufuhr von Feuchtigkeit wenigstens in die oberen, wenn nicht sogar in die tiefer liegenden Schichten der Haut verstehen, also eine Wirkung, die über die Erhaltung oder Schonung der bei jeder Nassrasur zwangsläufig vorhandenen oberflächlichen Hautfeuchtigkeit und über das bloße Verhindern eines wie auch immer verursachten Feuchtigkeitsverlustes hinausgeht. 14

Nach allgemeinem Sprachgebrauch bedeutet „Spende“, dass etwas aus dem eigenen Vermögen zu Gunsten eines anderen abgegeben wird. Das Landgericht, auf dessen sorgfältige und überzeugende Erwägungen der Senat zustimmend Bezug nimmt, hat im Einzelnen ausgeführt, dass der Begriff „Feuchtigkeitsspende“ nach dem Verkehrsverständnis auf dem hier maßgeblichen Gebiet der Körperpflege gleichfalls die Vorstellung einer aktiven Abgabe hervorruft. Wird eine Hautcreme als „feuchtigkeitsspendend“ bezeichnet, verstehen Verbraucher darunter, dass die darin in Form flüssiger Bestandteile enthaltene Feuchtigkeit beim Auftragen auf die Haut in diese einzieht und nicht etwa nur, dass die Creme durch Erzeugung einer Sperrschicht die Abdampfrate der Haut vermindert. 15

Dieses Verständnis übertragen die Verbraucher auch auf die streitbefangene Werbung. Wie die spontanen Antworten gemäß Tabelle 2 der von der Beklagten vorgelegten Verkehrsumfrage (Anlage BK 1) bestätigen, nehmen nicht wenige an, dass aus dem „feuchtigkeitsspendenden Gel-Reservoir“ eine an solche Feuchtigkeitscremes erinnernde 16

Substanz austritt. Jedenfalls aber versteht ein erheblicher Teil der Verbraucher die Werbung dahin, dass das „wasseraktivierte Gel“ an den Stellen, wo es auf die Haut gelangt, aktiv Feuchtigkeit an diese abgibt und nicht nur passiv den natürlichen oder durch den Rasiervorgang bedingten Feuchtigkeitsverlust der Haut reduziert.

b) Entgegen dem durch die Werbung erweckten Eindruck bietet der von der Beklagten selbst vorgetragene Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis keine hinreichende Grundlage für die Annahme, dass bei einer Verwendung ihrer Nassrasierer eine solche aktive Abgabe von Feuchtigkeit an die Haut stattfindet. 17

aa) Für die Vermeidung einer Irreführung und den Nachweis der Richtigkeit der Werbeangaben gelten nach Lage der Dinge erhöhte, an den Grundsätzen über die Zulässigkeit gesundheitsbezogener Aussagen orientierte Anforderungen. 18

(1) Die streitbefangene Werbung enthält zwar keine medizinischen Wirkungsaussagen. Sie bezieht sich aber auf die Physiologie der Haut und damit auf das körperliche Wohlbefinden und die Unversehrtheit eines wichtigen Teils des menschlichen Organismus. Deutlich wird dies vor allem bei der Aussage „Das wasseraktivierte Gel mit Aloe Vera und Vitamin E spendet der Haut schon während der Rasur direkt Feuchtigkeit“. Doch auch die beiden anderen Aussagen sprechen im Kontext der konkret angegriffenen Werbung den Aspekt der Pflege und Gesunderhaltung der Haut besonders an. 19

Überall dort, wo in der Werbung die Gesundheit ins Spiel gebracht wird, sind besonders strenge Anforderungen an die Richtigkeit, Eindeutigkeit und Klarheit der Werbeaussagen zu stellen, weil zum einen die eigene Gesundheit in der Wertschätzung des Verbrauchers einen hohen Stellenwert hat, so dass sich daran anknüpfende Werbemaßnahmen erfahrungsgemäß als besonders wirksam erweisen, und weil zum anderen mit irreführenden gesundheitsbezogenen Werbeangaben erhebliche Gefahren für das hohe Schutzgut der Gesundheit des Einzelnen sowie der Bevölkerung verbunden sein können (vgl. BGH, GRUR 1980, 797 [799] – Topfit Boonekamp; GRUR 2002, 182 [185] = WRP 2002, 74 – Das Beste jeden Morgen; GRUR 2013, 649 = WRP 2013, 772 [Rn. 15] – Basisinsulin mit Gewichtsvorteil). 20

Für die auf die Feuchtigkeit und damit auf die Gesundheit der Haut bezogenen streitbefangenen Werbeaussagen gilt im Grundsatz nichts anderes. Die von einer Überschätzung der feuchtigkeitsspendenden Wirkung des Beklagtenprodukts ausgehenden Gefahren mögen im Vergleich zu irreführenden Wirkungsausagen bei einem Arznei- oder Nahrungsmittel gering erscheinen. Jedenfalls wegen des der Werbung innewohnenden Appells an die Verbraucher, der Haut des eigenen Körpers durch Benutzung der „feuchtigkeitsspendenden“ Rasiergeräte der Beklagten Gutes zu tun, ist es aber geboten, ihre Bewertung an den von der Rechtsprechung für die Zulässigkeit gesundheitsbezogener Werbeangaben entwickelten Kriterien auszurichten. 21

(2) Nach diesen Kriterien ist gesundheitsbezogene Werbung mit fachlichen Aussagen generell nur zulässig, wenn sie gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnis entsprechen (vgl. BGH, GRUR 1991, 848 [849] – Rheumalind II; GRUR 2002, 273 [274] = WRP 2001, 1171 – Eusovit; GRUR 2013, 649 = WRP 2013, 772 [Rn. 16] – Basisinsulin mit Gewichtsvorteil). Dies ist nicht der Fall, wenn dem Werbenden jegliche wissenschaftlich gesicherte Erkenntnisse fehlen, die die werbliche Behauptung stützen können (OLG Düsseldorf, MD 2008, 49 [52 f.]). Unzulässig ist es ferner, mit einer fachlich umstrittenen Meinung zu werben, ohne die Gegenmeinung zu erwähnen. Darüber hinaus kann es irreführend sein, wenn eine Werbeaussage auf Studien gestützt wird, die diese Aussage nicht tragen, wobei die 22

Irreführung bereits in einem Verstoß gegen den Grundsatz der Zitatwahrheit liegt (BGH, GRUR 2013, 649 = WRP 2013, 772 [Rn. 17 ff.] – Basisinsulin mit Gewichtsvorteil).

Aber auch ohne Bezugnahme auf bestimmte Studien in der Werbung darf mit einer gesundheitsbezogenen Angabe nicht geworben werden, wenn diese nicht gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnis entspricht. Der Nachweis der Unrichtigkeit oder des täuschenden Gehalts einer Werbeausage obliegt zwar grundsätzlich dem Unterlassungsgläubiger, doch kommt es zu einer Umkehrung der Darlegungs- und Beweislast, wenn der Werbende, indem er eine bestimmte Aussage trifft, die Verantwortung für ihre Richtigkeit übernimmt, die er im Streitfall auch beweisen muss (vgl. BGH, GRUR 1991, 848 [849] – Rheumalind II; GRUR 2013, 649 = WRP 2013, 772 [Rn. 32] – Basisinsulin mit Gewichtsvorteil). Der Unterlassungsgläubiger hat in diesem Fall nur darzulegen und gegebenenfalls nachzuweisen, dass die beanstandete Aussage wissenschaftlich umstritten ist, nach der wissenschaftlichen Diskussion die Grundlagen, auf die der Werbende sich stützt, seine Aussage nicht rechtfertigen oder sogar jede tragfähige wissenschaftliche Grundlage für die Behauptung fehlt (vgl. BGH, GRUR 2013, 649 = WRP 2013, 772 [Rn. 32] – Basisinsulin mit Gewichtsvorteil m.w.N.; vgl. zum Ganzen auch Köhler / *Bornkamm*, UWG, 32. Aufl. § 5 Rn. 4.183 ff.). Welche Anforderungen an das Merkmal der gesicherten wissenschaftlichen Erkenntnis zu stellen sind, hängt dabei von den Umständen des Einzelfalles ab (BGH, a.a.O. [Rn. 33]). 23

bb) Hier hat sich die Beklagte im Rechtsstreit für die zwischen den Parteien und ihren Forschungsabteilungen umstrittene Werbebehauptung, die „Hydro“-Rasierer mit Gel-Revervoir und dem darin gespeicherten, nach Verbindung mit Wassermolekülen auf der Haut eine gelförmige Konsistenz annehmenden Pulver führten der Haut während der Rasur Feuchtigkeit zu, auf wissenschaftliche Studien bezogen, die diese Behauptung letztlich nicht tragen. Eine aktive Feuchtigkeitszufuhr aus dem Gel in die Haut ist danach nämlich allenfalls theoretisch möglich, nicht aber als wissenschaftlich gesichert anzusehen. 24

Dies hat bereits das Landgericht mit sorgfältigen Erwägungen im Einzelnen dargestellt, die im Ergebnis weder durch das Berufungsvorbringen noch durch die knappe Stellungnahme des Sachverständigen M widerlegt werden. Der Senat nimmt darauf zustimmend Bezug und merkt im Hinblick auf das zweitinstanzliche Vorbringen der Parteien und die Stellungnahme des Sachverständigen lediglich ergänzend an: 25

(1) Es kann schon nicht festgestellt werden, dass sich aus den von der Beklagten in Auftrag gegebenen Studien zweifelsfrei eine signifikant höhere Feuchtigkeit der oberen Hautschichten nach einer Anwendung ihrer Rasierer mit Gel-Reservoir ergibt. 26

Der in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erörterte, von der Beklagten besonders hervorgehobene Research Report S10-119 der CyberDerm Clinical Studies (Anlage B 13) belegt freilich, dass bei einem im November 2010 an 30 ausgewählten Frauen durchgeführten Test mit dem Corneometer (einem Messinstrument, das sich die mit dem Wasseranteil steigende elektrische Leitfähigkeit zunutze macht) fünf bis zehn Minuten nach Anwendung von „HYDRO“-Rasierern ohne Klingen mit gefülltem Gel-Reservoir an den Innenseiten der Unterarme der Probandinnen eine höhere Feuchtigkeit gemessen wurde als nach Anwendung von Rasierern mit leerem Reservoir (vgl. Diagramm S. 7). Der Versuchsaufbau sah vor, dass die Probandinnen ihren Unterarm vor und nach jedem „Rasurzug“ mit Wasser abspülten („rinse“), ohne ihn abzutrocken („blot“), und die Rasiergeräte vor der Anwendung 20 Sekunden lang in Wasser tränkten („soak“, vgl.S. 6). Der Sachverständige M ist nicht auf konkrete Ergebnisse dieser Studie, der weiteren CyberDerm-Studien von August und September 2010 (Research Reports S09-41, S09-42 und S10-74, 27

Anlagen B 10 bis B 12), der im Auftrag der Klägerin erstellten und zu abweichenden Ergebnissen kommenden „Volar-Forearm“- (Unterarm-) und „Split-Face“- (Gesichtshälften-) Studien von Juni/Juli 2010 (Anlagen K 15 bis K 17) sowie der übrigen von den Parteien vorgelegten Fachpublikationen und sonstigen Unterlagen eingegangen, hat allerdings erklärt, dass die vorgelegten Untersuchungsergebnisse aus seiner Sicht auf Untersuchungsmethoden basierten, die dem internationalen Stand der Technik entsprächen.

Auch der Senat hat keinen Anlass, die technische Richtigkeit der mitgeteilten Messergebnisse anzuzweifeln. Jedoch kann insbesondere der Studie von November 2010 angesichts der spezifizierten klägerischen Einwände noch kein methodisch unanfechtbarer Nachweis entnommen werden, dass unter den Bedingungen einer normalen Rasur eine deutliche höhere Feuchtigkeit in den oberen Schichten der Haut vorhanden ist, wenn die Rasierer der Beklagten mit gefülltem Gel-Reservoir angewendet werden. In der Studie selbst heißt es unter Nr. IV (S. 8) eher zurückhaltend, die Schlussfolgerung scheine vernünftig zu sein („it seems reasonable to conclude“), dass die aus dem Gel-Reservoir freigegebenen Bestandteile während der Rasur tatsächlich einen signifikanten Anstieg des Grades der oberflächlichen Hautfeuchtigkeit („a significant increase in skin surface hydration levels“) verursachten, der innerhalb der ersten zehn Minuten nach der Rasur gemessen werden könne und einen vorübergehenden Effekt darstelle („This is a transient effect and does not persist after that“). Dem gegenüber hat die Klägerin unter anderem auf die von einem sachverständigen Dritten („Reviewer“, vgl. Anlage BB 7) geäußerten Bedenken verwiesen, ob die Erhöhung der Messwerte vielleicht auf Gelablagerungen auf der Hautoberfläche statt auf einer tatsächlich höheren Hautfeuchtigkeit beruhe. Die Frage, inwieweit mit dem Corneometer in die Haut eingedrungene oder oberflächlich auf der Haut verbliebene Feuchtigkeit einschließlich nicht abgespülter Reste des „wasseraktivierten Gels“ gemessen wurden, ist danach als offen anzusehen. Offen erscheint auch, ob die relativ niedrigeren Feuchtigkeitswerte nach Benutzung eines „HYDRO“-Rasierergeräts ohne Klingen und Polyox-Gel möglicherweise in beträchtlichem Umfang einer von normalen Rasurbedingungen abweichende zusätzlichen mechanischen Einwirkung auf die Haut zuzuschreiben sind. 28

(2) Doch selbst wenn feststünde, dass die oberen Hautschichten nach Benutzung der „HYDRO“-Rasierer mit gefülltem Gel-Reservoir bis zu zehn Minuten lang erkennbar höhere Feuchtigkeitswerte aufweisen als nach einer Rasur mit Geräten ohne ein solches Reservoir, wäre damit noch nicht als wissenschaftlich gesichert anzunehmen, dass dies jedenfalls auch auf eine aktive Zufuhr von Feuchtigkeit aus dem Gel in die Haut und nicht allein auf eine passive Verminderung des natürlichen Feuchtigkeitsverlustes der Haut durch das aufliegende Gel oder andere Ursachen zurückzuführen ist. 29

Die Beklagte hat mit dem Hinweis auf das angeblich duale Wirkprinzip des Polyox-Gels eine aktive Feuchtigkeitszufuhr zwar behauptet, aber nicht darlegen können, dass diese Behauptung gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnis entspricht. Vielmehr hat sie in der Berufungsbegründung (S. 18) selbst eingeräumt, dass der Anteil der möglichen Ursachen einer Feuchtigkeitssteigerung am Gesamterfolg physikalisch nicht messbar und schlicht nicht exakt feststellbar sei. Andere wissenschaftliche Erkenntnisse und Überlegungen, aus denen auf Grund überzeugungskräftiger Argumente mit hinreichender – wenn auch nicht mathematischer – Sicherheit auf die Richtigkeit ihrer Behauptung hätte geschlossen werden können, hat sie letztlich nicht dargetan. Nachvollziehbar erscheint, dass das zunächst trockene Polyox-Pulver sich mit Wassermolekülen verbindet und auf der feuchten Haut einen Film bildet, der einerseits die Gleitfähigkeit der Klingen begünstigt und andererseits eine Abdampfsperre bildet. Dass die in dem Gel gebundenen Wassermoleküle anschließend auch selbst an die Haut abgegeben werden, folgt daraus aber noch nicht. Auch die in erster 30

Instanz vorgelegten Erklärungen der für die Beklagte tätigen Chemiker Dr. D und Dr. H (Anlagen B 19 und B 20) lassen im Ergebnis offen, ob unter den Bedingungen einer normalen Nassrasur, bei der die Haut schon vor Anwendung der Rasiergeräte durch Wasser und Rasierschaum stark befeuchtet wird, überhaupt noch eine Abgabe von Feuchtigkeit aus dem Gel an die Haut stattfindet oder ob der „Austausch“ von Wassermolekülen während der Rasur nicht gerade umgekehrt stattfindet. Muss es danach aber als zweifelhaft angesehen werden, ob die feuchtigkeitsgesättigte Haut zusätzliche Feuchtigkeit aus dem Gelfilm aufnimmt oder sich dessen (für den Verwender positiver) Effekt darin erschöpft, dass die in der Haut vorhandene Feuchtigkeit infolge des Gelfilms geschont und ein ohne diesen eintretener Feuchtigkeitsverlust verhindert wird, so liegt darin keine „Feuchtigkeitsspende“ in dem Sinne, wie sie von den Verbrauchern nach den Werbebehauptungen der Beklagten erwartet wird.

(3) Aus der knappen Stellungnahme des Sachverständigen M ergibt sich nichts anderes. Zur Beantwortung der auf eine aktive Feuchtigkeitsspende abzielenden zweiten Frage des Beweisbeschlusses vom 11.01.2013 ist dessen nicht näher begründete Einschätzung ungeeignet. Den von der Beklagten vorgelegten Studien und sonstigen Unterlagen sind in diese Richtung – wie dargestellt – nur Vermutungen ohne sichere Grundlage zu entnehmen. Den Versuch einer Aufklärung des objektiven Sachverhalts durch Einholung eines weiteren oder ergänzenden Sachverständigengutachtens hält der Senat nach erneuter Beratung nicht für zielführend, weil die Irreführungseignung der streitbefangenen Werbeangaben sich unter den Umständen des Streitfalles bereits daraus ergibt, dass sie mit fachlichen Aussagen ohne gesicherte wissenschaftliche Grundlage geworben hat. Selbst wenn ihr im Prozess auf Grund zusätzlicher, durch eigene Untersuchungen eines Sachverständigen gewonnene wissenschaftliche Erkenntnisse der Beweis gelingen könnte, dass ihre Angaben objektiv zutreffen, stünde fest, dass sie dessen zum Zeitpunkt der Werbung nicht sicher sein konnte. Dann aber besteht bereits deshalb der geltend gemachte Unterlassungsanspruch. 31

c) Auf die Langzeitwirkung der behaupteten Feuchtigkeitsspende, die der (dermatologische, nicht demoskopische) Sachverständige M in seiner Stellungnahme für problematisch gehalten hat und aus der er eine mögliche Enttäuschung von Verbrauchererwartungen meinte ableiten zu können, kommt es nach alledem nicht mehr entscheidend an. Der Umstand, dass nach dem von der Beklagten selbst vorgelegten demoskopischen Gutachten (Anlage BK 1) immerhin 12,7 % des befragten engeren Verkehrskreises auf die gezielten Fragen 3 und 4 angegeben haben, sie rechneten auf Grund der Werbung mit einer deutlich länger als 10 Minuten nach der Rasur anhaltenden Befeuchtungswirkung, könnte allerdings dafür sprechen, dass die Werbeangaben einen bereits erheblichen Teil der angesprochenen Verbraucher (vgl. BGH, GRUR 2012, 1053 = WRP 2012, 1216 [Rn. 19 f.] – Marktführer Sport m.w.N.) auch wegen fehlender Nachhaltigkeit der Befeuchtungswirkung in die Irre führen. Dass die Rechtsprechung im Bereich der Kapitalanlegerwerbung eine Irreführungsquote von 15-20 % für zu gering gehalten hat (BGH, GRUR 2004, 162 [163] = WRP 2004, 225 – Mindestverzinsung), steht dem nicht ohne Weiteres entgegen, weil insoweit nicht von festen Prozentsätzen auszugehen ist, sondern die erforderliche normative Bewertung maßgeblich von der Würdigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalls abhängt (vgl. BGH, a.a.O.). 32

2. Weil der Beklagten hinsichtlich der Irreführungseignung ihrer in Kenntnis der vorliegenden Studien bewusst aufgestellen Werbebehauptungen wenigstens leichte Fahrlässigkeit zur Last fällt, sind auch die von der Klägerin geltend gemachten Annexansprüche begründet. 33

III. 34

Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 35

Das Urteil betrifft die tatrichterliche Anwendung höchstrichterlich hinreichend geklärter Rechtsgrundsätze auf einen Einzelfall, so dass kein Anlass besteht, gemäß § 543 Abs. 2 ZPO die Revision zuzulassen. 36

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE