

## **OLG München: Ärztliche Schleichwerbung zur Absatzförderung**

**Urteil vom 20.1.2005 – 29 U 4589/04**

**Ein Arzt, der als Fachinformation getarnte Produktwerbung veranlasst hat, handelt wettbewerbswidrig.**

**(LG München I – 9 HK O 5524/04)**

### **Aus den Gründen:**

I. Der Kläger ist ein branchenübergreifend und überregional tätiger Wettbewerbsverband.

Der Beklagte ist Arzt. Er gibt zumindest seit dem Frühjahr 2004 eine selbst verfasste Broschüre (Anlage K 2) mit dem Titel

LEBENSMITTEL UND VITALSTOFFE  
DIE BASIS DER GESUNDHEIT  
ERKENNTNISSE ÜBER DIE OPTIMALE ERGÄNZUNG DER GESUNDHEITSSTOFFE  
IN NATÜRLICHEN  
LEBENSMITTELN, FÜR DIE ERHALTUNG DER GESUNDHEIT UND ZUR  
UNTERSTÜTZUNG  
BEI KRANKHEITEN

heraus und übersendet sie Interessierten gegen einen Kostenbeitrag von 5 €. Darin stellt er die Fachrichtung „orthomolekulare Medizin“ vor, die versuche, die Gebiete der Ernährungsphysiologie und der Medizin zu vereinigen. Er vertritt darin die Auffassung, dass viele Menschen mit ihrer täglichen Nahrung nicht genügend Vitalstoffe zu sich nehmen, um sich optimal vor Krankheiten zu schützen. Nach allgemeinen Ausführungen zur orthomolekularen Medizin und dazu, was Vitalstoffe seien und welche Bedeutung sie insb. für bestimmte Personengruppen (z.B.

Schwangere, Kinder, Senioren) hätten, sowie zu Zusammenhängen zwischen Vitalstoffmangel und verschiedenen Krankheitsbildern (z.B. Herzinfarkt, Arterienverkalkung, Bluthochdruck, Diabetes, Krebs, Allergien, Rheuma und psychischen Erkrankungen) folgt auf der vorletzten redaktionell bearbeiteten Seite der Broschüre der Text:

#### NAHRUNGSERGÄNZUNG – ABER WIE?

Der enorme Erkenntniszuwachs in den letzten Jahren über die große Bedeutung von Vitalstoffen hat eine Vielzahl von Herstellern auf den Plan gerufen, die mit mehr oder weniger seriösen Produkten und Aussagen den Gesundheitsmarkt schier überschwemmen. In regelmäßigen Abständen wird in der Öffentlichkeit die eine oder andere Substanz als das Nonplusultra für die Gesundheit gefeiert. Einzelne Vitamine werden synthetisch hergestellt und als Massenprodukt verkauft. Doch wir benötigen immerhin rund 50 Nährstoffe und zusätzlich noch eine Vielzahl von bioaktiven Pflanzeninhaltsstoffen.

#### WIE ERKENNE ICH ALSO EIN GUTES NAHRUNGSERGÄNZUNGSMITTEL?

Das Produkt sollte aus einer breiten Palette hochwertiger natürlicher Lebensmittel hergestellt sein. Nur dadurch ist es möglich, die ernährungsphysiologische Bedeutung von Kräutern, Ölen, Obst und Gemüse sowie der darin enthaltenen sekundären Pflanzeninhaltsstoffe zu integrieren.

Es sollten alle 13 Vitamine sowie Magnesium, Kalzium und die Spurenelemente Selen, Kupfer, Eisen und Zink in ausreichend hoher Dosierung enthalten sein. Optimal ist es, wenn diese Vitalstoffe aus natürlichen Lebensmitteln gewonnen wurden und nicht im Labor synthetisch hergestellt. Untersuchungen haben gezeigt, dass natürliche Vitalstoffe vor allem in Verbindung mit den sekundären Pflanzeninhaltsstoffen eine bis zu 250-fach höhere Wirkung erzielen. Die Vitaminoide Carnitin und Coenzym Q 10 sollten enthalten sein, da sie wichtig sind für die Energiegewinnung des Herzens und eine verbesserte Ausdauer.

Borretschsamenöl und Hagebuttenkernöl, um die wichtigen Gamma-Linolen – Omega-3-Fettsäuren abzudecken.

Milchsauer vergorene Gemüsesäfte für eine gesunde Darmflora sollten enthalten sein.

Für die beste Resorption (Aufnahme in den menschlichen Körper) sollte das Produkt in flüssiger Form eingenommen werden. Diese natürliche Aufnahme ist der Tablettenform in jedem Fall vorzuziehen. Ein Nahrungsergänzungsmittel, das diese Kriterien erfüllt, versorgt den Organismus mit allen wichtigen Vitalstoffen. Erst das richtige Zusammenspiel hält gesund und fit. Ein klug entwickeltes Nahrungsergänzungsmittel sollte sich am genialen Bauplan der Natur orientieren, denn die meisten natürlichen Lebensmittel bringen eine ausgefeilte Vitalstoffmischung mit.

Nach einem kurzen Schlusswort auf der letzten redaktionell bearbeiteten Seite folgen drei Seiten Werbeanzeige mit folgendem Inhalt:

## ANZEIGE

L

# DAS MIKRONÄHRSTOFF-KONZEPT

**Enthält:**

Die sekundären Pflanzeninhaltsstoffe aus 70 hochwertigen Lebensmitteln. Eine Aufzählung dieser Stoffe würde mehrere Seiten benötigen

**Enthält:**

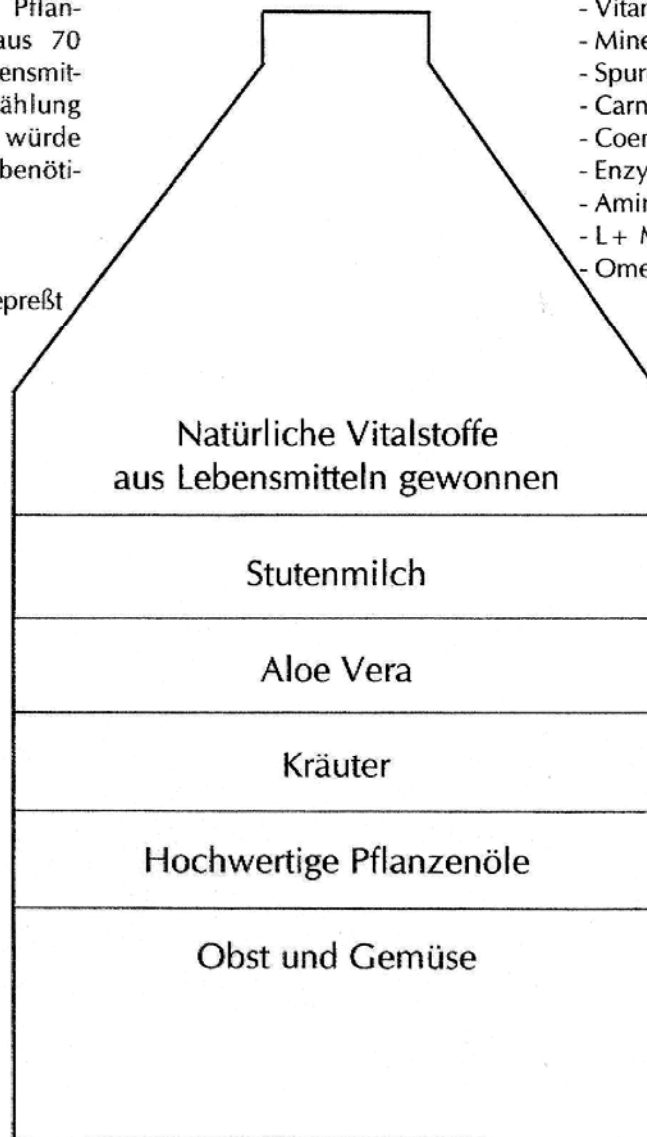
27 Kräuter - kaltgepresst

**Enthält:**

- Aloe Vera  
- Stutenmilch

**Enthält:**

- Vitamine
- Mineralstoffe
- Spurenelemente
- Carnitin
- Coenzym Q10
- Enzyme
- Aminosäuren
- L+ Milchsäurebakterien
- Omega-3-Fettsäuren



## ANZEIGE

L

### PRODUKTINFORMATION

L ist eine ausgewogene, auf die Bedürfnisse des Menschen abgestimmte Konzentration, bestehend aus Obst, Gemüse, Kräutern, Stutenmilch, AloeVera, wertvollen Pflanzenölen und aus natürlichen Lebensmitteln gewonnene Vitamine, Mineralien, Vitaminoiden und Spurenelementen.

Die Entwicklung von L basiert auf den Erkenntnissen der orthomolekularen Medizin, kombiniert mit der Wissensbasis der Naturheilkunde über die Bedeutung von Kräutern und anderen Lebensmitteln für die Gesundheit des Menschen.

An der Entwicklung über mehrere Jahre waren zahlreiche anerkannte Ernährungsspezialisten beteiligt.

L ist nicht vergleichbar mit synthetisch hergestellten Vitamintabletten.

Alle Vitamine, Mineralien, Spurenelemente oder Vitaminoiden sind aus natürlichen Lebensmitteln gewonnen bzw. in den Lebensmitteln enthalten. Durch die schonende Verarbeitung von 70 Lebensmitteln sind alle für den menschlichen Organismus wichtigen sekundären Pflanzeninhaltsstoffe enthalten.

Zahlreiche kaltgepresste Kräuter mit ihrer aktivierenden und gesundheitsfördernden Wirkung sowie milchsauer vergorene Gemüsesäfte runden das Komplettkonzept ab.

Die Reagenzgläser der Industrie können die Vielfältigkeit der natürlichen Wirkstoffe und ihre einzigartige Kombination in hochwertigen Lebensmitteln nicht kopieren.

Die Rohstoffe werden zum Großteil von regional ausgewählten Firmen bezogen. Rohstoffe aus dem Ausland werden unmittelbar vor Ort, mit einem speziellen Schonverfahren, zu Konzentraten verarbeitet. Dadurch müssen sie nicht, wie sonst üblich, unreif geerntet werden, um den Transport zu überstehen.

Das fertige Produkt wird regelmäßig vom staatlich anerkannten Lebensmittellabor Dr. B in M auf Schwermetalle, Pestizide sowie mikrobiologisch untersucht. Ebenfalls regelmäßig werden die Angaben auf der Nährwertabelle kontrolliert.



## ANZEIGE

L

### Inhaltsstoffe:

Orangen-, Apfel-, Papaya-, Trauben-, Ananas-, Maracuja-, Erdbeer-, Kirsch-, Johannisbeer-, Holunder-, Heidelbeer-, Sanddorn-, Hagebutten-, Honig-, Wassermelonen- und Zitronensaftkonzentrat, Bananenpüree, Gemüsesaftkonzentrat aus Rote Bete, Sellerie, Karotten, Gurken, Paprika, Sauerkraut, Zwiebel und Tomaten. Stutenmilch, Aloe-Vera-Saft, Acerolakirschen-Extrakt. Milchsauer vergorener Gemüsesaft aus Rote Bete, Karotten, Sellerie, Gurke, Zwiebel, Sauerkraut und Paprikamark. Brokkolipulver, Tombinamburextrakt, Fruchtzucker. Thymian-, Bärlauch-, Hagebutten-, Brennessel-, Löwenzahn-, Lindenblüten-, Melissen-, Tormentill-, Spitzwegerich-, Salbei-, Selleriekraut-, Bibernelle-, Zinnkraut-, Tausendgüldenkraut-, Ingwerwurzel-, Rosmarin-, Grüner Tee-, Hopfen-Matetee-, Waldmeister-, Anis-, Schafgarbe-, Artischocken-, Spinat-, Petersilie-, Basilikum-Extrakt. Pflanzliche Öle aus Hagebuttenkernen, Fischöl. Konservierungsstoff: Kaliumsorbat. Orangenaroma natürlich. Vitamin C; D-alpha Tocopherol = Vit. E; Thiamin = Vit. B1; Riboflavin = Vit. B2; Nicotinamid = Vit. B3; Kalzium Pantothenat = Vit. B5; Pyridoxin = Vit. B6; Folsäure = Vit. B9; Cobalamin = Vit. B12; Biotin = Vit. H. Ubichinon = Coenzym Q10; Provitamin A = Beta Carotin; L Carnitin; Sojalecithin. Calziumcarbonat, Magnesiumcarbonat. Selenhefe.

### Nährwerttabelle

10 ml Konzentrat enthalten durchschnittlich

Brennwert	65 kJ/15,4 kcal	<b>Mineralstoffe</b>	
Eiweiß	0,35 g	Magnesium	50 mg
Kohlenhydrate	2,6 g	Kalzium	100 mg
Fett	0,22 g	Kalium	100 mg
BE	0,21 BE		
<b>Vitamine</b>		<b>Spurenelemente</b>	
Vitamin C	300 mg	Selen	40 ug
Vitamin E	45 mg	Kupfer	0,2 mg
Vitamin A	50 ug	Eisen	3 mg
Provitamin A (Beta Karotin)	2 mg	Zink	2 mg
Vitamin B1	3 mg	Mangan	0,5 mg
Vitamin B2	4 mg	Chrom	15 ug
Vitamin B3	50 mg	Jod	10 ug
Vitamin B5	10 mg	Molybdän	20 ug
Vitamin B6	4 mg		
Vitamin B9 (Folsäure)	400 ug	<b>Vitamine</b>	
Vitamin B12	5 ug	Carnitin	50 mg
Vitamin H (Biotin)	100 ug	Coenzym Q10	5 mg
Vitamin K	30 ug	Omega-3-Fettsäuren	30 mg
Vitamin D	0,5 ug		

Der Beklagte sandte vor dem 3.3.2004 an den Geschäftsführer der L. GmbH folgendes Schreiben (vgl. Anlage K 6):

Sehr geehrter Herr T.,

ich möchte Sie als Arzt, der sich seit vielen Jahren mit Naturheilverfahren beschäftigt, ganz herzlich zu dem von Ihnen vertriebenen Produkt L. beglückwünschen.

Seit einigen Jahren bin ich schon auf der Suche nach einem Nahrungsergänzungsmittel, das ich meinen Patienten uneingeschränkt empfehlen kann. Mit L. habe ich dieses nun endlich gefunden.

Bisher hatte noch jedes von mir getestete Produkt den einen oder anderen Haken, ganz egal, ob es sich um einheimische, europäische oder amerikanische Firmen handelte.

Meines Wissens ist L. das einzige Produkt auf dem Markt, das alle Empfehlungen der Ernährungswissenschaftler zur täglichen Nahrungsergänzung in einem Produkt vereint:

- Abdeckung aller empfohlenen Vitamine in einer ausreichend hohen Dosierung, so dass man auch im Sinne der orthomolekularen Medizin behandeln kann.
- Abdeckung aller empfohlenen Mineralien und Spurenelemente.
- Berücksichtigung der wichtigen Energievitamine Carnitin und Coenzym Q 10.
- Integrierung der Omega 3 und 6 Fettsäuren durch pflanzliche Öle.
- Darmaktive Substanzen zur Verbesserung der Darmflora durch sauer vergorene Obst- und Gemüsesäfte.
- Kräuterextrakte, die als Biokatalysatoren wirken und die Entgiftungsorgane anregen.
- Bioaktivstoffe aus 70 verschiedenen Lebensmitteln, wodurch eine breite Abdeckung der sekundären Pflanzeninhaltsstoffe gewährleistet ist.
- Hohe Patientenakzeptanz, u.a. auch durch die Form als Saftkonzentrat.
- Optimale Resorption (Aufnahme) der enthaltenen Vitalstoffe durch die flüssige Darreichungsform.

Auch meine Patienten sind von L. regelrecht begeistert. Viele berichten mir schon nach ein bis zwei Wochen von einer spürbaren Verbesserung des Allgemeinzustands, einige bemerken auch psychische Fortschritte, eine erhöhte Stressresistenz und nicht zuletzt ein verbessertes Abwehrsystem.

Aus der Erfahrung mit Patienten, die L. schon länger einnehmen, lassen sich auch Vorteile bei bestehenden Erkrankungen erkennen: So konnte ich mehrfach beobachten, dass sich bei Diabetikern die Blutzuckerwerte verbesserten, dass sich erhöhte Blutdruckwerte im Durchschnitt nach unten veränderten und mit weniger Medikamenten einzustellen waren. Auffällig war auch die vereinzelte Normalisierung der Sehstärke und des Augeninnendruckes („Grüner Star“). Diese Beobachtungen werden auch von anderen Kollegen bestätigt, die L. ihren Patienten schon seit längerem empfehlen.

Ich bin überzeugt davon, dass ich mit L. ein Hilfsmittel zur Hand habe, mit dem ich den Gesundheitszustand meiner Patienten auf lange Sicht deutlich verbessern kann. Ich möchte hier nur die vielen Studien zu den Themenbereichen Vorbeugung von Herz- und Gefäßerkrankungen oder auch Tumorerkrankungen nennen.

Zusammenfassend möchte ich sagen, dass wir – meine Patienten und ich – äußerst zufrieden sind mit Ihrem neuen L .

Das Schreiben war unter der Adresse [www.p.at](http://www.p.at) im Internet abrufbar, ohne dass der

Beklagte zugestimmt hätte, dass es dort eingestellt werde.

Der Kläger ist der Auffassung, einziger Zweck der Broschüre sei die Schleichwerbung für das Produkt L. unter Umgehung gesetzlicher Werbeverbote. Die Wettbewerbsabsicht ergebe sich aus der Darstellung der dem Beklagten wichtigen Kriterien, die schon im Einzelnen schwer zu erfüllen seien, in ihrer Gesamtheit jedoch wohl nur bei einem einzigen Nahrungsergänzungsmittel, eben L, vorlägen, und dem Umstand, dass sich unmittelbar an diese Darstellung eine Werbung für dieses Produkt anschließe. Für die Wettbewerbsförderungsabsicht des Beklagten sprächen auch die engen Verbindungen zwischen dem Beklagten und der L. GmbH. Der Sinn der Versendung der Broschüre durch die L. GmbH ergebe sich nicht aus der darin enthaltenen als solche gekennzeichneten Anzeige, sondern nur unter Berücksichtigung der positiven Darstellung ihres Produkts im redaktionellen Teil. Auch das im Internet veröffentlichte Schreiben zeige die Wettbewerbsabsicht, weil für eine Zeitinvestition, wie sie mit einem derartigen Schreiben verbunden sei, nur ein Anlass bestehe, wenn sie sich für die ärztliche Praxis – ein Wirtschaftsunternehmen – mittelbar oder unmittelbar Gewinn fördernd auswirke. Da der Leser nicht erkennen könne, dass die Broschüre ausschließlich der Werbung diene, liege ein Verstoß gegen § 11 Nr. 9 HWG und gleichzeitig ein solcher gegen § 3 HWG und § 3 UWG a.F. vor.

Der Kläger hat beantragt,

den Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln zu untersagen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs für das Nahrungsergänzungsmittel L. zu werben mit der Broschüre

Lebensmittel und Vitalstoffe

Die Basis der Gesundheit

Erkenntnisse über die optimale Ergänzung der Gesundheitsstoffe in natürlichen Lebensmitteln, für die Erhaltung der Gesundheit und zur Unterstützung bei Krankheiten.

Der Beklagte hat beantragt,  
die Klage abzuweisen.

Er hat die Auffassung vertreten, der Klageantrag sei nicht hinreichend bestimmt, weil er die konkrete Verletzungsform, die der Kläger beanstanden wolle, nicht erkennen lasse. In der Sache hat er vorgetragen, die Broschüre diene allein der Information (potentieller) Patienten und damit natürlich auch der Werbung für seine eigene Praxis. Es sei weder Haupt- noch Nebenzweck des inhaltlich-fachlichen Textbeitrags, Werbung für ein Produkt der L. GmbH zu treiben. Er hat die Auffassung vertreten, der Text auf der vorletzten redaktionell bearbeiteten Seite der Broschüre stelle keine mittelbare Werbung für das Produkt L. dar.

Mit Urteil vom 10.8.2004 hat das LG München I den Beklagten antragsgemäß verurteilt. Auf die tatsächlichen Feststellungen dieses Urteils wird Bezug genommen. Zur Begründung hat das LG im Wesentlichen ausgeführt, die streitgegenständliche Broschüre stelle eine Wettbewerbshandlung des Beklagten für das Produkt L. dar, die unlauter i.S.d. § 3 UWG i.V.m. § 4 Nr. 3 UWG sei, weil der Werbecharakter der Broschüre verschleiert werde. Gemäß § 8 Abs. 1 UWG stehe dem Kläger der geltend gemachte Unterlassungsanspruch zu. Der Klageantrag sei auch hinreichend bestimmt, weil lediglich die konkret vorliegende Broschüre entsprechend der Anlage K 2 verboten werde; würde der Beklagte nunmehr inhaltliche Änderungen vornehmen, so müsse möglicherweise erneut geprüft werden, ob der Beklagte durch die Herausgabe einer solchen geänderten Broschüre erneut gegen gesetzliche Verbote verstoße.

Hiergegen wendet sich die Berufung des Beklagten. Er trägt nunmehr vor, die Broschüre aus publizistischen und wissenschaftlichen Gründen sowie zum Zweck der Aufklärung der Allgemeinheit über das Thema der gesunden Ernährung zu veröffentlichen. Da im redaktionellen Teil der Broschüre das Produkt L. nicht ausdrücklich genannt werde, könne keine Schleichwerbung dafür vorliegen.

Er beantragt,

unter Abänderung des Urteils des LG die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,  
die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt das angegriffene Urteil.

Im Übrigen wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und auf das Protokoll des Termins vom 20.1.2005 Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung hat keinen Erfolg.

1. Der Klageantrag und ihm folgend der Verbotstenor des angegriffenen Urteils sind hinreichend bestimmt. Sie umreißen mit der erforderlichen Genauigkeit, welche Handlung dem Beklagten untersagt wird, nämlich für das Produkt L. mit der durch ihren Titel beschriebenen Broschüre zu werben.

a) Der Begriff des Werbens als Handlungsweise ist zwischen den Parteien nicht streitig und im Interesse einer sachgerechten Titulierung zulässig (Baumbach/Hefermehl/ Köhler, Wettbewerbsrecht, 23. Aufl. 2004, § 12 UWG Rz. 2.38, m.w.N.). Ob die Broschüre tatsächlich (Schleich-)Werbung darstellt, betrifft dagegen nicht die Frage, welche Handlungen mit der Broschüre dem Beklagten verboten werden, sondern diejenige nach der Unlauterkeit der jeweiligen Handlungen und ist deshalb keine Frage der Bestimmtheit des Klageantrags, sondern eine der Begründetheit der Klage.

b) Auch die Bezugnahme auf die gesamte Broschüre ohne Nennung der einzelnen Textstellen, aus denen die Einschätzung als Schleichwerbung hergeleitet wird, ist zulässig. Damit wird lediglich die Handlung so beschrieben, wie sie begangen worden ist. Für den Beklagten kann nicht zweifelhaft sein, wie er sich in Zukunft zu verhalten hat. Er hat künftig jede Werbehandlung zu unterlassen, die die gesamte Broschüre in der Fassung, die sich aus Anlage K 2 ergibt, betrifft (BGH v. 26.10.2000 – I ZR 180/98, MDR 2001, 763 = BGHReport 2001, 391 = GRUR 2001, 453 [454] – TCM-Zentrum, m.w.N.). Sollte der Beklagte den Inhalt der Bro-

schüre verändern und den geänderten Inhalt veröffentlichen, so wäre nach den allgemeinen Grundsätzen der Lehre vom Kernbereich eines Verbots zu entscheiden, ob er dadurch gegen das ausgesprochene Verbot verstößt (Baumbach/Hefermehl/Köhler, Wettbewerbsrecht, 23. Aufl. 2004, § 12 UWG Rz. 6.4, m.w.N.).

Angesichts des Umfangs der Broschüre ist es auch zulässig, von ihrer Aufnahme in den Urteilstenor selbst abzusehen (BGH v. 14.10.1999 – I ZR 117/97, MDR 2000, 896 = GRUR 2000, 228 f. – Musical-Gala, m.w.N.).

2. Der Kläger steht der geltend gemachte Unterlassungsanspruch gem. § 8 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Nr. 2 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3.7.2004 (im Folgenden: UWG) zu, weil die Veröffentlichung der Broschüre gegen § 3 UWG i.V.m. § 4 Nr. 3 UWG verstößt und zur Zeit der Geltung des Gesetzes gegen den Unlauteren Wettbewerb vom 7.6.1909 (im Folgenden: UWG a.F.) als sittenwidrig i.S.d. § 1 UWG a.F. anzusehen war.

a) Der Kläger macht einen in die Zukunft gerichteten wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch, der auf Wiederholungsgefahr gestützt ist, geltend. Ein solcher Anspruch besteht nur, wenn das beanstandete Wettbewerbsverhalten unter der Geltung des UWG a.F. einen solchen Unterlassungsanspruch begründet hat und dieser Anspruch auch auf der Grundlage der zur Zeit der Entscheidung geltenden Rechtslage nach dem UWG noch gegeben ist (BGH v. 9.9.2004 – I ZR 93/02, CR 2005, 338 m. Anm. Hartwig = BGHReport 2005, 731 = GRUR 2005, 443 [444] – Ansprechen in der Öffentlichkeit II, m.w.N.).

b) Die Veröffentlichung der Broschüre ist eine Wettbewerbshandlung und unterliegt deshalb dem Recht des unlauteren Wettbewerbs. Gemäß § 2 Nr. 1 UWG ist Wettbewerbshandlung jede Handlung mit dem Ziel, zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens den Absatz oder den Bezug von Waren zu fördern. Dabei muss die Handlung einerseits objektiv geeignet sein, den Warenabsatz oder -bezug zu fördern, und andererseits von einer darauf gerichteten Absicht getragen werden (BGH v. 1.4.2004 – I ZR 317/01, MDR 2004, 1432 = CR 2004, 613 m. Anm. Dietlein = BGHReport 2004, 1172 = GRUR 2004, 693 [694] – Schöner Wetten, m.w.N.). Entsprechend war die Handlung zur Zeit der Geltung des UWG a.F. als solche zum Zwecke des Wettbewerbs anzusehen.

aa) Die streitgegenständliche Broschüre ist objektiv geeignet, den Wettbewerb sowohl des Beklagten als Arztes als auch der Hersteller von Nahrungsergän-

zungsmitteln zu fördern. Insbesondere befürwortet die Broschüre den Konsum von Nahrungsergänzungsmitteln und ist deshalb geeignet, sich insoweit nachfragefördernd auszuwirken.

bb) Der Beklagte handelte auch in Wettbewerbsabsicht.

(1) Das hat er hinsichtlich der Absicht, den eigenen Wettbewerb um Patienten zu fördern, im ersten Rechtszug selbst eingeräumt. Sein entgegenstehender Vortrag im Berufungsverfahren ist gem. § 531 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 ZPO unbeachtlich.

(2) Aber auch die Absicht, mit der Broschüre den Wettbewerb der L. GmbH zu fördern, steht bei einer Würdigung aller Umstände des Streitfalls fest.

aaa) Für die Annahme einer solchen Absicht streitet keine Vermutung, weil eine solche nur hinsichtlich der Förderung eigenen Wettbewerbs besteht (BGH v. 1.4.2004 – I ZR 317/01, MDR 2004, 1432 = CR 2004, 613 m. Anm. Dietlein = BGHReport 2004, 1172 = GRUR 2004, 693 [694] – Schöner Wetten, m.w.N) und das Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit dem entgegensteht (BGH v. 12.6.1997 – I ZR 36/95, MDR 1998, 300 = GRUR 1998, 167 [168] – Restaurantführer, m.w.N.). Ob der Beklagte sich daneben für seine Broschüre auf die Gewährleistungen des Grundrechts der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) berufen kann, bedarf keiner Erörterung, da diese Gewährleistungen jedenfalls nicht weiter reichen. Insbesondere steht die Einstufung einer Veröffentlichung als wissenschaftliches Werk der Annahme einer daneben bestehenden Wettbewerbsabsicht ebenso wenig entgegen, wie das bei Veröffentlichungen im Bereich der ebenfalls vorbehaltlos gewährten Kunstfreiheit der Fall ist (BGH v. 6.7.1995 – I ZR 58/93, MDR 1996, 382 = GRUR 1995, 744 [747] – Feuer, Eis & Dynamit I, für die Kunstfreiheit; GRUR 1964, 389 [391] – Fußbekleidung, für die Wissenschaftsfreiheit). Die auf Förderung des eigenen oder fremden Wettbewerbs gerichtete Absicht braucht nicht der alleinige und auch nicht der wesentliche Beweggrund der Handlung zu sein, solange sie nicht hinter anderen Beweggründen völlig zurücktritt (BGH v. 13.2.2003 – I ZR 41/00, BGHReport 2003, 1149 = GRUR 2003, 800 [801] – Schachcomputerkatalog, m.w.N.). Mangels Vermutung kann aber in solchen Fällen von einer Wettbewerbsabsicht nur ausgegangen werden, wenn sie positiv festgestellt ist.

bbb) Davon ist im Streitfall auszugehen.

Dafür, dass die Aufzählung der Kriterien für ein gutes Nahrungsergänzungsmittel und die sich daran anschließenden Wertungen zumindest auch in der Absicht erfolgten, den Absatz des in der sich anschließenden Anzeige beworbenen Produkts zu fördern, spricht schon die nahezu lückenlose Übereinstimmung der vom Beklagten aufgestellten Kriterien mit den in der Anzeige dargestellten Eigenschaften des Produkts. Aus der Flaschenumrisslinie in der Anzeige und dem bei der dort enthaltenen Nährwerttabelle verwendeten Flüssigkeitsmaß „10 ml“ (Milliliter) ergibt sich, dass das Produkt L. in flüssiger Darreichungsform vorliegt; mehrfach wird betont, dass es aus natürlichen Lebensmitteln gewonnen werde; die Tabelle selbst nennt als Inhaltsstoffe u.a. dreizehn Vitamine und ein Provitamin, Magnesium, Kalzium, Selen, Kupfer, Eisen und Zink sowie Carnitin, Coenzym Q 10 und Omega-3-Fettsäuren; in der Liste der Inhaltsstoffe sind schließlich u.a. milchsauer vergorener Säfte aus verschiedenen Gemüsen sowie Öle aus Habebuttenkernen genannt. Diese Aufzählung findet sich nahezu identisch in den vom Beklagten genannten Kriterien für ein gutes Nahrungsergänzungsmittel wieder: Es sollte aus natürlichen Lebensmitteln gewonnen sein; in ihm sollten alle dreizehn Vitamine enthalten sein; daneben sollte es folgende Stoffe enthalten: Magnesium, Kalzium, Selen, Kupfer, Eisen und Zink sowie Carnitin und Coenzym Q 10; als weitere Inhaltsstoffe werden Borretschsamenöl und Hagebuttenkernöl sowie milchsauer vergorene Gemüsesäfte empfohlen; schließlich stellt der Beklagte die Bedeutung der flüssigen Darreichungsform heraus. Mit Ausnahme des Borretschsamenöls, das lediglich neben dem im Produkt enthaltenen Hagebuttenkernöl zur Deckung des Bedarf an – ebenfalls im Produkt enthaltenen – Omega-3-Fettsäuren genannt wird, deckt sich diese Empfehlung bis hin zur Reihenfolge der genannten Metalle mit den Angaben zum beworbenen Produkt. Anschließend wird ein Nahrungsergänzungsmittel, das diese Kriterien erfüllt, als „klug entwickelt“ bezeichnet, mit dem „genialen Bauplan der Natur“ in Verbindung gebracht und auf die „ausgefeilte Vitalstoffmischung“ der meisten natürlichen Lebensmittel – aus denen ein solches Nahrungsergänzungsmittel hergestellt werden soll – verwiesen. Auch wenn die vom Beklagten aufgezählten Kriterien objektiv gerechtfertigt sein sollten, sprechen diese Anpreisungen im Zusammenwirken mit der unmittelbaren Gegenüberstellung zur Werbeanzeige dafür, dass dieser Abschnitt der Broschüre zumindest auch in der Absicht erfolgte, den Umsatz des als derartig ideal beschriebenen

Produkts zu fördern.

Vollends zwingend ergibt sich diese Absicht aus dem Schreiben des Beklagten an den Geschäftsführer des Herstellerunternehmens. Mag der Beklagte auch der Veröffentlichung an derjenigen Stelle im Internet, an der der Kläger es gefunden hat, nicht zugestimmt haben, so ergibt sich doch schon aus dem Inhalt des Schreibens, dass es zur Weitergabe an medizinische Laien und damit zur Werbung für das Produkt L. bestimmt war. Neben dem grundsätzlich anpreisenden Tonfall zeigt das die allgemeinverständliche Erläuterung medizinischer Ausdrücke (Resorption; „Grüner Star“). Die inhaltliche Übereinstimmung des unzweifelhaft in der Absicht der Absatzförderung verfassten Schreibens mit den Empfehlungen in der streitgegenständlichen Broschüre zeigen, dass auch die Broschüre zumindest insoweit in derselben Wettbewerbsabsicht veröffentlicht wird.

c) Der Text mit der Überschrift WIE ERKENNE ICH ALSO EIN GUTES NAHRUNGSERGÄNZUNGSMITTEL? im redaktionellen Teil der Broschüre verschleiert seinen Werbecharakter und ist deshalb unlauter i.S.d. § 3 i.V.m. § 4 Nr. 3 UWG und sittenwidrig i.S.d. § 1 UWG a.F.

aa) Der genannte Text enthält übermäßig anpreisende Werbeaussagen und ist deshalb nicht als lediglich redaktioneller Text ohne Werbecharakter anzusehen. Er erschöpft sich, wie dargestellt, nicht in einer bloßen Aufzählung der Kriterien, sondern preist darüber hinaus ein Produkt, das die genannten Kriterien erfüllt, in einer Weise an, die von einem werblichen Überschuss ohne sachliche Rechtfertigung geprägt ist (BGH v. 30.4.1997 – I ZR 154/95, BRAK 1997, 267 = MDR 1997, 1144 = CR 1997, 691 = GRUR 1997, 914 [915] – Die Besten II, m.w.N.). Zudem spricht auch die unmittelbare räumliche Nähe des Texts zur Werbeanzeige für einen solchen Werbecharakter (BGH v. 5.6.1997 – I ZR 69/95, MDR 1998, 301 = GRUR 1998, 489 [492 f.] – Unbestimmter Unterlassungsantrag III; v. 3.2.1994 – I ZR 321/91, MDR 1994, 1105 = GRUR 1994, 441 [442] – Kosmetikstudio).

bb) Dieser Werbecharakter wird verschleiert. Der Leser der Broschüre misst dem redaktionellen Text des Beklagten, der für sich Vertrauen in seine Sachkompetenz als im Bereich der Nahrungsergänzungsmittel erfahrener Arzt in Anspruch nimmt, als fachlich orientierter und neutraler Instanz größere Bedeutung bei und steht ihm unkritischer gegenüber als den werbenden Behauptungen von Inserenten (BGH v. 5.6.1997 – I ZR 69/95, MDR 1998, 301 = GRUR 1998, 489 [493] – Unbestimmter Unterlassungsantrag III, m.w.N.). Er erwartet nicht, dass in einem derartigen Text Werbung enthalten ist und kann sie nicht klar als solche erkennen. Seine Platzierung im redaktionellen Teil der Broschüre verschleiert daher den Werbecharakter dieses Texts (Köhler, Wettbewerbsrecht, 23. Aufl. 2004, § 4 UWG Rz. 3.11). Das erfüllt den Tatbestand des § 4 Nr. 3 UWG und ist damit unlauter i.S.d. § 3 UWG. Diese Vorgehensweise trifft auch der Vorwurf der Sittenwidrigkeit i.S.d. § 1 UWG a.F., denn wer unter der redaktionellen Tarnkappe Wirtschaftswerbung betreibt, handelte auch nach altem Recht wettbewerbswidrig (BGH v. 30.4.1997 – I ZR 154/95, BRAK 1997, 267 = MDR 1997, 1144 = CR 1997, 691 = GRUR 1997, 914 [915 f.] – Die Besten II, m.w.N.).

cc) Die angegriffene unlautere Wettbewerbshandlung ist geeignet, den Wettbewerb zum Nachteil sowohl der Verbraucher als auch anderer Hersteller von Nahrungsergänzungsmitteln, die sonstige Marktteilnehmer sind, nicht nur unerheblich, sondern wesentlich zu beeinträchtigen und ist deshalb gem. § 3 UWG unzulässig. Wegen dieser Eignung zur wesentlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs begründete sie auch nach § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG a.F. einen Anspruch des Klägers auf Unterlassung.

Die Inanspruchnahme von Vertrauen in seine Eigenschaft als Arzt ermöglicht es dem Beklagten, bei medizinisch nicht fachkundigen Lesern, an die sich die Broschüre richtet, in besonders wirksamer Weise den Eindruck zu erwecken, gerade das anschließend offen beworbene Produkt verdiene besondere Wertschätzung. Da einem Arzt wegen seiner Verpflichtung, in Gesundheitsfragen ausschließlich im Interesse seiner Patienten zu handeln, auf diesem Gebiet ein erhöhtes Vertrauen entgegengebracht wird, beeinflusst der Beklagte durch das Ausnutzen dieses Vertrauens besonders wirksam die freie EntschlieÙung des Lesers als Kunden, ohne dass der sich dessen bewusst würde, und gefährdet damit die Funktionsfähigkeit des an der Leistung orientierten Wettbewerbs nachhaltig (BVerfG v. 7.11.2002 – 1 BvR 580/02, MDR 2003, 344 = NJW 2003, 277 [278] – JUVE-Handbuch, m.w.N.).

Daneben werden auch andere Hersteller von Nahrungsergänzungsmitteln in ihrem Wettbewerb um Käufer benachteiligt, weil diesen die vom Beklagten zugunsten der Herstellerin des Produkts L. betriebene Werbemöglichkeit verschlossen bleibt. Schon wegen der besonderen Qualität, die das einem Arzt entgegengebrachte Vertrauen hat, ist auch der durch eine dieses Vertrauen missbrauchende Werbung bewirkte Wettbewerbsnachteil nicht unerheblich.

(3) Insgesamt wird der Leistungswettbewerb durch das unlautere Verhalten des Beklagten in einem solchen Maße beeinträchtigt, dass ein Verbot dieses Verhaltens auch unter Berücksichtigung des grundrechtlichen Schutzes der Broschüre als MeinungsäuÙerung gem. Art. 5 Abs. 1 GG gerechtfertigt ist (BVerfG v. 7.11.2002 – 1 BvR 580/02, MDR 2003, 344 = NJW 2003, 277 [278] – JUVE-Handbuch; GRUR 2002, 455 [456] – Tier- und Artenschutz; v. 1.8.2001 – 1 BvR

1188/92, GRUR 2001, 1058 [1060] – Therapeutische Äquivalenz).

Das Verbot ist auch verhältnismäßig. Insbesondere kann dahin stehen, ob klarstellende Zusätze ausreichen können, um die durch die Verschleierung der Werbung hervorgerufene Beeinträchtigung des Leistungswettbewerbs auszuschließen (BVerfG v. 7.11.2002 – 1 BvR 580/02, MDR 2003, 344 = NJW 2003, 277 [279] – JUVE-Handbuch). Solange die Broschüre nicht in der konkreten Verletzungsform, in der sie bislang vom Beklagten herausgegeben wird, verboten ist, bleibt der Leistungswettbewerb in der durch die gesetzlichen Regelungen der §§ 3 und 4 Nr. 3 UWG missbilligten Weise beeinträchtigt. Ob klarstellende Zusätze oder sonstige Abänderungen geeignet sind, dieser Beeinträchtigung zu begegnen, ist nicht im Erkenntnisverfahren zu prüfen. Vielmehr wäre in einem Verfahren gem. § 890 ZPO unter Berücksichtigung der Bedeutung der Meinungsäußerungsfreiheit zu prüfen, ob der Beklagte noch gegen das Verbot verstößt, wenn er seine Broschüre in abgeänderter Weise herausgeben sollte (Köhler, Wettbewerbsrecht, 23. Aufl. 2004, § 12 UWG Rz. 6.4, m.w.N.).

c) Es kann dahinstehen, ob der sonstige Inhalt der Broschüre alle Umstände, die nach wissenschaftlichen Maßstäben in die Untersuchung hätten einfließen müssen, berücksichtigt, deshalb wissenschaftlichen Anforderungen genügt (BGH GRUR 2002, 6333 [634] – Hormonersatztherapie) und damit am Schutz der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) Teil hat. Auch wenn das der Fall sein sollte, geböte die durch Art. 5 Abs. 3 GG verbürgte grundrechtliche Gewährleistung keine dem Beklagten günstigere Beurteilung, weil das Werbeverbot in diese Freiheit nicht eingreift (BVerfG v. 19.11.1985 – 1 BvR 934/82, BVerfGE 71, 162 [176] = GRUR 1986, 382 [385] – Arztwerbung; BGH v. 9.7.1998 – I ZR 72/96, GRUR 1999, 179 [182] – Patientenwerbung).

3. Da der Klageanspruch bereits wegen eines Verstoßes gegen § 4 Nr. 3 UWG gegeben ist, bedarf es keiner Erörterung mehr, ob die Werbung für Nahrungsergänzungsmittel dem Heilmittelwerbegesetz unterliegt und im Streitfall auch ein Wettbewerbsverstoß gem. § 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 11 Abs. 1 Nr. 9 HWG gegeben ist.

III.

1. Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

2. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708  
Nr. 10, 713 ZPO.

3. Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) und auch die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO nicht vorliegen (BGH v. 1.10.2002 – XI ZR 71/02, MDR 2003, 104 = BGHReport 2002, 1107 m. Anm. Schultz = NJW 2003, 65 ff.). Die Rechtssache erfordert, wie die Ausführungen unter II. zeigen, lediglich die Anwendung gesicherter Rechtsprechungsgrundsätze auf den Einzelfall.

Zwirlein,

Dr. Kartzke,

Cassardt,

VorsRiOLG

RiOLG

RiOLG