

# **Zu den Anforderungen an die Darlegungs- und Glaubhaftmachungslast im Eilverfahren bei irreführender Werbung mit Gesundheitsbezug**

**Oberlandesgericht Frankfurt am Main**

**Beschluss vom 21.03.2016**

**Az.: 6 W 21/16**

## **Tenor**

Auf die Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss der 6. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main vom 7.12.2015 teilweise abgeändert.

Dem Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Verfügung wegen Dringlichkeit ohne mündliche Verhandlung bei Meidung eines vom Gericht für jeden Einzelfall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu € 250.000,00 ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, weiter untersagt, im geschäftlichen Verkehr

Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Die Kosten des Eilverfahrens erster Instanz haben zu 5/7 der Antragsteller und zu 2/7 der Antragsgegner zu tragen. Die Kosten des Berufungsverfahrens hat zu 5/6 der Antragsteller

und zu 1/6 der Antragsgegner zu tragen.

Der Streitwert des Beschwerdeverfahrens wird auf € 21.000,00 festgesetzt.

## **Entscheidungsgründe**

I. Der Antragsteller ist ein rechtsfähiger Verband. Der Antragsgegner ist Facharzt für Orthopädie. Er warb mit den aus der Anlage A3 ersichtlichen Angaben im Internet für verschiedene Behandlungen. Auf die Abmahnung des Antragstellers hat er die aus den Anlagen A22 und A23 ersichtlichen Teilunterlassungserklärungen abgegeben.

Auf Antrag des Antragstellers hat das Landgericht dem Antragsgegner mit Beschluss – einstweilige Verfügung – vom 7.12.2015 gemäß dem Antrag zu 7. der Antragschrift untersagt, für das Behandlungsverfahren der Akupunktur mit bestimmten Anwendungsgebieten zu werben. Im Übrigen (Anträge zu 1. bis 6.) hat es den Eilantrag zurückgewiesen. Im Hinblick auf die aus den Anlagen A22 und A23 ersichtlichen Teilunterlassungserklärungen fehle es an der Wiederholungsgefahr. Außerdem fehle es am Verfügungsgrund, weil das Eilverfahren für das Führen von Wirksamkeitsnachweisen ungeeignet sei.

Mit der Beschwerde verfolgt der Antragsteller die vom Landgericht zurückgewiesenen Unterlassungsanträge weiter. Der Antragsgegner beantragt die Zurückweisung der Beschwerde.

Die Beschwerde hat nur zum Teil Erfolg.

1. Es besteht ein Verfügungsgrund.

Die Dringlichkeit wird nach § 12 II UWG vermutet. Entgegen der Ansicht des Landgerichts fehlt es an dem Verfügungsgrund als besonderer Form des Rechtsschutzbedürfnisses nicht deshalb, weil der Verfahrensgegenstand für das Eilverfahren

„ungeeignet“ ist. Die Ungeeignetheit kann insbesondere nicht aus dem Umstand abgeleitet werden, dass ein positiver oder negativer Vollbeweis der Wirksamkeit eines Behandlungsverfahrens im Eilverfahren nicht geführt werden kann. Die Frage der hinreichenden Glaubhaftmachung hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Die Glaubhaftmachung, dass eine gesundheitsbezogene Angabe nicht gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnis entspricht, obliegt zunächst dem Antragsteller als Unterlassungsgläubiger. Lässt sich die fachliche Umstrittenheit mit den im Eilverfahren zugelassenen Mitteln nicht hinreichend glaubhaft machen, fehlt es am Verfügungsanspruch. Dies muss jeweils im Einzelfall geprüft werden und nimmt dem Eilantrag nicht das Rechtsschutzbedürfnis. Bestehen ausreichende Anhaltspunkte dafür, dass der Antragsgegner mit einer fachlich zumindest umstrittenen Meinung geworben hat, ohne auf die fehlende wissenschaftliche Absicherung hinzuweisen, kommt es zu einer Umkehrung der Darlegungs- und Glaubhaftmachungslast (vgl. – für das Hauptsacheverfahren – BGH GRUR 2013, 649 Rn. 32 [BGH 06.02.2013 – I ZR 62/11] – Basisinsulin mit Gewichtsvorteil). Der Antragsgegner muss die wissenschaftliche Absicherung seiner Aussagen glaubhaft machen. Dies ist grundsätzlich auch mit den Mitteln des Eilverfahrens möglich, weil die wissenschaftliche Absicherung des Wirkungsversprechens bereits im Zeitpunkt der Werbung dokumentiert sein muss. Auch im Hauptsacheverfahren reicht es nicht aus, wenn er sich erst im Prozess auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens beruft (OLG Frankfurt, OLG- RR 2003, 295; OLG Hamm, GRUR-RR 2014, 412; Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Aufl., § 5 Rn. 3.26). Etwaigen Schwierigkeiten, die sich möglicherweise hinsichtlich der Aussagekraft vorgelegter Studien ergeben, kann und muss im Eilverfahren durch sachgerechte Anforderungen an den Grad der Glaubhaftmachung Rechnung getragen werden.

2. Der Antragsteller ist nach §§ 2, 3 Abs. 1 Nr. 2 UKlaG, 8, I, III Nr. 2 UWG prozessführungsbefugt.

Der Antragsteller ist ein rechtsfähiger Verband zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen seiner Mitglieder. Sowohl der Senat als auch der BGH haben immer wieder anerkannt, dass er nach seiner personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande ist, seine satzungsgemäßen Aufgaben tatsächlich wahrzunehmen. Hierfür spricht eine tatsächliche Vermutung (vgl. BGH GRUR 1997, 476 [BGH 14.11.1996 – I ZR 164/94] – Geburtstagswerbung II; Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Aufl., § 8 Rn. 3.49). Denn der Antragsteller geht unstreitig seit Jahrzehnten in erheblichem Umfang gegen Verstöße gegen das Heilmittelwerberecht sowohl außergerichtlich als auch gerichtlich vor. Der Vortrag in der Beschwerdeerwiderung vermag die tatsächliche Vermutung nicht zu entkräften. Insbesondere genügen hierfür nicht die vorgetragenen Äußerungen der Geschäftsführerin des Antragsstellers in einigen, Jahre zurückliegenden Verfahren. Es genügen auch nicht die überschlägigen Berechnungen des Kostenrisikos, wenn die Prozessbevollmächtigten des Antragsstellers die gesetzlichen Gebühren verlangen und nicht pauschal abrechnen würden. All diese Umstände ändern nichts daran, dass der Antragsteller offensichtlich nach wie vor in der Lage ist, seine Aufgaben zu erfüllen.

Dem Antragsteller gehört auch eine erhebliche Zahl von Unternehmern an, die auf demselben Markt tätig sind wie der Beklagte. Der Begriff der Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art im Sinne des § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG ist weit auszulegen (BGH GRUR 2015, 1140 Rn. 11 [BGH 16.04.2015 – I ZR 27/14] – Bohnengewächsextrakt). Ausweislich der glaubhaft gemachten Mitgliederliste gehören dem Antragsteller unter anderem Ärztekammern, Ärzte, Kliniken und Unternehmen für Naturheilmittel an. Dies ist ausreichend.

3. Ohne Erfolg beruft sich der Antragsgegner auf den Rechtsmissbrauchseinwand (§ 8 Abs. 4 UWG). Hierfür reicht es insbesondere nicht aus, dass die Prozessbevollmächtigten des Antragsstellers angeblich kein Honorar verlangen, wenn der

Antragsteller einen Prozess verliert. Der Vorwurf, vorwiegend Aufwendungsersatzansprüche entstehen lassen zu wollen, setzt – da dem Antragsteller solche Ansprüche selbst nicht zustehen – den Vorwurf eines kollusiven Zusammenwirkens mit dem beauftragten Anwalt in der Weise voraus, dass der Anwalt zum Zwecke der Erzeugung eigener Gebührenansprüche seinen Mandanten vollständig oder zum größten Teil von den mit der Führung der Prozesse verbundenen Kostenrisiken freistellt, d.h. die Partei nur als „Strohmann“ ihres Anwalts fungiert (vgl. Senat Urteil vom 24.9.2015 – 6 U 60/15; juris-Tz. 42 m.w.N.). Für eine Freistellung von sämtlichen Kostenrisiken (also auch der Gerichtskosten und der Kosten für den gegnerischen Prozessbevollmächtigten) sind hinreichende Anhaltspunkte weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Gegen eine bloße „Strohmann“-Eigenschaft des Antragsstellers spricht außerdem, dass er über eine Vielzahl von Mitgliedern verfügt, darunter namhafte Verbände und Landesärztekammern. Entgegen der Ansicht des Antragsgegners handelt es sich hierbei auch nicht nur um „Scheinmitglieder“. Dies kann jedenfalls allein aus der Höhe der Mitgliedsbeiträge nicht abgeleitet werden. Entgegen der Ansicht des Antragsgegners ist auch die in der Entscheidung „Bauheizgerät“ dargelegte Summe an Indizien für einen Rechtsmissbrauch hier nicht gegeben (vgl. BGH GRUR 2012, 730, [BGH 15.12.2011 – I ZR 174/10] Rn. 25-27).

4. Dem Antragsteller steht gegen den Antragsgegner ein Unterlassungsanspruch in dem tenorierten Umfang aus §§ 2, 3 Abs. 1 Nr. 2 UKlaG, 3a, 8, I, III Nr. 2 UWG, 3 Nr. 1 HWG zu.

a) Die mit den Anträgen zu 4.1. – 4.9. beworbenen Angaben sind irreführend (§ 3 HWG).

aa) Gemäß § 3 HWG ist es unzulässig, medizinischen Behandlungen Wirkungen beizulegen, die sie nicht haben. Wie allgemein bei gesundheitsbezogener Werbung sind strenge Anforderungen an die Richtigkeit, Eindeutigkeit und Klarheit der Werbeaussage zu stellen, da mit irreführenden gesundheitsbezogenen Angaben erhebliche Gefahren für das hohe

Schutzgut des Einzelnen sowie der Bevölkerung verbunden sein können. Die Werbung ist nur zulässig, wenn sie gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnis entspricht.

bb) Der Antragsteller hat durch Vorlage des Beschlusses des GemBA (Anlage A15) und des Berichts des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen (Anlage A16) glaubhaft gemacht, dass der Nutzen des Verfahrens der „Atlastherapie nach Arlen“ insgesamt nicht ausreichend belegt ist und daher nicht als Leistung der vertragsärztlichen Versorgung anerkannt werden kann. Es wäre daher Sache des Antragsgegners gewesen, glaubhaft zu machen, dass die Richtigkeit der Wirkungsaussagen zum Zeitpunkt der Werbung wissenschaftlich gesichert war. Daran fehlt es.

b) Die Wiederholungsgefahr für die getätigten Werbeaussagen ist nicht durch die Abgabe der Teilunterlassungserklärungen des Antragsgegners entfallen (Anlagen A 22, A23). Mit den Erklärungen verpflichtet sich der Antragsgegner, es zu unterlassen, mit den angegriffenen Angaben zu werben,

„ohne in einer in den vorstehenden Ziffern bezeichneten Werbung deutlich darauf hinzuweisen, dass das jeweilige Behandlungsverfahren eine neuartige Behandlungsmethode darstellt, die auf der Basis etablierter Methoden entwickelt wurde, dass daher das jeweilige Behandlungsverfahren noch nicht nach den Grundsätzen der evidenzbasierten Medizin wissenschaftlich hinreichend abgesichert ist, dass also insbesondere noch keine hochqualitative randomisierte, kontrollierte Studie dazu existiert, und dass deswegen ein Erfolg des jeweiligen Behandlungsverfahrens nicht in jedem Behandlungsfall gewährleistet werden kann.“

Mit dieser Einschränkung wird der Unterlassungsanspruch des Antragstellers nicht voll abgedeckt. Zwar sind Beschränkungen der Unterlassungserklärung, die lediglich einer Begrenzung des Unterlassungsanspruchs des Gläubigers nach materiellem Recht entsprechen, grundsätzlich unbedenklich (BGH GRUR 2008, 815

Rn. 14 [BGH 21.02.2008 – I ZR 142/05] – Buchführungsbüro). Die hier angegriffenen Werbeaussagen wären nicht irreführend, wenn eindeutig und unmissverständlich auf die fehlende wissenschaftliche Absicherung hingewiesen werden würde. Der in den Unterlassungserklärungen konkret formulierte Hinweis entspricht jedoch nicht den Anforderungen einer hinreichenden Aufklärung. Nach dem glaubhaft gemachten Vortrag des Antragstellers kann schon nicht davon ausgegangen werden, dass es sich bei der beworbenen „Atlasterapie nach Arlen“ um „neuartige Behandlungsmethoden“ handelt, die auf der Basis „etablierter Methoden“ entwickelt wurden. Der Antragsgegner erweckt damit den unzutreffenden Eindruck, es ginge um neueste medizinische Erkenntnisse, bei denen es nur noch an der Erfüllung einiger Formalitäten fehle. Eine für den Verbraucher nicht hinreichend verständliche Relativierung ist auch die Formulierung, es fehle (nur) an der hinreichenden Absicherung nach den „Grundsätzen der evidenzbasierten Medizin“. Entgegen der Ansicht des Landgerichts kann der Antragsteller mit einer modifizierten Unterlassungserklärung wie der vorliegenden auch nicht gezwungen werden, den Antragsgegner erneut abzumahnern im Hinblick auf die nunmehr angekündigte Werbung mit dem Aufklärungshinweis. Der Kernbereich der begangenen Verletzungshandlung erfasst auch Abwandlung, die wie im Streitfall nicht aus dem Verbot herausführen.

4. Dem Antragsteller steht gegen den Antragsgegner kein Unterlassungsanspruch hinsichtlich der mit den Anträgen zu Ziff. 1.1 – 1.3, 2.1 – 2.8, 3.1 – 3.3, 5.1 – 5.4, 6.1 – 6.5 angegriffenen Aussagen zu, da es insoweit bereits an der hinreichenden Darlegung und Glaubhaftmachung dafür fehlt, dass die Wirksamkeit der mit diesen Aussagen beworbenen Behandlungsmethoden fachlich umstritten ist.

a) Der Antragsteller stützt sich in der Antragschrift im Zusammenhang mit den angegriffenen Aussagen zu den Verfahren Osetopathie, Säuglingsosteopathie und Chirotherapie (Anträge zu 1., 2. und 5.) darauf, die „gesamte Lehre von der manuellen

Medizin in ihren verschiedenen Spielarten sei als im Wesentlichen widerlegt oder wenigstens unbewiesen“ anzusehen (S. 20). Dazu stützt er sich auf verschiedene Artikel und Lehrbuchauszüge (Anlagen A6 – A11, A17). Dies ist nicht ausreichend. Es fehlt an konkretem Vortrag zur Irreführung der jeweils angegriffenen Einzelaussagen. Die eingereichten Unterlagen lassen nicht hinreichend erkennen, dass die beworbenen Methoden der Osteopathie und der Chirotherapie in ihrer Gesamtheit und für alle vom Antragsgegner beworbenen Indikationen ungesichert sind. Auszüge aus Wikipedia (Anlage A6, A17) sind für die Glaubhaftmachung meist schon deshalb ungeeignet, da sie keine objektive Quelle darstellen. Die Verfasser bleiben anonym. Die mehr als 10 Jahre alte Untersuchung der Stiftung Warentest kommt zu keinem Pauschalurteil, sondern befasst sich differenziert mit den verschiedenen Spielarten der manuellen Therapie sowie den vorgesehenen Indikationen (Anlage A7). Der Antragsteller kann deshalb nicht pauschal auf die Studie verweisen, ohne sie jeweils in Bezug zu den beworbenen Einzelaussagen zu setzen. Das Heraussuchen und Abgleichen der Aussagen mit der Studie ist auch nicht Aufgabe des Gerichts. Der Artikel nach Anlage A8, der pauschal auf einen fehlenden Nachweis für „spontan remittierende Affektionen des Bewegungsapparats“ verweist, lässt sich ebenfalls nicht ohne weiteres in Bezug zu allen angegriffenen Werbeaussagen setzen. Das gleiche gilt für die Anlagen A9 und A10. Für eine differenzierte Betrachtung spricht hingegen insbesondere die Stellungnahme der Bundesärztekammer (Anlage A11). Dort heißt es, dass es bei einigen Erkrankungsbildern durchaus zuverlässige Aussagen zur Wirksamkeit gibt. Es wäre Aufgabe des Antragstellers gewesen, die Umstrittenheit der hier angegriffenen Aussagen im Einzelnen zu belegen.

b) Auch für ein Verbot der mit den Anträgen zu 3. angegriffenen Aussagen zur Craniosacralen Osteopathie fehlt es an ausreichend substantiiertem und glaubhaft gemachtem Vortrag (S. 26 der Antragsschrift). Der Wikipedia-Auszug (Anlage A12)

genügt aus den dargelegten Gründen nicht. Der Artikel der Süddeutschen Zeitung aus dem Jahr 2010 befasst sich vor allem mit Indikationen wie Lernstörungen, psychosomatischen Krankheitsbildern und Allergien, die vom Antragsgegner gar nicht beworben werden (Anlage A13).

c) Das gleiche gilt für die Aussagen zur Neuraltherapie (Anträge zu 6.), zu deren fachlicher Umstrittenheit sich der Antragstellerin lediglich wiederum auf einen „Wikipedia“-Artikel (Anlage A17) beruft; zudem heißt es im diesem Artikel lediglich allgemein, dass „bei vielen Behandlungsmethoden aus dem Bereich der Alternativmedizin“ die behauptete Wirksamkeit wissenschaftlich nicht bewiesen sei.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO.