

# Bundesgerichtshof

Urteil vom 7.2.1991, I ZR 127/89 – Rheumalind II

## Leitsatz

Gegenüber der substantiierten Behauptung des Klägers, einer von ihm als irreführend angegriffenen gesundheitsbezogenen Werbung fehle die wissenschaftliche Grundlage, ist es Sache des Beklagten, die wissenschaftliche Absicherung der umstrittenen Werbeaussage zu beweisen.

## Tatbestand

Die Parteien stellen Bettwaren her und vertreiben sie. Die Beklagte versieht seit dem Jahre 1952 mit Schafschurwolle gefüllte Bettwaren mit der Bezeichnung "Rheumalind". Diese Bezeichnung, die für sie seit 1952 als Warenzeichen in die Zeichenrolle des Deutschen Patentamts eingetragen ist, führte die Beklagte auch über viele Jahre in ihrer Firma. Die Beklagte verwendet außerdem eine Reihe anderer Bezeichnungen mit dem Wortbestandteil "... lind", so zum Beispiel "Kuschellind" für Bettwaren, die mit Federn und "Traumalind" für solche, die mit Polyesterfasern gefüllt sind.

Die Klägerin hält die Benutzung der Bezeichnung "Rheumalind" für irreführend. Dazu hat sie vorgetragen, ein nicht unerheblicher Teil der von der Beklagten angesprochenen Verkehrskreise verstehe diese Bezeichnung im Zusammenhang mit Bettwaren als eine Angabe, die zum Ausdruck bringe, daß so bezeichnete Bettwaren rheumatischen Erkrankungen vorbeugten, sie linderten oder heilten. Dies treffe aber, wie sich seit jedenfalls Anfang der 80er Jahre herausgestellt habe, nicht zu, weil Bettwaren, auch solche, die mit Schafschurwolle gefüllt seien, derartige Eigenschaften nicht aufwiesen.

Die Klägerin hat die Beklagte aus diesen Gründen auf Unterlassung der Benutzung der Bezeichnung "Rheumalind" im geschäftlichen Verkehr und auf Auskunft über ab sechs Monate vor Klagerhebung erfolgte derartige Handlungen in Anspruch genommen sowie Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten begehrt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Beklagte nach dem Antrag der Klägerin verurteilt und ihr hinsichtlich der Unterlassungsverpflichtung eine Aufbrauchs- und Umstellungsfrist bis zum 31. Oktober 1989 eingeräumt.

Mit ihrer Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte die Abweisung der Klage weiter.

### **Entscheidungsgründe**

I. Das Berufungsgericht hat den geltend gemachten Unterlassungsanspruch als aus § 3 UWG gegeben angesehen und hierzu ausgeführt: In der Bezeichnung "Rheumalind" für Bettwaren erblicke ein nicht unerheblicher Teil der davon angesprochenen Verkehrskreise die Angabe, daß diese Bettwaren bei rheumatischen Erkrankungen therapeutische Wirkungen ausübten, solchen Erkrankungen vorbeugten oder sie linderten. Dies ergebe sich aus dem im Berufungsverfahren eingeholten Meinungsforschungsgutachten, denn 28% der befragten und repräsentativ ausgesuchten Personen hätten erklärt, sie verbänden mit der Bezeichnung "Rheumalind", wenn diese als Name für mit Wolle gefüllte Bettwaren verwendet werde, die Vorstellung, die so bezeichneten Bettwaren linderten Rheuma (13%), wirkten bei oder gegen Rheuma (2%), seien gegen Rheuma (7%), hülften bei Rheuma (4%), schützten vor Rheuma (1%) oder beugten Rheuma vor (1%). Dieser Anteil des Verkehrs, der einer Werbung eine bestimmte Angabe des Werbenden entnehme, sei bereits allgemein als ein nicht unerheblicher Teil anzusehen, dies gelte um so mehr, wenn es sich - wie hier - um eine gesundheitsbezogene Werbung handele. In diesem Falle sei dem Werbenden die Angabe wegen Irreführung schon dann zu untersagen, wenn sie nicht erweislich richtig sei. Auf dem Gebiet der gesundheitsbezogenen Werbung erwarte der Verkehr mit Recht objektiv richtige Angaben, deshalb müsse derjenige, der in seiner Werbung derartige Angaben über die gesundheitsfördernde Wirkung seiner Ware mache und damit die Verantwortung für deren objektive Richtigkeit übernehme, diese Richtigkeit im Streitfall auch beweisen. Das habe die Beklagte nicht getan. Der Rheumatologe Prof. Dr. Z. habe in seinem, in einem Parallelrechtsstreit zwischen den Parteien erstatteten Sachverständigengutachten, auf das sich die Klägerin bezogen habe, ausgeführt, aus wissenschaftlich-rheumatologischer Sicht sei nicht nachgewiesen, daß wollene Bettwaren bei rheumatischen Erkrankungen eine schmerzlindernde oder therapeutische Wirkung hätten. Dies ergebe sich auch nicht aus den von der Beklagten vorgelegten Zwischenberichten über Untersuchungen von Prof. Dr. H., die sich nur auf Einzelheiten und Unterschiede der Temperatur und Feuchtigkeit des Bettklimas bezögen, wobei als Versuchspersonen ausschließlich gesunde, nicht an rheumatischen Erkrankungen leidende Frauen und Männer eingesetzt worden seien.

Der sonach gegebene Unterlassungsanspruch sei auch nicht verwirkt. Wegen der hohen Bedeutung und Schutzwürdigkeit der Gesundheit komme die

Annahme einer Verwirkung von Ansprüchen auf Unterlassung einer solchen Werbung nur in ganz seltenen Ausnahmefällen unter dem Gesichtspunkt der Wahrung eines wertvollen Besitzstandes in Betracht.

Der Umstand, daß die Beklagte im Jahre 1952 die Eintragung des Warenzeichens "Rheumalind" für wollene Bettwaren erreicht habe, stehe schon wegen der fehlenden Bindungswirkung der Warenzeicheneintragung für die hiervon unabhängige Frage der Irreführung durch die Benutzung des Zeichens einer Verurteilung der Beklagten zur Unterlassung nicht entgegen.

Den Schadensersatz- und Auskunftsanspruch hat das Berufungsgericht ebenfalls für gerechtfertigt erachtet: Es sei wahrscheinlich, daß durch die irreführende Werbung der Beklagten der Klägerin ein Schaden entstanden sei. Deshalb könne sie von ihr den Ersatz dieses Schadens verlangen und habe, da sie ihn derzeit nicht beziffern könne, ein rechtliches Interesse an der entsprechenden Feststellung. Der Schadensersatzanspruch sei nicht verwirkt, auch wenn die Klägerin die Werbung der Beklagten viele Jahre hindurch nicht beanstandet habe. Da es bis verhältnismäßig kurze Zeit vor Klagerhebung weitgehend üblich gewesen sei, für mit Schafschurwolle gefüllte Bettwaren mit Begriffen wie "Anti-Rheuma" o.ä. zu werben, könne es nicht als treuwidrig angesehen werden, wenn die Klägerin, nachdem sich die Anschauungen über die Zulässigkeit einer solchen Werbung gewandelt hätten, nunmehr gegen die Beklagte vorgehe. Der Auskunftsanspruch sei zur Vorbereitung der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs in bezifferter Höhe gerechtfertigt.

Diese Beurteilung des Berufungsgerichts hält nicht in allen Punkten der Begründung und nicht im Ergebnis der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand.

II. Mit Erfolg wendet sich die Revision gegen die Verurteilung der Beklagten zur Unterlassung, die von den bislang getroffenen Feststellungen nicht getragen wird.

1. Die auf das Ergebnis des Meinungsforschungsgutachtens gestützte Annahme des Berufungsgerichts, nicht unbeachtliche Teile des allgemeinen Verkehrs entnähmen der Bezeichnung "Rheumalind" für wollene Bettwaren die Angabe, diese Bettwaren übten bei rheumatischen Erkrankungen therapeutische Wirkungen aus, beugten solchen Erkrankungen vor oder linderten sie, ist nicht zu beanstanden.

2. Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Richtigkeit der in der Bezeichnung "Rheumalind" für wollene Bettwaren liegende Angabe, diese Bettwaren hätten eine therapeutische und schmerzlindernde Wirkung bei Rheuma, müsse die Beklagte als diejenige nachweisen, die in ihrer Werbung Angaben über die gesundheitsfördernde Wirkung ihrer Waren mache und damit die Verantwortung für deren objektive Richtigkeit übernehme.

Es entspricht allerdings ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung, daß auch bei der Frage einer irreführenden Werbung nach § 3 UWG grundsätzlich den Kläger die Darlegungs- und Beweislast für die Unrichtigkeit der Werbebehauptung trifft (BGH, Urt. v. 17.10.1984 - I ZR 187/82, GRUR 1985, 140, 142 = WRP 1985, 72 - Größtes Teppichhaus der Welt m.w.N.). Für darlegungs- und beweisbelastet hat aber der Bundesgerichtshof demgegenüber den Beklagten dann erachtet, wenn er mit einer fachlich umstrittenen Meinung geworben hat, ohne die Gegenmeinung zu erwähnen. Der Werbende übernimmt in einem derartigen Fall dadurch, daß er eine bestimmte Aussage trifft, die Verantwortung für ihre Richtigkeit, die er im Streitfall dann auch beweisen muß (BGH, Urt. v. 28.2.1958 - I ZR 185/56, GRUR 1958, 485, 486 = WRP 1958, 237 - Odol; Urt. v. 22.1.1965 - Ib ZR 109/63, GRUR 1965, 368, 373 = WRP 1965, 148 - Cafe C; BGH, Urt. v. 23. Oktober 1970 - I ZR 86/69, GRUR 1971, 153, 155 = WRP 1971, 26 - Tampax).

Allerdings ist der vorliegend zu beurteilende Sachverhalt in mehrfacher Hinsicht mit den Fallgestaltungen der angeführten Entscheidungen nicht unmittelbar vergleichbar. Während in jenen Fällen die Übernahme fachlich umstrittener Aussagen in die Werbung in Rede stand, war es hier jahrelang, bis Anfang der 80er Jahre, allgemein nicht beanstandet worden, wollene Bettwaren zur Vorbeugung oder Linderung rheumatischer Erkrankungen anzuwenden. Erstmals in den 80er Jahren sind Bedenken gegen die therapeutische Wirkung wollener Bettwaren insoweit aufgetreten. Auch ergibt sich aus dem Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. Z. nur, daß derartige Wirkungen der wollenen Bettwaren nicht feststehen. Darüber hinaus handelt es sich bei der angegriffenen Angabe auch nicht um eine Werbung, mit der die Beklagte erst neuerdings - in Kenntnis der fachlichen Umstrittenheit - auf den Markt getreten ist. Vielmehr benutzte sie ihr Warenzeichen und auch den (früheren) Firmenbestandteil "Rheumalind" seit vielen Jahren in erheblichem Umfang.

Gleichwohl hat das Berufungsgericht die Beklagte auch im Streitfall zu Recht für beweisbelastet erachtet. Dabei ist zu berücksichtigen, daß die Beklagte nicht anders als in jenen Fällen auch hier mit einer Aussage werbend hervorgetreten ist, die an das Gesundheitsbewußtsein der von ihr angesprochenen

Verkehrskreise appelliert, und daß sie sich dabei einer Angabe bedient, die nach den getroffenen Feststellungen den Eindruck einer gesicherten Fachaussage vermittelt, obwohl in Wirklichkeit, wie sich aus dem Gutachten von Prof. Dr. Z. ergibt, aus wissenschaftlich-rheumatologischer Sicht nicht nachgewiesen ist, daß wollene Bettwaren bei rheumatischen Erkrankungen eine schmerzlindernde oder therapeutische Wirkung aufweisen. In diesem Fall verschweigt die Beklagte also der Verbraucherschaft die Tatsache, daß die therapeutische Wirkung der wollenen Bettwaren in bezug auf rheumatische Erkrankungen aus wissenschaftlicher Sicht nicht nachgewiesen werden kann.

Hat damit die Klägerin das Fehlen der wissenschaftlichen Grundlage einer gesundheitsbezogenen Werbeaussage hinreichend substantiiert vorgetragen, ist es Aufgabe der Beklagten, die durch die Verwendung dieser Aussage das Gegebensein der in Anspruch genommenen therapeutischen Wirkung behauptet, die wissenschaftliche Absicherung ihrer Werbeangabe zu beweisen.

3. Mit Erfolg wendet sich aber die Revision gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe den Beweis der Richtigkeit der bei rheumatischen Erkrankungen lindernden oder vorbeugenden Wirkung ihrer wollenen Bettwaren nicht geführt. Das Berufungsgericht hat insoweit, wie die Revision zu Recht rügt, das Vorbringen der Beklagten nicht hinreichend ausgeschöpft (§ 286 ZPO).

In seinem im Parallelrechtsstreit der Parteien erstatteten und schon erwähnten Gutachten hat der Sachverständige Prof. Dr. Z. ausgeführt, daß die Verwendung von wollenen Bettwaren bei rheumatischen Erkrankungen nicht zur anerkannten medizinischen Therapie rheumatischer Erkrankungen gehöre. Weder die Merkblätter der Deutschen Rheumaliga noch die einschlägigen deutschsprachigen und englischen Lehrbücher enthielten entsprechende Hinweise. Die Beklagte hatte demgegenüber jedoch vorgetragen und durch Bezugnahme auf Sachverständigengutachten unter Beweis gestellt, daß ihre wollenen Bettwaren den durch die Angabe "Rheumalind" hervorgerufenen Verkehrsvorstellungen in vollem Umfang gerecht würden. Aus wissenschaftlicher Sicht werde empfohlen, daß Rheumatiker schafschurwollene Bettwaren benutzen sollten, um ein möglichst warm-trockenes Schlafen zu gewährleisten, weil hierdurch rheumatische Beschwerden gelindert würden (Schriftsatz vom 21. November 1986, S. 29ff, S. 37ff = GA II 360, 368; Anlage Ax 9). Dem in diesem Vortrag liegenden Widerspruch gegenüber den Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. Z. in seinem Gutachten nachzugehen bestand auch deshalb Anlaß, weil der Sachverständige selber es lediglich als nicht eindeutig nachgewiesen angesehen hatte, daß wollene Bettwaren eine schmerzlindernde oder eine andere therapeutische Wirkung

hätten. Ferner hätte das Berufungsgericht der Beklagten Gelegenheit geben müssen, den abschließenden Untersuchungsbericht über "Rheumalind-Decken" von Prof. Dr. H. vorzulegen. Der (als Anlage Ax 22) vorgelegte Zwischenbericht hierzu ließ nämlich erkennen, daß in dem Abschlußbericht Feststellungen zur Frage eines warm-trockenen Bettklimas enthalten sein konnten, die Anlaß hätten geben können, diese Erkenntnisse dem Gutachter Prof. Dr. Z. zur Kenntnis und Äußerung darüber zu geben, ob dies zu einer von seiner ursprünglichen Beurteilung abweichenden Auffassung führe.

Die von der Beklagten beantragten Beweiserhebungen erübrigten sich auch nicht deshalb, weil die von Prof. Dr. H. vorgenommenen Untersuchungen sich nicht auf Rheumatiker, sondern auf gesunde Personen bezogen haben. Es ist nicht ersichtlich, daß darin ein Umstand liegt, der geeignet sein könnte, den von der Beklagten angebotenen Nachweis auszuschließen.

4. Dagegen begegnet es keinen revisionsrechtlichen Bedenken, daß das Berufungsgericht den von der Beklagten erhobenen Einwand der Verwirkung nicht hat durchgreifen lassen. Ansprüche aus § 3 UWG unterliegen nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung regelmäßig nicht der Verwirkung (BGH, Urt. v. 17.10.1984 - I ZR 187/82, GRUR 1985, 140, 141 = WRP 1985, 72 - Größtes Teppichhaus der Welt; Urt. v. 14.3.1985 - I ZR 66/83, GRUR 1985, 930, 931 - JUS-Steuerberatungsgesellschaft, jeweils m.w.N.; Urt. v. 5.4.1990 - I ZR 19/88, GRUR 1990, 604, 606 = WRP 1990, 752 - Dr. S. - Arzneimittel). Das Interesse der Allgemeinheit, vor Irreführung bewahrt zu werden, ist regelmäßig und insbesondere dann, wenn es sich - wie hier - um eine gesundheitsbezogene Werbung handelt, als vorrangig vor den Individualinteressen des irreführend Werbenden anzusehen (BGH, Urt. v. 27.2.1980 - I ZR 8/78, GRUR 1980, 797, 799 = WRP 1980, 541 - Topfit- Boonekamp). Ohne Erfolg wendet die Revision gegen die Berücksichtigung dieses Grundsatzes im Streitfall ein, daß das öffentliche Interesse an der Verhinderung der hier in Rede stehenden Werbung vorliegend nicht erheblich berührt sei, weil möglicherweise lediglich erhoffte günstige Wirkungen der Benutzung wollener Bettwaren bei rheumatischen Erkrankungen ausblieben und weil eine zumindest subjektiv empfundene schmerzlindernde Wirkung wollener Bettwaren bei rheumatischen Beschwerden verschiedener Art zu den seit alters überlieferten Erkenntnissen der laienmäßigen häuslichen Krankenpflege gehörten. Die Revision vernachlässigt dabei jedoch, daß die besondere Bedeutung, die der menschlichen Gesundheit zukommt, zu einer gesteigerten Wertschätzung solcher Waren führt, die mit einer an die Gesundheit anknüpfenden Werbung angeboten werden. Daraus aber folgt auch für den Streitfall, daß die Irreführung des Verkehrs über besondere Wirkungen der Bettwaren der Beklagten nicht als so unbedeutend eingeschätzt werden kann, daß sie als die

Allgemeininteressen nicht oder nur unwesentlich berührend vernachlässigt werden dürfte.

III. 1. Mit der Aufhebung der Verurteilung zur Unterlassung können der auf § 13 Abs. 6 Nr. 1 i.V. mit § 3 UWG gestützte Anspruch auf Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten und der Auskunftsanspruch der Klägerin (§ 242 BGB) ebenfalls keinen Bestand haben.

2. Abgewiesen werden kann die Klage insoweit allerdings auf der Grundlage der vorliegend getroffenen tatsächlichen Feststellungen nicht. Sollte die angegriffene Werbung tatsächlich als irreführend zu beurteilen sein, was im derzeitigen Verfahrensstadium - wie sich aus den vorerörterten Erwägungen ergibt - nicht ausgeschlossen werden kann, wäre auch die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts auf Seiten der Klägerin infolge der irreführenden Werbung und ein Verschulden der Beklagten insoweit in Betracht zu ziehen, das nach den bislang getroffenen Feststellungen nicht verneint werden kann. Daraus folgt zugleich, daß auch der Verwirkungseinwand gegenüber dem Schadensersatz- und dem Auskunftsanspruch nicht durchgreifen kann. Angesichts der erwähnten Entwicklung im Fachschrifttum seit den 80er Jahren durfte die Beklagte nicht ohne weiteres darauf vertrauen, unangefochten die Bezeichnung "Rheumalind" weiterführen zu dürfen. Außerdem hat die Klägerin den Schadensersatz- und Auskunftsanspruch lediglich für die Zeit ab sechs Monaten vor der Klagerhebung geltend gemacht, also seit einem Zeitpunkt im Jahre 1985, in dem die verstärkte Beschäftigung mit den Problemen Rheumakranker, die bereits Ende der 70er Jahre begonnen hatte, so weit fortgeschritten war, daß ein Vertrauen auf einen bestehenden Besitzstand nicht mehr schützenswert erscheint.

IV. Das Berufungsurteil war daher aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.