

# Oberlandesgericht Celle

**Urteil vom 13. März 2014, 13 U 106/13**

## Gründe

I.

Der Kläger, ein Wettbewerbsverband, macht wettbewerbsrechtliche Ansprüche gegen die Beklagte, einem Augentikerunternehmen, geltend wegen einer Werbung mit dem Inhalt:

„ZWEI FÜR EINS:

Beim Kauf einer Brille gibt's  
eine ARMANI-BRILLE  
in Sehstärke GESCHENKT. \*

\*Angebot gültig bis 31.12.2012. Beim Kauf einer Brille oder Brillengläsern in Sehstärke mit Mindestauftragswert Einstärkenbrille 199 €, Mehrstärkenbrille 299 € (bei Zahlung der gesetzlichen Krankenkasse inkl. Krankenkassenzuzahlung und nach Abzug aller Kulanzen und Rabatte) erhalten Sie eine Einstärken-Armani-Brille oder Sonnenbrille in Sehstärke mit Brillengläsern aus einem ausgewählten Glassortiment geschenkt.“

Wegen der näheren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes erster Instanz und der erstinstanzlichen Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen. Das Landgericht hat der auf Unterlassung gerichteten Klage stattgegeben und die Beklagte ferner zur Zahlung der geltend gemachten Abmahnkosten von 219,35 € verurteilt. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, dass dem Kläger der geltend gemachte Unterlassungsanspruch zustehe. Die streitgegenständliche Werbung verstoße gegen § 7 Abs. 1 Satz 1, 1. Halbs. HWG, der eine Marktverhaltensvorschrift i. S. des § 4 Nr. 11 UWG darstelle. Da die Beklagte mit ihrer Werbung nicht isoliert ein Markengestell angeboten, sondern eindeutig die komplette Sehhilfe beworben habe, habe die Werbung ein Medizinprodukt i. S. des § 3 Nr. 1 MPG betroffen.

Die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes des § 7 Abs. 1, 2. Halbs. Nr. 2 Buchst. b HWG seien nicht erfüllt, so dass sich die Werbung nicht aus diesem Grunde als zulässig erweise. Von einem Mengenrabatt könne nicht gesprochen werden, wenn die Zuwendung bereits beim Kauf eines einzigen Produkts gewährt würde. Sinn und Zweck des § 7 HWG sei in erster Linie, die Verbraucher vor unüberlegten Entscheidungen in Bezug auf ausgelobte Zuwendungen im Heilmittelbereich zu schützen. Entgegen der Ansicht der Beklagten diene die Vorschrift nicht lediglich dem Verbot von Werbungen, von denen eine Gefahr der „Überdosierung“ etwa von Medikamenten ausgehe. Demzufolge könne der Kläger von der Beklagten auch die Zahlung der Abmahnkosten in der geltend gemachten Höhe verlangen.

Mit ihrer Berufung begehrt die Beklagte die Abänderung des landgerichtlichen Urteils und verfolgt ihren erstinstanzlichen Klageabweisungsantrag weiter. Die Beklagte rügt, das Landgericht habe die Bedeutung eines Mengenrabattes verkannt. Der Begriff des Mengenrabattes setze nicht voraus, dass ein Verkäufer mehr als zwei Produkte in einem Verkaufsgeschäft verkaufe. Der dem Käufer eingeräumte Preisnachlass (Mengenrabatt) beruhe auf den Kostenvorteilen für den Verkäufer durch den gleichzeitigen Verkauf mehrerer Produkte. Eine solche Kostenersparnis erlange ein Optiker bereits dann, wenn ein Kunde zwei Korrekturbrillen auf einmal abnehme, weil der vor der Bestellung einer Brille oft langwierige Prozess der Augenvermessung, der Sehschwächenbestimmung und der Beratung zu Vor- und Nachteilen bestimmter Brillengläser nur einmal entstehe.

Bei § 7 Abs. 1 HWG handele es sich nicht mehr um ein abstraktes Gefährdungsdelikt. Eine Werbung sei nur dann unzulässig, wenn sie im konkreten Fall geeignet sei, die Kunden unsachlich zu beeinflussen und zumindest eine mittelbare Gesundheitsbeeinträchtigung zu bewirken. Bei der streitgegenständlichen Brillenwerbung sei eine Eignung, eine Gesundheitsbeeinträchtigung zu bewirken, nicht gegeben. Es sei auch von einer „Warenidentität“ auszugehen. Ein Produkt sei dann als „gleiche Ware“ i. S. des § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b HWG anzusehen, wenn es der gleichen Warengattung angehöre und qualitativ gegenüber dem ersten Produkt nicht abfalle und deshalb bei einer funktionalen Betrachtung die Verbraucherbedürfnisse ebenso befriedige, wie das erste Produkt. Die in ihrem Angebot beworbenen Brillen würden denselben Zweck erfüllen, nämlich eine Sehschwäche korrigieren. Da die Brillengläser sowohl für die Erst- als auch für die Zweitbrille die gleiche Qualität hätten, da sie von demselben Augenoptiker gefertigt würden, ließen sich beide Produkte vergleichen.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landgerichts Lüneburg vom 16. Mai 2013, Az.: 7 O 18/13, abzuändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens verteidigt der Kläger die angefochtene Entscheidung.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die in beiden Instanzen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung der Beklagten ist unbegründet.

1. Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Unterlassung der Werbeaussage gem. § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG, §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i. V. mit § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG.

a) Das Verbot des § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG bezweckt den Schutz des Verbrauchers, so dass ein Verstoß gegen diese Vorschrift damit zugleich unlauter i. S. des § 4 Nr. 11 UWG ist (BGH, Urteil vom 6. Juli 2006 - I ZR 145/03 - Kunden werben Kunden, juris Rn. 25; Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 32. Aufl., § 4 Rn. 11.135).

b) Die beworbenen Brillen und Brillengläser sind als Sehhilfen Medizinprodukte i. S. des § 3 Nr. 1 MPG, auf die daher gem. § 1 Abs. 1 Nr. 1a HWG das Heilmittelwerbegesetz Anwendung findet (BGH, Urteil vom 6. Juli 2006, a. a. O., juris Rn. 23; OLG Hamburg, Urteil vom 7. April 2005 - 3 U 176/04, juris Rn. 44 ff.).

c) Gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG ist es grundsätzlich unzulässig, im Zusammenhang mit der produktbezogenen Werbung für Heilmittel Zuwendungen und sonstige Werbeabgaben (Waren oder Leistungen) anzubieten, anzukündigen oder zu gewähren. Dieses Zuwendungsverbot umfasst auch Werbegaben an Verbraucher. Die Verbraucher sollen bei der Entscheidung, ob und welche Heilmittel sie in Anspruch nehmen, nicht unsachlich durch die Aussicht auf Zugaben und Werbegaben beeinflusst werden (BGH, Urteil vom 6. Juli 2006, a. a. O., juris Rn. 24; OLG Stuttgart, Urteil vom 17. Januar 2013 - 2 U 92/12, juris Rn. 46). Ein ausreichender Produktbezug ist bei der streitgegenständlichen Werbung gegeben. Eine Werbung i. S. des § 7 HWG und nicht nur eine allgemeine Imagewerbung liegt dann vor, wenn ein Heilmittel so eindeutig beschrieben

und angepriesen wird, dass der Verkehr dadurch zur Entscheidung für eine Behandlung mit einem Mittel dieser Art verleitet werden kann (Gröning, Heilmittelwerberecht, Stand: 3. Aktualisierungslieferung, § 7 HWG Rn. 17). Die Beklagte hat in der beanstandeten Werbeaussage hinreichend konkret den Kauf einer Brille oder Brillengläsern in Sehstärke mit einem Mindestauftragswert von 199 € bei einer Einstärkenbrille und 299 € bei einer Mehrstärkenbrille beworben (so auch BGH, Urteil vom 6. Juli 2006, a. a. O., juris Rn. 23).

Dass es sich bei der ausgelobten Armani-Einstärkenbrille bzw. Sonnenbrille in Sehstärke um eine Zuwendung bzw. eine sonstige Werbegabe i. S. des § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG handelt, wird auch von der Beklagten nicht in Frage gestellt (vgl. hierzu nur BGH, Urteil vom 6. Juli 2006, a. a. O., juris Rn. 24; OLG Stuttgart, Urteil vom 17. Januar 2013, a. a. O.). Denn mit der Armani-Brille wird eine Werbegabe angekündigt. Es handelt sich nicht etwa um das Angebot von zwei Brillen zu einem besonders günstigen Preis (so aber OLG Oldenburg, Beschluss vom 16. Januar 2009 - 1 U 117/08). Der Wortlaut der streitgegenständlichen Werbung ist insoweit eindeutig. Denn die Armani-Brille gibt es „geschenkt“. Der maßgebliche Preis richtet sich allein nach der ausgesuchten Erstbrille, die voll zu bezahlen ist. Es geht in der Werbung nicht um ein „Komplettpaket“, das zwei Brillen beinhaltet. Ein bestimmter oder günstigerer Preis für die Armani-Brille wird gerade nicht beworben.

d) Der in § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b HWG geregelte Ausnahmefall, dass die Zuwendung oder Werbegabe in einer bestimmten oder auf bestimmte Art zu berechnenden Menge gleicher Ware gewährt wird, ist nicht gegeben. Fraglich ist insoweit, wie der Begriff der „gleichen Ware“ zu verstehen ist. Die Beklagte geht davon aus, dass ein Produkt bereits dann in dem vorgenannten Sinne zu verstehen sei, wenn es der gleichen Warengattung angehört und qualitativ gegenüber dem ersten Produkt nicht abfällt und deshalb bei einer funktionalen Betrachtung die Verbraucherbedürfnisse ebenso befriedigt, wie das erste Produkt. Danach seien die als Zugabe angebotenen Brillengläser mit dem Erwerb der beworbenen Brillengläser identisch, da sie auf die individuelle Sehstärke des Verbrauchers angepasst werden würde. Die Brillenfassung der Marke „Armani“ sei qualitativ zumindest gleichwertig gegenüber der beworbenen Erstbrille.

Warenrabatte i. S. der Ausnahmenvorschrift des § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2b HWG setzen gleiche Ware voraus; das erfordert Gattungs- und Qualitätsidentität (Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, Stand: Ergänzungslieferung 135, § 7 HWG Rn. 28). Insoweit ist auf das Verständnis des § 1 Abs. 2 Buchst. c ZugabeVO zurückzugreifen (vgl. OLG Hamburg, Urteil vom 7. April 2005 - 3 U 176/04, juris Rn. 76). In der Gesetzesbegründung zu § 7 HWG i. d. F. vom 27. Juni 2001 (BT-

Drucksache 14/6469) heißt es dazu: „Durch die Vorschrift werden bestimmte Ausnahmetatbestände, die bislang durch Verweis auf § 1 Abs. 2 ZugabeVO im Bereich der Heilmittelwerbung zulässig waren, in das Heilmittelwerbe-gesetz aufgenommen“.

Der Begriff „gleiche Ware“ ist deshalb grundsätzlich dahin zu verstehen, dass die zugegebene Ware mit der Hauptware qualitativ völlig identisch sein muss; es muss sich um die Hingabe einer Menge der „verkauften“ Ware handeln (vgl. nur BGH, Urteil vom 24. April 1978 - I ZR 165/76 - Automatentruhe, juris Rn. 47; Baumbach/Hefermehl, UWG, 22. Aufl., § 1 ZugabeVO Rn. 76 m. w. N.). Nach dem Verständnis des durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers wird eine Armani-Einstärkenbrille bzw. eine Sonnenbrille in Sehstärke mit der beworbenen Brille nicht als identisch anzusehen sein. Eine Sonnenbrille ist mit einer „normalen“ Brille wegen des unterschiedlichen Verwendungszwecks nicht identisch. Soweit es sich bei der Erstbrille nicht um eine Brille mit der Fassung der Marke „Armani“ handelt, würde es bereits an der notwendigen Markenidentität fehlen. Soweit das Landgericht Flensburg in dem Urteil vom 21. März 2012 (6 O 117/11, juris Rn. 22) darauf abstellt, dass es sich bei einer Korrekturbrille und der zugegebenen Sonnenbrille um Produkte mit identischen Eigenschaften handeln würde, reicht dies nicht aus, die Vorgaben der Zugabeverordnung zu erfüllen.

Im Ergebnis kann daher dahingestellt bleiben, ob die Ausnahmeregelung für einen Mengenrabatt auch für Waren gilt, die individuell für den Käufer hergestellt werden; es sich mithin bei der verkauften Ware um ein Einzelstück handelt (so Oberlandesgericht Stuttgart, Urteil vom 17. Januar 2013, a. a. O., juris Rn. 70 ff.).

e) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs besteht der Zweck der in § 7 HWG enthaltenen Regelungen vor allem darin, dass Verbraucher bei der Entscheidung, ob und welche Heilmittel sie in Anspruch nehmen, nicht durch die Aussicht auf Zugaben und Werbegaben unsachlich beeinflusst werden sollen (BGH, Urteil vom 9. September 2010 - I ZR 125/08 - Bonussystem, juris Rn. 17 m. w. N.). Unter diese Vorgaben fällt die streitgegenständliche Werbung, da der angesprochene Verbraucher mit der als besonders luxuriös empfundenen Marke „Armani“ übermäßig ange- lockt wird und damit nicht mehr qualitäts- sondern vor allem markenbezogen seine Kaufentscheidung trifft. Es besteht zudem die Gefahr, dass sich der Kunde bei der Wahl seiner Brille entgegen seinen Bedürfnissen für ein teureres Modell entscheidet, um in den Genuss der Werbegabe zu kommen.

Die Beklagte kann sich nicht auf die Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf (Urteil vom 15. Januar 2013 - 20 U 93/12, juris Rn. 19) berufen. Weder aus dem Wortlaut der Vorschrift noch im Hinblick auf die durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährte Berufsausübungsfreiheit ergibt sich, dass das Verbot eine unmittelbare oder mittelbare Gesundheitsgefährdung voraussetzt (so aber OLG Düsseldorf, Urteil vom 15. Januar 2013, a. a. O.; Gröning, a. a. O., § 7 HWG Rn. 29). Anlass, die Regelung des § 7 HWG in vorgenannter Weise auszulegen, besteht aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht (vgl. BGH, Urteil vom 28. September 2011 - I ZR 96/10 - INJECTIO, juris Rn. 37 ff. zu § 5 HWG; Köhler in Köhler/Bornkamm, a. a. O., § 4 Rn. 11.133a). Dem schließt sich der Senat an. Neben dem Ziel des Gesundheitsschutzes umfasst das Heilmittelwerbegesetz auch den Schutz gegen wirtschaftliche Übervorteilung besonders schutzbedürftiger Privater (vgl. BGH, Urteil vom 28. September 2011, a. a. O., juris Rn. 40), so dass ein Verbot nach § 7 HWG bereits dann gerechtfertigt ist, wenn die Werbung Kunden unsachlich zu beeinflussen vermag.

2. Der Kläger kann weiterhin gem. § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG Erstattung der Abmahnkosten in Höhe von 219,35 € verlangen, da die Abmahnung vom 14. September 2012 (Anlage K 2) berechtigt war.

3. Der Zinsanspruch ist gem. §§ 291, 288 Abs. 1 BGB gerechtfertigt.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision war zur Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung zuzulassen (§ 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Insbesondere die Frage, ob § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG zumindest eine mittelbare Gesundheitsgefährdung voraussetzt, wird in der obergerichtlichen Rechtsprechung uneinheitlich beantwortet (OLG Stuttgart, Urteil vom 17. Januar 2013 - 2 U 92/12 einerseits und OLG Düsseldorf, Urteil vom 15. Januar 2013 - 20 U 93/12 andererseits).