

Oberlandesgericht München,

Urteil vom 19. April 2012, 6 U 2576/11

Tatbestand

I.

Der Kläger nimmt die Beklagte wegen Wettbewerbsverletzung wegen behaupteter irreführender Werbung in Bezug auf die Reduzierung von Körperfettzellen in Anspruch.

Der Kläger ist ein eingetragener Verein, zu dessen satzungsgemäßen Aufgaben die Wahrung der gewerblichen Interessen seiner Mitglieder einschließlich der Lauterkeit des Wettbewerbs gehört.

Die Beklagte bietet Geräte für kosmetische Behandlungen an. In der Ausgabe des Magazins "... – Fachmagazin für Fitness und Wellness" vom November/Dezember 2009 hat sie unter der Angabe "Eliminiert Fettzellen durch stabile Kavitation" das Gerätesystem "b. a." mit sogenannten "Vorher-Nachher"-Abbildungen wie aus der nachfolgend wiedergegebenen Anlage K 2 ersichtlich beworben:

...

Der Kläger sieht darin ein irreführendes wettbewerbswidriges Verhalten. Er hat die Beklagte mit Anwaltsschriftsatz vom 19.01.2010 wie aus Anlage K 3 ersichtlich abgemahnt. Mit Schreiben ihrer Prozessbevollmächtigten vom 25.01.2010 hat die Beklagte in Bezug auf die vom Kläger beanstandeten Abbildungen wie aus Anlage K 2 ersichtlich die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung abgelehnt (Anl. K 4).

Der hierauf vom Kläger erhobenen Klage hat das Landgericht mit Urteil vom 19.05.2011 wie folgt stattgegeben:

"1. Die Beklagte wird verurteilt, es (bei Meidung der gesetzlich vorgesehenen Ordnungsmittel) zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr für das Verfahren Ultraschall "Kavitation" mit dem Gerätesystem "b. a." mit den Abbildungen wie folgt zu werben:

„ABBILDUNG FEHLT“

2. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

3. (Vorläufige Vollstreckbarkeit)"

Zur Begründung ist im landgerichtlichen Urteil ausgeführt: Der Unterlassungsanspruch des Klägers folge aus §§ 3, 5, 4 Nr. 11 UWG i. V. m. § 3 Nr. 1 HWG. Die Aktivlegitimation des Klägers ergebe sich aus § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG (gemeint: § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG). Die streitgegenständlichen Abbildungen gemäß Anl. K 2 suggerierten aus der Sicht des angesprochenen Verkehrs – die Werbung gemäß Anl. K 2 richte sich nicht an Endverbraucher, sondern an kommerzielle Anwender – eine Fettreduktion durch Anwendung des beworbenen Geräts "b. a." per "Ultraschall-Kavitation". Diese Wirkaussage sei irreführend, weil der angepriesene Erfolg bei Anwendung der beworbenen "Ultraschall-Kavitation" mit dem Gerät "b. a." als praktisch sicher dargestellt werde, obwohl hierfür in wissenschaftlicher Hinsicht keine gesicherten Erkenntnisse vorlägen. Vielmehr ergäben sich aus den mit wissenschaftlichen Äußerungen belegten Ausführungen des Klägers erhebliche Zweifel, dass mit Ultraschall und Kavitation Fettzellen eliminierbar seien. Demgegenüber sei die Beklagte schuldig geblieben, einen hinreichenden Nachweis für eine wissenschaftlich abgesicherte Erkenntnis in Bezug auf die mit der angegriffenen Werbung getroffene Aussage, mit Hilfe der beworbenen Methode Fettzellen abzubauen, zu erbringen. Zur Beurteilung der beworbenen Wirkaussage sei insoweit auf § 3 HWG abzustellen, da die mit den streitgegenständlichen "Vorher-Nachher"-Abbildungen beworbene Fettreduktion eine Veränderung der Körperformen zur Folge habe und daher einer Heilbehandlung im Sinne des Heilmittelwerbegesetzes (HWG) sehr nahe komme.

Auf die tatsächlichen Feststellungen dieses Urteils wird Bezug genommen.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten. Sie rügt, das Landgericht habe rechtsfehlerhaft seiner rechtlichen Beurteilung die Vorschriften des HWG zugrunde gelegt. Dessen Anwendungsbereich sei nicht eröffnet, da sich die streitgegenständliche Werbung weder auf die Erkennung, Beseitigung oder Linderung von Krankheiten oder krankhaften Beschwerden, noch auf einen operativ-plastisch-chirurgischen Eingriff beziehe. Die mit dem Gerät "b. a." erfolgende kosmetische Behandlung mit Ultraschall erfülle diese Voraussetzungen nicht.

Der von der streitgegenständlichen Werbung angesprochene Verkehr, ein aufmerksames und kritisches Fachpublikum für Fitness und Wellness, werde auch nicht irreführt. Diesen Fachleuten sei bewusst, dass die abgebildeten "Vor-

her-Nachher"-Fotos lediglich einzelne, mit großem Erfolg abgeschlossene Behandlungsergebnisse dokumentierten, darin jedoch keine Erfolgsgarantie zu sehen sei. Das Fachpublikum wisse insbesondere auch, dass die Behandlungsergebnisse im Einzelfall von der jeweiligen Konstitution der behandelten Person, insbesondere von deren Ernährungs- und sonstigen Lebensgewohnheiten abhängen. Der Umstand, dass in der streitgegenständlichen Werbung auf die wirtschaftliche Rentabilität der "b. a."-Geräte hingewiesen worden sei, ändere an der mangelnden Irreführung der angesprochenen Verkehrskreise nichts.

Zur Frage der inhaltlichen Richtigkeit der streitgegenständlichen Werbung habe das Landgericht verabsäumt, die von der Beklagten angebotenen Zeugen zu vernehmen. Ferner habe das Erstgericht die Anlagen B 1 bis B 29 sowie B 76 bis B 86 nicht ausreichend gewürdigt. Insbesondere unter Berücksichtigung der wissenschaftlichen Studien, die die Beklagte vorgelegt habe, hätte das Landgericht zumindest von der Möglichkeit ausgehen müssen, dass die Anwendung der Ultraschall-Kavitation-Methode mit den "b. a."-Geräten zu den bildlich in Anl. K 2 dargestellten Erfolgen führe und ein ausreichender Wirksamkeitsnachweis für eine Fettreduzierung geführt sei. Dass die streitgegenständlichen Werbeaussagen nicht "ins Blaue hinein" erfolgt seien, zeigten nicht zuletzt auch die in der Berufungserwiderung vom 23.09.2011 dargestellten Behandlungserfolge, für die Zeugenbeweis angeboten werde.

Die Beklagte beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts München I vom 19.05.2011, Az. 4 HK O 2139/10, die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Er verteidigt das Ersturteil und führt hierzu ergänzend aus: Da die angegriffenen Abbildungen dem Leser den Eindruck erheblicher Eingriffe in die Körperformen vermittelten, sei die Beurteilung des Landgerichts, der Streitfall sei in Anwendung des § 3 HWG zu entscheiden, nicht zu beanstanden. Sollte nicht von einer Heilmittelwerbung im Sinne des HWG auszugehen sein, leite sich der Unterlassungsanspruch des Klägers in gleicher Weise aus dem allgemeinen Irreführungsverbot des § 5 Abs. 1 Nr. 1 UWG ab. Entgegen der Auffassung der Beklagten werde von der angegriffenen Werbung nicht nur mit Fragen der Reduzierung von Körperfett vertrautes Fachpublikum angesprochen. Zur Zielgruppe der Zeitschrift "... – Fachmagazin für Fitness und Wellness" zählten auch Personen, die im Bereich der "Fitness"-Dienstleistungen selbständig oder in abhängi-

gen Arbeitsverhältnissen tätig seien. Dieser in Bezug auf den potentiellen Erwerb eines "b. a."-Gerätes in erster Linie wirtschaftliche Überlegungen anstellende Personenkreis verfüge nicht über eine entsprechende Sachkunde in Bezug auf die medizinische bzw. kosmetische Behandlung mit Ultraschall-Geräten und deren Auswirkungen auf die Körperformen der behandelten Kunden.

Die Tatsachenfeststellung des Landgerichts begegne keinen durchgreifenden Bedenken. Die Beklagte wäre angehalten gewesen, zu gesicherten wissenschaftlichen Erkenntnissen in Bezug auf die beworbene Methode zur Reduzierung der Fettzellen vorzutragen und einen geeigneten, wissenschaftlichen Kriterien Genüge leistenden Beweis für ihre verfahrensgegenständliche, in Gestalt der angegriffenen Abbildungen aufgestellte Werbebehauptung anzubieten. Hierzu seien randomisierte, placebokontrollierte Doppelblindstudien mit einer ausreichenden Probandenzahl erforderlich. Der von der Beklagten demgegenüber angebotene Zeugenbeweis sei vor diesem Hintergrund unbehelflich gewesen, einer Ladung der Zeugen durch das Landgericht habe es nicht bedurft. Die von der Beklagten vorgelegten Unterlagen seien ebenfalls nicht geeignet, einen ausreichenden Wirksamkeitsnachweis zu führen.

Im Übrigen wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze und auf das Protokoll des Termins vom 01.03.2012 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

II.

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte (§§ 517, 519 ZPO) und innerhalb verlängerter Frist mit Schriftsatz vom 23.09.2011, bei Gericht eingegangen am 27.09.2011, begründete (§ 520 Abs. 2 Sätze 1 und 3 ZPO) Berufung der Beklagten ist unbegründet. Das Landgericht hat im Ergebnis zu Recht dem vom Kläger verfolgten Unterlassungsbegehren wegen irreführender Werbung stattgegeben. Die hiergegen von der Beklagten erhobenen Einwände verhelfen ihrer Berufung nicht zum Erfolg.

Im Einzelnen:

1. Ihren in erster Instanz erhobenen Einwand fehlender Aktivlegitimation des Klägers, dem das Landgericht unter Hinweis auf § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG zu Recht nicht gefolgt ist, verfolgt die Beklagte in der Berufungsinstanz nicht weiter, so dass diesbezüglich weitere Ausführungen nicht veranlasst sind.
2. Der Beklagten ist darin zuzustimmen, dass sich das vom Kläger beanspruchte Unterlassungsgebot nicht aus dem Verbot irreführender Heilmittelwerbung

gemäß § 3 Satz 2 Nr. 1, Nr. 2 a, § 1 Abs. 1 Nr. 2 HWG i. V. m. § 3, § 4 Nr. 11 UWG herleiten lässt.

Gemäß § 3 Satz 2 Nr. 1, Nr. 2 a HWG ist eine Werbung mit Arzneimitteln, Medizinprodukten, Verfahren, Behandlungen, Gegenständen oder anderen Mitteln unzulässig, wenn sie irreführend ist, was nach dem Gesetz der Fall ist, wenn ihnen eine therapeutische Wirksamkeit oder Wirkungen beigelegt werden, die sie nicht haben (§ 3 Satz 2 Nr. 1 HWG a. E.) bzw. wenn fälschlich der Eindruck erweckt wird, dass ein Erfolg mit Sicherheit erwartet werden kann (§ 3 Satz 2 Nr. 2 a HWG).

Im Streitfall steht eine Werbung mit "anderen Mitteln" gemäß § 3 Satz 2 Nr. 1 HWG inmitten, da es sich bei der Anwendung der von der Beklagten beworbenen Kavitation-Methode mit Ultraschall mittels des Gerätes "b. a." weder um ein Arzneimittel im Sinne des Arzneimittelgesetzes, noch um die weiteren vom Anwendungsbereich des § 3 Satz 2 Nr. 1 HWG erfassten und vorstehend aufgezählten Beispielsfälle handelt. "Andere Mittel" sind nach der Legaldefinition des § 1 Abs. 2 Satz 1 HWG kosmetische Mittel im Sinne von § 4 des Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetzes (LMBG). Ob die von der Beklagten in Anlage K 2 beworbene Reduzierung der Körperformen hierunter fällt, kann offen bleiben, weil die Anwendbarkeit des HWG auf die Werbung mit "anderen Mitteln" weiterhin – nach § 1 Abs. 1 Nr. 2, 1. Alt. HWG, eine kosmetische Operation gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 2, 2. Alt. HWG steht hier nicht inmitten –, voraussetzt, dass sich die Werbeaussage auf die Erkennung, Beseitigung oder Linderung von Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhaften Beschwerden bei Mensch oder Tier bezieht. Dies ist hier nicht der Fall. Zwar mag Übergewicht die Ursache verschiedener zu behandelnder Krankheiten sein. Die angegriffene Werbung stellt allerdings keinen unmittelbaren Bezug zu "krankhaftem" Übergewicht her. Sie zeigt vielmehr dem – also auch dem gesunden – Interessenten eine Möglichkeit auf, mit Hilfe der beworbenen Ultraschall-Methode unter Einsatz von "b. a." Körperfett zu reduzieren und damit "lästige Pfunde loszuwerden".

3. Die vom Kläger angegriffenen "Vorher-Nachher"-Abbildungen gemäß Anlage K 1 verstoßen allerdings als unlautere Werbung gegen das wettbewerbsrechtliche Irreführungsverbot der § 3, § 5 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 Nr. 1 UWG. Dem von der angegriffenen Werbung angesprochenen Verkehr vermitteln die streitgegenständlichen Abbildungen nämlich den Eindruck, dass – unabhängig von weiteren Maßnahmen (etwa einer gesunden Lebensführung) – mit der Durchführung der darin erwähnten Behandlungen (eine bis maximal vier) der Erfolg einer positiven Veränderung der Körperformen eintrete. Der Umstand, dass diese in der verfahrensgegenständlichen Werbung behaupteten Wirkungen in An-

sehung der von den Parteien vorgelegten Unterlagen nicht hinreichend wissenschaftlich gesichert sind, ist im Streitfall zu Lasten der hierfür beweisbelasteten Beklagten zu beurteilen; daher ist ihrer Berufung kein Erfolg verbeschieden.

a) Bei der Prüfung, ob eine Angabe über geschäftliche Verhältnisse geeignet ist, den Verkehr irrezuführen, ist auf die Auffassung der Verkehrskreise abzustellen, an die sich die Werbung richtet (st. Rspr., z. B. BGH GRUR 2004, 244, 245 – *Marktführerschaft*; BGH GRUR 1996, 910, 912 – *Der meistverkaufte Europas*; Köhler/*Bornkamm*, UWG, 29. Aufl. 2011, § 5 Rn. 2.67 m. w. N.). Insoweit ist der Beklagten darin zuzustimmen, dass sich die streitgegenständliche Werbung gemäß Anl. K 2 nicht an den Endverbraucher richtet, sondern an den potentiellen Käufer eines "b. a."-Ultraschallgerätes. Zu diesem Käuferkreis zählt indessen nicht nur das einer entsprechenden Werbung im Allgemeinen kritischer als ein Durchschnittsverbraucher gegenüberstehende Fachpublikum mit einer medizinischen Vorbildung. Als Kaufinteressenten sind den unwidersprochen gebliebenen Ausführungen des Klägers zufolge vielmehr auch die Betreiber bzw. angestellten Mitarbeiter von Fitness-Studios bzw. die Anbieter von Dienstleistungen im Bereich "Wellness" anzusehen, die nicht ohne weiteres von Berufs wegen über ausreichende medizinische Vorkenntnisse verfügen, um beurteilen zu können, ob allein die dort angesprochene Zahl der durchgeführten Ultraschall-Behandlungen mit dem Gerät "b. a." für die in der angegriffenen Werbung gemäß Anl. K 2 dargestellte Reduzierung von Körperfett und die Veränderung der Figur der abgebildeten Personen verantwortlich sei und die deshalb der Gefahr einer Irreführung über die wissenschaftliche Absicherung der mit den Abbildungen verbundenen Werbeaussagen unterliegen.

b) Die vorstehend dargestellte Erwartung von relevanten Teilen des angesprochenen Verkehrs, mittels der "b. a." Ultraschallbehandlung veränderten sich die Körperformen in der aus den Abbildungen gemäß Anl. K 2 ersichtlichen Weise, wird auch nicht nur als im besten Falle im Sinne einer Idealvorstellung, sondern als im Normalfall erzielbar dargestellt. Den Abbildungen kann der Adressat keine Einschränkung dahingehend entnehmen, dass die bildlich dargestellten Wirkungen nur unter bestimmten Voraussetzungen, etwa in Kombination mit einer veränderten Lebensweise z. B. in Gestalt der Reduzierung der Nahrungsmittelaufnahme oder einer regelmäßigen körperlichen Ertüchtigung einträten. Der potentielle Interessent wird zudem, nachdem allen drei Abbildungen mit verschiedenen Personen eine deutlich erkennbare Veränderung der Körperformen zu entnehmen ist, daher davon ausgehen, dass dieser Erfolg üblicherweise bei Durchführung der Ultraschall-Behandlung mit dem "b. a."-Gerät eintreten werde. Die maßgebliche Erwartung, die der angesprochene Verkehr den verfahrensgegenständlichen Abbildungen entnimmt, kann der ständig mit Verfahren des gewerblichen Rechtsschutzes befasste Senat aus ei-

gener Sachkenntnis treffen (vgl. BGH a. a. O. – *Marktführerschaft*, S. 245; Köhler/*Bornkamm* a. a. O., § 5 Rn. 3.12).

c) Den Nachweis, ob eine Werbung gegen das wettbewerbsrechtliche Irreführungsverbot des § 5 UWG verstößt, hat grundsätzlich der Verletzte, im Streitfall der Kläger als Anspruchsteller (§ 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG) zu führen (vgl. BGH GRUR 2004, 246, 247 – *Mondpreise?*; BGH GRUR 1997, 229, 230 – *Beratungskompetenz*; Köhler/*Bornkamm* a. a. O., § 5 Rn. 3.19). Trägt der Kläger in einem Streit über die tatsächlichen Wirkungen beworbener Arzneimittel das Fehlen einer wissenschaftlichen Grundlage substantiiert vor, so ist es Aufgabe des Beklagten, die wissenschaftliche Absicherung einer gesundheitsbezogenen Werbeangabe zu beweisen (vgl. OLG Frankfurt GRUR-RR 2003, 295; Köhler/*Bornkamm*, a. a. O., § 5 Rn. 3.28 unter Hinweis darauf, dass der Bundesgerichtshof die hiergegen gerichtete Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten mit Beschluss vom 18.12.2003 – I ZR 159/03 zurückgewiesen hat).

So liegt der Fall auch hier. Der Umstand, dass der Streitsache keine Arzneimittelwerbung zugrunde liegt, rechtfertigt demgegenüber keine abweichende Beurteilung zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast. Die streitgegenständliche Werbung der Beklagten gemäß Anl. K 2 ist zwar nicht ausschließlich gesundheitsbezogen (vgl. die vorstehenden Ausführungen zu Ziffern II.2. dieses Senatsurteils). Dem von den "Vorher-Nachher"-Abbildungen gemäß Anl. K 2 angesprochenen Verkehr wird jedoch nicht nur die positive Auswirkung der beworbenen Behandlungsmethode auf das äußere Erscheinungsbild des Anwenders vermittelt, sondern – unausgesprochen – auch auf dessen Gesundheit, nachdem die Reduzierung von Übergewicht, wie allgemein bekannt, dazu beiträgt, auch dazu dient, gesund zu bleiben. Nicht zuletzt verbinden nicht nur die Anwender, sondern auch die von der streitgegenständlichen Werbung angesprochenen Fachkreise mit einer "Ultraschall-Behandlung" als einer üblicherweise medizinischen Maßnahme eine gesundheitsbezogene Aussage.

Ausgehend von diesen Grundsätzen zur Darlegungs- und Beweislast gilt im Streitfall Folgendes:

aa) Der Kläger hat – unter Vorlage der gerichtlich angeordneten Gutachten des Prof. Dr. J. K. vom 25.03.2004 (Anl. K 9) und des Prof. Dr. N. vom 30.01.1992 (Anl. K 13) und vom 11.07.1998 (Anl. K 14) sowie des Artikels "Die Behandlung des Übergewichts" von Prof. Dr. H. H. Direktor des ... Zentrum für Ernährungsmedizin der Technischen Universität München, in der Neuen Zürcher Zeitung vom 30.10.1997 (Anl. K 10) und der Veröffentlichungen der Stiftung Warentest in "test" – Heft ... 1999 (Anl. K 11) sowie in "test" – Heft Nr. ... vom ... 2003 (Anlage K 12) – substantiiert vorgetragen, dass nach wissenschaftlichen Erkennt-

nissen eine Gewichtsreduktion (ohne medizinische Maßnahmen etwa in Gestalt eines operativen Eingriffs) durch die über einen längeren Zeitraum andauernde Verringerung von Energiezufuhr (etwa durch Beschränkung der Nahrungsaufnahme) und/oder durch einen Mehrverbrauch von Energie im Vergleich zur zugeführten Energie (etwa durch vermehrte körperliche Betätigung) erfolgen kann. Der Einsatz von Ultraschall zur Fettreduktion mittels Kavitation sei demgegenüber wissenschaftlich nicht abgesichert; so lautet es im Gutachten von Prof. Dr. K. gemäß Anl. K 9, S. 6/7 auszugsweise wie folgt: "... Ultraschall ist nach gegenwärtigem Erkenntnisstand nur im Rahmen sehr hoher Leistungen dazu im Stande, Fettzellen zu zerreißen und so das gespeicherte, ölige Fett freizusetzen. Ein derartiges Prinzip findet zur Zeit nur im Rahmen der Fettabsaugung durch einen operativen Zugang mittels Kanülen direkt ins Fettgewebe Anwendung. Dass niedrigere Leistungsdichten von außen eingebracht ähnliche Effekte in geringem Ausmaß bewirken könnten muss nach heutigem Kenntnisstand verneint werden."

bb) Dem kann die Beklagte nicht mit Erfolg entgegenhalten, das Vorbringen des Klägers gebe den aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnisstand nicht wieder und sei durch die beklagtenseits vorgelegten Unterlagen und den angebotenen Zeugenbeweis widerlegbar.

(1) Soweit sich die Beklagte auf die Stellungnahmen von Dr. H. F. vom Juli 2005 (Anl. B 3: "Biokybernetisches Verfahren zur Gewebestraffung und Körperformung") und Dr. W. N. (Anl. B 4) stützt, beschränken sich diese im Wesentlichen auf allgemeine Ausführungen zur Anwendung des "b."-Verfahrens. Dass wie beklagtenseits in der angegriffenen Werbung in bildlicher Darstellung behauptet ein sichtbarer Behandlungserfolg bereits nach einer Behandlung bzw. nach zwei oder vier Behandlungen einträte, lässt sich den Ausführungen der beiden vorgenannten Ärzte überdies nicht entnehmen: Nach Auffassung von Dr. H. F. bedarf ein gutes Resultat im Allgemeinen der Durchführung von zwölf Behandlungen in einem Zeitraum von sechs Wochen sowie der Vornahme von Auffrischbehandlungen im Abstand von ca. zwei Monaten (Anl. B 3, rechte Spalte, 1. Absatz). Nach den Erfahrungen des Dr. N. mit der "b."-Methode (die im Einzelnen nicht näher erläutert werden) stelle erst ein Behandlungszyklus von etwa acht Sitzungen eine optimale und dauerhafte Wirkung sicher (Anl. B 4, rechte Spalte, letzter Absatz).

(2) Eine hinreichende wissenschaftliche Absicherung der von der Beklagten in den streitgegenständlichen Abbildungen aufgestellten Werbebehauptung einer positiven Veränderung der Körperformen nach bereits bis zu vier Behandlungen mit dem Ultraschall-Gerät "b. a." vermag auch die als Anlage B 5 vorgelegte

"B.-STUDIE" des ... Instituts für experimentelle Dermatologie vom 26.05.2004 nicht zu erbringen.

Zwar ist dem Kläger nicht darin zu folgen, dass eine hinreichende wissenschaftliche Absicherung der beworbenen und in der Studie gemäß Anl. B 5 untersuchten "b."-Methode voraussetzen würde, dass die dem beworbenen Ultraschall-Verfahren beigelegte Wirkung bereits Gegenstand einer allgemeinen wissenschaftlichen Diskussion geworden ist. Die wissenschaftliche Absicherung kann sich grundsätzlich schon aus einer einzigen Arbeit ergeben, sofern diese auf überzeugenden Methoden und Feststellungen beruht (vgl. BGH GRUR 2010, 359 Tz. 18 – *Vorbeugen mit Coffein!* unter Bezugnahme auf *Zipfel/Rathke*, LFBG, § 27 Rn. 43; *Reinhart* in: Meyer/Streinz, LFBG, § 27 Rn. 39). Eine hinreichende wissenschaftliche Belegbarkeit erfordert entgegen der Auffassung des Klägers auch keine randomisierte, placebokontrollierte und doppelblind durchgeführte Interventionsstudie an statistisch signifikanten Bevölkerungsgruppen, wie sie etwa für den Wirknachweis bei Arzneimitteln erforderlich ist. Der erforderliche Umfang der wissenschaftlichen Absicherung von Werbeaussagen ist vielmehr anhand einer Einzelfallprüfung festzustellen, wobei insbesondere darauf abzustellen ist, wie konkret die behauptete Wirkung in der Werbeaussage zum Tragen kommt. Je konkreter, härter, definierter Wirkungen behauptet werden, desto stärkere Anforderungen sind auch an den wissenschaftlichen Nachweis zu stellen (vgl. *Reinhart* in: Meyer/Streinz a. a. O., § 27 Rn. 38 ff.).

Vor diesem Hintergrund sind im Streitfall angesichts der Tatsache, dass die angegriffene Werbung der Beklagten dem angesprochenen Verkehr bereits nach einer, zwei oder vier Behandlungen mit dem Gerät "b. a." die aus den Abbildungen gemäß Anl. K 2 ersichtliche Veränderung der Körperformen anpreist, hohe Anforderungen an den wissenschaftlichen Nachweis zu stellen. Diesen vermag die "B."-Studie gemäß Anl. B 5 nicht zu erbringen. Zwar wurden bei allen zwölf Probandinnen sowohl im Brust- als auch im Oberschenkelbereich nach Abschluss der durchgeführten Behandlungen positive Beeinflussungen erzielt (ermittelt durch Messung der Elastizität, der Hautdicke, der Hautdurchblutung und Sauerstoffsättigung, vgl. Anl. B 5, S. 1: "B."-STUDIE: Abstract der Ergebnisse). Die vorgefundenen Ergebnisse enthalten aber bereits deshalb keine ausreichenden Feststellungen, aus denen sich eine hinreichende wissenschaftliche Absicherung der von der Beklagten behaupteten Wirkaussagen ableiten ließe, weil der Studie nicht zu entnehmen ist, inwieweit die dargestellten Erkenntnisse allein auf der Durchführung des "b."-Verfahrens beruhten oder hierfür (auch) andere Ursachen verantwortlich sein könnten wie etwa veränderte Lebensgewohnheiten der Probandinnen. Einen wissenschaftlichen Anforderungen Genüge leistenden Nachweis der Kausalität der Ultraschall-Behandlung mit der "b."-Methode mit den in der Studie beschriebenen Wir-

kungen liefert diese für sich genommen nicht. Die Studie gemäß Anl. B 5 vermag aber auch deshalb die mit Anl. K 2 beklagenseits aufgestellte Werbebehauptung nicht wissenschaftlich abzusichern, weil dieser nicht nur eine Behandlung bzw. bis zu vier Behandlungen wie aus den Abbildungen gemäß Anl. K 2 ersichtlich zugrunde lagen. Die Probandinnen haben vielmehr in einem Zeitraum von sechs Wochen eine Behandlung mit dem "b."-Verfahren erfahren (vgl. Anl. B 5, S. 2). Sowohl die Messergebnisse auf den Seiten 15 ff., als auch die Ultraschallbilder auf den Seiten 61 ff. und die Bilddokumentationen zur Studie beziehen sich auf den Zustand der Probandinnen nach mehreren Behandlungswochen bzw. vor der Behandlung und nach zwölf Behandlungen. Es liegt auf der Hand, dass selbst unter Zugrundelegung der Ergebnisse der "B.-STUDIE" gemäß Anl. B 5 keine wissenschaftlich abgesicherten Rückschlüsse auf die potentielle Veränderung von Körperformen und die Reduzierung von Fettzellen nach bis zu vier Behandlungen zu ziehen sind, wie sie von der Beklagten in ihrer Werbung gemäß Anl. K 2 behauptet werden.

Die vorstehenden Ausführungen gelten entsprechend für die von der Beklagten als Anl. B 7 vorgelegte Vorstudie zur Studie des ... Instituts für experimentelle Dermatologie. Auch die Vorstudie beschränkt sich darauf, die – nach mindestens sechs Behandlungen – vorgefundenen Ergebnisse ausschließlich auf die Anwendung der "b."-Methode zurückzuführen, ohne diese auf andere mögliche Ursachen hin zu überprüfen. Nicht zuletzt vermag die im Rahmen der Vorstudie gemäß Anl. B 7 durchgeführte Behandlung von lediglich drei Probandinnen nach derselben Methode – ohne Bildung einer Vergleichsgruppe, die nach derselben Methode behandelt wurde – nicht den Anforderungen zu genügen, die an die Wissenschaftlichkeit derartiger Studien zu stellen sind (vgl. auch Anl. B 7, S. 7, vorletzter Absatz: "Die geringe Probandenzahl lässt keine statistische Sicherheit zu. Deshalb ist eine Interpretation der Ergebnisse mit Vorsicht vorzunehmen. ...").

Lediglich der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass nur weibliche Probandinnen an den ...-Studien gemäß Anlagen B 5 und B 7 teilgenommen haben, wohingegen die angegriffene Werbung der Beklagten gemäß Anl. K 2 auch die Abbildung eines männlichen Oberkörpers enthält, so dass auch insoweit den Studien keine zuverlässigen und wissenschaftlich tragfähigen Erkenntnisse zu entnehmen sind.

(3) Eine hinreichende Absicherung der in den streitgegenständlichen Abbildungen gemäß Anl. K 2 hervorgehobenen Wirkaussagen in Gestalt einer positiven Veränderung der Körperformen nach einer bzw. nach bis zu vier Behandlungen vermag auch die als Anl. B 6 vorgelegte Studie der Londoner Klinik "... " vom 15.12.2003 nicht zu erbringen. Die Studienergebnisse geben durchgängig den

Zustand der Probanden nach mindestens zehn Behandlungen wieder (vgl. Anl. B 6, S. 1 unter "Results": In total the clinic treated 55 clients with 10 or more treatments"; s. auch S. 8/9 der Studie), so dass hieraus keine wissenschaftlich abgesicherten Erkenntnisse über die Reduzierung von Fettzellen nach einer Behandlung bzw. nach bis zu vier Behandlungen mit dem "b."-Verfahren wie von der Beklagten beworben gezogen werden können. Nicht zuletzt weist die Studie auf mögliche positive Einflüsse veränderter Lebensgewohnheiten der Probanden auf die vorgefundenen Ergebnisse hin (vgl. Anl. B 6, S. 13 unten/S. 14 oben: "..., but the results seem to show that beautytek gives better results when combined with a healthy lifestyle. ...").

(4) Der Internet-Ausdruck der Deutschen Gesellschaft für Elektrostimulation und Elektrotherapie e. V. (GESET) vom 29.06.2010 (Anl. B 12) und die als Anlage B 13 vorgelegten Unterlagen von Dr. techn. C. K. zum Thema "Ultraschall in der Medizin" befassen sich mit den Anwendungsmöglichkeiten der Ultraschalltherapie in der Medizin. Einen konkreten Bezug zum Einsatz von Ultraschall im Rahmen der "b."-Methode zur Reduzierung von Fettzellen im menschlichen Körper stellen diese Anlagen nicht her.

(5) Die Abhandlung von S. A. B. "Characterization of Non-thermal Focused Ultrasound for Non-invasive Selective Fat Cell Disruption (Lysis): Technical and Pre-clinical Assessment" in der Fachzeitschrift "Kosmetische Medizin 2.10" (Anl. B 15) setzt sich mit einer Ultraschalltherapie für die nicht-invasive Reduzierung des Fettgewebes von Schweinen auseinander. Die dort beschriebene Versuchsreihe wurde mit dem "UltraShape Contour 1 System" durchgeführt (vgl. Anl. B 15, Seite 1, rechte Spalte unter "Zusammenfassung"). Dass dieses System mit der "b."-Methode vergleichbar sei, ergibt sich – unabhängig von der Frage der Übertragbarkeit der vorgefundenen Ergebnisse auf den menschlichen Körper, die der Artikel nicht aufgreift – aus dem Bericht gemäß Anl. B 15 nicht; derartige behauptet die Beklagte auch nicht. Bereits aus diesem Grund ist Anl. B 15 für eine wissenschaftliche Absicherung der in der angegriffenen Werbung der Beklagten gemäß Anl. K 2 aufgestellten Wirkaussagen nicht geeignet.

(6) Die Anlagen B 16 bis B 29 enthalten Auszüge aus der wissenschaftlichen Datenbank des Deutschen Instituts für Medizinische Dokumentation und Information (DIMDI). Sie befassen sich mit der Wirkung von Ultraschallbehandlungen im Hinblick auf die Reduktion bzw. Auflösung von Fettzellen mit dem Ziel der Umfangreduzierung des Körpers. Einen Bezug zur verfahrensgegenständlichen "b."-Methode stellen diese Unterlagen nicht her. Dass in der von der Beklagten in der streitgegenständlichen Werbung angepriesenen Weise mit dem Gerät "b. a." infolge der Durchführung einer Behandlung bzw. nach maximal vier Behandlungen eine Reduzierung des Körperrumfangs wie aus den Abbildungen gemäß

Anl. K 2 ersichtlich erfolge, vermögen diese Anlagen nicht zu dokumentieren und sind daher für eine wissenschaftliche Absicherung der aufgestellten Werbebehauptungen nicht geeignet. Darüber hinaus handelt es sich lediglich um kurze, pauschale Darstellungen zur jeweils beschriebenen Behandlungsmethode, ohne die im Einzelnen durchgeführten Studien und Maßnahmen näher darzustellen, so dass sie auch deshalb keine ausreichende Grundlage für eine wissenschaftliche Absicherung der von der Beklagten aufgestellten Werbebehauptung bilden können. So schildert der Beitrag "Hochintensiver fokussierter Ultraschall reduziert effektiv Fettgewebe" (Anl. B 16, deutsche Übersetzung Anl. B 17) zwar, dass eine Reihe von Studien durchgeführt wurden, ohne diese allerdings im Einzelnen näher zu beschreiben. Den Beiträgen "Körperformung durch nichtinvasiven transdermalen fokussierten Ultraschall" (Anl. B 18, deutsche Übersetzung Anl. B 19) sowie "Safety and efficacy of UltraShape Contour I treatments to improve the appearance of body contours; multiple treatments in shorter intervals" (Anl. B 22, deutsche Übersetzung Anl. B 23) lag eine Untersuchung der Wirkungsweise des Geräts "UltraShape Contour 1" zugrunde. Insofern gelten die vorstehenden Ausführungen zu II.3.c)bb)(5) entsprechend. Auf allgemeine Ausführungen zum Gerät "UltraShape" beschränken sich auch die Anl. B 20 "Noninvasive, external ultrasonic lipolysis" (deutsche Übersetzung Anl. B 21) und B 24 "Nonsurgical body contouring with focused ultrasound" (deutsche Übersetzung Anl. B 25). An der Studie gemäß Anl. B 26, B 27 nahmen fünf Personen teil; die vorgefundenen Ergebnisse basierten auf der Durchführung von zwölf Behandlungen. Hiermit ist den Anforderungen an eine wissenschaftliche Absicherung der verfahrensgegenständlichen Werbeaussagen nicht Genüge getan; auf die vorstehenden Ausführungen unter II.3.c)bb)(1) und (2) wird insoweit verwiesen. Den Beiträgen gemäß Anl. B 28, B 29 lag ein für die Beurteilung des Streitfalles nicht maßgeblicher Tierversuch mit Schweinen unter Einsatz eines UltraShape-Gerätes zugrunde.

(7) Der als Anlage B 78 (deutsche Übersetzung Anl. B 79) vorgelegte Untersuchungsbericht von Dr. S. kommt zu dem Ergebnis, dass die Behandlung mit dem Medicell-Kavitationsgerät, das – vom Kläger mit Nichtwissen bestritten – baugleich mit dem streitgegenständlichen Gerät "b. a." sei, keine maßgeblichen Nebenwirkungen zur Folge habe. Eine Aussage über die Reduzierung von Fettzellen im menschlichen Körper und eine Veränderung von Körperformen wie aus der streitgegenständlichen Werbung gemäß den Abbildungen in Anlage K 2 ersichtlich ist damit nicht verbunden. Die konkreten Untersuchungsergebnisse der an insgesamt 21 Patienten – durchgehend weibliche Probandinnen im Alter zwischen 18 und 45 Jahren – durchgeführten Behandlungen mit dem "Medicell"-Ultraschallgerät lagen dem Bericht nicht bei und wurden von der Beklagten trotz Rüge des Klägers im Schriftsatz seines Prozessbevollmächtigten vom

20.10.2010 (Bl. 70 d. A., letzter Absatz) auch nicht vorgelegt. Unabhängig von der von der Beklagten nicht in Abrede gestellten Behauptung des Klägers, Dr. S. sei ein Mitarbeiter des Geräteherstellers, der Firma A. S. R. L., und habe für diese ein Gefälligkeitsgutachten erstellt, kommt daher der Bericht gemäß Anl. B 78 als hinreichende wissenschaftliche Absicherung der streitgegenständlichen Werbeaussagen der Beklagten nicht in Betracht.

(8) Die "Vorläufige Prüfung des Kavitationsgerätes Medicell" durch Dr. P. L., Universität Saragossa (Anl. B 80, deutsche Übersetzung Anl. B 81) beschränkt sich auf allgemeine Ausführungen zur Kavitationswirkung unter Einsatz von Ultraschallgeräten zur Zerstörung von Fettzellen, beschäftigt sich allerdings nicht mit dem hier in Rede stehenden Gerät "b. a." und hinterfragt nicht, ob bereits nach Durchführung einer Behandlung bzw. nach maximal vier Behandlungen eine Veränderung von Körperformen wie aus den Abbildungen in Anl. K 2 ersichtlich eintreten könnte.

(9) Die Abhandlung "Stabile Kavitation als nicht-invasive Behandlung von lokalen Lipomen" von Dr. S. V. (Anl. B 82, Übersetzung Anl. B 83 sowie Anl. B 97) befasst sich mit der Behandlung von lokalen Lipomen, hierbei handelt es sich um gutartige Geschwulste, durch Ultraschall. Zur streitrelevanten Reduzierung von Fettzellen und Veränderung von Körperformen mit der "b."-Methode beschäftigt sich der Bericht nicht und ist daher ohne Aussagekraft für die Frage der wissenschaftlichen Absicherung der mit den Abbildungen gemäß Anl. K 2 getroffenen Werbeaussagen der Beklagten.

(10) Soweit die Beklagte in erster Instanz für ihre Behauptung, die aus den streitgegenständlichen Abbildungen gemäß Anl. K 2 ersichtlichen Wirkungen des Gerätes "b. a." seien wissenschaftlich belegt und in zahlreichen wissenschaftlichen Studien nachgewiesen, Beweis angeboten hat durch Einvernahme des Hautarztes Dr. H. F. und des Facharztes für Gynäkologie Dr. W. N. (Klagerwiderrung vom 31.03.2010, S. 10 = Bl. 25 d. A.), hat das Erstgericht zu Recht keine Veranlassung gesehen, einen entsprechenden Beweis zu erheben. Den Gegenstand des Zeugenbeweises bilden Wahrnehmungen über vergangene Tatsachen und Zustände (§ 414 ZPO, vgl. Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 32. Aufl. 2011, Vorbem § 373 Rn. 1). Für den Nachweis der wissenschaftlichen Absicherung einer gesundheitsbezogenen Werbeaussage ist der auf die Wiedergabe von Tatsachenwissen abstellende Zeugenbeweis als solcher untauglich; er stellt sich insoweit als ungeeignetes Beweismittel dar. Auch eine Einvernahme der vorstehend aufgeführten Personen als sachverständige Zeugen (§ 414 ZPO) war hier nicht veranlasst. Die diesbezüglichen Beweisangebote bezogen sich ersichtlich auf die als Anlagen B 3 und B 4 vorgelegten Stellungnahmen, die aus den Gründen zu II.3.c)bb)(1) dieses Senatsurteils die Werbebehauptung der

Beklagten nicht stützen: Den Darstellungen von Dr. F. (Anl. B 3) bzw. Dr. N. (Anl. B 4) zufolge bedürfe es eines Behandlungszyklus von mindestens acht bzw. zwölf Behandlungen, um einen sichtbaren Erfolg mit der "b."-Methode zu erzielen. Zum Beweis dafür, dass abweichend hiervon bereits nach Durchführung einer Behandlung bzw. nach maximal vier Behandlungen die von der Beklagten in der streitgegenständlichen Werbung dargestellten Erfolge wissenschaftlich abgesichert seien, sind die Zeugen Dr. F. und Dr. N. – die lediglich bekunden sollen, dass die Wirksamkeit einer Behandlung mit dem "b."-Gerät wissenschaftlich nachgewiesen sei – indes nicht benannt.

(11) Ohne Erfolg beruft sich die Beklagte darauf, dass die mit Schriftsatz vom 23.09.2011 benannten Zeugen (Bl. 124/125 d. A.) eine deutliche Verringerung ihrer Körperformen nach Durchführung von vier bzw. fünf Behandlungen mit dem "b. a."-Gerät festgestellt hätten. Der diesbezüglich erstmals in der Berufungsinstanz vorgebrachte neue, vom Kläger bestrittene Tatsachenvortrag der Beklagten ist bereits, da verspätet, der Senatsentscheidung nicht zugrunde zu legen (vgl. § 531 Abs. 2 Nr. 3 i. V. m. § 529 Abs. 1 Nr. 2 ZPO). Aus den Gründen zu II.3.c)bb)(10) erweist sich zudem der angebotene Zeugenbeweis zum Nachweis der wissenschaftlichen Absicherung der streitgegenständlichen Werbebehauptung der Beklagten nicht als geeignet. Die bloße Darstellung von Behandlungsergebnissen ohne fachwissenschaftliche Erläuterung genügt den an einen entsprechenden Nachweis zu stellenden Anforderungen nicht. Untersuchungsergebnisse bei lediglich fünf Probanden sind zudem nicht ausreichend, um eine repräsentative und wissenschaftlich abgesicherte Aussage über den Erfolg einer Behandlungsmethode treffen zu können (vgl. die Ausführungen zu II.3.c)bb)(2) dieses Senatsurteils). Letztlich würde der Vortrag der Beklagten im Schriftsatz vom 23.09.2011 diese jedenfalls insoweit nicht entlasten, als mit der Anl. K 2 die Werbebehauptung (im von oben gesehen ersten Bild und im dritten Bild) aufgestellt wurde, dass der bildlich dargestellte Abbau von Fettzellen und die positive Veränderung von Körperformen bereits nach der ersten bzw. zweiten "b."-Behandlung erfolge.

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, 711 ZPO.

3. Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) und auch die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO nicht vorliegen. Die Rechtssache erfordert,

wie die Ausführungen unter II. zeigen, lediglich die Anwendung gesicherter Rechtsprechungsgrundsätze auf den Einzelfall.

4. Angesichts des Umstands, dass sich der Erklärung der Geschäftsführer der Beklagten im Verhandlungstermin vom 01.03.2012 zufolge (vgl. Protokollniederschrift S. 2) der Kaufpreis für ein "b. a."-Gerät auf Beträge zwischen € 20.000,-- und € 40.000.-- beläuft, ist für das Berufungsverfahren ein Gegenstandswert von 40.000,-- angezeigt (§ 47 Abs. 1 Satz 1 GKG, § 3 ZPO). Entsprechend war die Streitwertfestsetzung durch das Landgericht mit Beschluss vom 24.03.2011 (€ 15.000,--) abzuändern.