

# Oberlandesgericht Oldenburg

Urteil vom 21. Dezember 2012, 6 U 103/12

## Gründe

I.

Die Parteien streiten um die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit von Werbeaussagen in Bezug auf die Reduzierung von Körperfett mittels Ultraschall.

Der Kläger ist ein eingetragener Verein. Zu seinen satzungsmäßigen Aufgaben gehört die Wahrung der gewerblichen Interessen seiner Mitglieder, insbesondere die Einhaltung des lautereren Wettbewerbs.

Die Beklagte bietet in ihren Räumlichkeiten eine Ultraschallbehandlung zur Reduktion von Körperfett an. Sie bewarb die Behandlung auf ihrer Webseite im Internet in der aus Anlage K 3 (im Ordnerband I) ersichtlichen Form.

Der Kläger hat die Beklagte unter dem 14.06.2010 wegen behaupteter irreführender Werbeaussagen abgemahnt und vergeblich eine strafbewehrte Unterlassungserklärung eingefordert.

Der Kläger hat behauptet, viele seiner Mitglieder vertrieben auf demselben Markt Waren oder Dienstleistungen, die dem Angebot der Beklagten glichen oder ihm verwandt seien.

Er hält den Werbeauftritt der Beklagten für wettbewerbswidrig. Es komme zu einer Irreführung der Verbraucher. Diese erhielten durch die Werbung den Eindruck, durch die Behandlung nennenswert Übergewicht verlieren zu können - was unstreitig nicht der Fall ist. Auch die Reduzierung von Fettpolstern sei nicht wissenschaftlich gesichert und durchaus umstritten. Die Werbeaussagen seien daher irreführend gem. §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i. V. m. § 3 Nr. 1, 2 HWG und gem. §§ 3, 5 UWG.

Der Kläger hat beantragt,

I.

die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu verhängenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,- Euro, ersatzweise Ordnungshaft, oder eine Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu vollziehen an der Geschäftsführerin der persönlich haftenden Gesellschafter, im geschäftlichen

Verkehr zu unterlassen, für eine Ultraschallbehandlung mit dem Gerätesystem "LipoSonix(R)" zu werben und zwar wie folgt:

1. "Ultraschalltechnologie aus den USA reduziert Fettpolster ohne Operation",
2. "... Ultraschalltechnologie... mit der Fettpolster ohne Operation nachgewiesen effektiv reduziert werden können",
3. "... effektiver Fettzellenabbau",
4. "Erste standardisierte klinische Erhebungen belegen die ausgezeichnete Wirkung und übertreffen die erwarteten Ergebnisse. Begleitende Diäten wie bei anderen ästhetischen Behandlungen entfallen komplett.",

sofern dies jeweils geschieht wie in Anlage K3 wiedergegeben.

II.

Die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 166,60 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 27.12.2010 zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

Sie hat bestritten, dass dem Kläger eine Anzahl von Unternehmen angehörten, die auf dem gleichen örtlichen Markt Waren oder Dienstleistungen anböten, die mit der von ihr angebotenen Leistung vergleichbar seien. Sie hat auch bestritten, dass der Kläger nach seiner personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung seine satzungsmäßigen Aufgaben wahrnehmen könne.

Die Beklagte hält ihre Werbung nicht für irreführend. Das von ihr genutzte "LipoSonix"-System arbeite mit hoch intensivem fokussiertem Ultraschall (HIFU) und sei mit Systemen, die niedrigere Ultraschallfrequenzen nutzen, nicht zu vergleichen. Mit "LipoSonix" könne Körperfett effektiv reduziert werden. Fettzellen würden zerstört und dann im normalen Stoffwechselprozess abgebaut. Dies sei durch zahlreiche Studien belegt. Sie hat daher auch die Auffassung vertreten, die Beweislast für eine Unwirksamkeit des Systems liege beim Kläger. Das Heilmittelwerbegesetz (HWG) finde vorliegend keine Anwendung.

Die Beklagte hat weiter vorgetragen, dass Ziel der Behandlung mit "LipoSonix" nicht eine Gewichtsreduktion, sondern ein gezielter Fettzellenabbau und damit eine Körperkonturierung sei. Nichts anderes habe sie auch in ihrem Internetauftritt beworben. Für den Verbraucher sei klar, dass keine irgendwie relevante Gewichtsreduzierung erzielt werde.

Das Landgericht hat der Klage nach Vernehmung der Geschäftsführerin der Klägerin in vollem Umfange stattgegeben.

Die Aktivlegitimation des Klägers ergebe sich aus § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG. Er habe bewiesen, dass eine erhebliche Zahl seiner Mitglieder Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art wie diejenigen der Beklagten auf demselben Markt vertrieben. Dieser Begriff sei weit auszulegen, ausreichend seien Produkte zur ästhetischen Verschönerung der Kunden. Die Geschäftsführerin des Klägers habe bekundet, dass die von ihr im Termin überreichte Mitgliederliste vom 02.02.2012 die Mitglieder enthalte, die sowohl zum Zeitpunkt der Beweisaufnahme wie auch zum Zeitpunkt der ersten mündlichen Verhandlung Mitglieder des Klägers gewesen seien. Hierunter seien auch solche, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art wie die der Beklagten anböten. Das Landgericht hat diesbezüglich einzelne Unternehmen namentlich aufgeführt. Sofern einzelne Mitglieder nicht zu berücksichtigen seien, weil sie erst nach der klägerischen Abmahnung beigetreten seien, sei dies unbeachtlich. Das Gesetz fordere keine Mindestzahl, um von einer erheblichen Anzahl Mitgliedern sprechen zu können.

Das Konkurrenzverhältnis betreffe auch den gleichen örtlichen Markt, da die Beklagte mit ihrem Internetauftritt bundesweit werbe. Darüber hinaus werde im Impressum des Internetauftritts auch auf eine von der Beklagten betriebene Privatklinik hingewiesen, so dass davon auszugehen sei, dass Kunden die Leistungen im Rahmen einer stationären Behandlung erhalten könnten und daher bereit sein dürften, auch eine längere Anreise in Kauf zu nehmen.

Es sei unstreitig, dass der Kläger nach seiner personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung seine satzungsmäßigen Aufgaben wahrnehmen könne. Dies zeige sich auch in der Vielzahl der vom Kläger bereits erstrittenen Entscheidungen.

Die beanstandeten Werbeaussagen seien irreführend und damit wettbewerbswidrig, so dass dem Kläger die begehrten Unterlassungsansprüche zuständen, §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i. V. m. § 3 Nr. 1, 2 HWG.

Bei der Werbung der Beklagten würden ähnliche Ergebnisse wie bei einer Fettabsaugung versprochen. Die Werbung erwecke den Eindruck, dass mit der Reduktion von Körperfett auch ein gezieltes Abnehmen erreicht werden könne, was unstreitig nicht der Fall sei. Von einer bloßen "Körperkonturierung" sei im Werbeauftritt keine Rede. Vielmehr entstehe im Gesamtkontext der Eindruck von Gewichtsreduktion.

Der Anspruch zum Klageantrag zu II. ergebe sich aus § 12 Abs. 1 S. 2 UWG.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Beklagte mit der Berufung.

Die Beklagte wiederholt ihr erstinstanzliches Vorbringen. Insbesondere rügt sie weiterhin die Klagebefugnis des Klägers. Das Landgericht habe zudem rechtsirrig angenommen, dass der Werbeauftritt bei den Verbrauchern als Auslobung einer Gewichtsreduktion verstanden werde. Auch im Übrigen sei die Werbung nicht irreführend.

Das Landgericht stütze die Klagebefugnis des Klägers auf die im Beweistermin vom 02.02.2012 vorgelegte Mitgliederliste, die die Beklagte erst nach Urteilsverkündung erhalten habe. Der Beklagten sei auch nicht bekannt, welchen Mitgliederbestand der Kläger zum Zeitpunkt der ersten mündlichen Verhandlung vom 04.08.2011 gehabt habe.

Das Landgericht habe auch den relevanten sachlichen Markt nicht richtig bestimmt. Es habe sich mit der inhaltlichen Tätigkeit der aufgeführten Mitglieder nicht auseinandergesetzt. Die vom Landgericht aufgeführten Mitglieder konkurrierten zum Teil eben nicht mit der Beklagten. Dieses Kriterium dürfe im Übrigen nicht zu weit ausgelegt werden. Zu fordern sei ein konkretes Wettbewerbsverhältnis. Zu berücksichtigen seien außerdem nur solche Mitglieder, die dem Kläger bereits zum Zeitpunkt der Abmahnung angehört hätten.

Das Landgericht habe auch den örtlich relevanten Markt fehlbewertet. Es sei auf die auf einen Umkreis von ca. 100 km beschränkte Reichweite der Geschäftstätigkeit der Beklagten abzustellen. Allein die Tatsache, dass die Beklagte im Internet geworben habe, rechtfertige keine andere Beurteilung. Auch der Hinweis auf das Betreiben einer Privatklinik ändere an dieser Einordnung nichts.

Das Landgericht sei schließlich unzutreffend davon ausgegangen, dass die personelle, sachliche und finanzielle Ausstattung des Klägers nicht im Streit stehe.

Mit dem Internetauftritt werde keine Gewichtsreduktion beworben. Hiervon sei in der Werbung nicht die Rede. Die Behandlung werde auch nicht als Alternative zur Fettabsaugung dargestellt, eine Methode, die ohnehin ebenfalls nicht der Gewichtsreduktion diene. Die Kunden erwarteten nach der Werbung keine über die Fettreduzierung im Bauchbereich hinausgehende Gewichtsreduzierung. Auch bei einer Internetrecherche mit den Stichworten "Abnehmen" oder "Gewichtsreduktion" gelange man nicht zu dem Webauftritt der Beklagten.

Auch im Übrigen sei der Werbeauftritt nicht irreführend. Die Beklagte verweist insoweit unter anderem auf ein aktuelles gerichtliches Sachverständigengutachten (LG Mannheim, 24 O 150/10, Anlage CC 78) aus einem Parallelprozess. Das Gutachten bestätige die Wirksamkeit des LipoSonix-Systems zur Fettreduzierung und Körperkonturierung.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landgerichts abzuändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt die Zurückweisung der Berufung. Er verteidigt das erstinstanzliche Urteil. Zum Beleg seiner Klagebefugnis legt er eine aktuelle Mitgliederliste vor sowie eine solche, die den Stand zum Zeitpunkt der gerügten Handlung der Beklagten aufweist.

Der Kläger verweist ferner auf ein vom Landgericht Bielefeld eingeholtes Sachverständigengutachten zur Frage der Wissenschaftlichkeit der von der Beklagten vorgelegten Studien. Das Gutachten komme zu dem Ergebnis, dass die Studien schwerwiegende methodische Fehler aufwiesen. Das Sachverständigengutachten aus dem Verfahren vor dem Landgericht Mannheim (Anlage CC 78) sei insoweit falsch, als es die Techniken der Kaviation und der thermischen Lipolyse verwechsle. Auch vergleiche es fälschlicherweise das von der Beklagten eingesetzte Gerät mit sog. UltraShape-Geräten. Beide Gerätetypen seien indes nicht vergleichbar. Der Sachverständige widerspreche sich im Übrigen selbst, da er zum einen feststelle, das LipoSonix-Verfahren diene keinesfalls der Gewichtsreduzierung, könne aber auf der anderen Seite eine Alternative für kleinere Fettabsaugungen darstellen.

Im Ergebnis komme es auf diese Ausführungen aber nicht an, weil der Verbraucher angesichts des Versprechens, es würden Fett- oder Bauchpölsterchen entfernt, von einer effektiven Gewichtsreduktion ausgehe.

Ergänzend wird auf das erstinstanzliche Urteil, das Protokoll der Beweisaufnahme und die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte (§§ 517, 519 ZPO) und innerhalb verlängerter Frist mit Schriftsatz vom 17.09.2012 begründete Berufung der Beklagten ist sachlich nicht gerechtfertigt. Das Landgericht hat dem Unterlassungsbegehren des Klägers zu Recht stattgegeben. Die von der Beklagten gegen das Urteil erhobenen Einwände verhelfen ihrer Berufung nicht zum Erfolg.

Im Einzelnen:

Der Kläger ist gem. § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG als Verband zur Wahrung der gewerblichen Interessen seiner Mitglieder klagebefugt.

Die Voraussetzungen für die Anspruchsberechtigung müssen schon im Zeitpunkt der Zuwiderhandlung sowie im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz vorliegen (Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Aufl. 2012, § 8 Rn. 3.5.0). Die Zuwiderhandlung - Veröffentlichung der streitgegenständlichen Werbung im Internet - ereignete sich im unmittelbaren Vorfeld des Abmahnschreibens des Klägers vom 14.06.2010 (Anlage K 5). Zu diesem Zeitpunkt lagen die Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG vor.

Insbesondere gehörten dem Kläger bereits zu diesem Zeitpunkt eine erhebliche Anzahl von Mitgliedern an, die mit dem Angebot der Beklagten in einem Konkurrenzverhältnis stehen.

Der Begriff der Waren oder gewerblichen Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art ist weit auszulegen. Dies ergibt sich aus seiner wettbewerbsrechtlichen Funktion: Es sollen solche Werbemaßnahmen auf ihre rechtliche Zulässigkeit überprüft werden, welche die Gefahr einer unmittelbaren oder mittelbaren Beeinträchtigung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder des Angebots von Dienstleistungen nach sich ziehen. Bei der Beurteilung der Klagebefugnis eines Verbandes zur Förderung und Wahrung gewerblicher Interessen ist daher nicht allein auf Mitgliedsunternehmen abzustellen, die mit dem angegriffenen Werbungtreibenden auf der gleichen Wirtschaftsstufe stehen und identische Waren oder Dienstleistungen anbieten. Ein Wettbewerbsverhältnis ist auch möglich, wenn die Ware oder Dienstleistung ein Angebot des Mitbewerbers auch nur zeitweilig oder möglicherweise zukünftig ersetzen kann. Auch abstrakte Wettbewerbsverhältnisse sind danach ausreichend (vgl. BGH GRUR 1996, 804ff.). Maßgeblich ist, dass die Produkte des Mitbewerbers denen des Anspruchsberechtigten oder seiner Mitglieder so gleichen oder nahe stehen, dass der Absatz des einen Unternehmens durch - irgendein - wettbewerbswidriges Handeln des anderen Unternehmens beeinträchtigt werden kann (vgl. BGH GRUR 1998, 489f.). Dazu kann eine nicht gänzlich unbedeutende potenzielle Beeinträchtigung mit einer gewissen, wenn auch nur geringen Wahrscheinlichkeit ausreichen (Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Aufl. 2012, § 8 Rn. 3.38).

Der Mitgliederbestand des Klägers im Juni 2010 ergibt sich aus der vom Kläger als Anlage BE 2 (Bl. 127 Bd. III GA) zu den Akten gereichten Mitgliederliste. Die Zeugin L... hat in ihrer Vernehmung durch den Senat glaubhaft bestätigt, dass diese Liste den Mitgliederbestand im Juni 2010 widerspiegelt. Da mögliche Aus-

tritte im Monat Juni 2010 nach den Angaben der Zeugin eine Mitgliedschaft erst zum Jahresende beendet hätten, ist von der Gültigkeit der Liste für den gesamten Monat Juni und damit jedenfalls auch für den Zeitpunkt der Verletzungshandlung auszugehen.

Zu den durch die streitgegenständliche Werbung der Beklagten betroffenen Mitgliedern des Klägers gehören ein Hersteller von Diätica und Naturheilmitteln (X.- GmbH), 19 Anbieter von Ernährungsberatung, die zumindest zum Teil auch Körperbehandlungen zur Figurformung anbieten (Fa. S. Anlage K 23/5) zwei Ärzte, deren Leistungsspektrum auch die Fettabsaugung umfasst (Dr. K. Dr. G. vgl. Anlagen K 23/6 und K 23/7), die Fa. b., die ebenfalls kosmetische Behandlungen zur Körperformung und Fettreduktion anbietet (Anlage K 23/9), 15 Unternehmen aus dem Bereich Kosmetika und Nahrungsergänzungsmittel, 21 Unternehmen aus dem Bereich Nahrungsergänzungsmittel, sechs Unternehmen aus dem Bereich Nahrungsmittel, diätische Mittel und über 70 pharmazeutische Unternehmen.

Diese Mitglieder stehen in einem hinreichenden Wettbewerbsverhältnis mit der Beklagten.

Es entspräche nicht der oben genannten, in der Rechtsprechung anerkannten, weiten Definition des sachlich relevanten Markts, wollte man nur solche Unternehmen als potenzielle Konkurrenten gelten lassen, die sich ebenfalls der Fettreduzierung durch hochfokussierten Ultraschall widmen. Bei einer Fettreduzierung ist es das Ziel des Verbrauchers, sein körperliches Erscheinungsbild zu verbessern und eine effektive Verringerung des Körperfettes zu erzielen. Das gleiche Ziel soll mit der von den genannten Ärzten angebotenen Fettabsaugung und mit den von den Firmen S. und b. angebotenen Dienstleistungen erreicht werden. Dieses Ziel ist aber darüber hinaus grundsätzlich auch über die Veränderung der Ernährungsgewohnheiten erreichbar und dürfte sogar eines der häufigsten Ziele einer solchen Umstellung sein. Vor diesem Hintergrund müssen als konkurrierende Unternehmen auch solche gelten, die ebenfalls in diesem Sinne als häufiges Ziel den Wunsch der Kunden nach Fettreduktion erfüllen wollen, also Unternehmen der Ernährungsberatung, sowie auch Unternehmen, die mit Nahrungsergänzungsmitteln und pharmazeutischen Mitteln handeln. Auch diese Branche widmet sich der Herstellung und dem Vertrieb von Mitteln, die zu einer reduzierten Fettaufnahme oder Fettverwertung im Körper beitragen sollen. Auch Firmen, die diätische Mittel herstellen und vertreiben, sind in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen.

Angesichts der Vielzahl der vorgenannten Unternehmen, die mit ihrem Angebot potenziell ähnliche Ziele verfolgen wie die Beklagte, ist es auch ausge-

schlossen, dass der Kläger missbräuchlich gegen die Beklagte vorgeht. Darauf, ob die fraglichen Verbandsmitglieder nach ihrer Zahl und ihrem wirtschaftlichen Gewicht im Verhältnis zu allen anderen auf dem Markt tätigen Unternehmen repräsentativ sind, kommt es nicht an (vgl. BGH GRUR 2007, 809f.).

Der Kläger hatte auch zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Senat einen Mitgliederbestand, der zur Anspruchsberechtigung des Klägers führt. Maßgeblich ist der aus Anlage BE 1 (Bl. 105 Bd. III GA) ersichtliche Mitgliederbestand, der nach den glaubhaften Aussagen der Zeugin L. dem tatsächlichen Mitgliederbestand im November 2012 und auch zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung am 30.11.2012 entspricht.

Auch in dieser Liste findet sich eine nicht unerhebliche Anzahl von Unternehmen, die Waren oder Dienstleistungen anbieten, die mit dem Angebot der Beklagten in einem potenziellen Konkurrenzverhältnis stehen. Neben zahlreichen Unternehmen aus den Bereichen Ernährungsberatung, Kosmetika/Nahrungsergänzungsmittel, Nahrungsergänzungsmittel, Nahrungsmittel/Diätische Mittel und Pharmazie, die aus vorgenannten Gründen als Konkurrenten anzusehen sind, seien die bereits genannten Mediziner Dr. K. und Dr. G., sowie die genannten Firmen b. und s. hervorgehoben sowie das neu hinzugekommene Mitglieder s. (Anlage K 23/10), das Maßnahmen zur effektiven Körperperformance anbietet, und die Firmen B. (Anlage K 23/11), sowie diverse H.-Studios (Anlage K 23/16), die ebenfalls Fettabbau durch technische Geräte anbieten. Es sind damit eine hinreichende Anzahl von Mitgliedern des Klägers zu verzeichnen, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art anbieten wie die Beklagte.

Die Mitglieder des Klägers konkurrieren auch auf dem räumlich relevanten Markt mit der Beklagten. Bei der Abgrenzung des räumlich maßgebenden Markts ist von der Geschäftstätigkeit des werbenden Unternehmens auszugehen und zu untersuchen, ob die Werbemaßnahme sich zumindest auch auf den potenziellen Kundenkreis der Mitgliedsunternehmen auswirken kann. Dabei genügt es, dass eine gewisse - sei es auch nur geringe - Wahrscheinlichkeit einer nicht gänzlich unbedeutenden potenziellen Beeinträchtigung besteht. Ob dies der Fall ist, beurteilt sich nach den Umständen des Einzelfalls (Köhler/Bornkamm, a. a. O., § 8 Rn. 3.40 m. w. N.).

Zu Recht weist das Landgericht in diesem Zusammenhang auf den Internetauftritt der Beklagten hin. Dieser Auftritt ist zumindest bundesweit wirksam. Potenziell werden Kunden aus dem gesamten Bundesgebiet angesprochen. Dass dies möglicherweise noch nicht zu einer tatsächlichen Erweiterung des Kundenstammes der Beklagten geführt hat, ist unerheblich, denn tatsächlich liegt

eine bundesweite Bewerbung vor - nicht jede Werbung führt zum Erfolg. Dem Beweisantrag der Beklagten zu ihrem räumlichen Tätigkeitsbereich war daher nicht nachzugehen. Der von der Beklagten aufgeführte Vergleich mit einem Internetauftritt eines örtlichen Friseurs verfängt nicht. Die von der Beklagten angebotene Behandlung ist mit einer Friseurleistung nicht vergleichbar, denn sie ist neuartig und nicht überall verfügbar. Sie ist auch kostspielig, nach den Angaben des Klägers im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Senat wird für eine Behandlung ein vierstelliger Betrag berechnet. Eine solche Behandlung stellt damit durchaus etwas Besonderes dar. Sie wird auch von besonders ausgebildeten Personen (Medizinern) angeboten. Es ist bekannt, dass Verbraucher gerade bei der Wahrnehmung ärztlicher Dienstleistungen bereit sind, größere Entfernungen zurückzulegen, etwa weil sie den individuellen Fähigkeiten eines Arztes oder der individuellen Ausstattung oder dem Ruf einer Klinik besondere Beachtung schenken oder die Wahl aufgrund einer persönlichen Empfehlung oder einer Bewertung anderer Kunden im Internet treffen. Dies dürfte umso mehr gelten, wenn es, wie vorliegend, um Dienstleistungen geht, die noch nicht etabliert sind und daher vom Verbraucher nicht als "normale Dienstleistung" empfunden werden. Auch Kunden aus dem süddeutschen Raum dürften für die Behandlung der Beklagten bereit sein, den Weg nach Oldenburg in Kauf zu nehmen. Zu beachten ist auch, dass Verbraucher bei der Inanspruchnahme der von der Beklagten angebotenen Dienstleistung zeitlich flexibel sind, weil es sich nicht um eine medizinisch dringliche Behandlung handelt. Es ist daher durchaus mit einer Wirksamkeit der streitgegenständlichen Werbung im gesamten Bundesgebiet zu rechnen, so dass alle genannten Firmen mit der Beklagten auf demselben räumlich relevanten Märkte konkurrieren.

Der Kläger ist auch nach seiner personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung in der Lage, seine satzungsmäßigen Aufgaben tatsächlich wahrzunehmen. Dies ergibt sich bereits aus der Tatsache, dass der Kläger seit vielen Jahren für seine Mitglieder vor den deutschen Gerichten die Durchsetzung der Lauterkeitsregeln betreibt. Auch der Senat hat bereits eine Vielzahl von Verfahren bearbeitet, an denen der Kläger beteiligt war. Es ist gerichtsbekannt, dass die Einforderung von gerichtlichen Kostenvorschüssen vom Kläger nie mit Schwierigkeiten verbunden ist. Es ist auch nicht ersichtlich, dass die vom Kläger beauftragten Anwälte Schwierigkeiten mit der Ermittlung und Darstellung des jeweils relevanten Sachverhaltes hätten. Bei dem Kläger handelt es sich um einen bekannten und aktiven Verein mit zahlreichen, zum Teil bundesweit bekannten Mitgliedern. Auch die von der Zeugin L. im Senatstermin vorgelegte Bilanz zum 31.12.2011 belegt, dass beim Kläger finanzielle Probleme nicht bestehen und der Verband professionell betrieben wird. Vor diesem Hintergrund muss das Bestreiten der hinreichenden personellen, sachlichen und finanziellen

Ausstattung des Klägers durch die Beklagte als unsubstantiiert bewertet und damit als unbeachtlich zurückgewiesen werden.

Dem Kläger stehen gegen die Beklagte die geltend gemachten Unterlassungsansprüche gem. § 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2 UWG zu. Die vom Kläger gerügte Werbung ist irreführend und verstößt gegen §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i. V. m. §§ 3 S. 2 Nr. 1 HWG sowie gegen §§ 3, 5 Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 1 UWG.

Das Heilmittelwerbegesetz (HWG) findet Anwendung. Gem. § 1 Abs. 1 Nr. 2 HWG ist das Gesetz auf Werbung für Behandlungen anwendbar, wenn sich die Werbeaussage auf die Beseitigung oder Linderung von Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhaften Beschwerden bezieht. Wegen des sensiblen Bereiches ist diese Regelung weit auszulegen (vgl. OLG Hamm, Magazindienst 2011, 35; LG Berlin, Magazindienst 2012, 444ff.).

Die streitgegenständliche Werbung stellt die effektive Reduktion von Fettpolstern in Aussicht und verweist darauf, dass begleitende Diäten, wie bei anderen ästhetischen Behandlungen komplett entfallen. Komplikationen wie bei einer Fettabsaugung seien nicht zu erwarten; eine Operation sei nicht erforderlich. Mit diesen Werbeaussagen werden auch Kunden angesprochen, die als Mittel gegen ihr Körperfett eine operative Fettabsaugung in Erwägung ziehen. Aus Sicht der angesprochenen Verbraucher wendet sich die Werbung auch an krankhaft fettleibige Menschen, die sich von dem Verfahren eine potenzielle Linderung ihres Leidens versprechen werden. Die Werbung beschreibt damit auch eine potenzielle Heilwirkung und ist gesundheitsbezogen, so dass das HWG anwendbar ist (vgl. OLG Hamm a.a.O.; LG Berlin a.a.O.; LG Berlin Magazindienst 2010, 888f.).

Nach § 3 S. 1 Nr. 1 HWG sind irreführende Werbungen in diesem Bereich unzulässig. Ein Verstoß führt auch zu einem Verbot gem. §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 11 UWG, weil § 3 HWG eine Marktverhaltensregel nach § 4 Nr. 11 UWG darstellt. Denn Ziel des § 3 HWG ist auch der Schutz der Gesundheit der Verbraucher.

Eine Irreführung liegt gem. § 3 S. 2 Nr. 1 HWG insbesondere dann vor, wenn Verfahren oder Behandlungen eine therapeutische Wirksamkeit beigelegt wird, die sie nicht haben oder, § 3 S. 2 Nr. 2 a) HWG, fälschlich der Eindruck erweckt wird, dass ein Erfolg mit Sicherheit erwartet werden kann.

Eine geschäftliche Handlung ist nach § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG dann irreführend, wenn sie unwahre Angaben oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben über wesentliche Merkmale einer Dienstleistung enthält, wozu auch die

Zwecktauglichkeit und die zu erwartenden Ergebnisse gehören. Die Unzulässigkeit einer solche Irreführung ergibt sich aus § 3 Abs. 1 UWG.

Die streitgegenständliche Werbung ist irreführend, weil sie unzutreffende und unvollständige Angaben über die Zwecktauglichkeit der angepriesenen Dienstleistung enthält.

Die gerügten Werbeaussagen sind im Gesamtkontext zu sehen. Aus diesem Kontext ergibt sich, dass die Werbeaussagen für den normalen Verbraucher nicht in dem Sinne verständlich ist, den die Beklagte ihr beimessen möchte. Für den Verbraucher stellt sich die Werbung in ihrer Gesamtheit als Inaussichtstellen einer erheblichen Gewichtsreduktion dar. Dies ergibt sich bereits aus dem tatsächlich gebrauchten Vokabular. Es ist die Rede von effektiver Fettpolsterreduktion. Der Gebrauch des Wortes "effektiv" weist auf eine erhebliche zu erzielenden Wirkung hin. Auch der Gebrauch des Wortes "Fettpolster" macht deutlich, dass es hier nicht nur um einen vergleichsweise geringen Effekt geht, wie ihn etwa der Sachverständige im Verfahren vor dem Landgericht Mannheim, 24 O 150/10 (Anlage CC 78), beschrieben hat. Der Sachverständige bescheinigt in seinem plausiblen und in Einzelheiten nachvollziehbaren Gutachten dem LipoSonix-System die Fähigkeit, die "Unterhautfettgewebeschicht um wenige Millimeter zu reduzieren". Dies ist indes etwas anderes als die hier beworbene effektive Reduktion von Fettpolstern. Der Sachverständige stellt auch fest, dass das Verfahren nicht mit den Möglichkeiten einer Fettabsaugung konkurrieren kann. Vor diesem Hintergrund ist auch der Hinweis in der streitgegenständlichen Werbung auf die entfallenden Komplikationen, wie sie bei einer Fettabsaugung zu befürchten seien, irreführend. Denn mit diesem Hinweis wird das LipoSonix-System implizit als Alternative zu einer Fettabsaugungsbehandlung dargestellt.

Die vom Kläger beanstandete Werbung ist aber auch unter anderen Aspekten irreführend. Im Kontext der Werbung wird von einer Wirkung des Systems "definitiv in einer Tiefe zwischen 0,6 und 2,8 cm" gesprochen. Und unmittelbar folgend heißt es: "Die Fettzellen werden (...) dauerhaft geschädigt und (...) ausgeschieden (...). Keine Operation! Keine Injektion! Aber effektiver Fettzellenabbau!". Diese Aussagen erwecken für den unvoreingenommenen und nicht vorgebildeten Verbraucher den Eindruck, LipoSonix erlaube einen Abbau aller Fettzellen ("die Fettzellen werden." - d. h. nicht nur einige) in einer Hauttiefe zwischen 0,6 und 2,8 cm, also in einem Bereich von 2,2 cm Dicke. Dies wäre in der Tat ein bemerkenswertes Ergebnis, das zu einer starken optischen Wahrnehmbarkeit führen würde. Dass ein solcher, erheblicher Fettzellenabbau durch das LipoSonix-System aber tatsächlich erfolgen könnte, behauptet die Beklagte selbst nicht. In der Vorstellung eines durchschnittlichen Verbrauchers

würde ein solche Fettreduktion auch regelmäßig mit einer erheblichen Gewichtsreduktion einhergehen.

Der Verbraucher konnotiert den Verlust von Fett aber ohnehin mit dem Verlust von Gewicht. Im Bewusstsein des durchschnittlichen Verbrauchers gehen Fettreduktion und Gewichtsverlust Hand in Hand. Begriffe wie "Fett abbauen", "abspecken", "dünner werden", "abnehmen", "Gewicht verlieren" werden im allgemeinen Sprachgebrauch synonym eingesetzt und verstanden. Zu Recht weist das Landgericht daher auch darauf hin, dass für den durchschnittlichen Verbraucher mit der fraglichen Werbung ein gezieltes Abnehmen versprochen werde. Dies ergibt sich auch aus dem übrigen Kontext. Die Beklagte verspricht, dass begleitende Diäten nicht erforderlich seien. Dies mag zwar objektiv richtig sein. Für den Verbraucher allerdings bedeutet eine solche Zusage, dass mit dem System Ziele erreicht würden, die er sonst nur im Rahmen von Reduktionsdiäten erreichen könnte - und Ziel solcher Diäten ist üblicherweise ein nicht unerheblicher Gewichtsverlust. Auch der Hinweis, dass die Komplikationen einer Fettabsaugung entbehrlich würden, hat den gleichen Effekt: In der Vorstellung des durchschnittlichen Verbrauchers eignet sich eine Fettabsaugung durchaus zur effektiven Gewichtsreduktion und kommt gerade bei fettleibigen Personen in Betracht. Die Behandlung mit dem LipoSonix-System stellt dem durchschnittlichen Verbraucher eine Alternative zu einer effektiven Gewichtsreduktion durch eine Fettabsaugung und damit einen erheblichen Gewichtsverlust in Aussicht.

Zwar ist es richtig, dass in der Werbung von "Gewichtsreduktion" nicht direkt die Rede ist. Dies ist aber deswegen unerheblich, weil der durchschnittliche Verbraucher die Werbeaussagen nach obigen Ausführungen zwangsläufig mit dem Inaussichtstellen einer Gewichtsreduktion in Verbindung bringen wird. Zu Lasten der Beklagten ist darüber hinaus zu bemerken, dass in der Werbung nicht dargelegt wird, dass allenfalls eine "Körperkonturierung" - und eben keine nennenswerte Gewichtsreduzierung - erreicht werden kann. Der Begriff und das Konzept der "Körperkonturierung" sind dem durchschnittlichen Verbraucher ohnehin unbekannt. Um die Werbung insoweit nicht irreführend zu gestalten, hätte es einer vertieften Darstellung der - möglicherweise tatsächlich erzielbaren - Erfolge der HIFU-Technologie zum Einsatz zur Fettreduktion bedurft sowie möglicherweise der Klarstellung, dass mit einem nennenswerten Gewichtsverlust nicht gerechnet werden kann. Gerade angesichts der Neuheit - und damit einhergehend der Unbekanntheit - der eingesetzten Technologie wäre es erforderlich gewesen, das Verfahren näher zu erläutern. In der dargestellten Form aber bleibt dem Verbraucher verborgen, auf was er sich tatsächlich einlassen soll.

Unerheblich ist auch, dass eine Internetrecherche mit den Stichwörtern "Abnehmen" und "Gewichtsreduktion" nicht sofort auf den Webauftritt der Beklagten führen mag. Der Verbraucher kann auch auf anderem Wege als über die Eingabe dieser Begriffe auf die Seite der Beklagten gelangen und wird dann mit der in Rede stehenden Werbung konfrontiert. Wie ausgeführt, werden im normalen Sprachgebrauch Fettreduktion und Gewichtsverlust oft synonym gebraucht. Die Nutzung des Internets zeichnet sich zudem durch die Gebräuchlichkeit des Internet-"Surfens" aus. Die Nutzer gelangen also ausgehend von Webseiten, die mit von ihnen gewählten Stichwörtern direkt zusammenhängen, zu weiteren Webseiten, die mit dem ursprünglichen Suchterminus nicht notwendigerweise in direktem Zusammenhang stehen müssen. Die übliche Nutzung zeichnet sich auch durch die Eingabe verschiedener Suchbegriffe aus, womit eine möglichst umfassende Informationsgewinnung erzielt werden soll. Da vor diesem Hintergrund ohne Weiteres damit zu rechnen ist, dass ein Verbraucher mit dem Ziel der Gewichtsreduktion über Seiten mit dem Begriff Fettreduktion auf das Internetangebot der Beklagten stößt, kommt es nicht darauf an, ob deren Webseite bei den gängigen Suchmaschinen mit den Wörtern "Abnehmen" und "Gewichtsreduktion" verlinkt ist. Die Internetseiten der Beklagten sind frei zugänglich. Es kommt daher allein darauf an, welcher Aussagegehalt der Werbung zuzusprechen ist.

Dem Beweisantritt der Beklagten, ein Sachverständigengutachten in Form einer Verkehrsbefragung zu der Frage einzuholen, wie der Verbraucher die streitbefangene Werbung tatsächlich versteht, war nicht nachzukommen. Die Werbung richtet sich an "jedermann", nicht etwa an eine speziell vorgebildete Zielgruppe. Die Mitglieder des Senates können daher als Repräsentanten der angesprochenen Verkehrskreise deren Vorstellungen richtig einschätzen (vgl. Ulmer, GRUR 1991, 789; BGH GRUR 1985, 140; Köhler/Bornkamm, a. a. O., § 12 Rn. 2.71 m. w. N.). Der Senat kann daher auch den Werbeauftritt so werten, dass eine nennenswerte Gewichtsreduktion durch die LipoSonix-Werbung in Aussicht gestellt wird. Der Auffassung der Beklagten, die meisten potenziellen Kunden würden in der Werbung kein Versprechen einer Gewichtsreduktion erkennen, vermag sich der Senat nicht anzuschließen. Nach obigen Ausführungen wird der durchschnittliche Verbraucher das Versprechen einer Fettreduktion mit dem Inaussichtstellen eines deutlichen Gewichtsverlustes gleichsetzen.

Der angesichts der irreführenden Werbeaussagen bestehende Unterlassungsanspruch des Klägers aus § 8 Abs. 1 S. 1 UWG erstreckt sich auf alle vier von ihm beanstandeten Passagen der Werbung.

Bereits die einzelnen Aussagen sind irreführend. Die Aussage "Ultraschalltechnologie aus den USA reduziert Fettpolster ohne Operation!" suggeriert eine

Behandlungsmethode gegen Fettpolster. Unter dem Begriff Fettpolster wird eine erhebliche Masse an Körperfett verstanden. Eine Reduktion eines solchen Fettpolsters "ohne Operation" suggeriert für den durchschnittlichen Verbraucher, dass eine erhebliche Verkleinerung des Körperfettes erreicht werden kann, wie sie ansonsten nur durch einen invasiven Eingriff möglich wäre und die nach der Vorstellung des durchschnittlichen Verbrauchers auch mit einem erheblichen Gewichtsverlust einhergeht. Mit einer solchen Vorstellung sind die möglicherweise mit dem LipoSonix-System zu erzielenden Ergebnisse eines Abbaus des Unterhautzellenfettgewebes um wenige Millimeter, wie sie der gerichtliche Gutachter im Parallelverfahren vor dem Landgericht Mannheim, Dr. K... bescheinigen konnte (Anlage CC 78), nicht zu vereinbaren. Dies gilt um so mehr, als im nachfolgenden Absatz die Reduktion der Fettpolster zudem noch als "effektiv" bezeichnet wird. Hierdurch wird besonders hervorgehoben, dass der zu erreichende Erfolg erheblich sein soll. Der Eindruck eines deutlichen Gewichtsverlustes wird hierdurch noch verstärkt.

Auch die Aussage "... Ultraschalltechnologie.. mit der Fettpolster ohne Operation nachgewiesen effektiv reduziert werden können." ist aus vorgenannten Gründen als irreführend zu bezeichnen. Hinzu kommt, dass das Wort "nachgewiesen" zudem suggeriert, dass die Wirkungsweise des LipoSonix-Verfahrens durch wissenschaftlich anerkannte Methoden erprobt und für erfolgreich befunden wurde. Zwar liegen eine Vielzahl von Untersuchungen vor. Aus dem im Parallelprozess vor dem Landgericht Bielefeld eingeholten Gutachten zur wissenschaftlichen Validität der vorgelegten Studien (Anlage BE 5, Bl. 154ff. Bd. III GA) ergibt sich indes, dass diese Studien zwar die Wirksamkeit des Systems bestätigen, die wissenschaftliche Absicherung der Erkenntnisse aber nur als eingeschränkt bezeichnet werden kann. Zu einer wissenschaftlichen Absicherung fehlen prospektiv randomisierte Studien mit einer Kontrollgruppe, um eine eindeutige Wirksamkeit zu belegen. Dies wird in der Textpassage der Werbung nicht erwähnt.

Der Passus "...effektiver Fettzellenabbau" ist nach obigen Ausführungen ebenfalls als irreführend zu bewerten. Der Gebrauch des Wortes "effektiv" schürt die Erwartung nach einem erheblichen Erfolg. Insbesondere in Zusammenhang mit dem unmittelbar vorangehenden Hinweis auf "Keine Operation! Keine Injektion" wird indirekt ein Abbau einer erheblichen Fettschicht - und damit - auf obige Ausführungen sei verwiesen - in den Augen der Verbraucher auch ein erheblicher Gewichtsverlust - in Aussicht gestellt.

Schließlich ist auch die Aussage "Erste standardisierte klinische Erhebungen belegen die ausgezeichnete Wirkung und übertreffen die erwarteten Ergebnisse. Begleitende Diäten wie bei anderen ästhetischen Behandlungen entfallen kom-

plett". irreführend. Auch hier wird die Tatsache, dass die zahlreichen vom Gutachter Dr. P....im Rahmen seines Gutachtens für das Landgericht Bielefeld untersuchten Studien eben nur eine eingeschränkte wissenschaftliche Absicherung darstellen, nicht erwähnt, obgleich der Wortlaut der Anpreisung so zu verstehen ist, als entsprächen die genannten Erhebungen den wissenschaftlichen Standards. Darüber hinaus ist auch die Tatsache, dass in diesem Passus betont wird, begleitende Diäten entfielen, irreführend. Hiermit wird deutlich in Aussicht gestellt, dass ein Effekt wie bei einer Diät - eben ein Gewichtsverlust - erzielt werden kann.

Darüber hinaus gilt, dass die Werbung in einem Gesamtzusammenhang zu sehen ist, aufgrund dessen alle inkriminierten Passagen als irreführend qualifiziert werden müssen, auch wenn das LipoSonix-System möglicherweise tatsächlich für den Abbau einer geringen Fettschicht tauglich sein mag und einzelne Passagen daher in einem anderen Kontext als nicht irreführend bewertet werden könnten. Wie ausgeführt, suggeriert die Werbung für den durchschnittlichen Verbraucher einen erheblichen, gewichtsreduzierenden Effekt des LipoSonix-Systems. Da die genannten Passagen im Kontext der Gesamtwerbung irreführend wirken, sind sie mit der tenorierten Einschränkung "sofern dies jeweils geschieht wie in Anlage K 3 wiedergegeben" zu untersagen. Ob die einzelnen Aussagen, in einem anderen Kontext verwandt, ebenfalls als irreführend zu qualifizieren wären, braucht nicht entschieden zu werden.

Da die streitige Werbung als irreführend i. S. v. § 3 HWG und § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG zu qualifizieren sind, steht dem Kläger gem. § 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2, § 3 Abs. 1, § 4 Nr. 11 UWG ein Unterlassungsanspruch gegen die Beklagte zu. Die Wiederholungsgefahr wird aufgrund der festgestellten Rechtsverletzung vermutet. Sie würde nur bei Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung entfallen (vgl. BGH GRUR 1997, 379f.).

Der Kläger kann gegenüber der Beklagten auch die Abmahnpauschale gem. § 12 Abs. 1 S. 2 UWG geltend machen. Nach obigen Ausführungen war die Abmahnung vom 14.06.2010 gerechtfertigt. Die Werbeaussagen waren irreführend.

Die Höhe des Betrages ergibt sich aus den Kosten, die dem Kläger durch die Abmahnung entstanden sind. Hierzu hat die Zeugin L.... glaubhaft angegeben, dass ein Betrag von 140,- Euro plus USt., mithin 166,60 Euro auf einer realistischen Schätzung beruhe. Darüber hinaus hat die Zeugin im Termin aktuelle Unterlagen zu den Akten gereicht, aus denen sich für das Jahr 2011 durchschnittliche Kosten pro Abmahnung in Höhe von 171,08 Euro ergeben. Vor diesem Hintergrund erscheint dem Senat der geltend gemachte Betrag von 166,60 Euro

ebenfalls plausibel, so dass gem. § 287 ZPO auf einen Betrag dieser Höhe zu erkennen war.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat (§ 543 Abs. 2 S. 1 ZPO) und auch die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO nicht vorliegen. Die Rechtssache erfordert, wie die obigen Ausführungen unter II. zeigen, lediglich die Anwendung gesicherter Rechtsprechung auf den Einzelfall.

Der nicht nachgelassene Schriftsatz der Beklagten vom 03.12.2012 ist vom Senat zur Kenntnis genommen worden. Er bot indes keinen Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung.