

Oberlandesgericht Schleswig

Beschluss vom 21. Juni 2012, 6 W 1/12

Tatbestand

I.

Die Antragsgegnerin bewarb Ende 2011 ein von ihr vertriebenes „...brot“ auf Faltblättern („Flyern“). Zwei Aussagen der Werbung beanstandet der Antragsteller.

Er stört sich zum Einen an dem Werbespruch

„Schlank im Schlaf“.

Dieser Slogan ist zugleich der Titel eines Buches von Dr. med. P., in dem dieser sein gleichnamiges Abnehmkonzept vorstellt. Dieses Konzept beruht auf der sog. Insulin-Trennkostmethode, bei der morgens Kohlenhydrate ohne Eiweiß, mittags beides zusammen, abends nur Eiweiß verzehrt werden dürfen. Auf den Faltblättern, auf denen die Antragsgegnerin für ihr ...brot mit diesem Slogan geworben hat, findet sich der Hinweis „Entspricht dem Abnehmkonzept von Dr. P.“ neben einer Abbildung des Buches.

Zum Zweiten wird in den Faltblättern das Abnehmkonzept nach Auffassung des Antragstellers in wettbewerbswidriger Weise vorgestellt. In den Faltblättern wird kurz erklärt, was zu den einzelnen Mahlzeiten gegessen werden kann. Ideal zum Abnehmen ist danach z. B. morgens Croissant mit Nutella. Zur Abendmahlzeit heißt es:

„Wer abends auf die Einnahme von Kohlenhydraten verzichtet, stellt die Weichen auf Fettabbau. Die Insulinausschüttung wird reduziert und der Körper verbrennt – allein durch die Aufrechterhaltung der Körpertemperatur (36 – 37° Celsius) – Fett im Schlaf. Der ideale Begleiter für den Abend ist das ...brot.“

Der Antragsteller verlangte von der Antragsgegnerin die Unterlassung der beiden Werbeaussagen bei Verpflichtung zur Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von je 5.100 € für den Fall der Zuwiderhandlung. Die Antragsgegnerin kam dem mit anwaltlicher Erklärung vom 08.12.2011 in abgewandelter Form nach. Sie verpflichtete sich,

1. „es spätestens ab dem 01.01.2012 zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr

a) das Lebensmittel „...brot“ mit den Worten „Schlank im Schlaf“ zu bewerben, sofern nicht deutlich gemacht wird, dass es sich hierbei um den Titel eines Ernährungskonzepts und der Bücher zu diesem Ernährungskonzept handelt;

und/oder

b) das Lebensmittel „...brot“ mit den Worten „Wer abends ... (es folgt das oben wiedergegebene Zitat) zu bewerben;

2. für jeden Fall zukünftiger schuldhafter Zuwiderhandlung gegen die unter Ziffer 1. aufgeführten Verpflichtung/en an den Verband Sozialer Wettbewerb e. V. eine von diesem angemessen festzusetzende und im Streitfall vom Gericht zu überprüfende Vertragsstrafe in Höhe von bis zu 5.001 € zu zahlen.“

Der Antragsteller hält diese Erklärung für ungenügend.

Er hat mit Schriftsatz vom 15.12.2011 bei dem für den Sitz der Antragsgegnerin zuständigen Landgericht Lübeck beantragt, im Wege der einstweiligen Verfügung der Antragsgegnerin die Verwendung der beiden Werbeaussagen zu untersagen, sofern dies geschehe, wie in Anlage A 1 (dem Faltblatt) wiedergegeben. Er beanstandet, dass die Antragsgegnerin mit den beiden Angaben ein Abnehmen im Schlaf in Aussicht stelle, das mit Hilfe der Insulin-Trennkostmethode erreichbar sei. Tatsächlich sei diese Methode umstritten und wissenschaftlich nicht begründbar. Die einzig wirksame Möglichkeit der Gewichtsreduktion sei ein Energieverbrauch über den Umfang der Energiezufuhr hinaus. Außerdem bewerbe die Antragsgegnerin letztlich nicht die Insulin-Trennkost, sondern ihr Brot. Dessen Verzehr führe aber nicht zu einer Gewichtsabnahme im Schlaf. Die Werbung verstoße gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften, wonach nährstoff- und gesundheitsbezogene Angaben wissenschaftlich gesichert sein müssten.

Die Unterlassungserklärung sei nicht geeignet, die Wiederholungsgefahr zu beseitigen. Hinsichtlich des unter Ziff. 1 genannten Slogans ändere der Hinweis auf das gleichnamige Ernährungskonzept nebst den dazugehörigen Büchern nichts daran, dass dem Verbraucher suggeriert werde, er könne mit dem zugleich beworbenen Eiweißabendbrot über Nacht abnehmen. Auch sei das Vertragsstrafversprechen unzureichend. Er selbst habe eine feste Vertragsstrafe in Höhe von 5.100 € verlangt. Die Antragsgegnerin habe eine nur relative Vertragsstrafe in Höhe von bis zu 5.001 € zugesagt. Das sei nicht vergleichbar. Die Angemessenheit einer relativen Vertragsstrafe hänge von den Umständen des Einzelfalles ab. Bei einer „mittelschweren“ Verletzungshandlung wäre ein Be-

trag im mittleren Bereich des Vertragsstrafenrahmens angemessen. Würde kein fester Strafbetrag versprochen, würde in der Regel als Obergrenze des Bestimmungsrahmens das Doppelte des Festbetrages angesetzt, das wären hier also rund 10.000 € gewesen. Bei einer „mittelschweren“ Verletzungshandlung läge eine Vertragsstrafe im mittleren Bereich, ansonsten in Höhe von nur rund 2.500 €. Das Sanktionsrisiko für die Antragsgegnerin sei damit zu niedrig.

Das Landgericht hat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen. Es hat die Auffassung vertreten, dass die beanstandeten Werbeaussagen keine über die Unterlassungserklärung vom 8.12.2011 hinausgehende Wettbewerbsverletzung darstellten. Den Werbespruch „Schlank im Schlaf“ verstehe ein durchschnittlicher Verbraucher nicht so, dass es tatsächlich allein durch das Schlafen zu einem Gewichtsverlust komme. Er beziehe den Werbespruch auf das gleichzeitig vorgestellte und abgebildete Buch und Abnehmkonzept. Es werde ihm auch durch die weiteren Abbildungen einer Tomate, eines Tennisballs, eines Apfels und eines weiteren Balls deutlich, dass es nicht alleine durch das Schlafen zu einem Gewichtsverlust komme, sondern dass weitere Komponenten wie Sport oder gesundes Essen hinzukommen müssten. Hinsichtlich der Textpassage „Abend-Eiweiß“ sei die Wiederholungsgefahr durch die Abgabe der Unterlassungserklärung beseitigt. Die relative Vertragsstrafe sei mit höchstens 5.001 € nicht unangemessen niedrig. Es werde ein Brot beworben, das einen Einzelverkaufspreis von unter 5 € habe. Auch wenn man berücksichtige, dass die Antragsgegnerin über ihre Filialen erhebliche Mengen dieses Brotes an einem Tag verkaufe, so erscheine eine Vertragsstrafe von bis zu 5.001 € im Hinblick auf den Verkaufspreis eines einzelnen Brotes nicht als unangemessen niedrig. Der Antragsteller habe selbst nur eine absolute Vertragsstrafe in Höhe von 5.100 € verlangt.

Gegen den seinem Verfahrensbevollmächtigten am 27.12.2012 zugestellten Beschluss hat der Antragsteller mit am 10.1.2012 beim Landgericht eingegangenen Schriftsatz Beschwerde eingelegt. Das Landgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und sie dem Senat vorgelegt.

In der Beschwerdebegründung wiederholt und vertieft er im Wesentlichen seinen bisherigen Vortrag.

Der Antragsteller beantragt,

die einstweilige Verfügung, wie mit der Antragschrift vom 15.12.2011 beantragt, zu erlassen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin hat im Beschwerdeverfahren von dem Verfügungsantrag Kenntnis erhalten. In der Beschwerdeerwiderung trägt sie vor:

Sie verfolge mit der Werbung allein das Anliegen, darauf hinzuweisen, dass das „...brot“ als Abendmahlzeit im Rahmen des Ernährungskonzepts „Schlank im Schlaf“ geeignet sei. Dieser Hinweis stelle keine „gesundheitsbezogene Angabe“ i. S. d. LGVO dar. Sofern deutlich gemacht werde, dass es sich bei der Wortfolge „Schlank im Schlaf“ um den Titel des Ernährungskonzepts sowie der entsprechenden Bücher handle, könne kein Verbraucher dem Irrtum unterliegen, dass damit die Wirkung des Brotes beschrieben werde.

Außerdem, so die Antragsgegnerin, sei der Unterlassungsantrag zu unbestimmt. Auf dem Flyer werde die Wortfolge „Schlank im Schlaf“ in unterschiedlichem Zusammenhang verwendet. Die ausführliche Begründung des angefochtenen Beschlusses zeige, wie differenziert die Textstellen zu betrachten seien. Eine entsprechende Differenzierung fehle im Unterlassungsantrag aber. Auch der Antragsteller habe offenbar erkannt, dass nicht jede Verwendung der Wortfolge „Schlank im Schlaf“ unzulässig sei. In welchen Grenzen er Unzulässigkeit rügen wolle, gehe aus seiner Antragsfassung nicht hervor. Nach der Fassung des Unterlassungsantrags wäre ihr, der Antragsgegnerin, etwa untersagt, die Bücher mit dem Titel „Schlank im Schlaf“ in einer ihrer Filialen aufzustellen, oder auch, auf die Entwicklungsgeschichte des „...brots“ hinzuweisen, obwohl für ein solches Verbot keine gesetzliche Grundlage bestünde. Um rechtlich erlaubte Handlungen aus der Unterlassungsverpflichtung herauszunehmen, habe sie die Unterlassungserklärung entsprechend modifiziert abgegeben. Spätestens damit habe sich der Unterlassungsanspruch erledigt.

Die in ihrer Unterlassungserklärung vorgesehene Vertragsstrafe sei ausreichend bemessen. Die Größe ihres, der Antragsgegnerin, Unternehmens rechtfertige nicht für sich eine höhere Obergrenze. In wie vielen ihrer Filialen die beanstandeten Flyer tatsächlich auslügen, sei weder ihr noch dem Antragsteller bekannt. Im Übrigen sprächen weitere, in der Beschwerdeerwiderung aufgelistete Umstände wie die Geringfügigkeit des durch den Verkauf des beworbenen Brotes erzielten Gewinns und die etwa drohende Summierung einer Vielzahl von Einzelstrafen bei einer Auslage des Flyers in mehreren Filialen gegen eine höhere Vertragsstrafe. Ergänzend hat ihr Verfahrensbevollmächtigter in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vorgetragen und belegt, dass eine Vertragsstrafe wie die hier versprochene in anderen, vergleichbaren Fällen vom abmahnenden Verband als ausreichend anerkannt worden sei.

Entscheidungsgründe

II.

Die sofortige Beschwerde hat Erfolg. Dem Antragsteller steht der streitgegenständliche Unterlassungsanspruch aus den §§ 8 Abs. 3 Nr. 2, 5 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 Nr. 1, 4 Nr. 11 UWG zu. Er ist nicht erloschen.

1.

Der Unterlassungsantrag ist zulässig.

Er ist hinreichend bestimmt. Auf der Grundlage des zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriffs ist das Klage- oder Antragsbegehren dem formellen Klagantrag und der Klagebegründung zu entnehmen. Erschließt sich aus beidem zusammen das Begehren des Antragstellers, ist es hinreichend bestimmt. Das ist hier der Fall. Für sich genommen unbestimmt wäre ein Antrag in der Form eines reinen sog. Kopierantrags, der dahin lautet, dass dem Gegner eine Werbung wie folgt – es folgt eine Kopie der Werbung – untersagt werden solle. Aber auch ein solcher Antrag erhält hinreichende Bestimmtheit, wenn sich aus der Begründung ergibt, welche Aussagen beanstandet werden (Ungern-Sternberg, Fragen des Klagantrags Teil I, GRUR 2011, 375, 376).

Dem genügt die Antragstellung. Der Antragsteller hat in der Antragsfassung konkret bezeichnet, welche Aussagen beanstandet werden, sodann mit der Überleitung „wenn dies geschieht wie...“ klargestellt, auf welche Werbung er Bezug nimmt, und schließlich in der Anspruchs begründung erläutert, unter welchen Gesichtspunkten er sie beanstandet. In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat der Verfahrensbevollmächtigte des Antragstellers überdies klargestellt, dass die Werbung für das Abnehmkonzept als solche nicht streitgegenständlich sei. Streitgegenständlich sei die Werbung für das Abnehmkonzept nur, soweit damit zugleich das Brot beworben werde. Aus dem Antrag wird zumindest bei einer Auslegung mit Blick auf das Vorbringen zur Begründung klar erkennbar, in welcher Hinsicht der Antragsteller die Werbung der Antragsgegnerin unterbunden wissen will. Die Werbung soll ihr zum Einen untersagt sein, soweit der Werbespruch „Schlank im Schlaf“ dem Brot selbst schlankmachende Wirkung beizulegen scheint, und zum Anderen, soweit das Brot in Verbindung mit dem Abmahnkonzept Dr. med. P. beworben wird und dabei bestimmte, vom Antragsteller für notwendig gehaltene Angaben fehlen.

Die hinreichende Bestimmtheit dieses Antrags lässt sich anhand des eigenen Vortrags der Antragsgegnerin nachvollziehen. Die Antragsgegnerin meint, auf

der Grundlage des Unterlassungsantrags könne ihr untersagt werden, die Bücher in ihren Filialen auszustellen. Das ist nicht der Fall; der Antrag ist auf Unterlassung der Werbung für das „...brot“ gerichtet, wenn dies so, wie im Flyer geschehen, erfolgt. Das kommentarlose Aufstellen der Bücher ist ihr danach ersichtlich nicht verboten. Die Antragsgegnerin nennt ferner das Beispiel, dass sie nicht mehr auf die Entwicklungsgeschichte des „...brotes“ hinweisen dürfte. Das ist so nicht richtig. Es kommt ganz darauf an, wie sie dabei die Abnehmmethode nach Dr. med. P. darstellt. Wenn dies mit kerngleichen Aussagen wie im Flyer geschieht, wäre es unzulässig, andernfalls erlaubt. Es zeigt sich, dass sich also sehr wohl bestimmen lässt, was zu- und was unzulässig sein soll.

2.

Die Antragsbefugnis des Antragstellers nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG und § 3 Abs. 1 Nr. 2 UKlaG ist unstreitig.

3.

Die Werbung ist wegen Verstoßes gegen verbraucherschützende Vorschriften (§ 4 Nr. 11 UWG) und wegen Irreführung (§ 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG) unlauter.

a) Bei der Prüfung der Unlauterkeit der Werbung kommt es nicht auf den objektiven Wortsinn und auch nicht darauf an, wie der Werbende selbst seine Aussage verstanden haben will. Entscheidend ist die Auffassung der Verkehrskreise, an die sich die Werbung richtet (Bornkamm in Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Aufl. 2012, § 5 RdNr. 2.67). Wird ein objektiv falscher Tatbestand behauptet, ist dies im Allgemeinen irreführend. Das gilt allerdings nicht, wenn sie von den angesprochenen Verkehrskreisen richtig verstanden wird (ebd. Rdnr. 2.70). Wendet sich die Werbung an den Verbraucher, ist nach neuerer BGH-Rechtsprechung maßgeblich, wie der durchschnittlich informierte und verständige Verbraucher, der der Werbung die situationsangemessene Aufmerksamkeit entgegenbringt, sie versteht. Im Gegensatz zu früher stellt der BGH also nicht mehr auf den nur flüchtigen Betrachter ab (ebd. RdNr. 2.87). Diese Rechtsprechung hat inzwischen in § 3 Abs. 2 Satz 2 UWG Eingang gefunden. Wettbewerbsrechtlich erheblich wird die Irreführung, wenn sie geeignet ist, die Interessen anderer Marktteilnehmer spürbar zu beeinträchtigen (§ 3 Abs. 1 UWG). Aufgrund des Hervorrufens einer Fehlvorstellung darf allerdings in der Regel auf die wettbewerbsrechtliche Erheblichkeit der Irreführung geschlossen werden (ebd. RdNr. 2.178 a).

Betrifft die Werbung die Gesundheit, gelten besonders strenge Anforderungen an ihre Wahrhaftigkeit. Dies kommt in verschiedenen sondergesetzlichen Regelungen zum Ausdruck (ebd. RdNr. 4.182). Bei einem Verstoß gegen diese Vorschriften liegt zugleich der Rechtsbruchtatbestand des § 4 Nr. 11 UWG vor, soweit sie Marktverhaltensregelungen darstellen (was zumindest bei den hier einschlägigen Vorschriften der Fall ist). Wird ein Lebensmittel als schlankheitsfördernd beworben, ist an die Diätverordnung (DiätVO), die Nährwertkennzeichnungsverordnung (NKV), das Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetzbuch (LFGB) und europarechtlich an die EGV Nr. 1924/2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel (LGVO) zu denken. Einen Verstoß gegen Hinweispflichten, die sich aus den letztgenannten beiden Vorschriften ergeben, rügt der Antragsteller.

b) An diesen Vorgaben ist die streitgegenständliche Werbung zu messen.

aa) Für den Werbespruch „Schlank im Schlaf“ lässt sich sowohl ein Verstoß gegen verbraucherschützende Vorschriften als auch gegen das Irreführungsverbot aus § 5 Abs. 1 UWG feststellen.

aaa) Der Werbespruch verstößt in der konkreten Form, in der er im Flyer gebraucht wird, gegen § 11 Abs. 1 Nr. 2 LFGB. Nach dieser Vorschrift ist es verboten, irreführend für Lebensmittel zu werben, was insbesondere dann gegeben ist, wenn einem Lebensmittel Wirkungen beigelegt werden, die ihm nach den Erkenntnissen der Wissenschaft nicht zukommen oder die wissenschaftlich nicht hinreichend gesichert sind.

Auf der Außenseite des Faltblatts ist deutlich der Werbespruch „Schlank im Schlaf“ abgedruckt. Er erweckt hier den Eindruck, dass das Brot selbst schlankmachende Wirkung hat. Der Hinweis „entspricht dem Abnehmkonzept nach Dr. P.“ kann diesen Irrtum nicht beseitigen, denn es bleibt unklar, in welchem Zusammenhang Werbespruch und Konzept stehen sollen. Das links unten abgebildete gleichnamige Buch hilft insoweit nicht weiter. Selbst einem Betrachter, der die Abbildung als Buch erkennt – was bereits nicht ohne Weiteres zu erwarten ist –, wird daraus nicht deutlich, dass sich der Werbespruch nicht allein auf das Brot, sondern auf das Brot als Bestandteil des Abnehmkonzepts beziehen soll. Verstärkt wird der Eindruck, das Brot selbst mache „schlank im Schlaf“, durch das als Blickfang abgebildete beworbene Eiweiß-Abendbrot. Es trägt eine Banderole, auf der deutlich zwar der Werbespruch, aber kein Hinweis auf das Abnehmkonzept zu lesen ist.

Mit dem so hervorgerufenen Eindruck, das Brot selbst mache „schlank im Schlaf“, verstößt die Werbung gegen § 11 Abs. 1 Nr. 2 LFGB. Dass das Brot tatsächlich als solches keine schlankmachende Wirkung hat, ist unstreitig.

Am Verstoß gegen § 11 Abs. 1 Nr. 2 LFGB ändert es nichts, dass der zunächst erweckte Eindruck durch Lektüre der Innenseite des Faltblattes korrigiert wird. Wer den Flyer aufklappt, wird darüber aufgeklärt, dass nicht das Brot selbst schlank mache, sondern dass es nur einen sinnvollen Baustein im Rahmen eines Abnehmkonzepts bilde. Es darf jedoch nicht als selbstverständlich davon ausgegangen werden, dass ein Kunde mehr als die Vorderseite des Faltblattes zur Kenntnis nimmt. Das Faltblatt liegt auf dem Tresen oder auf Beistelltischen in den Verkaufsgeschäften der Antragsgegnerin aus. Die sichtbare erste Seite kann jeder Kunde leicht wahrnehmen. Der rot gedruckte Werbespruch springt dabei schon bei einem flüchtigen Blick ins Auge und prägt sich ein. Der dadurch hervorgerufene, oben beschriebene Irrtum wird nur beseitigt, wenn der Kunde sich nun noch die Zeit nimmt, das Faltblatt in die Hand zu nehmen und den Text auf den Innenseiten zu lesen. Das ist ungewiss. Unstreitig nehmen sich jedenfalls nicht alle Kunden diese Zeit.

bbb) Auch ein Verstoß gegen die LGVO liegt vor. Die Werbung verstößt gegen Art. 5 und 10 LGVO.

(1) Art. 5 LGVO lässt die Verwendung nährwert- und gesundheitsbezogener Angaben nur zu, wenn wissenschaftlich nachgewiesen ist, dass der in einem Lebensmittel angeblich vorhandene oder fehlende Nährstoff eine positive ernährungsbezogene oder physiologische Wirkung hat.

Die LGVO ist einschlägig. Eine gesundheitsbezogene Angabe ist nach Art. 2 Abs. 2 Ziff. 5

„jede Angabe, mit der erklärt, suggeriert oder auch nur mittelbar zum Ausdruck gebracht wird, dass ein Zusammenhang zwischen einer Lebensmittelkategorie, einem Lebensmittel oder einem seiner Bestandteile einerseits und der Gesundheit andererseits besteht.“

Gesundheitsbezogen sind auch Angaben zu schlankheitsfördernden Wirkungen von Lebensmitteln. Die Werbung auf der ersten Seite des Faltblattes erweckt entgegen Art. 5 LGVO den Eindruck, als bestünde zwischen dem Lebensmittel – offenkundig aufgrund seines hohen Eiweißgehalts – und der schlankheitsfördernden Wirkung seines Verzehrs ein unmittelbarer Zusammenhang. Dass der Irrtum bei näherer Lektüre wieder berichtigt wird, beseitigt den Verstoß aus den oben dargestellten Gründen nicht.

(2) Nach Art. 10 LGVO dürfen gesundheitsbezogene Angaben nur gemacht werden, wenn dies mit verschiedenen Informationen verbunden wird.

Hinweise sind notwendig

a) zu der Bedeutung einer abwechslungsreichen und ausgewogenen Ernährung und einer gesunden Lebensweise,

b) zur Menge des Lebensmittels und zum Verzehrsmuster, die zur Erzielung der angeblichen Wirkung erforderlich sind,

c) zu den Personen, die dieses Lebensmittel vermeiden sollten und

d) bei Produkten, die bei übermäßigem Verzehr eine Gesundheitsgefahr darstellen könnten, einen geeigneten Warnhinweis.

Die scheinbar schlankheitsfördernde Wirkung des Brotes, wie sie auf der Vorderseite des Flyers beworben wird, hätte demnach zumindest mit Angaben nach lit. a) und b) verbunden werden müssen. Solche fehlen hier aber. Inwieweit sie sich im Innern des Flyers befinden, ist in diesem Zusammenhang noch unerheblich, weil, wie dargestellt, von einer Lektüre des Innenteils nicht als selbstverständlich ausgegangen werden darf.

eee) Die Werbung mit dem Slogan „Schlank im Schlaf“ ist auch unlauter, soweit sie in eindeutigen Bezug zu dem Abnehmkonzept Dr. med. P. gebracht wird. Es wird dann zwar deutlich, dass nicht etwa der Verzehr des Brotes selbst schlankheitsfördernde Wirkung habe, sondern dass es nur ein Baustein innerhalb der Trennkostmethode sei. Die Werbung verstößt insoweit gleichwohl als irreführend gegen § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UWG, weil das Abnehmkonzept nicht in dieser Weise beworben werden darf.

(3.1) Die Werbung der Antragsgegnerin muss sich an den Zulässigkeitsvoraussetzungen einer lautereren Werbung für das Abnehmkonzept messen lassen. Die Antragsgegnerin kann dem nicht entgegenhalten, dass sie doch nur das Brot bewerben wolle.

Das gilt schon aus Rechtsgründen. Das Lauterkeitsgebot der §§ 3 ff UWG gilt für „geschäftliche Handlungen“. Darunter ist nach § 2 Nr. 1 UWG – verkürzt wiedergegeben – jegliches Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens zu verstehen, das mit der Förderung des Absatzes von Waren oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt. In diesem Sinne ist die Vorstellung des Abnehmkonzepts von Dr. med. P. zweifelsfrei eine von der Antragsgegnerin vorgenommene geschäftli-

che Handlung. Das Abnehmkonzept steht in objektivem Zusammenhang mit der Werbung für das Brot. Die Antragsgegnerin selbst weist in der Beschwerdeerwiderung darauf hin, dass sie in ihrer Werbung das Brot als Baustein im Rahmen der Trennkostmethode habe darstellen wollen.

Die Behauptung der Antragsgegnerin, sie habe nur ihr Brot und nicht auch das Konzept von Dr. med. P. bewerben wollen, ist zudem auch in der Sache nicht richtig. Wenn sie mit der Werbung den Verkauf ihres Brotes fördern will, indem sie es als Baustein der Trennkostmethode vorstellt, dann ist sie zwangsläufig auch an einer Werbung für die Trennkostmethode interessiert. Denn aus dem Kreis derer, die nach dieser Methode abnehmen wollen, rekrutieren sich die möglichen Käufer des Brotes.

Deshalb muss sich der gesamte Inhalt des Flyers – sowohl, was das Brot selbst, als auch, was die Abnehmethode betrifft – am Lauterkeitsmaßstab der §§ 3 ff UWG messen lassen.

(3.2) Lauter wäre die Werbung nur dann, wenn der Werbespruch „Schlank im Schlaf“ mit Hinweisen darauf verbunden wäre, dass zum Abnehmen nicht allein eine bestimmte Ernährungsweise genügt, sondern es auch einer gesunden Lebensweise und vor allem ausreichender körperlicher Betätigung, die zu einem die Energieaufnahme übersteigenden Energieverbrauch führt, bedarf. Für die Bewerbung von Lebensmitteln sind entsprechende Hinweise nach den oben abgehandelten Vorschriften ausdrücklich vorgeschrieben. In diesen Vorschriften spiegelt sich der gegenwärtige wissenschaftliche Stand wieder, dass sich gesundheitsbezogene Wirkungen, wie etwa eine Gewichtsreduzierung, sinnvoll nicht allein durch Einnahme eines bestimmten Lebensmittels erreichen lassen, sondern auch der in den vorgeschriebenen Hinweisen notwendigen Voraussetzungen bedürfen. Soweit gesundheitsbeeinflussende Wirkungen nicht von einem Lebensmittel, sondern von einer beworbenen Abnehmethode ausgehen sollen, können vor diesem Hintergrund nach § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG keine anderen Vorgaben gelten. Das sieht auch die Antragsgegnerin nicht anders, wenn sie neben der Trennkostmethode auch eine „abwechslungsreiche Ernährung“ und „Bewegung“ als „Eckpfeiler“ des Abnehmkonzepts bewertet (Schriftsatz vom 17.05.2012 S. 4, Bl. 66 d. A.).

Hinweise auf die Notwendigkeit einer abwechslungsreichen und ausgewogenen Ernährung bei Anwendung der Abnehmethode ergeben sich aus dem Flyer deutlich. Auch wird über die Verzehrmenge (unbegrenzt bis zum Sattwerden) und das Verzehrmuster (Trennkostmethode) informiert. Was fehlt, sind aber Hinweise zur Notwendigkeit einer gesunden Lebensweise oder gar zur Notwendigkeit ausreichender körperlicher Betätigung. Dieser Hinweis kann entge-

gen der Auffassung des Landgerichts nicht bereits den abgebildeten beiden Bällen entnommen werden. Abgesehen davon, dass sowohl die Tomate und der Apfel als auch die Bälle wegen ihrer geringen Größe nicht sofort auffallen, fehlt im Text jeglicher erklärender Bezug auf diese Gegenstände. Vielmehr beschäftigt sich der gesamte Text des Flyers ausschließlich mit dem Brot, dem Abnehmkonzept und der dabei einzuhaltenden Ernährungsweise. Nicht im Ansatz ist von Weiterem die Rede. Die „Grundidee“ der Abnehmmethode, so heißt es in dem Flyer, sei „denkbar einfach“: Man dürfe sich dreimal am Tag satt essen, wenn dies nur nach einem bestimmten Rhythmus geschehe. Unter „... und so einfach geht’s“ wird dies dann erläutert. Nichts deutet in diesen Erläuterungen auf die Notwendigkeit körperlicher Betätigung oder wenigstens darauf hin, dass in irgendeiner Form für einen Energieverbrauch gesorgt werden müsse, der die aufgenommene Energiemenge übersteigt. Auf der Grundlage der textlichen Darstellung des Abnehmkonzepts in den Faltblättern liegt es deshalb eher fern, die beiden Bälle und das Gemüse als Hinweis darauf zu verstehen, dass auch eine gesunde Lebensweise für den Erfolg des Abnehmkonzepts von Bedeutung sei.

fff) Unzutreffend wäre der durch den Werbespruch hervorgerufene Eindruck, man könne „im Schlaf“ schlank werden, nur dann nicht, wenn das Abnehmkonzept tatsächlich in der Form, in der es im Flyer dargestellt ist, wirksam wäre. Das gilt sowohl hinsichtlich der Unlauterkeit nach § 4 Nr. 11 UWG iVm § 11 Abs. 1 Nr. 2 LFGB und Art. 5 und 10 LGVO, als auch wegen des Merkmals der Irreführung nach § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG. Die zu § 4 Nr. 11 UWG zitierten verletzten Vorschriften sind zwar so formuliert, dass das Fehlen der von ihnen verlangten Hinweise ohne Weiteres zu einer Unzulässigkeit der Werbung führen soll. Sie sind aber einschränkend so auszulegen, dass sie nur bei irreführender Wirkung greifen (Köhler/Bornkamm/ders., § 5 RdNr. 4.182 zu § 12 LFGB). Das folgt nachvollziehbarerweise daraus, dass es für das Verbot einer Werbung, die auch ohne die vorgeschriebenen Hinweise wahrheitsgemäß ist, keine Rechtfertigung gäbe.

Grundsätzlich trifft den Antragsteller die Darlegungs- und Beweislast für alle rechtsbegründenden Tatsachen und damit auch für die irreführende Wirkung der Werbung. Die Rspr. hat aber weitgehende Darlegungs- und Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr entwickelt. Seine Rechtfertigung findet dies nicht zuletzt in europarechtlichen Vorgaben, denn der europäische Gesetzgeber geht von vornherein von einer für den Werbenden ungünstigeren Darlegungs- und Beweislast aus (Art. 7 Richtlinie 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung, s. dazu Köhler/Bornkamm/ders., § 5 RdNr. 3.20 ff).

Die Beweislastumkehr gilt u. a. bei Werbung für die Gesundheit betreffende Produkte. Ist die gesundheitsfördernde Wirkung eines Produkts wissenschaftlich umstritten, darf sie nicht unter Verweis auf diese Wirkung beworben werden. Ebenso verhält es sich, wenn der Werbende die wissenschaftliche Absicherung seiner Aussage nicht dartun kann. Selbst eine bedeutende Mindermeinung reicht als Absicherung nicht aus (Köhler/Bornkamm/ders., § 5 RdNr. 4.183). Stützt sich der Werbende bewusst auf eine fachlich umstrittene Behauptung, ohne die Gegenansicht zu erwähnen, hat er damit auch die Verantwortung für die objektive Richtigkeit seiner Angabe übernommen und muss sie ggf. beweisen. Insbesondere im Bereich des Gesundheitswesens sind Angaben nur zuzulassen, wenn sie gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnis entsprechen. Der Werbende muss, wenn er in einem solchen Fall in Anspruch genommen wird, darlegen können, dass er über entsprechende wissenschaftliche Erkenntnisse verfügt (ebd. RdNr. 3.26). Europarechtlich findet dies seinen Niederschlag in Art. 6 Abs. 1 und 2 LGVO, wonach gesundheitsbezogene Angaben auf allgemein (!) akzeptierten wissenschaftlichen Erkenntnissen beruhen müssen und der Werbende, der gesundheitsbezogene Angaben macht, deren Verwendung begründen muss. Dem lassen sich sowohl die Verteilung als auch der Maßstab der Beweislast für gesundheitsbezogene Angaben bei Lebensmitteln entnehmen (s. a. Erwägungsgrund 22: „Gesundheitsbezogene Angaben sollten ... nur nach einer wissenschaftlichen Bewertung auf höchstmöglichem Niveau zugelassen werden“). Ähnlich formuliert es im deutschen Recht § 11 Abs. 1 Nr. 2 LFGB.

Der Antragsgegnerin ist es nicht gelungen, die notwendige wissenschaftliche Absicherung der beworbenen Trennkostmethode glaubhaft zu machen. Der Senat hat nicht zu bewerten, ob diese mit guten Gründen vertretbar ist und vielfach schon zum Erfolg geführt haben mag. Es steht fest, dass die Trennkostmethode sehr umstritten ist (s. nur Art. „Trennkost“ aus Wikipedia, Bl. 50 – 53 d. A.). Allein dies macht eine Werbung für das vorgestellte Abnehmkonzept unlauter, sofern sie keinerlei Hinweis darauf enthält, dass die wissenschaftliche Grundlage umstritten ist.

bb) Die Werbeaussage „Wer abends auf die Einnahme von Kohlenhydraten verzichtet, ...“ enthält unmissverständlich eine Bewerbung des Brotes als Baustein des Abnehmkonzepts. Ihre irreführende Wirkung und damit Unlauterkeit nach § 5 Abs. 1 UWG folgt nach dem eben Dargelegten daraus, dass sie eine wissenschaftlich umstrittene Methode ohne jeglichen Hinweis auf diesen Streit als erfolgversprechend darstellt.

4.

Der Unterlassungsanspruch ist nicht untergegangen. Die abgegebene Unterlassungserklärung hat die Wiederholungsgefahr nicht beseitigt.

a) Betreffend den Werbespruch „Schlank im Schlaf“ fehlt es schon an einer ausreichenden Erklärung der Antragsgegnerin, ihn künftig nicht mehr zu verwenden. Die Antragsgegnerin hat zugestanden, den Werbespruch „Schlank im Schlaf“ künftig mit dem deutlichen Hinweis zu kombinieren, dass es sich um den Titel eines Ernährungskonzeptes und der Bücher zu diesem handele. Sie hat sich damit zwar verpflichtet, den Werbespruch nicht mehr so zu verwenden, dass er den Eindruck erweckt, er beschreibe eine unmittelbare Wirkung des Brotes. Wie erörtert, beruht die irreführende Wirkung der Werbung aber nicht nur auf irreführenden Angaben über das Lebensmittel selbst, sondern auf dem Einbetten der Werbung für das Brot in das wissenschaftlich umstrittene Abnehmkonzept. Das Brot wird als empfehlenswerter Baustein der Insulin-Trennkostmethode beworben. Die irreführende Wirkung dieser Werbung wird in keiner Weise dadurch eingeschränkt, dass der Werbespruch „Schlank im Schlaf“ als Titel des Ernährungskonzeptes und der dazugehörigen Bücher herausgestellt wird.

b) Hinsichtlich beider Werbeaussagen fehlt es überdies an einer zureichenden Selbstverpflichtung der Antragsgegnerin zur Zahlung einer Vertragsstrafe für den Fall der Zuwiderhandlung. Der Antragsteller rügt zu Recht die in der abgegebenen Unterlassungserklärung vorgesehene Vertragsstrafe als zu niedrig. Der vom Landgericht angestellte Vergleich mit der vom Antragsteller selbst angesetzten Vertragsstrafe in Höhe von 5.100 € überzeugt nicht. Der Antragsteller verweist zu Recht auf den grundlegenden Unterschied zwischen einer relativen und einer absoluten Vertragsstrafe. Letztere hatte er gefordert, erstere die Antragsgegnerin ihm in der Unterlassungserklärung angeboten. Den entscheidenden Unterschied hat der BGH in der vom Antragsteller in der Beschwerdebeurteilung zitierten Entscheidung NJW 1985, 191 (auszugsweise Bl. 26 – 28 d. A.) herausgearbeitet. Eine absolute Vertragsstrafe ist für den Gläubiger wesentlich einfacher durchsetzbar als eine relative, weil bei letzterer der Streit um die angemessene Höhe fast schon absehbar ist. Der dem Gläubiger durch eine relative Vertragsstrafe entstehende Nachteil, so der BGH, könne ausgeglichen werden, indem der Strafraum deutlich höher angesetzt werde als die absolute Vertragsstrafe, die der Gläubiger für den Verstoß angesetzt hat, der den Anlass für das Unterlassungsbegehren gab. In der Regel bedeute dies einen doppelt so hohen Ansatz der Obergrenze der relativen Vertragsstrafe (Köhler/Bornkamm/ders., § 12 RdNr. 1.143).

Bei einem entsprechend hohen Ansatz ergäbe sich hier ein Vertragsstrafenrahmen, der der wirtschaftlichen Bedeutung der untersagten Werbung durch-

aus gerecht würde. Das gilt schon bei einem Blick auf den Gewinn, den die Antragsgegnerin allein aus dem Verkauf des beworbenen Brotes für je rd. 3 € erzielen kann. Sie betreibt nach dem unbestrittenen Vortrag des Antragstellers 200 Filialen. Verkauft jede Filiale an einem Tag fünf dieser Brote, bedeutete dies insg. einen Tagesumsatz von $(5 \times 3 \times 200 =)$ 3.000 €, an fünf Werktagen von 15.000 €. An diesem – sicher zurückhaltend geschätzten – Umsatz gemessen wäre eine Vertragsstrafandrohung von rund 2.500 € für mittelschwere Verstöße kaum geeignet, die Antragsgegnerin hinreichend unter Druck zu setzen, von der beanstandeten Werbung Abstand zu nehmen. Es ist aber ohnehin fraglich, ob allein auf den Verkauf des Brotes abgestellt werden kann. Zugleich mit dem Brot werden die Bücher Dr. med. P. beworben. Auch der Verkaufserlös dafür gehört zu dem Gewinn aus den beworbenen Produkten. Dass er nicht der Antragsgegnerin zugutekommt, ändert nichts an dieser wirtschaftlichen Tragweite der Werbung.

Ob die Antragsgegnerin die Flyer in allen Filialen auszulegen pflegt oder nicht, ist unerheblich. Im Grundsatz ist die Werbung darauf angelegt, ein von der Antragsgegnerin in allen Filialen verkauftes Brot zu bewerben. Deshalb kann davon ausgegangen werden, dass sie den Flyer möglichst weit verbreitet wissen will. Auch deshalb rechtfertigt die voraussichtliche Intensität der Verletzungshandlung die Höhe der vom Antragsteller verlangten Vertragsstrafe. Dem steht auch nicht entgegen, dass sich nach dem Vortrag der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ein anderer Wettbewerbsverband mit relativen Vertragsstrafen von bis zu 5.001 € oder gar nur von bis zu 4.000 € zufrieden gegeben hat. Der Senat kann den insoweit vorgelegten Schreiben nicht entnehmen, ob die dort gerügten Werbeverstöße von gleichem Gewicht waren wie die hier streitgegenständlichen. Es ist unbekannt, ob die Abgemahnten von vergleichbarer Marktgröße sind wie die Antragsgegnerin. Jedenfalls für einen Fall wie den vorliegenden erachtet der Senat relative Vertragsstrafen in einer Höhe von nicht mehr als 5.001 € als deutlich zu niedrig.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO. Die Streitwertfestsetzung in Höhe von 10.000 € entspricht der ständigen Rechtsprechung des Senats für wettbewerbsrechtliche einstweilige Verfügungsverfahren durchschnittlichen Schwierigkeitsgrads und Umfangs. Die vorliegende Streitigkeit geht über diesen Rahmen nicht hinaus.