



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 23/07

Verkündet am:
21. Januar 2010
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Vorbeugen mit Coffein!

UWG § 4 Nr. 11; LFGB § 27 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 Nr. 1 Fall 2

- a) Die Vorschrift des § 27 Abs. 1 Satz 2 LFGB enthält keine Erweiterung, sondern lediglich eine der Konkretisierung dienende Erläuterung des Irreführungsverbots in § 27 Abs. 1 Satz 1 LFGB und erfasst daher inhaltlich zutreffende Werbeaussagen nicht.
- b) Die hinreichende wissenschaftliche Absicherung der einem kosmetischen Mittel beigelegten Wirkung kann sich auch schon aus einer einzelnen Arbeit ergeben, sofern diese auf überzeugenden Methoden und Feststellungen beruht.

BGH, Urteil vom 21. Januar 2010 - I ZR 23/07 - OLG Hamm
LG Bielefeld

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. Oktober 2009 durch die Richter Dr. Bergmann, Pokrant, Prof. Dr. Büscher, Dr. Schaffert und Dr. Koch

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 16. Januar 2007 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Beklagte bewarb das von ihr hergestellte und vertriebene Haarpflegemittel "Alpecin After Shampoo Liquid" in einer am 5. März 2006 in der Zeitung "B. " erschienenen Anzeige wie folgt wiedergegeben:

Alpecin

Glatze?

Vorbeugen
mit Coffein!



Alpecin erhalten Sie in
Drogerieabteilungen, Apotheken
und selbstverständlich
beim Friseur.

5,99 EUR unverbindliche
Preisempfehlung

Dermatologen der Universität Jena be-
stätigen: Coffein stimuliert geschwächte
Haarwurzeln. In-vitro-Tests an erblich
belasteten Haarwurzeln beweisen, dass
Coffein vor dem schädlichen Einfluss des
männlichen Hormons Testosteron schützt.

Alpecin (After Shampoo Liquid) enthält
erstmal eine hohe Dosis dieses Wirk-
stoffs. Alpecin sollte man rechtzeitig und
regelmäßig nach dem Haarewaschen in
die Kopfhaut einmassieren.

Alpecin mit Coffein-Complex

- 2 Am 12. März 2006 erschien in der Zeitung "B. " eine weitere Werbeanzeige der Beklagten für das Mittel "Alpecin After Shampoo Liquid", die wie folgt gestaltet war:

Männer vor die Wahl gestellt:

Rubbeln oder Glatze?

Was Jessica P. ihren „Glatzenkandidaten“ neuerdings im Fernsehen empfiehlt, könnte in Deutschlands Badezimmern bald Schule machen: Der Mann putzt sich nicht nur täglich die Zähne – er rubbelt auch jeden Morgen Alpecin Liquid ins Haar.

Das Coffein im Alpecin hält die Haarwurzeln wach, damit die Haarproduktion nicht vorzeitig zurückgeht. Das haben deutsche Wissenschaftler herausgefunden. Die hat daraus einen Hoffnungsträger für Männer entwickelt, die Haarausfall geerbt haben: Alpecin After Shampoo Liquid (5,99 € empf. Preis). Erhältlich nicht nur beim Friseur; auch in Drogerieabteilungen und Apotheken.

Wie wirkt das Coffein in Alpecin?

Es dringt durch die Kopfhaut ein und erreicht schnell den Haarfollikel. Dort trägt es dazu bei, die Wachstumsphasen der einzelnen Haarwurzel länger auszudehnen als erblich vorgesehen.

Abbildung oben: Die Erbanlage lässt das Haarwachstum vorzeitig einschlafen.

Unter dem Einfluss des Coffein-Komplexes dehnen sich die Wachstumsphasen wieder aus. (Aktuelle wissenschaftliche Wirkungs-Studien unter www.alpecin.de)

Jessica P., ausgebildete Friseurin

Alpecin AFTER SHAMPOO LIQUID

- 3 Der Kläger, der Verein Sozialer Wettbewerb e.V., dem unter anderem Heilpraktiker, Hersteller von Kosmetika, Betreiber von Kurkliniken, Hersteller und Vertreiber von Naturheilmitteln und von pharmazeutischen Produkten sowie Lebensmittelunternehmer angehören, hält die Angaben in der Anzeige vom 5. März 2006

Glatze? Vorbeugen mit Coffein!
Beugt Haarausfall vor
Dermatologen der Universität Jena bestätigen: Coffein stimuliert geschwächte Haarwurzeln.
In-vitro-Tests an erblich belasteten Haarwurzeln beweisen, dass Coffein vor dem schädlichen Einfluss des männlichen Testosteron schützt.

und die Angaben in der Anzeige vom 12. März 2006

Männer vor die Wahl gestellt: Rubbeln oder Glatze?
Das Coffein im Alpecin hält die Haarwurzeln wach, damit die Haarproduktion nicht vorzeitig zurückgeht. Das haben deutsche Wissenschaftler herausgefunden.

sowie

die mit zwei Schaubildern versehene Antwort auf die Frage "Wie wirkt das Coffein in Alpecin?"

für sachlich unrichtig, weil Coffein die ihm zugeschriebene Wirkung in Bezug auf Haarausfall nicht habe. Jedenfalls seien solche Wirkungen nicht wissenschaftlich gesichert. Daran könne insbesondere auch die bislang noch nicht einmal in der Fachliteratur veröffentlichte Studie von Wissenschaftlern der Universität Jena nichts ändern, die die Beklagte zum Nachweis der beworbenen Wirkung vorgelegt habe.

4

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

der Beklagten unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu untersagen, im geschäftlichen Verkehr für das Mittel "Alpecin After Shampoo Liquid" zu werben mit den Aussagen

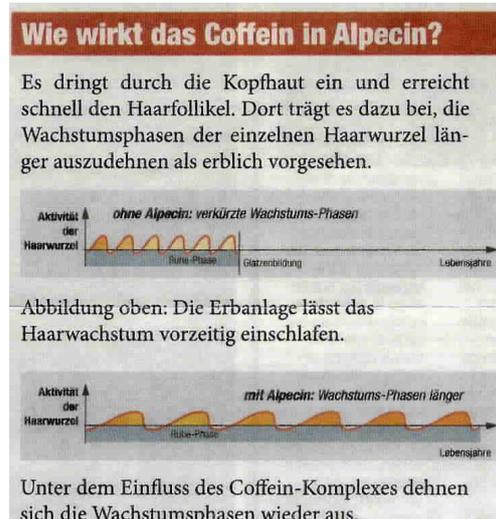
1. Glatze? Vorbeugen mit Coffein!
2. Beugt Haarausfall vor
3. Dermatologen der Universität Jena bestätigen: Coffein stimuliert geschwächte Haarwurzeln.
4. In-vitro-Tests an erblich belasteten Haarwurzeln beweisen, dass Coffein vor dem schädlichen Einfluss des männlichen Testosteron schützt.

wie in der Anzeige mit der Überschrift "Glatze?" in der "B. " vom 5. März 2006

und mit den Aussagen

5. Männer vor die Wahl gestellt: Rubbeln oder Glatze?

6. Das Coffein im Alpecin hält die Haarwurzeln wach, damit die Haarproduktion nicht vorzeitig zurückgeht. Das haben deutsche Wissenschaftler herausgefunden.
- 7.



wie in der Anzeige mit der Überschrift "Rubbeln oder Glatze" in der "B." vom 12. März 2006.

5. Außerdem hat der Kläger die Verurteilung der vor Erhebung der Klage erfolglos abgemahnten Beklagten zur Zahlung einer Abmahnkostenpauschale in Höhe von 162,40 € nebst Zinsen begehrt.
6. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben (LG Bielefeld MD 2006, 1107). Die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben (OLG Hamm MD 2007, 376). Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

- 7 I. Das Berufungsgericht hat die Unterlassungsklage für gemäß §§ 8, 3, 4 Nr. 11 UWG (2004) i.V. mit § 27 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Fall 2 LFGB begründet erachtet. Die Beklagte habe ihrem Mittel mit den beanstandeten Aussagen Wirkungen beigelegt, die wissenschaftlich nicht hinreichend gesichert seien. Die von ihr vorgelegte unveröffentlichte Studie des Haarforschungslabors der Klinik für Dermatologie und dermatologische Allergologie der Universität Jena sei noch nicht Gegenstand der wissenschaftlichen Diskussion geworden. Die Studie dürfe daher auch dann, wenn sie lege artis durchgeführt worden und als solche nicht zu beanstanden sei und ihre Untersuchungsergebnisse und Schlussfolgerungen richtig seien, nicht zur Grundlage einer uneingeschränkten Werbung mit entsprechenden Aussagen gemacht werden. Aus diesem Grund sei auch das von der Beklagten insoweit beantragte Sachverständigengutachten nicht einzuholen gewesen. Der Anspruch des Klägers auf Erstattung der pauschalierten Abmahnkosten folge aus § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG.
- 8 II. Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Die von diesem bislang getroffenen Feststellungen tragen nicht seine Annahme, dem Kläger stünden die Klageansprüche zu, weil die Beklagte nach § 27 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Fall 2 LFGB für ihr kosmetisches Mittel irreführend geworben habe.
- 9 1. Nach § 27 Abs. 1 Satz 1 LFGB ist es verboten, kosmetische Mittel unter irreführender Bezeichnung, Angabe oder Aufmachung gewerbsmäßig in den Verkehr zu bringen oder für kosmetische Mittel allgemein oder im Einzelfall mit irreführenden Darstellungen oder sonstigen Aussagen zu werben. Nach § 27

Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 LFGB liegt eine Irreführung insbesondere dann vor, wenn einem kosmetischen Mittel Wirkungen beigelegt werden, die ihm nach den Erkenntnissen der Wissenschaft nicht zukommen oder die wissenschaftlich nicht hinreichend gesichert sind. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist eine Werbeaussage, die inhaltlich zutrifft, nicht irreführend i.S. von § 27 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 LFGB.

10 a) Die Vorschrift des § 27 Abs. 1 Satz 2 LFGB enthält keine Erweiterung, sondern lediglich eine der Konkretisierung dienende Erläuterung des Irreführungsverbots in § 27 Abs. 1 Satz 1 LFGB. Dies folgt aus dem Wortlaut ("insbesondere") sowie aus dem systematischen Verhältnis dieser Bestimmung zum ihr vorangehenden Satz 1. Die Vorschrift des § 27 Abs. 1 Satz 2 LFGB enthält lediglich nicht abschließende Regelbeispiele des in Satz 1 geregelten Irreführungsverbots (vgl. Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, C 102, Stand November 2005, § 27 LFGB Rdn. 34 f. und 41; Reinhart in Meyer/Streinzi, LFGB BasisVO, § 27 LFGB Rdn. 33; Zindel, ZLR 1983, 396, 397; vgl. ferner - zur entsprechenden Regelung für Lebensmittel in § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 LFGB - Zipfel/Rathke aaO C 102, Stand Juli 2005, § 11 LFGB Rdn. 186).

11 b) Die Regelung des § 27 Abs. 1 LFGB ist zudem richtlinienkonform in diesem Sinne auszulegen, weil die Richtlinie 76/768/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über kosmetische Mittel für diese Mittel - im vorliegenden Fall Haarbehandlungsmittel (vgl. Art. 1 Abs. 1 und 2 i.V. mit Anhang I der Richtlinie) - eine abschließende Harmonisierung der nationalen Vorschriften über die Verpackung, die Etikettierung sowie die Werbung herbeigeführt hat (vgl. EuGH, Urte. v. 2.2.1995 - C-315/92, Slg. 1994, I-317 = GRUR 1994, 303 Tz. 11 = WRP 1994, 380 - Clinique; Urte. v. 28.1.1999 - C-77/97, Slg. 1999, I-431 = GRUR Int. 1999, 349 Tz. 24 = WRP 1999, 311 - Unilever ./).

SmithKline Beecham; Urt. v. 13.1.2000 - C-220/98, Slg. 2000, I-117 = GRUR Int. 2000, 354 Tz. 23 = WRP 2000, 289 - Lifting Creme; Urt. v. 24.10.2002 - C-99/01, Slg. 2002, I-9375 = ZLR 2003, 63 Tz. 17 - Linhart und Biffli). Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 76/768/EWG bestimmt, dass die Mitgliedstaaten das Inverkehrbringen von kosmetischen Mitteln nicht aufgrund der in dieser Richtlinie und ihren Anhängen enthaltenen Anforderungen ablehnen, verbieten oder beschränken dürfen, wenn sie den Bestimmungen dieser Richtlinie und ihrer Anhänge entsprechen. Nach Art. 6 Abs. 3 Unterabs. 1 (früher: Abs. 2) der Richtlinie 76/768/EWG treffen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass bei der Etikettierung, der Aufmachung für den Verkauf und der Werbung für kosmetische Mittel nicht Texte, Bezeichnungen, Warenzeichen, Abbildungen und andere bildhafte oder nicht bildhafte Zeichen verwendet werden, die Merkmale vortäuschen, die die betreffenden Erzeugnisse nicht besitzen. Der abschließende Charakter dieser Regelung hat zur Folge, dass die Mitgliedstaaten nicht mehr befugt sind, strengere nationale Maßnahmen zum Zweck der Bekämpfung irreführender Werbung in Bezug auf die Merkmale kosmetischer Mittel zu erlassen (EuGH ZLR 2003, 63 Tz. 24 - Linhart und Biffli). Wirkungen eines Mittels fallen unter den Begriff der Merkmale des Mittels i.S. von Art. 6 Abs. 3 der Richtlinie 76/768/EWG (vgl. EuGH ZLR 2003, 63 Tz. 32 - Linhart und Biffli). Mit Blick auf Art. 6 Abs. 3 Unterabs. 1 der Richtlinie 76/768/EWG kann eine wegen Irreführung unzulässige Werbung über Wirkungen eines kosmetischen Mittels i.S. von § 27 Abs. 1 Satz 1 und 2 LFGB folglich nur angenommen werden, wenn das betreffende Mittel die behaupteten Wirkungen tatsächlich nicht besitzt.

12

2. Das Berufungsgericht hat festgestellt, die beanstandeten Werbeaussagen der Beklagten würden von den angesprochenen Verbrauchern dahin verstanden, dass das Mittel der Beklagten durch den Inhaltsstoff Coffein dem

erbbedingten Haarausfall vorbeugen soll. Dass das Mittel der Beklagten diese Wirkung nicht besitzt, hat das Berufungsgericht jedoch nicht festgestellt. Die Annahme einer irreführenden Werbung i.S. von § 27 Abs. 1 und 2 LFGB kann daher nicht darauf gestützt werden, das Mittel der Beklagten besitze die behauptete Wirkung nicht.

13 3. Das Berufungsgericht ist ferner davon ausgegangen, die Beklagte habe in der beanstandeten Werbung die Wirksamkeit von Coffein gegen Haarausfall als wissenschaftlich gesichert dargestellt. Auch insoweit tragen die bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts die Annahme einer irreführenden Werbung i.S. von § 27 Abs. 1 Satz 1 und 2 LFGB aber nicht.

14 a) Die Auffassung des Berufungsgerichts, in der beanstandeten Werbung werde die Wirksamkeit von Coffein als wissenschaftlich gesichert dargestellt, lässt allerdings keinen Rechtsfehler erkennen. In der Werbung vom 5. März 2006 wird im Zusammenhang mit der beworbenen Wirkung des Coffeins von einer Bestätigung durch Dermatologen der Universität Jena und von einem Beweis durch In-Vitro-Tests gesprochen. In der Werbung vom 12. März 2006 ist davon die Rede, deutsche Wissenschaftler hätten die beworbene Wirkung herausgefunden. Es ist insbesondere im Hinblick auf die maßgebliche Erwartung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers (vgl. EuGH ZLR 2003, 63 Tz. 31 - Linhart und Biffli) nicht erfahrungswidrig (§ 286 ZPO), wenn das Berufungsgericht diese Angaben dahin gewürdigt hat, damit werde die Wirksamkeit von Coffein gegen Haarausfall als objektiv richtig und zugleich als wissenschaftlich gesichert dargestellt. Entgegen der Auffassung der Revision wird angesichts des Gesamtzusammenhangs der beanstandeten Angaben allein durch den Umstand, dass nur Dermatologen der Universität Jena genannt werden, in den beanstandeten

Werbeanzeigen nicht deutlich gemacht, dass die behauptete Wirkung wissenschaftlich noch nicht gesichert sei.

15 b) Eine Irreführung im Hinblick auf die in der Werbung der Beklagten enthaltene Aussage, die behauptete Wirkung von Coffein sei wissenschaftlich gesichert, kann jedoch gleichfalls nur angenommen werden, wenn davon auszugehen ist, dass eine solche wissenschaftliche Absicherung nicht gegeben ist. Auch der Umstand, dass bestimmte Wirkungen eines Mittels durch Tests oder ähnliche wissenschaftliche Methoden nachgewiesen sind, gehört zu den Merkmalen des Mittels i.S. von Art. 6 Abs. 3 Unterabs. 1 der Richtlinie 76/768/EWG (vgl. EuGH ZLR 2003, 63 Tz. 30 ff. - Linhart und Biffli, zu der Angabe "dermatologisch getestet"). Die Revision rügt mit Recht, dass das Berufungsgericht das Fehlen einer hinreichenden wissenschaftlichen Absicherung der behaupteten Wirkung von Coffein nicht rechtsfehlerfrei festgestellt hat. Das Berufungsgericht hat zu strenge Anforderungen an eine hinreichende wissenschaftliche Absicherung i.S. von § 27 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Fall 2 LFGB gestellt.

16 aa) Das Berufungsgericht hat die von der Beklagten vorgelegte Studie des Haarforschungslabors der Klinik für Dermatologie und dermatologische Allergologie der Universität Jena für nicht hinreichend erachtet, weil sie noch nicht Gegenstand einer allgemeinen wissenschaftlichen Diskussion geworden sei; die Beklagte habe weder befürwortende noch ablehnende wissenschaftliche Stellungnahmen von unabhängigen Wissenschaftlern vorgelegt. Den von der Beklagten angetretenen Beweis durch Sachverständigengutachten dafür, dass die Untersuchungen der Universität Jena lege artis durchgeführt worden seien und die sich aus ihnen ergebende Wirkungsaussage zutreffend sei, hat es aus diesem Grunde gleichfalls für unbeachtlich gehalten.

- 17 bb) Dabei ist das Berufungsgericht zwar zunächst rechtlich zutreffend davon ausgegangen, dass die Beklagte die Verantwortung für die Richtigkeit ihrer Wirkungsaussage trifft und sie diese deshalb gegebenenfalls auch beweisen muss. Dies ergibt sich bereits daraus, dass der Hersteller eines kosmetischen Mittels nach Art. 7a Abs. 1 der Richtlinie 76/768/EWG sicherzustellen hat, dass den zuständigen Behörden des betreffenden Mitgliedstaats zu Kontrollzwecken bestimmte Angaben leicht zugänglich sind, und nach Absatz 1 lit. g dieser Vorschrift dazu der Nachweis der für das kosmetische Mittel angepriesenen Wirkung gehört, wenn dies aufgrund der Beschaffenheit des Erzeugnisses oder der angepriesenen Wirkung gerechtfertigt ist.
- 18 cc) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts setzt die hinreichende wissenschaftliche Absicherung i.S. von § 27 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Fall 2 LFGB jedoch nicht voraus, dass die dem beworbenen Mittel beigelegte Wirkung Gegenstand einer allgemeinen wissenschaftlichen Diskussion geworden ist. Die hinreichende wissenschaftliche Absicherung kann sich vielmehr schon aus einer einzelnen Arbeit ergeben, sofern diese auf überzeugenden Methoden und Feststellungen beruht (vgl. Zipfel/Rathke aaO § 27 LFGB Rdn. 43; Reinhart in Meyer/Streinz aaO § 27 LFGB Rdn. 39).
- 19 Die Maßnahmen, die die Mitgliedstaaten zur Durchführung von Art. 6 Abs. 3 der Richtlinie 76/768/EWG zu ergreifen haben, müssen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren (vgl. EuGH ZLR 2003, 63 Tz. 26 - Linhart und Biffel, m.w.N.). Dies gilt folglich auch für die Anforderungen, die an den Nachweis zu stellen sind, ob das kosmetische Mittel eine von dem Werbenden behauptete Wirkung besitzt oder nicht. In diesem Zusammenhang ist weiter zu beachten, dass mit der Richtlinie 76/768/EWG der Hauptzweck der Erhaltung der Volksgesundheit verfolgt wird (vgl. Erwägungsgrund 3 der Richtlinie). Da-

nach ist das Verbot eines kosmetischen Mittels wegen Irreführung über die ihm beigelegten Wirkungen mit der Richtlinie 76/768/EWG nicht vereinbar, wenn - wovon nach dem unter Beweis gestellten Vorbringen der Beklagten für die rechtliche Beurteilung in der Revisionsinstanz mangels abweichender Feststellungen des Berufungsgerichts auszugehen ist - lege artis durchgeführte Untersuchungen zu dem Ergebnis geführt haben, dass die betreffende Wirkungsaussage zutreffend ist, ablehnende wissenschaftliche Stellungnahmen von unabhängigen Wissenschaftlern zu der betreffenden Studie nicht vorliegen und keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das Mittel gesundheitsschädlich ist.

20

III. Das Berufungsurteil ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Dieses wird die erforderlichen Feststellungen zur hinreichenden wissenschaftlichen Absicherung der behaupteten Wirkung von Coffein nachzuholen haben.

Bergmann

Pokrant

Büscher

Schaffert

Koch

Vorinstanzen:

LG Bielefeld, Entscheidung vom 09.05.2006 - 15 O 63/06 -

OLG Hamm, Entscheidung vom 16.01.2007 - 4 U 100/06 -