

✓

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja nur Leitsatz 2
und zu III

HeilmittelwerbeG (HWG) v. 11. Juli 1965, BGBl I 604,
§ 3 Nr. 2 Buchst. a)

Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen fälschlich der
Eindruck erweckt wird, daß ein Erfolg mit Sicherheit er-
wartet werden kann.

ZPO §§ 99 Abs. 2, 567 Abs. 3 Satz 1

In den Fällen des Teilanerkennnisses endet der Instanzen-
zug hinsichtlich der diesen Teil betreffenden Kosten auch
dann beim Oberlandesgericht, wenn im Urteil eine einheit-
liche Kostenentscheidung getroffen worden ist und wenn
gegen dieses Urteil zulässigerweise Revision eingelegt
wird.

BGH, Urt. v. 28. April 1972 - I ZR 140/69 - OLG Karlsruhe
LG Konstanz

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 140/69

Vorkündet am

28. April 1972

Z u g ,

Justizsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der p[REDACTED]-Vereinigung gegen den unlauteren Wett-
bewerb e.V., S[REDACTED] (Htw.), S[REDACTED]straße 10,
gesetzlich vertreten durch den Vorstand, Herrn Georg
L[REDACTED], ebenda,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma M[REDACTED], Kosmetik-Versand, Inhaber
Willi W[REDACTED], [REDACTED] E[REDACTED], [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. September 1971 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Alff, Dr. Merkel, Dr. Schönberg und Dr. Frh. v. Gamm

für Recht erkannt:

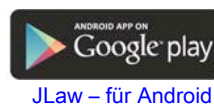
Auf die Revision der Klägerin wird unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen das Urteil des Oberlandesgerichts Karlsruhe - 9. Zivilsenat in Freiburg - vom 9. Oktober 1969 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als auf die Berufung der Beklagten der Klageantrag (Ziffer 1 c) abgewiesen worden ist.

In diesem Umfang wird die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der Kammer für Handelssachen des Landgerichts Konstanz vom 31. Dezember 1968 zurückgewiesen. Von den Kosten der Berufungs- und der Revisionsinstanz trägt die Klägerin 1/6, die Beklagte 5/6.

Von Rechts wegen



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



Tatbestand

Die Klägerin ist ein Verein, der nach seiner Satzung u. a. den Schutz von Wirtschaft und Gewerbe gegen unlauteren Wettbewerb bezweckt.

Die Beklagte betreibt einen Versandhandel mit kosmetischen Artikeln; u. a, vertreibt sie ein elektrisches "Vibrations-Massagekissen". Die Klage richtet sich gegen den Inhalt von Zeitungsanzeigen der Beklagten für dieses Massagekissen. Nachdem bereits im ersten Rechtszug zwei Anträge durch Anerkenntnisurteil in der Hauptsache erledigt worden sind, ist - abgesehen von der Kostenentscheidung hinsichtlich des durch Anerkennung erledigten Teils - nur noch die Ankündigung der Beklagten im Streit, durch die sie das Massagekissen "6 Tage zur Probe" angeboten hat (Anzeige in Bild am Sonntag vom 29. September 1968 - Bl. 19 - HO 360/68). Den Probesendungen hat die Beklagte eine von Dr. med. L. verfaßte Broschüre "Vibrationsmassagekissen" beigelegt. Die Klägerin sieht in diesem Angebot sowohl einen Verstoß gegen das Heilmittelwerbegesetz als auch gegen §§ 1, 3 UWG; denn es werde fälschlich der Eindruck erweckt, der Erfolg des Massagekissens (Heilung und Linderung bei Rheuma, Bandscheibenschäden, Müdigkeit, Schlaflosigkeit, Verstopfung) könne mit Sicherheit erwartet werden (§ 3 Nr. 2 Buchst. a Gesetz über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens vom 11. Juli 1965 (BGBl I, 604) - HWG); irreführend sei ferner die in der Anzeige unterlassene Aufklärung, daß eine nicht geringe Zahl von Personen aus gesundheitlichen Gründen das Massagekissen nicht anwenden dürften.

Die Beklagte ist der Auffassung, es werde keineswegs der Eindruck eines sicheren Erfolges erweckt; die Aufklärung über Gegenindikationen erfolge durch die

Aufklärungsschrift von Dr. med. L., die der Probesendung beigegeben werde.

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt und ihr auch die Kosten des Anerkenntnisurteils auferlegt.

Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht den noch im Streit befindlichen Antrag (Unterlassung des Angebots "6 Tage zur Probe") abgewiesen und der Klägerin auch die Kosten des Anerkenntnisurteils auferlegt. Die Anschlußberufung der Klägerin, mit der diese hilfsweise ihren Antrag in abgeänderter Form verfolgt hat, hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen.

Mit der zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin in vollem Umfange ihre Anträge aus der Berufungsinstanz weiter. Die Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, durch das Werbeangebot, der Interessent könne das Gerät "sechs Tage zur Probe" behalten, werde nicht der Eindruck erweckt, daß ein Erfolg des Geräts mit Sicherheit erwartet werden könne. Auch der Durchschnittsinteressent müsse sich von vornherein sagen, daß sich der Erfolg einer Behandlung mit einem Massagekissen nicht innerhalb einer Zeit von höchstens 6 Tagen feststellen lasse. Anders als in den in der Literatur angeführten Beispielen ("bei Nicht-Erfolg Geld zurück"; "Rücknahme bei Nicht-

Erfolg") handele es sich nicht um einen Kauf mit Rücktrittsrecht des Kunden, sondern um einen Kauf auf Probe, bei dem der Kaufvertrag erst geschlossen sei, wenn der Interessent das Gerät gebilligt habe. Die Klägerin habe nicht vorgetragen, geschweige denn unter Beweis gestellt, daß die Beklagte das Gerät unter Nachnahme verschicke.

II. Diese Ausführungen werden von der Revision mit Erfolg angegriffen.

1. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kommt es für die hier in Erwägung zu ziehende Vorschrift des § 3 Nr. 2 Buchst. a HWG ("wenn fälschlich der Eindruck erweckt wird, daß ein Erfolg mit Sicherheit erwartet werden kann") nicht darauf an, ob der Erfolg einer Behandlung innerhalb einer Zeit von höchstens 6 Tagen festgestellt werden kann, sondern darauf, ob ein Behandlungserfolg nach dem Inhalt der Ankündigung bei Verwendung des Gerätes mit Sicherheit erwartet werden kann, wenn auch nach Ablauf einer längeren Behandlungsdauer und in einer fortschreitenden Entwicklung.

Auch die weiteren Ausführungen des Berufungsgerichts sind nicht frei von Rechtsirrtum. Die zu § 4 Abs. 1 Buchstabe g) der Polizeiverordnung über die Werbung auf dem Gebiet des Heilwesens vom 29. September 1941 (HWVO) (Unzulässig ist ferner eine Werbung mit Angaben wie "bei Nichterfolg Geld zurück") ergangenen Entscheidungen stellen nicht darauf ab, wie im einzelnen der Kaufvertrag rechtlich gestaltet war - es kommt auch nach der Fassung der Vorschrift nicht auf den Wortlaut der Ankündigung, sondern auf den dadurch hervorgerufenen Eindruck an -; die Rechtsprechung zur Heilmittelwerbeverordnung hat daher auch einen Verzicht auf die Bezahlung des Kaufpreises bei

Rücksendung des unverbrauchten Warenrestes oder die Rücknahme des Gerätes (vgl. OLG Lüneburg v. 8. Mai 1957 in Rechtspr zur HWVO Heft 4 Schriftenreihe zur Heilmittelwerbung 1958/59, S. 77) als Fall des § 4 Abs. 1 Buchst. g) HWVO angesehen. Diese Vorschrift der HWVO ist in das Heilmittelwerbegesetz nicht aufgenommen worden, weil sie durch den hier in Frage stehenden § 3 Nr. 2 Buchst. a) HWG erfaßt werde (vgl. Kernd'l - Marcetus, Heilmittelwerbegesetz Anm. 3 zu § 3 HWG - S. 135; Schneider, Heilmittelwerbung, Anm. 11 zu § 3 HWG - S. 59), und die seinerzeit gewählte beispielhafte Aufzählung möglicherweise nicht mehr als genügend bestimmte oder bestimmbare Tatbestandsfestlegung angesehen werden könne. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann daher die Rechtsprechung zu § 4 Abs. 1 Buchst. g) HWVO bei der Prüfung, ob ein Fall des § 3 Nr. 2 Buchst. a) HWG vorliegt, immer dann herangezogen werden, wenn Kostenfreiheit bei negativem Erprobungsausgang zugesichert wird, ohne Rücksicht darauf, ob der Kaufpreis zunächst entrichtet und dann zurückgezahlt oder ob er erst nach Billigung aufgrund einer Probe gezahlt wird oder bei Nichtbilligung durch Rücksendung nicht geschuldet wird. Die maßgebliche vom Berufungsgericht nicht zureichend geprüfte Frage geht dahin, ob die Überlassung des Geräts für 6 Tage auf Probe bei den angesprochenen Verkehrskreisen den unrichtigen Eindruck eines sicheren Erfolges erweckt und damit ein Fall der nach § 3 Nr. 2 Buchst. a) HWG unzulässigen Werbung für ein Heilmittel gegeben ist.

2. Der Senat ist in der Lage, aufgrund der Feststellungen des Berufungsgerichts in Verbindung mit allgemeinen Grundsätzen der Lebenserfahrung diese Frage selbst zu entscheiden.

Eine Werbung, mit der ein Heilmittel oder Heilgerät zur Probe angeboten wird, wirkt stärker als eine wörtliche Anpreisung (vgl. OLG Hamburg, WRP 1966, 37). Eine solche probeweise und kostenfreie Überlassung erweckt aber gleichzeitig bei den Interessenten den Eindruck, daß das Gerät den versprochenen Erfolg mit Sicherheit erwarten lasse. Für jeden Interessenten ist klar erkennbar und auf der Hand liegend, daß es keinem Kaufmann möglich ist, das Risiko der Rücksendung von Heilmitteln und Heilgeräten in einer Vielzahl von Fällen zu tragen (so OLG Köln vom 1. Juli 1955 Rechtspr. aaO S. 75); in dem Interessenten wird daher der Glaube erweckt, es müsse sich um ein besonders gutes und risikofreies Angebot handeln (OLG Frankfurt vom 18. Juli 1956 - Rechtspr. aaO S. 76), der anbietende Kaufmann sei seines Erfolges völlig sicher und rechne nicht mit einer **nennenswerten** Zahl von Rücksendungen (OLG Hamburg aaO); diese Erwägungen werden auch durch die Überlegung veranlaßt, daß das Gerät bei dem vom Anbieter zugelassenen Gebrauch unmittelbar am Körper des Erprobenden aufgelegt und benutzt wird und nach Rückgabe an den Unternehmer bei einem anständigen Geschäftsgebaren anderen Personen nicht mehr überlassen werden kann (vgl. OLG Hamburg aaO), die Werbung daher wirtschaftlich nur tragbar ist, wenn sie bei dem Interessenten den festen Glauben an eine erfolgversprechende Anwendung hervorruft. Daß der Eindruck, die lindernde oder heilende Wirkung des Geräts könne mit Sicherheit erwartet werden, falsch ist, bedarf angesichts der Besonderheiten der in der Anzeige aufgeführten Krankheiten (Rheuma, Bandscheibenschäden, Schlaflosigkeit, Verstopfung) keiner näheren Erörterung.

Die Voraussetzungen des § 3 Nr. 2 Buchst. a) HWG sind demnach gegeben. Unter Aufhebung des Berufungsurteils in diesem Umfang war das landgerichtliche Urteil wiederherzustellen.

3. Auf die weiteren Erwägungen des Berufungsgerichts zu den §§ 1 und 3 UWG und die dagegen gerichteten Angriffe der Revision brauchte nicht mehr eingegangen zu werden.

III. Soweit die Klägerin die auf § 93 ZPO beruhende Kostenentscheidung der durch Teilanerkennnissurteil erledigten Klageanträge angreift, ist ihre Revision unzulässig.

Der nach § 99 Abs. 2 ZPO hinsichtlich der Kosten einer aufgrund eines Anerkenntnisses ausgesprochenen Verurteilung zulässige Beschwerderechtszug endet nach § 567 Abs. 3 S. 1 ZPO beim Oberlandesgericht. Dieser Regelung ist der allgemeine Grundsatz des Gesetzes zu entnehmen, daß in den Fällen der Teilerledigung und/oder des Teilanerkennnisses der Instanzenzug hinsichtlich der diese Teile betreffenden Kosten auch dann beim Oberlandesgericht enden soll, wenn im Urteil eine einheitliche Kostenentscheidung getroffen worden ist, und wenn gegen dieses Urteil zulässigerweise Revision eingelegt wird (so auch BGH NJW 1967, 1131 = LM Nr. 9 ZPO § 567 Abs. 3). Dem steht nicht der Grundsatz der Einheitlichkeit der Kostenentscheidung entgegen. Wird die Revision (soweit sie die streitige Hauptsache betrifft) zurückgewiesen, dann kommt es nicht zu einer Überprüfung der Kostenentscheidung; ist die Revision begründet und wird das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zurückverwiesen, dann kann die Kostenentscheidung insgesamt aufgehoben und das Berufungsgericht angewiesen werden, die auf den erledigten Teil entfallenden Kosten auszusondern und diesen Kostenteil bei der neuen Entscheidung als rechtskräftig zu behandeln.

Der III. Zivilsenat (VersR 1970, 573, 576) und der VII. Zivilsenat (insoweit in VersR 1971, 126 nicht abgedruckt) haben auf Anfrage erklärt, an ihrem entgegenstehenden Standpunkt nicht festhalten zu wollen.

IV. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 92, 97 Abs. 1 ZPO.

Krüger-Nieland

Alff

Merkel

Schönberg

v. Gamm