

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 77/78

URTEIL

Verkündet am
21. Mai 1980
Köhler,
Justizassistent

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Kaufmann Erich H[REDACTED], Am H[REDACTED], S[REDACTED],

Beklagter und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

Verein für lautere H[REDACTED]werbung e.V., C[REDACTED]-K[REDACTED]-
[REDACTED]-Straße [REDACTED], K[REDACTED], vertreten durch seinen Vorstand
Jost H[REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Mai 1980 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Frhr. v. Gamm und die Richter Alff, Dr. Merkel, Dr. Zülch und Dr. Piper

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 10. März 1978 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung auch über die Kosten der Revision an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger ist ein eingetragener Verein, der sich die Bekämpfung unlauterer Heilmittelwerbung zum Ziel gesetzt hat. Der Beklagte befaßt sich mit der Herstellung und dem Verkauf diätetischer Lebensmittel. Er vertreibt u.a. von Bienen gesammelte Blütenpollen, für die er in Zeitungs-

- 3 -

anzeigen und Prospekten mit dem Hinweis wirbt, daß sie als natürliche Diät-nahrung u.a. gegen Prostatavergrößerung und dadurch hervorgerufene Beschwerden wirksam seien.

Der Kläger hält diese Werbung für wettbewerbswidrig im Sinne von § 1 UWG. Er meint, durch den Hinweis auf die Wirkungsweise der Blütenpollen biete der Beklagte diese als Arzneimittel an. Damit verstoße er gegen das Arzneimittelgesetz vom 24. August 1976 (AMG), da die Präparate beim Bundesgesundheitsamt nicht registriert seien. Aber auch wenn die Blütenpollen nicht als Arzneimittel, sondern als Lebensmittel anzusehen wären, verhielte sich der Beklagte wettbewerbswidrig, weil das Lebensmittel- und Bedarfsgegenständengesetz vom 15. August 1974 (LMBG) bei Lebensmitteln eine Werbung mit medizinischer Indikation verbiete. Um diätetische Lebensmittel, die von diesem Verbot ausgenommen seien, handele es sich nicht. Weder unterschieden sich die Blütenpollenpräparate des Beklagten von vergleichbaren Lebensmitteln, noch entsprächen sie besonderen Ernährungserfordernissen. Darüber hinaus seien sie weder zu diätetischen Zwecken hergestellt, noch hätten sie eine solchen Zwecken dienende Bearbeitung erfahren. Im übrigen sei es verboten, Lebensmitteln den Anschein eines Arzneimittels zu geben. Dieses Verbot gelte auch für diätetische Lebensmittel.

Der Kläger hat beantragt,

dem Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verbieten, seine Blütenpollenerzeugnisse als wirksam gegen Prostata-Beschwerden und Beschwerden beim Harnlassen in den Verkehr zu bringen und/oder entsprechend anzupreisen.



Demgegenüber hat der Beklagte ausgeführt, bei den von ihm vertriebenen Blütenpollenpräparaten handele es sich um diätetische Lebensmittel, die bei der Herstellung eine dem diätetischen Verwendungszweck entsprechende Bearbeitung erfordern. Für diese dürfe er in der vom Kläger beanstandeten Weise werben. Dabei erwecke er nicht den Anschein, als handele es sich bei den Blütenpollenpräparaten um Arzneimittel. Der Hinweis, die Blütenpollen seien als natürliche Diätahrung gegen Prostata-Vergrößerung und dadurch hervorgerufene Folgebeschwerden wirksam, wirke ernährungsphysiologischen Mangelercheinungen entgegen, weise aber nicht einer Krankheitsbehandlung im medizinischen Sinn den Weg. Angaben dieser Art seien nicht unzulässig, sondern nach § 2 der Diätverordnung in der Fassung vom 24. Oktober 1975 (DiätVO) sogar geboten.

Das Landgericht hat nach Einholung eines Gutachtens des Bundesgesundheitsamts der Klage stattgegeben. Es hat angenommen, daß die vom Beklagten vertriebenen Blütenpollen keine Arzneimittel, sondern nichtdiätetische Lebensmittel seien, für die das Verbot der gesundheitsbezogenen Werbung im Sinne von § 18 Abs. 1 Nr. 1 LMBG gelte. Mit seiner Werbung, die auf der den Blütenpollen beigelegten Wirkung gegen Prostatahypertrophie aufbaue, habe daher der Beklagte gegen dieses Verbot und damit zugleich gegen § 1 UWG verstoßen.

Die gegen dieses Urteil eingelegte Berufung hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag aus den Vorinstanzen weiter, die Klage abzuweisen. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat - anders als das Landgericht - dahinstehen lassen, ob es sich bei den Blütenpollen um Arzneimittel, Lebensmittel oder nichtdiätetische Lebensmittel handelt. Die Werbung des Beklagten, so hat es ausgeführt, sei unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zulässig, wie auch immer seine Präparate einzuordnen seien. Handelte es sich um Arzneimittel im Sinne von § 2 AMG, habe der Beklagte sie nicht in Verkehr bringen dürfen, weil es an der nach § 38 Abs. 1 AMG dafür erforderlichen Registrierung fehle. Darüber hinaus enthalte der vom Beklagten in seiner Werbung gebrauchte Hinweis auf die Wirkungsweise der Blütenpollen die Angabe von Anwendungsgebieten, was nach § 5 - früher § 3 b - des Heilmittelwerbegesetzes in der Fassung vom 18. Oktober 1978 (HMWG) verboten sei. Beide Verstöße seien gleichzeitig ein Verstoß gegen § 1 UWG, da der gesetzwidrige Vertrieb von Arzneimitteln und die Werbung dafür mit den guten Sitten im Wettbewerb nicht zu vereinbaren sei. Handelte es sich aber bei den Blütenpollenerzeugnissen um Lebensmittel, die keine diätetischen Lebensmittel seien, so verstoße der Beklagte ebenfalls gegen § 1 UWG, weil er bei Vertrieb und Werbung Aussagen verwende, die sich auf die Linderung von Krankheiten, nämlich von Prostataleiden, bezögen, was durch § 18 Abs. 1 Nr. 1 LMBG verboten sei. Ordnete man schließlich die Präparate des Beklagten als diätetische Lebensmittel im Sinne des § 1 DiätVO ein, für die das Verbot nach § 18 Abs. 2 LMBG nicht gelte, so sei die beanstandete Werbung im Sinne von § 1 UWG gleichwohl unzulässig, weil sie in diesem Falle gegen § 17 Abs. 1 Nr. 5 lit. a LMBG verstoße. Diese Vorschrift untersage es, Lebensmitteln im Vertrieb oder bei der Werbung Wirkungen beizulegen, die wissenschaftlich nicht

hinreichend gesichert seien. So liege es hier. Die Werbeaussage des Beklagten, die Blütenpollenpräparate seien gegen Prostatahypertrophie und Folgebeschwerden wirksam, entbehre einer hinreichenden wissenschaftlichen Absicherung. Das ergebe sich schon aus seinem eigenen Vortrag. Die von ihm überreichten Unterlagen ließen erkennen, daß das Max-Planck-Institut für Bio-Chemie unter dem 10. März 1970 ein Gutachten erstattet habe, in dem die von dem Beklagten behaupteten Wirkungen in Abrede gestellt würden. Ebenso ergebe sich aus den Unterlagen des Beklagten, daß das Bundesgesundheitsamt im Frühjahr 1976 ein Gutachten vorgelegt habe, in dem die vom Beklagten behaupteten Wirkungen der Blütenpollen weder als nachgewiesen noch als nur wahrscheinlich bezeichnet worden seien. Das vom Beklagten vorgelegte Gutachten des Professors C. von der Sorbonne/Universität P. vom 11. März 1976 berichte nicht von eigenen Versuchen und Erfahrungen, sondern von Fremdversuchen, die dem Verfasser durch schriftliche Berichte bekannt geworden seien. Das gleiche gelte für den Aufsatz des Dr. med. S. "Pollen-Diät", der ebenfalls nur von Fremdergebnissen berichte. Bei diesen Fremdergebnissen handele es sich um Ergebnisse der Professoren U.-U. in Upsala und T. in Marseille, die aber ausdrücklich als Versuche, also noch nicht als abschließend gesicherte Ergebnisse bezeichnet würden. Das gleiche gelte für die aus der Veröffentlichung "Apimondia" hervorgehenden Versuche sowie für die vom Beklagten vorgelegte Veröffentlichung von Bristea und Jalomiteanu. Gerade in der letztgenannten Veröffentlichung sei wiederum von Versuchen die Rede. Hinsichtlich der Versuche von Professor Caillas heiße es, er glaube, die Erfolge seien u.a. auch einer bis jetzt noch nicht erkannten Substanz zu verdanken. Diese Ausführungen zeigten deutlich, daß es sich

noch nicht um wissenschaftlich hinreichend gesicherte Ergebnisse handele. Werde in der Fachliteratur von Ergebnissen mit noch unbekannten Stoffen gesprochen, und stellten beachtliche wissenschaftliche Institute wie das Bundesgesundheitsamt und das Max-Planck-Institut für Bio-Chemie diese Ergebnisse in Frage, so könne nicht davon gesprochen werden, daß es sich um hinreichend gesicherte wissenschaftliche Ergebnisse handele.

Das Gutachten eines Sachverständigen einzuholen, hat das Berufungsgericht nicht für erforderlich erachtet. Die Feststellung, daß die Werbeaussage des Beklagten ihrem sachlichen Gehalt nach wissenschaftlich nicht hinreichend gesichert sei, könne es, so meint es, anhand der vom Beklagten überreichten Unterlagen selber treffen. Diese Erwägungen halten den Revisionsangriffen nicht stand.

II. Die Revision läßt dahinstehen, wie die Werbung des Beklagten zu beurteilen wäre, wenn die Blütenpollen als Arzneimittel oder als nichtdiätetische Lebensmittel anzusehen wären. Sie geht davon aus, daß es sich bei den Blütenpollen um diätetische Lebensmittel im Sinne von § 18 Abs. 2 LMBG, § 1 DiätVO handelt, und wendet sich gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, daß die Wirkungen, die der Beklagte seinen Präparaten beilegt, wissenschaftlich nicht hinreichend gesichert seien. Damit hat sie Erfolg. Die angegriffene Feststellung des Berufungsgerichts verstößt gegen § 286 ZPO.

1. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß Erkenntnisse, die von namhaften Wissenschaftlern aufgrund allgemein anerkannter und nachprüfbarer Methoden in Zweifel gezo-

gen werden, im allgemeinen nicht als wissenschaftlich hinreichend gesichert angesehen werden können (BGH GRUR 1965, 368, 373 - Kaffee C). Indessen ist es verfahrensfehlerhaft, wenn das Berufungsgericht meint, im Streitfall lasse sich schon aus den vom Beklagten überreichten Unterlagen schließen, daß dessen Werbeaussage wissenschaftlich nicht hinreichend gesichert sei. Wie die Revision zu Recht rügt, erlauben die vom Beklagten überreichten Unterlagen eine solche Feststellung nicht. Die Gutachten des Max-Planck-Instituts vom 10. März 1970 und des Bundesgesundheitsamts vom Frühjahr 1976, auf die das Berufungsgericht seine Entscheidung maßgeblich stützt, berechtigten das Berufungsgericht schon deshalb nicht zu der Feststellung, daß die den Blütenpollen vom Beklagten beigelegten Wirkungen wissenschaftlich nicht hinreichend gesichert seien, weil sich diese Gutachten nicht bei den Akten befinden, sondern in anderen vom Beklagten überreichten Unterlagen - einem Bericht des Landesuntersuchungsamtes für das Gesundheitswesen Süd-Bayern - Fachbereich Chemie - in München vom 10. Februar 1975 (GA II 408) und einem Erlaß des Niedersächsischen Sozialministers vom 5. April 1976 (GA II 338) - lediglich Erwähnung gefunden haben, ohne dort vollständig oder annähernd vollständig wiedergegeben worden zu sein. Ob die vom Berufungsgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegten Gutachten der Werbebehauptung des Beklagten wirklich entgegenstehen, ist daher nicht mit hinreichender Sicherheit zu erkennen. Darüber hinaus ist der Unterlage, in der das Gutachten des Max-Planck-Instituts für Bio-Chemie erwähnt ist - es handelt sich hierbei um den Bericht des Landesuntersuchungsamtes für das Gesundheitswesen Süd-Bayern vom 10. Februar 1975 - , im Gegensatz zu den Ausführungen des Berufungsgerichts nicht zu entnehmen, daß im Gutachten des Max-Planck-Instituts die vom Beklagten behaupteten Wirkungen in Abrede gestellt werden. Dort ist - für unbehandelte Pollen - lediglich

ausgeführt, daß der menschliche Körper solche Pollen unter Umständen nicht verdaue. Ob diese Ausführungen auch auf die Blütenpollenpräparate des Beklagten zutreffen, hat das Berufungsgericht nicht erörtert. Träfen sie nicht auf sie zu, würde - nach dem Wortlaut der vom Beklagten überreichten Unterlage - das vom Berufungsgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegte Gutachten des Max-Planck-Instituts für Bio-Chemie vom 10. März 1970 der Werbeaussage des Beklagten nicht entgegenstehen. Darüber hinaus kann dem Berufungsgericht auch insoweit nicht ohne weiteres gefolgt werden, als es die übrigen vom Beklagten vorgelegten und im Berufungsurteil erörterten Stellungnahmen und Veröffentlichungen in ihrem wissenschaftlichen Beweiswert dadurch beeinträchtigt sieht, daß in ihnen teils von Fremd-, teils von Eigenversuchen die Rede ist. Mit Recht rügt die Revision, das Berufungsgericht habe nicht geprüft, aus welchen Gründen diese Versuche oder Versuche dieser Art nicht geeignet seien, die vom Beklagten behauptete wissenschaftliche Absicherung seiner Werbeaussage zu stützen. Im Hinblick auf die im Berufungsurteil herausgestellten, vom Beklagten überreichten Stellungnahmen und Veröffentlichungen, die nicht ohne weiteres als unerheblich, unzutreffend oder abwegig bezeichnet werden können, wäre daher eine Beurteilung anhand der Gutachten selbst erforderlich gewesen, um den Standpunkt des Beklagten zu widerlegen und zu einer abschließenden Entscheidung gelangen zu können, und zwar auch deshalb, weil das Gutachten des Max-Planck-Instituts für Bio-Chemie vom 10. März 1970 geraume Zeit vor dem vom Beklagten vorgelegten Gutachten des Universitätsprofessors Chauvin vom 11. März 1976 erstattet worden ist, und weil auch sonst nicht ersichtlich ist, daß und inwieweit die Gutachten des Max-Planck-Instituts und des Bundesgesundheitsamts vom letzten Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis aus sich mit den Stellungnahmen

und Veröffentlichungen auseinandersetzen, aus denen der Beklagte die wissenschaftliche Absicherung seiner Werbeaussage herleitet.

Ohne Kenntnis vom Inhalt der Gutachten des Max-Planck-Instituts und des Bundesgesundheitsamts konnte daher das Berufungsgericht nicht entscheiden, ob durch sie der wissenschaftliche Aussagewert der Gutachten, Stellungnahmen und Veröffentlichungen erschüttert ist, auf die sich der Beklagte beruft, und ob es für die Entscheidung dieser Frage der Hinzuziehung eines Sachverständigen bedarf. Das vom Landgericht eingeholte Gutachten des Bundesgesundheitsamts vom 29. März 1977 erlaubt zur Frage der wissenschaftlichen Absicherung der Werbebehauptung des Beklagten keine abschließende Beurteilung. Ohne nähere Begründung heißt es dazu dort lediglich, daß gesicherte wissenschaftliche Erkenntnisse über die Wirkung von Blütenpollen auf die Gesundheit des Menschen fehlten (Gutachten S. 9). Zutreffend hat sich deshalb das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang auf das Gutachten des Bundesgesundheitsamts vom 29. März 1977 auch nicht gestützt.

Da das Berufungsgericht somit entschieden hat, ohne den Inhalt der Gutachten zu kennen, die für die Frage der wissenschaftlichen Absicherung der Werbeaussage des Beklagten von Bedeutung sind, hat es sein tatrichterliches Ermessen bei der Aufklärung des Sachverhalts überschritten und damit gegen § 286 ZPO verstoßen.

2. Der Verfahrensfehler nötigt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache in die Berufungsinstanz. Auf die Alternativerwägung des Berufungsgerichts, der Beklagte verstoße gegen § 17 Abs. 1 Nr. 5 lit. a LMBG, sofern es sich bei den von ihm vertriebenen Blü-

tenpollen um diätetische Lebensmittel handelte, kann das Urteil nach den Ausführungen zu Ziff. 1 nicht gestützt werden. Aber auch mit einer anderen Begründung läßt es sich nicht aufrechterhalten (vgl. § 563 ZPO). Den Ausführungen der Revisionserwiderung, der Beklagte verstoße (auch) gegen § 17 Abs. 1 Nr. 5 lit. c LMBG, weil er seinen Präparaten den Anschein eines Arzneimittels gebe, kann nicht gefolgt werden. Insoweit fehlt es an den für eine abschließende Beurteilung dieser Frage erforderlichen tatsächlichen Feststellungen. Insbesondere ist dem Berufungsurteil nicht zu entnehmen, daß der Verkehr aus der Werbeaussage des Beklagten, die Blütenpollen seien als natürliche Diätnahrung gegen Prostataerkrankungen wirksam, den Eindruck gewinnt, als handele es sich bei diesen Präparaten um Arzneimittel.

Darüber hinaus läßt sich das Urteil nicht auf die Erwägungen stützen, die das Berufungsgericht zu der Frage angestellt hat, ob es sich bei den Blütenpollenpräparaten des Beklagten um Arzneimittel oder um nichtdiätetische Lebensmittel handelt. Da das Urteil nach den Ausführungen zu Ziff. 1 alternativ nicht begründet werden kann, ließe es sich nur aufrechterhalten, wenn anhand der vom Berufungsgericht getroffenen tatsächlichen Feststellungen davon ausgegangen werden könnte, daß es sich bei den Blütenpollen entweder um nichtdiätetische Lebensmittel oder um Arzneimittel handelte. Indessen ist das nicht möglich. Das Berufungsgericht hat offen gelassen, ob die Blütenpollen als Arzneimittel, als diätetische oder nichtdiätetische Lebensmittel anzusehen sind. Seine Ausführungen dazu lassen die für eine endgültige Beurteilung erforderlichen Tatsachen weder in der einen noch in der anderen Richtung erkennen. Aus diesem Grunde bietet auch das vom Landgericht eingeholte Gutachten des Bundesgesundheitsamts vom 29. März 1977 dem Senat

keine hinreichende Handhabe für eine abschließende Entscheidung. Zur Frage, ob es sich um nichtdiätetische Lebensmittel handelt, fehlt es an ausreichenden Feststellungen zu den nach § 1 Abs. 2 DiätVO maßgebenden Abgrenzungsmerkmalen zwischen diätetischen und nichtdiätetischen Lebensmitteln. Darüber hinaus fehlt es an den tatsächlichen Voraussetzungen für die Annahme, daß die Blütenpollenpräparate, die der Beklagte vertreibt, keine ausschließlich diätetischen Zwecken dienende Bearbeitung erfahren haben (§ 1 Abs. 2 DiätVO). Aber auch diejenigen Umstände, auf die es nach der Verkehrsanschauung für die allgemeine Zweckbestimmung eines Stoffs als Lebensmittel oder als Arzneimittel ankommt (vgl. BGH GRUR 1976, 430, 432 - Fencheltee), sind nicht ersichtlich. Zu diesen Fragen wird das Berufungsgericht, soweit es auf sie ankommt, gegebenenfalls unter Hinzuziehung eines Sachverständigen erneut Stellung zu nehmen haben.

3. Da das Berufungsurteil schon aus diesen Gründen keinen Bestand haben konnte, bedurften die von der Revision gegen den Klageantrag geltend gemachten Bedenken und die weiterhin von ihr erhobenen Sach- und Verfahrensrügen keiner Entscheidung.

4. Auf die Revision des Klägers war danach das angefochtene Urteil aufzuheben und der Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung auch über die Kosten der Revision an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

v. Gamm

Alff

Merkel

Zülch

Piper