

OBERLANDESGERICHT MÜNCHEN

Ausfertigung

Aktenzeichen: 29 U 3012/10
11HK O 24265/09 LG München I

Verkündet am 27.01.2011.
Die Urkundsbeamtin:

Pemsl
Justizobersekretärin

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

Charité - Universitätsmedizin Berlin, vertreten durch den Vorstandsvorsitzenden
Prof. Dr. Karl Max Einhäupl, Charitéplatz 1, 10117 Berlin
- Klägerin und Berufungsbeklagte -
Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Lubberger Lehment, Meinekestraße 4,
10719 Berlin

gegen

1. **Dr. Nikolaus Klehr**, Oberanger 30, 80331 München
2. **Dr. Klehr Institut für Immunologie und Zellbiologie GmbH**, vertreten durch
den Geschäftsführer Dr. Nikolaus Klehr, Oberanger 30, 80331 München
- Beklagte und Berufungskläger -
Prozessbevollmächtigte zu 1) und 2): Rechtsanwälte Schwenn & Krüger,
Große Elbestraße 14, 22767 Hamburg

hat der 29. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München durch
Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Zwirlein, Richter am Oberlandesgericht
Cassardt und Richter am Oberlandesgericht Dr. Kartzke
aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 27.01.2011

für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts München I vom 12.04.2010 in Ziffern II. und III. sowie im Kostenpunkt aufgehoben. Insoweit wird die Klage abgewiesen.
2. Im Übrigen wird die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.
3. Von den Kosten des Rechtsstreits haben die Klägerin 1/6 und die Beklagten 5/6 zu tragen mit Ausnahme der Kosten, die durch die Anrufung des Landgerichts Berlin entstanden sind; diese Mehrkosten hat die Klägerin zu tragen.
4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Die Beklagten können die Vollstreckung bezüglich Ziffer I. des landgerichtlichen Urteils abwenden durch Sicherheitsleistung in Höhe von jeweils 50.000,00 €, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.
Im Übrigen können die Parteien die Vollstreckung abwenden durch Sicherheitsleistung in Höhe von 115 % des vollstreckbaren Betrags, wenn nicht die Gegenpartei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 115 % des zu vollstreckenden Betrags leistet.

Gründe:

I.

Die Klägerin, eine Körperschaft des öffentlichen Rechts und Gliedkörperschaft der Freien Universität Berlin und der Humboldt-Universität zu Berlin, verlangt von den Beklagten, einer GmbH (Beklagte zu 2.) und deren Geschäftsführer (Beklagter zu 1.), einem Dermatologen, die Unterlassung bestimmter Äußerungen sowie Auskunft und Schadensersatzfeststellung. Die Beklagte zu 2. bietet die Behandlung von Krebserkrankungen mit Zytokinen an.

Am 09.08.2008 stellte die Beklagte zu 2. durch den Beklagten zu 1. in das Internetforum *med.over.net* in deutscher Sprache den durch Anlage K 14 dokumentierten Beitrag ein, in dem es am Ende heißt:

„Die Wirksamkeit unserer Therapie ist durch eine gutachterliche Stellungnahme aus Europas größter Universität, der Charité, wissenschaftlich glaubwürdig belegt. So wurde die Wirksamkeit der Therapie bei Patienten untersucht, die alle anderen Therapien, wie Chemotherapie, Strahlentherapie usw. erfolglos angewendet hatten und dennoch der Tumor bzw. die Metastasen weiter gewachsen waren. In einem Zeitraum von 5 Monaten kam es bei 45 % der Patienten zum Stillstand, zur Rückbildung oder zur völligen Einschmelzung der Tumormassen. Uns ist kein anderes Therapieverfahren bekannt, welchem mit einer so hohen Erfolgsrate die Wirksamkeit durch eine unabhängige Universität bestätigt worden ist.“

Mit der ursprünglich beim Landgericht Berlin erhobenen Klage hat die Klägerin folgende Anträge angekündigt:

1. Den Beklagten wird unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel untersagt, im geschäftlichen Verkehr über die von ihnen angebotene Krebs-Therapie zu behaupten oder behaupten zu lassen:

- a. Die Wirksamkeit unserer Therapie ist durch eine gutachterliche Stellungnahme aus Europas größter Universität, der Charité, wissenschaftlich glaubwürdig belegt. So wurde die Wirksamkeit der Therapie bei Patienten untersucht, die alle anderen Therapien, wie Chemotherapie, Strahlentherapie usw. erfolglos angewendet hatten und dennoch der Tumor bzw. die Metastasen weiter gewachsen waren. In einem Zeitraum von 5 Monaten kam es bei 45 % der Patienten zum Stillstand, Zurückbildung [richtig: zur Rückbildung] oder zur völligen Einschmelzung der Tumormassen. Uns ist kein anderes Therapieverfahren bekannt, welchem mit einer so hohen Erfolgsrate die Wirksamkeit durch eine unabhängige Universität bestätigt worden ist.
 - b. Die Ethik-Kommission des Universitätsklinikum Berlin-Charité hat ein positives Votum zu klinischen Studien zur Wirksamkeit der Therapie mit den Zytokinen aus Eigenblut erteilt. Damit wurde auch den höchsten wissenschaftlichen Anforderungen an die Beurteilung des Wirksamkeitsnachweises eines Therapieverfahrens nachgekommen.
2. Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin 6.031,49 € zzgl. Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz auf 3.198,24 € seit dem 12.11.2008 und auf 2.833,15 € seit dem 06.06.2009 zu zahlen.
 3. Die Beklagten werden verurteilt, der Klägerin Auskunft zu erteilen über:
 - a. Auflagenhöhe aller Druckwerke, in denen die im Antrag zu Ziff. 1. a) wiedergegebene Behauptung enthalten ist;
 - b. Namen und Anschrift aller Adressaten, an welche die Beklagten entsprechende Druckwerke oder sonstigen Werbeschreiben wie Briefe und E-Mails, mit der in Ziff. 1. a) wiedergegebenen Behauptung versandt hat;
 - c. Zeit, Ort, Veranstalter und Teilnehmerkreis aller öffentlichen Auftritte, bei denen der Beklagte zu 1. oder Vertreter der Beklagten zu 2. die Äußerung gemäß Ziff. 1. a) mündlich vorgetragen haben;
 - d. Gewinn und Umsatz unter Beifügung von Belegen mit allen Patienten, denen vor der Behandlung die im Antrag zu Ziff. 1. a) wiedergegebene Behauptung zur Kenntnis gegeben wurde.
 4. Es wird festgestellt, dass die Klägerin von den Beklagten Ersatz aller gegenwärtigen und zukünftigen Schäden verlangen kann, welche sich aus der Verbreitung der Äußerung gem. Ziff. 1. a) ergeben.

Mit Beschluss vom 08.12.2009 hat das Landgericht Berlin das Verfahren nach Maßgabe des § 145 ZPO hinsichtlich der Klageanträge zu 1. a), 3. und 4. zur gesonderten Verhandlung und Entscheidung abgetrennt. Mit weiterem Beschluss vom 08.12.2009 hat sich das Landgericht Berlin wegen des abgetrennten Verfahrensteils betreffend die Klageanträge zu 1. a), 3. und 4. für örtlich unzuständig erklärt und den Rechtsstreit insoweit an das zuständige Landgericht München I - Kammer für Handelssachen - verwiesen.

Nach der genannten Verweisung hat die Klägerin in erster Instanz beim Landgericht München I die vorstehend genannten Klageanträge 1. a), 3. und 4. gestellt.

Die Beklagten haben in erster Instanz Klageabweisung beantragt.

Das Landgericht München I hat mit Urteil vom 12.04.2010 wie folgt entschieden:

- I. Den Beklagten wird bei Meidung näher bezeichneter Ordnungsmittel verboten, im geschäftlichen Verkehr über die von ihnen angebotene Krebstherapie zu behaupten oder behaupten zu lassen;

„Die Wirksamkeit unserer Therapie ist durch eine gutachterliche Stellungnahme aus Europas größter Universität, der Charité, wissenschaftlich glaubwürdig belegt. So wurde die Wirksamkeit der Therapie bei Patienten untersucht, die alle anderen Therapien, wie Chemotherapie, Strahlentherapie usw. erfolglos angewendet hatten und dennoch der Tumor bzw. die Metastasen weiter gewachsen waren. In einem Zeitraum von 5 Monaten kam es bei 45 % der Patienten zum Stillstand, Zurückbildung [richtig: zur Rückbildung] oder zur völligen Einschmelzung der Tumormassen. Uns ist kein anderes Therapieverfahren bekannt, welchem mit einer so hohen Erfolgsrate die Wirksamkeit durch eine unabhängige Universität bestätigt worden ist.“

- II. Die Beklagten werden verurteilt, der Klägerin Auskunft zu erteilen über:

- a) Auflagenhöhe aller Druckwerke, in denen die in Ziffer I wiedergegebene Behauptung enthalten ist;

b) Namen und Anschrift aller Adressaten, an welche die Beklagten entsprechende Druckwerke oder sonstigen Werbeschreiben wie Briefe und E-Mails mit der in Ziffer I wiedergegebenen Behauptung versandt haben;

c) Zeit, Ort, Veranstalter und Teilnehmerkreis aller öffentlichen Auftritte, bei denen der Beklagte zu 1. oder Vertreter der Beklagten zu 2. die Äußerung gemäß Ziffer I mündlich vorgetragen haben;

d) Gewinn und Umsatz unter Beifügung von Belegen mit allen Patienten, denen vor der Behandlung die im Antrag zu Ziffer I wiedergegebene Behauptung zur Kenntnis gegeben wurde.

III. Es wird festgestellt, dass die Beklagten verpflichtet sind, der Klägerin allen gegenwärtigen und zukünftigen Schaden verlangen kann, welche sich aus der Verbreitung oder [sic] Äußerung gemäß Ziffer I. ergeben.

Auf dieses Urteil wird einschließlich der darin getroffenen tatsächlichen Feststellungen Bezug genommen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten.

Die Beklagten beantragen in der Berufungsinstanz,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts München I vom 12.04.2010 zum Az. 11 HK O 24265/09 die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt in der Berufungsinstanz,

die Berufung zurückzuweisen.

Zum Klageantrag zu Ziffer 1. a) stellt die Klägerin folgenden Hilfsantrag:

Den Beklagten wird es unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel untersagt, im geschäftlichen Verkehr über die von ihnen angebotene Krebs-Therapie zu behaupten oder behaupten zu lassen:

Vom Berliner Universitätsklinikum Charité wurden unsere Erfolge bestätigt.

Die Beklagten beantragen ergänzend die Zurückweisung des Hilfsantrags.

Hilfsweise beruft sich die Klägerin für den Fall, dass der Senat zur Frage der Anwendbarkeit deutschen Rechts eine vom Urteil des Kammergerichts zum identischen Sachverhalt im Verfügungsverfahren 24 U 163/08, Urteil vom 29.04.2009 (Anlage K 1) abweichende Auffassung vertreten sollte, auf identische Ansprüche nach slowenischem Recht.

Ergänzend wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf das Protokoll des Termins der mündlichen Verhandlung vom 27.01.2011 Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung der Beklagten ist nur teilweise begründet.

1. Ohne Erfolg wenden sich die Beklagten gegen die Unterlassungsverurteilung gemäß Ziffer I. des Tenors des landgerichtlichen Urteils.

a) Der Klägerin steht der vom Landgericht ausgeurteilte Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 i.V.m. § 3, § 5 UWG zu.

aa) Der in erster Linie auf Wiederholungsgefahr gestützte, auf die Abwehr künftiger Wettbewerbsverstöße gerichtete Unterlassungsanspruch, der mit dem Klageantrag Ziffer 1. geltend gemacht wird, ist nur begründet, wenn auf der Grundlage des zum Zeitpunkt der Entscheidung geltenden Rechts Unterlassung verlangt werden kann. Zudem muss die Handlung zum Zeitpunkt ihrer Begehung wettbewerbswidrig gewesen sein, weil es anderenfalls an der Wiederholungsgefahr fehlt (vgl. BGH, Urt. v. 24.06.2010 – I ZR 182/08, Tz. 12, juris – *Brillenversorgung II* m.w.N). Der Kläger beanstandet insbesondere den durch die Anlage K 14 dokumentierten Beitrag, den die Beklagte zu 2. durch den Beklagten zu 1. am 09.08.2008 in das Internetforum

med.over.net. eingestellt hat. Das zum Zeitpunkt der Einstellung des genannten Beitrags am 09.08.2008 geltende Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 03.07.2004 (BGBl. I S. 1414) ist durch das Erste Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 22.12.2008 (BGBl. I S. 2949) geändert worden. Diese Gesetzesänderung hat jedoch keine für den Streitfall relevante Änderung der Rechtslage gebracht.

bb) Zu Recht hat das Landgericht deutsches Wettbewerbsrecht bezüglich des durch die Anlage K 14 dokumentierten Beitrags, den die Beklagte zu 2. durch den Beklagten zu 1. am 09.08.2008 in deutscher Sprache in das Internetforum *med.over.net* eingestellt hat, für anwendbar erachtet.

(1) Die Verordnung (EG) Nr. 864/2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom-II-Verordnung) findet auf den Streitfall noch keine Anwendung, da sie nur für Ereignisse gilt, die nach dem 11.01.2009 eingetreten sind (vgl. Art. 31 f. Rom-II-VO). Für die materielle Rechtsanknüpfung ist daher die Rechtslage unter Geltung der am 01.06.1999 in Kraft getretenen Fassung des Art. 40 EGBGB maßgeblich. Danach richtet sich die Beurteilung einer Wettbewerbshandlung nach dem Recht des Ortes, an dem die wettbewerbsrechtlichen Interessen der Mitbewerber aufeinandertreffen, also nach dem Recht des Markorts (vgl. BGH, Urt. v. 11.02.2010 – I ZR 85/08, Tz. 10, juris – *Ausschreibung in Bulgarien*). Die für das allgemeine Deliktsrecht in Art. 40 Abs. 2 EGBGB vorgesehene Sonderanknüpfung an das gemeinsame Heimatrecht von Verletzer und Verletztem gilt im Bereich des Wettbewerbsrechts nicht (vgl. BGH, Urt. v. 11.02.2010 – I ZR 85/08, Tz. 11, juris – *Ausschreibung in Bulgarien* m.w.N.). Der Gesetzgeber hat mit der Einführung des Art. 40 Abs. 2 EGBGB keine Abkehr vom Markortprinzip im Wettbewerbsrecht beabsichtigt (vgl. Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse und für Sachen, BT-Drucks. 14/343, S. 10; *Hausmann/Obergfell* in Fezer, UWG, 2. Aufl., Einl. I, Rdn. 63). Nach deutschem Wettbewerbsrecht als dem Recht des Markorts ist der Internetauftritt der Beklagten zu beurteilen, wenn dieser zielgerichtet für den deutschen Markt bestimmt war und sich im Inland

bestimmungsgemäß ausgewirkt hat (vgl. BGH, Urt. v. 05.10.2006 – I ZR 7/04, Tz. 11, juris – *Schulden Hulp*; BGH, Urt. v. 30.03.2006 – I ZR 24/03, Tz. 25, juris – *Arzneimittelwerbung im Internet*; ebenso nunmehr die Anknüpfungsgrundsätze bezüglich Wettbewerbsverstößen im Internet nach Art. 6 Abs. 1 Rom-II-VO; vgl. Palandt/*Thorn*, BGB, 70. Aufl., Art. 6 Rom-II-VO, Rdn. 10 (S. 2666)). Das ist bei dem durch die Anlage K 14 dokumentierten, in das Internetforum *med.over.net* eingestellten Beitrag der Fall, selbst wenn es sich – entsprechend dem Vortrag der Beklagten (vgl. Klageerwiderung vom 16.09.2009, S. 13) – bei der Website *med.over.net* um eine in slowenischer Sprache gehaltene Website handeln sollte und Anlass für den Beitrag der Beklagten vorangegangene Äußerungen slowenischer Patienten in diesem Internetforum gewesen sind. Die Beklagten mussten damit rechnen, dass sich dieser in deutscher Sprache abgefasste Beitrag in einem Forum, das für jeden Internetnutzer zugänglich ist, im Inland auswirkt und von an Krebs erkrankten inländischen, des Deutschen mächtigen Verbrauchern gefunden und gelesen wird, zumal die Beklagte zu 2. ihren Sitz in München hat und dort nach den Feststellungen des Landgerichts im angefochtenen Urteil (UA S. 12) Patienten nach der angebotenen Therapie behandelt werden. Anderes ergibt sich vorliegend auch nicht daraus, dass es sich bei der beanstandeten Äußerung um eine Darstellung im Internet und damit in einem Medium handelt, das sich als passive Darstellungsplattform der breiten Öffentlichkeit nicht unvorbereitet aufdrängt. Gerade der Kreis der an Krebs erkrankten Verbraucher wird regelmäßig und mit etwaiger Fortdauer der Erkrankung verstärkt nach Informationen über angebotene Heilungsmethoden suchen und dabei auch zunehmend auf die Möglichkeiten des Internet zurückgreifen (vgl. BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 20.03.2007 – 1 BvR 1226/06, juris, Tz 33).

(2) Das in § 3 Abs. 2 TMG verankerte Herkunftslandprinzip steht der Anwendung deutschen Wettbewerbsrechts im Streitfall nicht entgegen. Es kann im Streitfall dahinstehen, ob das in § 3 TMG verankerte Herkunftslandprinzip ein Korrektiv auf materiell-rechtlicher Ebene darstellt oder ob mit dieser Bestimmung ein allgemeines kollisionsrechtliches Prinzip etabliert wird, das unter Verdrängung der nationalen kollisionsrechtlichen Regelungen zur alleinigen Anwendung des im Herkunftsland geltenden Rechts führt (vgl. BGH, Vorlageentscheidung vom 10.11.2009 – VI ZR 217/08,

Tz. 31 ff., juris). Denn die Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 Satz 1 TMG liegen bezüglich der Beklagten nicht vor. Diese sind keine in einem anderen EU-Mitgliedstaat niedergelassene Diensteanbieter, die eigene oder fremde Telemedien zur Nutzung bereithalten oder den Zugang zur Nutzung vermitteln (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 1 TMG). Die Beklagten haben ihren Sitz bzw. ihre Niederlassung im Inland, nicht in einem ausländischen EU-Mitgliedstaat. Im Übrigen ist nicht ersichtlich, dass die Beklagten die angebotenen Therapiedienstleistungen über Internet per Telemedizin erbringen. Bei dieser Sach- und Rechtslage kann dahinstehen, ob § 3 Abs. 2 Satz 1 TMG im Streitfall bezüglich der beanstandeten Äußerung im Internetforumsbeitrag vom 09.08.2008 auch nach § 3 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 TMG keine Anwendung findet.

cc) Die Klägerin ist für die geltend gemachten wettbewerbsrechtlichen Ansprüche nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG aktivlegitimiert. Denn zwischen der Beklagten zu 2., deren Geschäftsführer der Beklagte zu 1. ist, und der Klägerin besteht ein konkretes Wettbewerbsverhältnis, weil sie gleichartige Dienstleistungen, nämlich Therapien für an Krebs erkrankte Personen anbieten.

dd) Bei der beanstandeten Äußerung in dem Beitrag, den die Beklagte zu 2. durch den Beklagten zu 1. am 09.08.2008 in das Internetforum *med.over.net* eingestellt hat, handelt es sich sowohl um eine Wettbewerbshandlung im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG 2004 als auch um eine geschäftliche Handlung im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG 2008.

(1) Eine Wettbewerbshandlung im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG 2004 ist jede Handlung einer Person mit dem Ziel, zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens den Absatz oder den Bezug von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zu fördern. Die Handlung muss objektiv geeignet sein, unmittelbar oder mittelbar den Absatz oder Bezug des eigenen oder fremden Unternehmens zu fördern (vgl. zum UWG 2004 *Köhler/Bornkamm*, UWG, 25. Aufl., § 2, Rdn. 23 m.w.N.). Das ist bei der beanstandeten Äußerung in dem Beitrag, den die Beklagte zu 2. durch den Beklagten zu 1. in das Internetforum *med.over.net* eingestellt hat, der Fall. Bei dem genannten

Beitrag handelt es sich um eine Stellungnahme, die sich mit Angriffen gegen die Wirksamkeit der von der Beklagten zu 2. angebotenen Therapie (Behandlung von Krebserkrankungen mit Zytokinen) auseinandersetzt. Sie dient damit jedenfalls auch der Förderung der wirtschaftlichen Interessen der Beklagten, indem Zweifel bei an Krebs erkrankten Verbrauchern bezüglich der Wirksamkeit dieser Therapie zerstreut werden sollen. Auch eine Absicht, den Wettbewerb der Beklagten zu fördern, ist gegeben. Der Beitrag in diesem Internetforum dient nicht nur wissenschaftlichen Zwecken (vgl. Art. 5 Abs. 3 GG; Köhler/Bornkamm aaO § 2, Rdn. 28; BGH GRUR 1962, 32, 34 - *Torsana*); mit diesem Beitrag machen die Beklagten auch nicht nur vom Grundrecht der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG; Art. 10 EMRK) im Anschluss an vorangegangene Äußerungen anderer Forumsteilnehmer Gebrauch. Vielmehr beabsichtigen die Beklagten auch, den Absatz des von den Beklagten angebotenen Therapieverfahrens zu fördern, indem an Krebs erkrankte Verbraucher zur Durchführung einer derartigen Therapie motiviert werden oder vom Abbruch einer bereits begonnenen derartigen Therapie abgehalten werden (vgl. KG, Urt. v. 29.04.2009 – 24 U 163/08, UA S. 7 [Anlage K 1]). Die auf Förderung des eigenen oder fremden Wettbewerbs gerichtete Absicht braucht nicht der alleinige und auch nicht der wesentliche Beweggrund der Handlung zu sein, solange sie nicht hinter anderen Beweggründen völlig zurücktritt (vgl. BGH GRUR 2003, 800, 801 - *Schachcomputerkatalog* m. w. N.). Letzteres ist hier aus den genannten Gründen nicht der Fall.

(2) Bei der beanstandeten Äußerung in dem Beitrag, den die Beklagte zu 2. durch den Beklagten zu 1. am 09.08.2008 in das Internetforum *med.over.net* eingestellt hat, handelt es sich auch um eine geschäftliche Handlung im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG 2008. Der Begriff der geschäftlichen Handlung im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG 2008 ist nicht enger als der der Wettbewerbshandlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG 2004 (vgl. BGH, Urt. v. 12.05.2010 – I ZR 214/07, Tz. 12, juris - *Rote Briefkästen*).

ee) Die beanstandete Äußerung

Die Wirksamkeit unserer Therapie ist durch eine gutachterliche Stellungnahme aus Europas größter Universität, der Charité, wissenschaftlich glaubwürdig belegt. So wurde die Wirksamkeit der Therapie bei Patienten untersucht, die alle anderen Therapien, wie Chemotherapie, Strahlentherapie usw. erfolglos angewendet hatten und dennoch der Tumor bzw. die Metastasen weiter gewachsen waren. In einem Zeitraum von 5 Monaten kam es bei 45 % der Patienten zum Stillstand, zur Rückbildung oder zur völligen Einschmelzung der Tumormassen. Uns ist kein anderes Therapieverfahren bekannt, welches mit einer so hohen Erfolgsrate die Wirksamkeit durch eine unabhängige Universität bestätigt worden ist.

enthält irreführende Angaben (§ 5 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UWG 2004; § 5 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 Nr. 1 UWG 2008).

(1) Das Irreführungsverbot des § 5 UWG wird durch das spezialgesetzliche Irreführungsverbot des § 3 HWG nicht verdrängt, sondern ist daneben anwendbar (vgl. *Peifer* in Fezer aaO § 5, Rdn. 36). Im Übrigen hat das Irreführungsverbot des § 3 HWG keine anderen Voraussetzungen als das lauterkeitsrechtliche Irreführungsverbot in § 5 UWG (vgl. *Peifer* in Fezer aaO § 5, Rdn. 39).

(2) Die Klägerin macht geltend, die Beklagten behaupteten in dem durch Anlage K 14 dokumentierten Beitrag zu Unrecht, dass durch eine gutachterliche Stellungnahme der Klägerin die Wirksamkeit der Therapie wissenschaftlich glaubwürdig belegt und bestätigt worden sei; in Wahrheit verfügten die Beklagten lediglich über eine Stellungnahme mit einer deutlich eingeschränkten Aussage, die zudem gegenüber einem ganz speziellen Adressatenkreis abgegeben worden sei; ihre Werbung wäre deshalb allenfalls dann nicht irreführend, wenn sie mitteilen würden, dass eine gutachterliche Stellungnahme der Klägerin nach Durchsicht ausgewählter Patientenakten der Beklagten zum Ergebnis gekommen sei, dass erste objektive Anhaltspunkte für die Wirksamkeit der Therapie gegeben seien und die Klägerin deshalb im Jahre 1998 die Überprüfung der Therapie empfohlen habe (vgl. Klageschrift vom 09.06.2009, S. 13). Die Klägerin macht ferner in der Berufungserwiderung vom 30.09.2010, S. 6 geltend, die Wirksamkeit der Therapie der Beklagten sei weder durch eine gutachterliche Stellungnahme der Klägerin wissenschaftlich glaubwürdig belegt noch sei die Wirksamkeit mit einer „so hohen“ Erfolgsrate durch die Klägerin bestätigt worden, weshalb die Aussage insgesamt

unzutreffend und irreführend sei.

(3) Angaben im Sinne des § 5 UWG sind Aussagen oder Äußerungen eines Unternehmens, die sich auf Tatsachen beziehen und daher inhaltlich nachprüfbar sind (vgl. Köhler/Bornkamm, UWG, 29. Aufl., § 5, Rdn. 2.37). Tatsachenbehauptungen sind durch die objektive Beziehung zwischen Äußerung und Wirklichkeit charakterisiert; wesentlich für die Einstufung als Tatsachenbehauptung ist, ob die Aussage einer Überprüfung auf ihre Richtigkeit mit Mitteln des Beweises zugänglich ist (vgl. BGH, Urt. v. 24.01.2006 – XI ZR 384/03, Tz. 63, juris m.w.N.). Für Werturteile und Meinungsäußerungen ist die subjektive Beziehung des sich Äußernden zum Inhalt seiner Aussage kennzeichnend; sie sind durch das Element der Stellungnahme und des Dafürhaltens gekennzeichnet und lassen sich deshalb nicht als wahr oder unwahr erweisen (vgl. BGH, Urt. v. 24.01.2006 – XI ZR 384/03, Tz. 63, juris m.w.N.). Meinungsäußerungen sind allerdings nicht schlechthin dem Anwendungsbereich des § 5 UWG entzogen (vgl. Köhler/Bornkamm aaO 29. Aufl., § 5, Rdn. 2.49). Der Anwendungsbereich des § 5 UWG ist bei Meinungsäußerungen insoweit eröffnet, als in ihnen eine objektiv nachprüfbare Aussage steckt (vgl. Köhler/Bornkamm aaO 29. Aufl., § 5, Rdn. 2.49 f.). Bei Äußerungen, die sowohl Tatsachenbehauptungen als auch Meinungsäußerungen oder Werturteile enthalten, kommt es auf den Kern oder die Prägung der Aussage an, insbesondere darauf, ob überwiegend, wenn auch vermischt mit Wertungen, über tatsächliche Vorgänge oder Zustände berichtet wird oder ob die Äußerung insgesamt durch ein Werturteil geprägt ist und ihr Tatsachengehalt gegenüber der subjektiven Wertung in den Hintergrund tritt (vgl. BGH, Urt. v. 24.01.2006 – XI ZR 384/03, Tz. 63, juris m.w.N.).

Maßgebend für die Einordnung einer Äußerung ist, wie die angesprochenen Verkehrskreise diese im Gesamtzusammenhang verstehen (vgl. BGH GRUR 1988, 402, 403 – *Mit Verlogenheit zum Geld*). Dabei ist auf das Verständnis eines durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers abzustellen, der die situationsadäquate Aufmerksamkeit aufbringt (vgl. BGH, Teilurteil vom 21.07.2005 – I ZR 94/02, Tz. 21, juris – *Ginseng-Präparat*).

Ein relevanter Teil der Durchschnittsverbraucher versteht die beanstandete Äußerung im Sinne einer objektiv nachprüfbaren Aussage dahingehend, dass Mitarbeiter der Charité die von den Beklagten angebotene Therapie für nach wissenschaftlichen Kriterien wirksam erachtet hätten. Dies ergibt sich aus dem Zusammenhang der Äußerung, insbesondere dem Zusammenhang von Satz 4 („Uns ist kein anderes Therapieverfahren bekannt, welchem mit einer so hohen Erfolgsrate die Wirksamkeit durch eine unabhängige Universität bestätigt worden ist“) zu Satz 1 („Die Wirksamkeit unserer Therapie ist durch eine gutachterliche Stellungnahme aus Europas größter Universität, der Charité, wissenschaftlich glaubwürdig belegt.“). Die beanstandete Äußerung wird durch diese den Kern bildende Tatsachenbehauptung geprägt. Die Sätze 2 und 3, in denen über die einbezogenen Patienten und über Untersuchungsergebnisse berichtet wird, aus denen die Wirksamkeit der Therapie gefolgert wird, ändern an dem Verständnis, dass Mitarbeiter der Charité die von den Beklagten angebotene Therapie für nach wissenschaftlichen Kriterien wirksam erachtet hätten, nichts.

Allerdings ist die beanstandete Äußerung mehrdeutig; ein gewisser Teil der angesprochenen Durchschnittsverbraucher wird – entsprechend dem Vorbringen der Beklagten – die Aussage, die Therapie der Beklagten sei wissenschaftlich glaubwürdig belegt, als Wertung seitens der Beklagten verstehen, die auf einer Stellungnahme aus dem Bereich der Klägerin aufbaut.

Die vorstehend erörterte Mehrdeutigkeit hindert die Unterlassungsverurteilung gemäß Ziffer I. des Tenors des landgerichtlichen Urteils nicht. Bei mehrdeutigen Aussagen genügt es zur Begründung eines Unterlassungsanspruchs, wenn nur eine von mehreren nicht fernliegenden Deutungsvarianten die Anspruchsvoraussetzungen erfüllt (vgl. BVerfGE 114, 339, 349 ff. – *Stolpe*; Senat, Urt. v. 09.07.2009 – 29 U 1852/09, Tz. 50, juris). Die Deutungsvariante, dass Mitarbeiter der Charité die von den Beklagten angebotene Therapie für nach wissenschaftlichen Kriterien wirksam erachtet hätten, ist nicht fernliegend.

Die vorstehenden Feststellungen zum Verkehrsverständnis kann der Senat selbst treffen.

Die Ermittlung des Verkehrsverständnisses ist keine Tatsachenfeststellung, sondern Anwendung eines speziellen Erfahrungswissens (vgl. BGH GRUR 2007, 1079, Tz. 36 - *Bundesdruckerei* m. w. N.). Da die Mitglieder des Senats durch die ständige Befassung mit Wettbewerbsstreitigkeiten besondere Sachkunde bei der Ermittlung des Verkehrsverständnisses besitzen, haben sie das im Streitfall erforderliche Erfahrungswissen.

(4) Die vorstehend erörterte Tatsachenbehauptung ist unrichtig. Mitarbeiter der Charité haben die von den Beklagten angebotene Therapie nicht für nach wissenschaftlichen Kriterien wirksam erachtet. Aus der als Anlage K 16 vorgelegten Stellungnahme des Instituts für Transfusionsmedizin und Immunhämatologie der Charité vom 11.12.1997 (Oberarzt Dr. med. A. Truß) ergibt sich, dass nach der statistischen Analyse einer Stichprobe von 483 mit „Human-Eigenblutzytokinen“ behandelten Patienten des Dr. Klehr Institutes für Immunologie und Zellbiologie eine sichere Wirksamkeit der „Human-Eigenblutzytokine“ nicht angenommen werden konnte, vielmehr eine Anwendungsbeobachtung in Anlehnung an GCP-Kriterien für erforderlich erachtet wurde, um eine statistisch gesicherte Aussage zur Wirksamkeit des Arzneimittels „Human-Eigenblutzytokine“ zu treffen. Dementsprechend heißt es in einer Pressemitteilung des Instituts für Transfusionsmedizin und Immunhämatologie vom 24.10.1997 (Anlage B 10), die Wirksamkeit der Eigenblutzytokinzubereitung müsse prospektiv geprüft werden. In der gültigeren Stellungnahme von Prof. Dr. Dr. Kiesewetter, seinerzeit Direktor des Instituts für Transfusionsmedizin und Immunhämatologie der Charité (vgl. Anlage K 18), zur Beurteilung der so genannten ATC-Therapie nach Dr. Klehr durch den NUB-Ausschuss vom 16.07.1998 (Anlage K 18) wird auch nur davon gesprochen, dass „erste objektive Beweise“ zur allgemeinen Wirksamkeit des Arzneimittels Eigenblutzytokine, wie sie bei der ATC-Therapie nach Dr. Klehr“ zur Anwendung kämen, vorlägen.

Die genannte Tatsachenbehauptung ist auch dann unrichtig, wenn es – entsprechend dem Vorbringen der Beklagten – zuträfe, dass die beanstandete Äußerung aus dem Interforumsbeitrag vom 09.08.2008 mit Prof. Dr. Dr. Kiesewetter abgesprochen und

von ihm zur öffentlichen Verwendung durch die Beklagten freigegeben worden ist (vgl. Klageerwiderung vom 16.09.2009, S. 9; Protokoll des Termins vom 08.03.2010, S. 2). Denn das etwaige Einverständnis von Prof. Dr. Dr. Kiesewetter mit der beanstandeten Äußerung stellt keine Stellungnahme dar, mit der die von den Beklagten angebotene Therapie für nach wissenschaftlichen Kriterien wirksam erachtet wird.

ff) Die vorstehend erörterte Irreführung ist auch wettbewerbsrechtlich relevant. Eine irreführende Angabe ist dann wettbewerbsrechtlich relevant, wenn sie geeignet ist, das Marktverhalten der Gegenseite, in der Regel also den Entschluss der Verbraucher zum Vertragsabschluss, zu beeinflussen (vgl. BGH, Urte. v. 20.11.2008 – I ZR 122/06, Tz. 23, juris - 20 % auf alles). Das ist hier der Fall. Die Behauptung, dass Mitarbeiter der Charité die von den Beklagten angebotene Therapie für nach wissenschaftlichen Kriterien wirksam erachtet hätten, ist geeignet, an Krebs erkrankte Verbraucher zu veranlassen, die genannte Therapie zu absolvieren und mit den Beklagten zu kontrahieren.

gg) Im Falle der Bejahung einer wettbewerbsrechtlich relevanten Irreführung ist für die Annahme eines Bagatellverstoßes regelmäßig kein Raum mehr (vgl. BGH, Urte. v. 11.03.2010 – I ZR 123/08, Tz. 23, juris – *Espressomaschine* m.w.N.). Auch im Streitfall ist deshalb angesichts der vorstehend erörterten wettbewerbsrechtlich relevanten Irreführung für die Annahme eines Bagatellverstoßes (vgl. § 3 UWG) kein Raum.

hh) Die vorstehend vorgenommene Auslegung und Anwendung von § 5 UWG verletzt die Beklagten nicht in ihrem Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG.

(I) Allerdings ist der Schutzbereich der Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG betroffen. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistet, ohne ausdrücklich zwischen Werturteil und Tatsachenbehauptung zu unterscheiden, jedermann das Recht, seine Meinung frei zu äußern. Meinungsäußerungen sind durch Elemente der Stellungnahme und des Dafürhaltens gekennzeichnete Äußerungen (vgl. BVerfGE 7, 198, 210). Dazu gehören auch Meinungsäußerungen in einem kommerziellen Kontext sowie Wirtschaftswerbung, wenn sie einen wertenden, auf Meinungsbildung gerichteten Inhalt hat

(vgl. BVerfG, Beschluss vom 12.07.2007 – 1 BvR 2041/02, Tz. 29, juris - *Pharmakartell*). Dies gilt auch für den Bereich der gesundheitsbezogenen Werbung (vgl. BVerfG, Beschluss vom 12.07.2007 – 1 BvR 2041/02, Tz. 29, juris - *Pharmakartell*). Der Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG erstreckt sich auch auf die Äußerung von Tatsachen, soweit sie Dritten zur Meinungsbildung dienen können, sowie auf Äußerungen, in denen sich Tatsachen und Meinungen vermengen (vgl. BGH, Urt. v. 17.11.2009 - VI ZR 226/08, Tz. 15, juris).

(2) Das Recht der freien Meinungsäußerung findet nach Art. 5 Abs. 2 GG indes seine Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, zu denen auch die Vorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, darunter § 5 UWG, gehören. Diese Vorschriften dienen dem Schutz der Konkurrenten, der Verbraucher und sonstigen Marktbeteiligten sowie der Allgemeinheit (vgl. BVerfGE 102, 347, 360 – *Benetton-Werbung*). Die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung darf nicht dazu führen dürfen, dass Einzelne sich durch unzulässige Praktiken Vorteile im Wettbewerb verschaffen. Diese Ziele stehen mit der Wertordnung des Grundgesetzes in Einklang (vgl. BVerfGE 102, 347, 360 ff.). Die Vorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb müssen allerdings im Lichte der Bedeutung des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG gesehen und so interpretiert werden, dass der besondere Wertgehalt des Rechts der freien Meinungsäußerung gewahrt bleibt (vgl. BVerfG GRUR 2001, 1058, 1059 – *Therapeutische Äquivalenz*). Es findet eine Wechselwirkung in dem Sinne statt, dass die Vorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb zwar dem Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG Schranken setzen, aber aus der Erkenntnis der wertsetzenden Bedeutung dieses Grundrechts ausgelegt und in seiner das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen (vgl. BGH, Urt. v. 24.01.2006 – XI ZR 384/03, Tz. 99, juris m.w.N.).

Dies bedeutet, dass bei einer Meinungsäußerung in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage eine Vermutung zugunsten der freien Rede spricht (vgl. BVerfGE 93, 266, 294 f.). Für Tatsachenbehauptungen gilt dies allerdings nicht in gleicher Weise. Im Gegensatz zur Äußerung einer Meinung ist für den verfassungsrechtlichen Schutz

einer Tatsachenmitteilung deren Richtigkeit von Bedeutung (vgl. BVerfGE 61, 1, 8 f.; BVerfGE 85, 1, 17; BVerfGE 97, 391, 403 f. BGH, Urt. v. 24.01.2006 – XI ZR 384/03, Tz. 100, juris m.w.N.). Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, bei einer Meinungsäußerung, die tatsächliche und wertende Bestandteile enthält, im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen, dass die Tatsachenbehauptung, auf der die Wertung aufbaut, unrichtig ist und die Äußerung deshalb gegenüber einem kollidierenden Schutzgut zurücktreten zu lassen (vgl. BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 16.07.2003 – 1 BvR 1172/99, juris, Tz. 26 m.w.N.). Vergleichbar liegt der Fall hier. Ein relevanter Teil der genannten Durchschnittsverbraucher versteht die beanstandete Äußerung, wie vorstehend erörtert, als Tatsachenbehauptung dahingehend, dass Mitarbeiter der Charité die von den Beklagten angebotene Therapie für nach wissenschaftlichen Kriterien wirksam erachtet hätten. Diese Tatsachenbehauptung ist unrichtig. Zu berücksichtigen ist, dass an der künftigen Verbreitung einer unwahren Behauptung niemand ein berechtigtes Interesse haben kann (vgl. BGH GRUR 1972, 435, 438 - *Grundstücksgesellschaft*; Palandt/*Sprau* aaO § 824, Rn. 9). Dies gibt bei der Abwägung den Ausschlag zu Gunsten des auf § 5 UWG gestützten Unterlassungsgebots.

Die vorstehend erörterte Mehrdeutigkeit hindert, wie bereits erwähnt, die Unterlassungsverurteilung gemäß Ziffer I. des Tenors des landgerichtlichen Urteils nicht. Denn bei mehrdeutigen Aussagen genügt es zur Begründung eines Unterlassungsanspruchs, wenn nur eine von mehreren nicht fernliegenden Deutungsvarianten die Anspruchsvoraussetzungen erfüllt (vgl. BVerfGE 114, 339, 349 ff. - *Stolpe*; Senat, Urt. v. 09.07.2009 – 29 U 1852/09, Tz. 50, juris).

Bei straf- oder zivilrechtlichen Sanktionen wegen in der Vergangenheit erfolgter Meinungsäußerungen wird die Meinungsfreiheit allerdings verletzt, wenn bei mehrdeutigen Äußerungen die zu einer Verurteilung führende Bedeutung zu Grunde gelegt wird, ohne dass vorher mit schlüssigen Gründen Deutungen ausgeschlossen worden sind, welche die Sanktion nicht zu rechtfertigen vermögen (vgl. BVerfGE 114, 339, 349 – *Stolpe* m.w.N.). Lassen Formulierungen oder die Umstände der Äußerung eine Deutung zu, welche rechtlich unbedenklich ist, so verstößt ein Strafurteil oder ein die Verurteilung

zum Schadensersatz, zum Widerruf oder zur Berichtigung aussprechendes zivilgerichtliches Urteil gegen Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG (vgl. BVerfGE 114, 339, 349 – *Stolpe* m.w.N.). Müsste der sich Äußernde befürchten, wegen einer Deutung, die den gemeinten Sinn verfehlt, mit staatlichen Sanktionen belegt zu werden, würden über die Beeinträchtigung der individuellen Meinungsfreiheit hinaus negative Auswirkungen auf die generelle Ausübung des Grundrechts der Meinungsfreiheit eintreten. Eine staatliche Sanktion könnte in einem solchen Fall wegen ihrer einschüchternden Wirkung die freie Rede, freie Information und freie Meinungsbildung empfindlich berühren und damit die Meinungsfreiheit in ihrer Substanz treffen (vgl. BVerfGE 114, 339, 349 f. – *Stolpe* m.w.N.).

Ein gleicher Schutzbedarf für die individuelle Grundrechtsausübung und die Funktionsfähigkeit des Meinungsbildungsprozesses besteht indessen nicht bei gerichtlichen Entscheidungen über die Unterlassung zukünftiger Äußerungen. Hier ist zu berücksichtigen, dass der Äußernde die Möglichkeit hat, sich in der Zukunft eindeutig auszudrücken und damit zugleich klarzustellen, welcher Äußerungsinhalt der rechtlichen Prüfung einer Gesetzesverletzung zu Grunde zu legen ist. Eine auf Unterlassung zielende Verurteilung kann der Äußernde vermeiden, wenn er eine ernsthafte und inhaltlich ausreichende Erklärung abgibt, die mehrdeutige Äußerung, der eine Aussage mit dem rechtsverletzenden Inhalt entnommen werden kann, nicht oder nur mit geeigneten Klarstellungen zu wiederholen (vgl. BVerfGE 114, 339, 350 – *Stolpe*). Im Streitfall ist die Deutungsvariante, dass Mitarbeiter der Charité die von den Beklagten angebotene Therapie für nach wissenschaftlichen Kriterien wirksam erachtet hätten, nicht fernliegend. Eine strafbewehrte Unterlassungserklärung haben die Beklagten bezüglich der beanstandeten Äußerung nicht abgegeben. Deshalb begegnet die Unterlassungsverurteilung gemäß Ziffer I. des Tenors des landgerichtlichen Urteils im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG keinen verfassungsrechtlichen Bedenken (vgl. BVerfGE 114, 339, 350 f. – *Stolpe*).

ii) Ohne Erfolg machen die Beklagten des Weiteren geltend, dass Klagebegehren sei rechtsmissbräuchlich (§ 242 BGB).

(1) Die Beklagten stellen in der Berufungsbegründung vom 15.07.2010, S. 10 klar, dass sie nicht behaupten, die Klägerin habe Prof. Dr. Dr. Kiesewetter eine Vollmacht erteilt, und dass sie auch nicht behaupten, für die Beklagten habe sich der Anschein einer Vollmacht Prof. Dr. Dr. Kiesewetters ergeben.

(2) Entsprechend dem erstinstanzlichen Vorbringen der Beklagten kann zu deren Gunsten unterstellt werden, dass die beanstandete Äußerung aus dem Interforumsbeitrag vom 09.08.2008 mit Prof. Dr. Dr. Kiesewetter abgesprochen und von ihm zur öffentlichen Verwendung durch die Beklagten freigegeben worden ist. Selbst wenn dies unterstellt wird und selbst wenn, wie von den Beklagten geltend gemacht, die ärztliche Leitung der Klägerin über die streitgegenständliche Äußerung von Anfang an informiert gewesen sein sollte (vgl. Schriftsatz der Beklagten vom 11.11.2009, S. 6), kann die Klageerhebung im vorliegenden Verfahren nicht als rechtsmissbräuchliches Vorgehen (§ 242 BGB) der Klägerin eingestuft werden. Die Voraussetzungen für eine Verwirkung liegen nicht vor. Ein Recht ist verwirkt, wenn der Berechtigte es längere Zeit nicht geltend macht, obwohl er dazu in der Lage wäre (Zeitmoment), und der Verpflichtete sich mit Rücksicht auf das gesamte Verhalten des Berechtigten darauf einrichten durfte und eingerichtet hat, dass dieser sein Recht auch in Zukunft nicht geltend machen werde (Umstandsmoment). Die Verwirkung ist ein Unterfall der unzulässigen Rechtsausübung aufgrund widersprüchlichen Verhaltens. Der Verstoß gegen Treu und Glauben besteht in der Illoyalität der verspäteten Geltendmachung des Anspruchs (vgl. BGH NJW 2008, 2254, Tz. 22 m.w.N.). Im Streitfall ist kein Verhalten der Klägerin dargetan oder sonst ersichtlich, dass es den Beklagten gestattet hätte, sich darauf einzurichten, dass die Klägerin die fragliche Äußerung nicht beanstanden würde. Außerdem ist auch nicht ersichtlich, dass sich die Beklagten aufgrund Verhaltens der Klägerin tatsächlich darauf eingerichtet hätten, die betreffende Äußerung von der Klägerin unbeanstandet im geschäftlichen Verkehr tätigen zu dürfen.

jj) Die Einrede der Verjährung (§ 214 Abs. 1 BGB), die die Beklagten in der Berufungsbegründung vom 15.07.2010, S. 12 erhoben haben, greift nicht durch.

(1) Die Beklagten haben die Verjährungseinrede „auch in Bezug auf etwaige Schadensersatzansprüche“ erhoben. Dies ist dahingehend auszulegen, dass sie die Verjährungseinrede auch in Bezug auf die geltend gemachten Unterlassungsansprüche erhoben haben.

(2) Die erstmals im Berufungszug erhobene Verjährungseinrede ist unabhängig von den Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 Nrn. 1 bis 3 ZPO zuzulassen (vgl. BGH NJW 2008, 3435).

(3) Durch die Zustellung des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung im Verfahren 102 O 247/08 LG Berlin – das betreffende Verfügungsverfahren wurde im Oktober 2008 eingeleitet (vgl. Anlage K 1, S. 15, Anlage K 24) - wurde die Verjährung bezüglich des aus dem Internetforumsbeitrag vom 09.08.2008 resultierenden Unterlassungsanspruchs rechtzeitig gehemmt (§ 204 Abs. 1 Nr. 9 BGB). Entsprechendes gilt hinsichtlich der vom 15.07.2009 datierenden Klageerhebung im vorliegenden Verfahren; auch hierdurch wurde die Verjährung bezüglich des aus dem Internetforumsbeitrag vom 09.08.2008 resultierenden Unterlassungsanspruchs rechtzeitig gehemmt (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB).

b) Der Klägerin steht der vom Landgericht ausgeurteilte Unterlassungsanspruch außerdem nach § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB i.V.m. § 824 Abs. 1 BGB zu.

aa) Ansprüche aus unerlaubter Handlung unterliegen im Streitfall gemäß Art. 40 Abs. 2 EGBGB deutschem Recht. Denn die Klägerin und die Beklagte zu 2. haben ihre Hauptverwaltung im Inland (vgl. Art. 40 Abs. 2 Satz 2 EGBGB), außerdem hat der in München ansässige Beklagte zu 1. seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland (Art. 40 Abs. 2 Satz 1 EGBGB). Die Voraussetzungen der Ausweichklausel des Art. 41 EGBGB liegen im Streitfall nicht vor. Es besteht keine wesentlich engere Beziehung zum Recht eines ausländischen Staates. Die Rom-II-Verordnung findet auf den Streitfall, wie bereits erörtert, noch keine Anwendung, da sie nur für Ereignisse gilt, die nach dem

11.01.2009 eingetreten sind (vgl. Art. 31 f. Rom-II-VO); im Übrigen wäre deutsches Deliktsrecht auch nach Art. 4 Abs. 2 Rom-II-VO anwendbar.

Das in § 3 Abs. 2 TMG verankerte Herkunftslandprinzip hindert die Anwendung deutschen Deliktsrechts im Streitfall aus den vorstehend erörterten unter II. 1. a) bb) (2) erörterten Gründen nicht.

bb) Der Status der Klägerin als Körperschaft des öffentlichen Rechts steht ihrer Einbeziehung in den Schutzbereich des § 824 BGB nicht entgegen (vgl. BGH NJW 1982, 2246).

cc) § 824 Abs. 1 BGB setzt die Behauptung oder Verbreitung einer unwahren Tatsache voraus, die geeignet ist, den Kredit eines anderen zu gefährden oder sonstige Nachteile für dessen Erwerb oder Fortkommen herbeizuführen.

Wie vorstehend erörtert, versteht ein relevanter Teil des angesprochenen Publikums die beanstandeten Äußerung als Tatsachenbehauptung dahingehend, dass Mitarbeiter der Charité die von den Beklagten angebotene Therapie für nach wissenschaftlichen Kriterien wirksam erachtet hätten. Diese Tatsachenbehauptung ist unrichtig.

dd) Die Beklagten haben diese Tatsache verbreitet, indem die Beklagte zu 2. durch den Beklagten zu 1. den durch Anlage K 14 dokumentierten Beitrag mit der beanstandeten Äußerung am 09.08.2008 in das Internetforum *med.over.net* eingestellt hat.

ee) Die Verbreitung der genannten Tatsache ist geeignet, Nachteile für den Erwerb oder das Fortkommen der Klägerin herbeizuführen. Der Schutz des § 824 BGB gewährleistet den Schutz des Betroffenen vor einer unmittelbaren Beeinträchtigung seiner wirtschaftlichen Interessen (vgl. BGH NJW 1992, 1312). Die genannte Tatsachenbehauptung ist geeignet, sich für die Klägerin wirtschaftlich nachteilig auszuwirken. Da die Wirksamkeit der von den Beklagten angebotenen Therapie, wie die Klägerin mit den Anlagen K 4 bis K 7 belegt hat, in Fachkreisen und in den Medien umstritten ist, kann die ge-

nannte Tatsachenbehauptung Zweifel an der wissenschaftlichen Kompetenz und Reputation von Instituten bzw. Mitarbeitern der Klägerin aufkommen lassen, was sich etwa bei der Einwerbung von Drittmitteln wirtschaftlich nachteilig auswirken kann (vgl. KG, Urt. v. 29.04.2009 – 24 U 163/08, UA S. 12 [Anlage K 1]).

Ohne Erfolg berufen sich die Beklagten darauf, die streitgegenständlichen Äußerungen in dem Internetforum *med.over.net* zur Wahrnehmung berechtigter Interessen, nämlich als Reaktion auf dort in Patientenbeiträgen zuvor gemachte Äußerungen getätigt zu haben. Dies hindert die auf § 1004 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 824 Abs. 1 BGB gestützte Unterlassungsverurteilung gemäß Ziffer I. des Tenors des landgerichtlichen Urteils nicht, weil, wie bereits erörtert, an der künftigen Verbreitung einer unwahren Behauptung niemand ein berechtigtes Interesse haben kann (vgl. BGH GRUR 1972, 435, 438 - *Grundstücksgesellschaft*; Palandt/*Sprau* aaO § 824, Rn. 9). Anders als beim Schadensersatzanspruch ist bei dem genannten Unterlassungsanspruch ein Verschulden nicht erforderlich.

ff) Die vorstehend genannte Auslegung und Anwendung von § 824 BGB verletzt die Beklagten nicht in ihrem Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG. Insoweit gelten die vorstehenden Ausführungen zum Verhältnis von § 5 UWG und Art. 5 GG sowie zu Unterlassungsverurteilungen bei mehrdeutigen Aussagen entsprechend.

gg) Die Einrede der Verjährung (§ 214 Abs. 1 BGB), die die Beklagten in der Berufungsbegründung vom 15.07.2010, S. 12 erhoben haben, greift nicht durch. Für den Unterlassungsanspruch nach § 1004 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 824 Abs. 1 BGB, der aus dem Internetforumsbeitrag vom 09.08.2008 resultiert, ist die dreijährige Verjährungsfrist gemäß § 195 BGB maßgebend. Diese Frist war zum Zeitpunkt der Klageerhebung (15.07.2009) im vorliegenden Verfahren noch nicht abgelaufen.

c) Die Unterlassungsverurteilung gemäß Ziffer I. des Tenors des landgerichtlichen Urteils wird im Übrigen durch die weiteren Verletzungshandlungen getragen, die darin bestehen, dass die Beklagten, wie in erster Instanz unstreitig geblieben ist, die in

Ziffer I. dieses Tenors wiedergegebene Äußerung außerhalb der Fachöffentlichkeit im Inland bis zum Jahr 2003 getätigt haben (vgl. Klageerwiderung vom 16.09.2009, S. 12).

aa) Aus diesen Verletzungshandlungen resultiert ein Unterlassungsanspruch der Klägerin nach § 1004 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 824 Abs. 1 BGB (vgl. oben II. 1. b).

bb) Die Einrede der Verjährung (§ 214 Abs. 1 BGB), die die Beklagten in der Berufungsbegründung vom 15.07.2010, S. 12 erhoben haben, greift bezüglich dieses Anspruchs nicht durch.

Für den Beginn der dreijährigen Verjährung gem. § 852 Abs. 1 BGB a.F. ist hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals „Kenntnis“ bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts auf die positive Kenntnis des für die Vorbereitung und Verfolgung des deliktischen Anspruchs zuständigen Bediensteten abzustellen (vgl. BGH NJW 2007, 834; BGHZ 133, 129, 138 f.). Für den Beginn der dreijährigen Verjährungsfrist gemäß § 195, § 199 BGB gilt hinsichtlich der Tatbestandsmerkmale „Kenntnis“ bzw. „grobe Fahrlässigkeit“ Entsprechendes (vgl. Palandt/*Ellenberger* aaO § 199, Rdn. 24 f.). Soweit Gründe des Verkehrsschutzes in bestimmten Fallgestaltungen eine weitergehende Wissenszurechnung im Bereich rechtsgeschäftlichen Handelns von Unternehmen gebieten mögen, treffen solche im Rahmen des § 852 BGB a.F. und des § 199 BGB nicht zu (vgl. BGHZ 133, 129, 139).

Nach dem Vorbringen der Klägerin hat diese von den genannten Verletzungshandlungen in der Zeit bis zum Jahr 2003 erstmals durch die Schriftsätze der Beklagten vom 03.03.2009 und vom 24.04.2009 im Verfügungsverfahren 102 O 247/08 des Landgerichts Berlin Kenntnis erhalten (vgl. Klageschrift im vorliegenden Verfahren vom 09.06.2009, S. 6; Berufungserwiderung vom 30.09.2010, S. 8). Dies haben die für die Voraussetzungen des Verjährungseintritts darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten nicht widerlegt. Allerdings haben die Beklagten behauptet, sowohl Prof. Dr. Dr. Kiesewetter als auch die ärztliche Leitung der Klägerin hätten von Anfang an Kenntnis von der beanstandeten Äußerung gehabt (vgl. Schriftsatz vom 11.11.2009, S. 6). Auch

wenn dies – entsprechend dem Vortrag der Beklagten – unterstellt wird, ergibt sich daraus indes nicht, dass die bei der Klägerin für die Vorbereitung und Verfolgung deliktischer Ansprüche zuständigen Bediensteten vor dem 03.03.2009 Kenntnis im Sinne von § 852 Abs. 1 BGB a.F., § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB von den bis zum Jahr 2003 vorgenommenen Verletzungshandlungen hatten. Ferner ergibt sich daraus auch nicht, dass den betreffenden Bediensteten vor dem 03.03.2009 die genannte Kenntnis grobfahrlässig verborgen geblieben ist. Im Übrigen ist auch nicht ersichtlich, dass sich die Klägerin missbräuchlich einer sich aufdrängenden Kenntnis verschlossen hätte.

d) Ohne Erfolg machen die Beklagten geltend, dass die Unterlassungsverurteilung gemäß Ziffer I. des Tenors des landgerichtlichen Urteils zu weit gefasst sei, weil die dort wiedergegebene Äußerung vier Sätze enthalte, wobei sich die Beanstandungen der Klägerin nicht auf die Sätze 2 und 3 bezögen. Ziffer I. des Tenors des landgerichtlichen Urteils orientiert sich zulässigerweise (vgl. BGH, Urt. v. 26.10.2000 – I ZR 180/98, juris, Tz. 16, Tz. 20 – *TCM-Zentrum*) an der konkreten Verletzungshandlung (vgl. Anlage K 14). Die vorstehend erörterten (Wettbewerbs-)verstöße rechtfertigen die Unterlassungsverurteilung gemäß Ziffer I. des Tenors des landgerichtlichen Urteils. Eine Verurteilung der Beklagten ist nicht auf einzelne Sätze der in der genannten Ziffer I. wiedergegebenen, aus vier Sätzen bestehenden Passage aus dem Beitrag der Beklagten (Anlage K 14) zu beschränken (vgl. BGH, Urt. v. 26.10.2000 – I ZR 180/98, juris, Tz. 21 – *TCM-Zentrum*). Denn ein auf das Verbot der konkreten Verletzungshandlung gerichteter Antrag ist schon dann in vollem Umfang begründet, wenn die konkrete Verletzungshandlung eine einzige konkrete Wettbewerbswidrigkeit enthält; es kommt nicht darauf an, ob die Verletzungshandlung im übrigen wettbewerbsgemäß oder wettbewerbswidrig ist (vgl. BGH, Urt. v. 26.10.2000 – I ZR 180/98, juris, Tz. 29 – *TCM-Zentrum*). Klarzustellen ist allerdings, dass den Beklagten die isolierte Verwendung der Sätze 2 und 3 („So wurde die Wirksamkeit der Therapie bei Patienten untersucht, die alle anderen Therapien wie Chemotherapie, Strahlentherapie usw. erfolglos angewendet hatten und dennoch der Tumor bzw. die Metastasen weiter gewachsen waren. In einem Zeitraum von 5 Monaten kam es bei 45 % der Patienten zum Stillstand, zur Rückbildung oder zur völligen Einschmelzung der Tumormassen.“) durch Ziffer I. des Tenors

des landgerichtlichen Urteils nicht verboten ist.

2. Erfolg hat die Berufung der Beklagten hingegen, soweit sie sich gegen die Schadensersatzfeststellung gemäß Ziffer III. des Tenors des landgerichtlichen Urteils sowie gegen die Verurteilung zur Auskunft gemäß Ziffer II. dieses Tenors wenden.

Der Klägerin stehen die geltend gemachten Schadensersatz- und Auskunftsansprüche im Hinblick auf die Mehrdeutigkeit der beanstandeten Äußerung nicht zu.

a) Die Frage, ob der Klägerin Schadensersatzansprüche und - als Hilfsansprüche zu deren Durchsetzung - Auskunftsansprüche zustehen, richtet sich nach dem zur Zeit der beanstandeten Handlung geltenden Recht (vgl. BGH, Urt. v. 15.01.2009 – I ZR 123/06, Tz: 9, juris – *Fräsaufomat*).

b) Bei zivilrechtlichen Sanktionen wegen in der Vergangenheit erfolgter Meinungsäußerungen wird, wie bereits erörtert, die Meinungsfreiheit verletzt, wenn bei mehrdeutigen Äußerungen die zu einer Verurteilung führende Bedeutung zu Grunde gelegt wird, ohne dass vorher mit schlüssigen Gründen Deutungen ausgeschlossen worden sind, welche die Sanktion nicht zu rechtfertigen vermögen (vgl. BVerfGE 114, 339, 349 – *Stolpe* m.w.N.). Lassen Formulierungen oder die Umstände der Äußerung eine Deutung zu, welche rechtlich unbedenklich ist, so verstößt ein die Verurteilung zum Schadensersatz, zum Widerruf oder zur Berichtigung aussprechendes zivilgerichtliches Urteil gegen Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG (vgl. BVerfGE 114, 339, 349 – *Stolpe* m.w.N.).

Diese Grundsätze sind nicht auf Tatsachenaussagen begrenzt, sondern ebenso maßgeblich, wenn ein Werturteil in Frage steht (vgl. BVerfG NJW 2006, 3769, 3773 – *Babycaust*).

Nach diesen Grundsätzen stehen der Klägerin die geltend gemachten Schadensersatz- und Auskunftsansprüche im Hinblick auf die vorstehend erörterte Mehrdeutigkeit nicht zu. Ein gewisser Teil der angesprochenen Durchschnittsverbraucher wird – wie erörtert – die Aussage, die Therapie der Beklagten sei wissenschaftlich glaubwürdig belegt, als Wertung seitens der Beklagten verstehen, die auf einer Stellungnahme aus dem Bereich

der Klägerin aufbaut. Wegen dieser nicht zu vernachlässigenden Deutungsvariante kommt eine Verurteilung zum Schadensersatz, zum Widerruf oder zur Berichtigung nicht in Betracht.

3. Über den klägerischen Hilfsantrag,

Den Beklagten wird es unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel untersagt, im geschäftlichen Verkehr über die von ihnen angebotene Krebs-Therapie zu behaupten oder behaupten zu lassen;

Vom Berliner Universitätsklinikum Charité wurden unsere Erfolge bestätigt.

war nicht zu befinden, da die Bedingung für diesen Hilfsantrag, nämlich die Erfolglosigkeit des Klageantrags zu Ziffer 1. a), nicht eingetreten ist.

4. Soweit die Klägerin sich hilfsweise für den Fall, dass der Senat zur Frage der Anwendbarkeit deutschen Rechts eine vom Urteil des Kammergerichts zum identischen Sachverhalt im Verfügungsverfahren 24 U 163/08, Urteil vom 29.04.2009 (Anlage K 1) abweichende Auffassung vertreten sollte, auf identische Ansprüche nach slowenischem Recht berufen hat, kommt dieses Hilfsvorbringen nicht zum Tragen, da die Bedingung hierfür, nämlich die Unanwendbarkeit deutschen Rechts, nicht eingetreten ist.

5. Die Kostenentscheidungen beruhen auf § 97 Abs. 1, § 92 Abs. 1, § 281 Abs. 3 Satz 2 ZPO.

6. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

7. Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Sache keine grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO hat und im Übrigen auch die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO nicht vorliegen.

Zwirlein
Vorsitzender Richter
am Oberlandesgericht

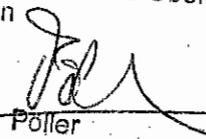
Cassardt
Richter
am Oberlandesgericht

Dr. Kartzke
Richter
am Oberlandesgericht

deg-EbB



Für den Gleichlaut der Ausfertigung
Abschrift - mit der Urschrift:
München, den ... 16. FEB. 2011
Geschäftsstelle des Oberlandesgerichts
München


Pöller
Justizangestellte