

Umsatzzuwachs

Amtlicher Leitsatz:

a) Bei einer an Facheinkäufer gerichteten Werbung können Umsatzzuwächse von Produkten Eigenschaften dieser Waren i.S. des § 6 Abs. 2 Nr. 2 UWG sein.

b) Um die Nachprüfbarkeit der in einem Werbevergleich wiedergegebenen Eigenschaften nach § 6 Abs. 2 Nr. 2 UWG zu ermöglichen, muss der Werbende dem durch die Werbung angesprochenen Verkehrsteilnehmer mitteilen, auf welche Art er sich über die dem Werbevergleich zugrunde liegenden Einzelheiten leicht informieren kann, um dessen Richtigkeit beurteilen zu können.

Bundesgerichtshof

Urteil vom 07.12.2006

Az.: I ZR 166/03

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Dezember 2006 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Pokrant, Dr. Büscher, Dr. Bergmann und Gröning

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 4. Juli 2003 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien produzieren und vertreiben bundesweit Fruchtgummi und Lakritzartikel. Zum Sortiment der Beklagten gehört das Produkt „COLOR-RADO“, das neben Lakritz auch Gummistücke und

sonstige Zuckerwaren enthält.

In der Zeitschrift „SG Süßwarenhandel“ (Ausgabe Oktober 2001), die sich ausschließlich an den Fachhandel richtet, warb die Beklagte wie nachstehend wiedergegeben:

...

Die Klägerin hat die Werbung als irreführend beanstandet. Sie hat behauptet, die Beklagte erwecke in der Anzeige bei den angesprochenen Verkehrskreisen den unrichtigen Eindruck, „HARIBO COLOR-RADO“ sei ein Lakritzprodukt.

In der Berufungsinstanz hat die Klägerin zudem geltend gemacht, der in der Anzeige enthaltene Vergleich sei mangels Nachprüfbarkeit wettbewerbsrechtlich unlauter. Die Beklagte setze den Umsatzzuwachs von „HARIBO COLOR-RADO“ in das Verhältnis zu den Umsätzen der Lakritzwaren der Klägerin, ohne die Umsatzzuwächse der Produkte der Klägerin in der Werbung anzuführen. Zudem fehlten Angaben zum Zeitraum, auf den sich die Umsatzzuwächse bezögen.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, es zu unterlassen, für ihr Produkt HARIBO COLOR-RADO mit der Aussage zu werben, es handele sich um ein Lakritz-Produkt, und den Umsatzzuwachs ihres Produkts HARIBO COLOR-RADO mit dem der Lakritz-Produkte der Klägerin zu vergleichen wie nachstehend wiedergegeben:

(Es folgt die oben abgebildete Anzeige).

Des Weiteren hat die Klägerin beantragt, die Beklagte zur Auskunftserteilung zu verurteilen sowie deren Verpflichtung festzustellen, der Klägerin Schadensersatz zu leisten.

Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten und hat eine Irreführung in Abrede gestellt. Sie hat vorgetragen, jede Packung „COLOR-RADO“ enthalte durchschnittlich 55 % Lakritzstücke. Mischwaren mit einem derartigen Anteil würden

dem Lakritzmarkt zugeordnet. Der angegebene Umsatzzuwachs für den gesamten Markt von 3 % enthalte auch die Umsätze der Klägerin. Deren Steigerungsrate sei mit 2,7 % noch unter derjenigen des gesamten Marktes geblieben. Die Werbung spreche ein Fachpublikum an. Diesem sei bekannt, dass das Marktforschungsinstitut N. , das in der Anzeige als Quelle angegeben sei, die Umsätze monatlich ermittele.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht das landgerichtliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen (zur Entscheidung im Verfügungsverfahren: OLG Köln LRE 44, 101 = MD 2002, 1191).

Mit der (vom Senat zugelassenen) Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat die Anträge auf Unterlassung, Auskunftserteilung und Feststellung der Schadensersatzverpflichtung als unbegründet erachtet. Hierzu hat es ausgeführt:

Die Gefahr einer Irreführung i.S. von § 3 UWG (a.F.) und § 17 Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 lit. b LMBG bestehe nicht. Es reiche nicht aus, dass „HARIBO COLOR-RADO“ unrichtig bezeichnet werde. Die angesprochenen Verkehrskreise müssten auch tatsächlich Gefahr laufen, über die Eigenschaft des Produkts getäuscht zu werden. Das sei nicht der Fall. Bei den angesprochenen Verkehrskreisen handele es sich um Facheinkäufer und Fachverkäufer und nicht um Betreiber kleiner Verkaufsstellen oder Endverbraucher. Dem Fachpublikum sei das erfolgreiche Produkt der Beklagten zumindest ganz überwiegend bekannt. Die wenigen Ein- und Verkäufer, denen „COLOR-RADO“ unbekannt sei, würden ebenfalls nicht irreführt. Die Werbung mache deutlich, dass es sich bei „COLOR-RADO“ nicht ausschließlich um Lakritzstücke

handele. Das ließen die Abbildungen der durchsichtigen Tüte, die die darin enthaltenen Artikel zeige, und der weiteren Süßwaren leicht erkennen. Auch Marktforschungsinstitute rechneten Lakritzmischprodukte den Lakritzen zu. Dadurch verfestigte sich das Vorstellungsbild der angesprochenen Fachkreise. Dass die Werbung ihren Weg zum Endverbraucher finde, sei nicht anzunehmen.

Der Versuch der Klägerin, im Berufungsverfahren das beantragte Verbot aus § 2 Abs. 2 Nr. 2 UWG (a.F.) herzuleiten, habe ebenfalls keinen Erfolg. Es könne offenbleiben, ob dem nicht schon die Vorschrift des § 531 Abs. 1 ZPO entgegenstehe. Weiterhin könne unterstellt werden, dass die Werbung nicht den Anforderungen des § 2 Abs. 2 Nr. 2 UWG (a.F.) genüge. Die erst in zweiter Instanz erhobene Beanstandung, die Parameter des Umsatzvergleichs seien nicht hinreichend dargestellt, werde von den Klageanträgen jedenfalls nicht erfasst.

II. Die Revision ist nicht begründet.

1. Der Klägerin steht gegen die Beklagte kein Anspruch auf Unterlassung der beanstandeten Werbung wegen Irreführung nach § 8 Abs. 1 i.V. mit §§ 3, 5 UWG, § 3 UWG a.F. zu.

a) Ob eine Werbung irreführende Angaben enthält, bestimmt sich nach der Auffassung der angesprochenen Verkehrskreise aufgrund des Gesamteindrucks der Werbung (BGH, Urt. v. 16.12.2004 – I ZR 222/02, GRUR 2005, 438 = WRP 2005, 480 – Epson-Tinte). Die Werbung der Beklagten in der Zeitschrift „SG Süßwarenhandel“ richtet sich nicht an das allgemeine Publikum, sondern an Facheinkäufer und Fachverkäufer (nachfolgend als Facheinkäufer bezeichnet). Für die Beurteilung ist daher die Auffassung dieser Verkehrskreise entscheidend (BGHZ 156, 250, 255 – Marktführerschaft).

b) Die angesprochenen Verkehrskreise werden durch die angegriffene Werbung nicht irreführt. Wie sich aus den Feststellungen des Berufungsgerichts ergibt, ist den

Facheinkäufern zumindest ganz überwiegend das erfolgreiche Produkt „COLOR-RADO“ bekannt und sie wissen, dass es sich um ein nicht ausschließlich aus Lakritzstücken zusammengesetztes Mischprodukt handelt. Sie werden deshalb nicht getäuscht, wenn in der angegriffenen Werbung „COLOR-RADO“ den Lakritzprodukten zugerechnet wird.

c) Soweit noch wenige Facheinkäufer verbleiben, die über den in Rede stehenden Artikel der Beklagten nicht Bescheid wissen, ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, diese würden anhand der in und neben der Verpackung abgebildeten Süßwaren erkennen, dass es sich um ein Mischprodukt handelt. Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg mit der Begründung, eine blickfangmäßig herausgestellte, verbale Angabe müsse schon für sich genommen unmissverständlich sein. Sie könne nicht in rechtserheblicher Weise durch ergänzende Abbildungen klargestellt werden, die eine nähere Befassung mit der Werbung erforderten, wenn diese nicht am Blickfang teilnähmen und leicht nur als schmückendes Beiwerk aufgefasst würden.

Die Frage, ob durch die Abbildungen von Lakritz- und Süßwaren in der Anzeige einer unrichtigen Vorstellung über die Zusammensetzung von „COLOR-RADO“ in entscheidungserheblicher Weise entgegengewirkt wird, kann offenbleiben. Da sich die Werbung der Beklagten an Facheinkäufer richtet, ist auf das Verständnis eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Angehörigen dieser Fachkreise abzustellen (BGH, Urt. v. 6.5.2004 – I ZR 275/01, GRUR 2004, 793, 796 = WRP 2004, 1024 – Sportlernahrung II; GRUR 2005, 438, 440 – Epson-Tinte). Es genügt deshalb nicht, dass die beanstandete Werbung nach den Feststellungen des Berufungsgerichts allenfalls geeignet ist, einen nur geringen Teil der angesprochenen Verkehrskreise irrezuführen, denen anders als dem durchschnittlich informierten Facheinkäufer unbekannt geblieben ist, dass es sich bei „COLOR-RADO“ um ein Mischprodukt handelt (vgl. BGH, Urt. v. 2.10.2003 – I ZR 252/01, GRUR 2004, 162, 163 = WRP 2004, 225 –

Mindestverzinsung).

Aus den vorstehend dargestellten Gründen kommt auch ein Verbot der angegriffenen Werbung nach § 1 UWG a.F. i.V. mit § 17 Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 lit. b LMBG und § 8 Abs. 1 i.V. mit §§ 3, 4 Nr. 11 UWG, § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 LFGB nicht in Betracht. Eine Irreführung nach lebensmittelrechtlichen Vorschriften setzt ebenfalls eine Eignung zur Irreführung voraus, wie sie bei §§ 3, 5 UWG maßgeblich ist (vgl. auch BGH, Urt. v. 7.11.2002 – I ZR 276/99, GRUR 2003, 628, 629 f. = WRP 2003, 747 – Klosterbrauerei; Fezer/Meyer, UWG, § 4-S 4 Rdn. 212).

2. Der Klägerin steht ein Unterlassungsanspruch auch nicht nach §§ 3, 6 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 UWG, §§ 1, 2 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 UWG a.F. zu.

a) Mit Recht wendet sich die Revision allerdings dagegen, dass das Berufungsgericht ein auf eine unzulässige vergleichende Werbung gestütztes Verbot als nicht vom Klageantrag umfasst angesehen hat.

Der zweite Teil des Klageantrags hat den in der angegriffenen Werbung enthaltenen Vergleich des Umsatzzuwachses des Produktes „HARIBO COLOR-RADO“ der Beklagten mit dem der Lakritz-Produkte der Klägerin zum Gegenstand. Der weit gefasste Wortlaut des Klageantrags, der sich ohne Einschränkung gegen den in der Anzeige enthaltenen Vergleich der Umsatzzuwächse der genannten Produkte der Parteien richtet, umfasst auch ein Verbot des Vergleichs der Umsatzzuwächse mangels Nachprüfbarkeit. Dass es sich bei dem entsprechenden Begehren um ein vom Antrag nicht erfasstes „aliud“ handelt, hat das Berufungsgericht nicht dargelegt und ist auch sonst nicht ersichtlich.

b) Die Klägerin hat zwar erstmals in der Berufungsinstanz zur Begründung einer wettbewerbsrechtlichen Unlauterkeit geltend gemacht, der Werbevergleich enthalte nicht nachprüfbare Angaben.

aa) Es handelt sich insoweit jedoch nicht um einen neuen Streitgegenstand, den die Klägerin als Rechtsmittelbeklagte nur mit einer Anschlussberufung in die zweite Instanz hätte einführen können (vgl. Wieczorek/Schütze/ Gerken, ZPO, 3. Aufl., § 533 Rdn. 3).

Der Streitgegenstand bestimmt sich auch bei der Unterlassungsklage nach dem Antrag und dem zu seiner Begründung vorgetragenen Lebenssachverhalt (st. Rspr.; BGH, Urt. v. 23.2.2006 – I ZR 272/02, GRUR 2006, 421 Tz 25 = WRP 2006, 590 – Markenparfümverkäufe). Von einem einheitlichen Lebenssachverhalt ist ungeachtet weiterer Erläuterungen, Berichtigungen und neuen Tatsachenvortrags auszugehen, wenn der Kern des in der Klage angeführten Sachverhalts unverändert bleibt (BGH, Beschl. v. 11.10.2006 – KZR 45/05, WRP 2007, 81 Tz 10 – Lesezirkel II).

Nach diesen Maßstäben liegt im Streitfall ein einheitlicher Streitgegenstand vor, weil die Klägerin den Klageantrag und den ihm zugrunde liegenden Lebenssachverhalt nicht geändert, sondern nur die Begründung für ihr Begehren in zweiter Instanz erläutert hat. Der Klageantrag und der Vortrag erster Instanz zeigen, dass die Klägerin die wettbewerbsrechtliche Unlauterkeit des Vergleichs der Umsatzzuwächse zum Gegenstand ihres Begehrens gemacht hat. Der Umstand, dass die Klägerin im Berufungsverfahren weitere Einzelheiten zur fehlenden Nachprüfbarkeit des Werbevergleichs vorgetragen hat, stellt nicht die Einführung eines weiteren Streitgegenstands dar.

bb) Ob die Klägerin mit dem neuen Vorbringen zur fehlenden Nachprüfbarkeit des Werbevergleichs in der Berufungsinstanz nach § 531 ZPO ausgeschlossen ist, braucht nicht entschieden zu werden. Denn auch bei Zulassung dieses Vorbringens ist ein Unterlassungsanspruch nicht gegeben.

c) Der Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 1 i.V. mit §§ 3, 6 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 UWG und §§ 1, 2 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 UWG a.F. setzt voraus, dass die vergleichende Werbung unlauter

ist, weil sie nicht objektiv auf eine oder mehrere wesentliche, relevante, nachprüfbar und typische Eigenschaften oder den Preis dieser Waren oder Dienstleistungen bezogen ist. Hiervon kann nicht ausgegangen werden.

aa) Im Streitfall besteht der Werbevergleich in einer Gegenüberstellung der Umsatzzuwächse der in Rede stehenden Produkte der Parteien.

Die Umsatzzuwächse des Produkts „HARIBO COLOR-RADO“ und der Katjes-Lakritzprodukte sind Eigenschaften i.S. des § 6 Abs. 2 Nr. 2 UWG, § 2 Abs. 2 Nr. 2 UWG a.F. Der Begriff der Eigenschaft im Sinne dieser Vorschriften ist weit zu verstehen. Maßgeblich ist, ob der angesprochene Verkehr aus der Angabe eine nützliche Information für die Entscheidung erhalten kann, ob er dem Erwerb der angebotenen Ware oder Dienstleistung näher treten soll (BGHZ 158, 26, 33 f. – Genealogie der Düfte; BGH, Urt. v. 30.9.2004 – I ZR 14/02, GRUR 2005, 172, 174 = WRP 2005, 207 – Stresstest). Zu den für die Entscheidung nützlichen Informationen zählen für die Facheinkäufer, deren Sicht als angesprochene Verkehrskreise maßgeblich ist, auch Umsatzzahlen und Umsatzzuwächse der miteinander verglichenen Produkte (für Verkaufszahlen: Fezer/Koos aa0 § 6 Rdn. 134; Harte/Henning/Sack, UWG, § 6 Rdn. 100; für Auflagenzahlen von Zeitungen: Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 24. Aufl., § 6 UWG Rdn. 51; Müller-Bidinger in Ullmann, jurisPK-UWG, § 6 Rdn. 102). Diese Fachkreise können daraus Schlussfolgerungen für ihr künftiges Bestellverhalten ziehen, weil Umsatzzuwächse eines Produkts in der Vergangenheit unter Umständen den Schluss auf zukünftig weiter steigende Absatzzahlen zulassen.

bb) Ohne Erfolg macht die Revision geltend, die in der angegriffenen Werbung enthaltenen Angaben seien nicht nachprüfbar i.S. von § 6 Abs. 2 Nr. 2 UWG, § 2 Abs. 2 Nr. 2 UWG a.F. Durch dieses Merkmal soll die Überprüfbarkeit des Werbevergleichs auf seine sachliche Berechtigung ermöglicht

werden. Dazu ist aber nicht in jedem Fall erforderlich, dass die angesprochenen Verkehrskreise die in dem Werbevergleich angeführten Eigenschaften selbst überprüfen können. Ausreichend ist vielmehr, dass die Aussage, gegebenenfalls durch einen Sachverständigen, überprüft werden kann (EuGH, Urt. v. 19.9.2006 – C-356/04, GRUR 2007, 69 Tz 73 = WRP 2006, 1348 – Lidl Belgium/Colruyt; BGH GRUR 2005, 172, 175 – Stresstest).

Das Berufungsgericht hat – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – hierzu keine Feststellungen getroffen. Das nötigt nicht zu einer Zurückverweisung, weil sich die Entscheidung im Ergebnis als richtig erweist (§ 561 ZPO).

Die Klägerin ist für das Vorliegen der Voraussetzungen eines unlauteren Werbevergleichs und damit auch für eine mangelnde Nachprüfbarkeit der angegebenen Eigenschaften darlegungspflichtig. Dieser Darlegungspflicht ist die Klägerin nicht nachgekommen.

Allerdings traf die Beklagte eine sekundäre Darlegungslast, soweit die Klägerin über keine genaue Kenntnis verfügte, ob die Angaben in der Werbung nachprüfbar waren, und sie auch keine Möglichkeit hatte, den Sachverhalt aufzuklären, während die Beklagte über diese Kenntnis verfügte und die Aufklärung ohne weiteres leisten konnte (BGH, Urt. v. 26.10.2006 – I ZR 33/04, GRUR 2007, 247 Tz 33 = WRP 2007, 303 – Regenwaldprojekt I; Urt. v. 26.10.2006 – I ZR 97/04, GRUR 2007, 251 Tz 31 = WRP 2007, 308 – Regenwaldprojekt II). Denn der Werbende muss die durch die Werbung angesprochenen Verkehrskreise darüber informieren, auf welche Art sie die Bestandteile des Werbevergleichs leicht in Erfahrung bringen können, um dessen Richtigkeit nachprüfen zu können, und er muss in der Lage sein, die Richtigkeit seiner Werbung in einem Prozess kurzfristig nachzuweisen (EuGH GRUR 2007, 69 Tz 70 f. – Lidl Belgium /Colruyt).

Dieser sekundären Darlegungslast ist die Beklagte

nachgekommen. Sie hat – von der Klägerin unwidersprochen – vorgetragen, dass die Umsatzentwicklungen der in Rede stehenden Produkte von dem in der Werbung als Quelle angegebenen Marktforschungsinstitut N. monatlich ermittelt werden und die in der angegriffenen Werbung wiedergegebenen Steigerungsraten der Umsätze des Produkts „COLOR-RADO“ und des Lakritzmarktes insgesamt den Erhebungen von N. entsprechen. Die Beklagte hat weiter geltend gemacht, dass die Umsatzzuwächse der Produkte der Klägerin im Erhebungszeitraum mit 2,7 % noch unter dem Marktdurchschnitt lagen. Auch das hat die Klägerin nicht bestritten. Soweit sie nicht selbst auf die Ergebnisse des Instituts N. zugreifen konnte, hätte sie die Beklagte auffordern können, ihr die entsprechenden Marktforschungsergebnisse zugänglich zu machen (vgl. EuGH GRUR 2007, 69 Tz 69 f. – Lidl Belgium/Colruyt). Dies ist seitens der Klägerin ebenfalls nicht geschehen.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 20.12.2002 – 81 O 43/02 –

OLG Köln, Entscheidung vom 04.07.2003 – 6 U 11/03 –