Verkauf von Kosmetikprodukten als sogenannte „Mogelpackung“ irreführend

Oberlandesgericht Hamburg

Urteil vom 25.02.2016

Az.: 3 U 20/15

Tenor

I. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 27.01.2015 abgeändert:

1. Die Beklagte wird verurteilt, es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu € 250.000,00 und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, von Ordnungshaft oder von Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu vollziehen an einem ihrer Vorstandsmitglieder,

zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr kosmetische Pflegemittel anzubieten und/oder in den Verkehr zu bringen und/oder zu bewerben, wenn die Verpackung eine Höhe von 7 cm aufweist und der in der Verpackung enthaltene Tiegel (mit Deckel) nur eine Höhe von 4 cm hat, wie nachfolgend abgebildet, wenn dies geschieht wie aus den Anlagen K 3 und K 4 ersichtlich,

(Abbildung)

(Abbildung)

2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 219,35 € zzgl.

Zinsen i.H.v. 5%-Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 21.02.2014 zu zahlen.

II. Die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen fallen der Beklagten zur Last.

III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Zwangsvollstreckung der Klägerin aus Ziff. I. 1. des Urteils durch Sicherheitsleistung in Höhe von € 50.000,00 abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Im Übrigen darf die Beklagte die Zwangsvollstreckung des Klägers durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aus Ziff. I.2. und Ziff. II. dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Tatbestand

I.

Der Kläger, ein Wettbewerbsverein, begehrt mit seiner der Beklagten am 21.02.2014 zugestellten Klage die Unterlassung des Vertriebs und der Bewerbung der Produkte „...TEINT OPTIMAL Anti-Age Tagespflege ...“ und „...TEINT OPTIMAL Anti-Age Nachtpflege ...“ (Preis: jeweils ca. € 10,00) durch die Beklagte. Der Kläger macht ergänzend Ansprüche auf Ersatz der ihm wegen der Abmahnung der Beklagten entstandenen Kosten von € 219,35 nebst Zinsen geltend. Die angegriffenen Produkte sind in einer 7 cm hohen Umverpackung verpackt, in die auf der Höhe von 3 cm ein Boden aus Pappe eingezogen ist, auf dem der 4 cm hohe und rund ausgeformte Tiegel steht, der eine Gesichtsscreme in einer Menge 50 ml enthält.

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, die Beklagte biete diese Produkte in einer sogenannten Mogelpackung an. Sie verstoße damit gegen das EichG (inzwischen MessEG) und führe den Verkehr auch in die Irre (§ 5 UWG). Die Beklagte täusche eine größere Füllmenge vor, da sie Fertigverpackungen verwende, die

äußerlich eine weitaus größere Füllmenge suggerierten.

Der Verkehr sei – insbesondere auch bei den Produkten der Beklagten – daran gewöhnt, dass im Kosmetikbereich Tiegel in Fertigverpackungen angeboten würden, die der Originalgröße des Tiegels entsprächen. Die Verbrauchererwartung über die Füllmenge und die Tiegelgröße werde enttäuscht. Der Verbraucher erhalte einen Tiegel, der nur etwa halb so groß sei wie die Verpackung. Eine zufällig zusammengestellte Auswahl von Gesichtspflegeprodukten (Anl. K 9) zeige, dass es wettbewerbskonforme Gestaltungen von Verpackungen ohne „Papp-Podest“ gebe. Da die angegriffenen Produkte zu einem deutlich höheren Preis vertrieben würden als die sonstigen ...-Vital-Produkte, werde die Irreführung des Verkehrs über die Füllmenge verstärkt. Es sei auch nicht richtig, dass sog. Performance-Produkte gegenüber den im unteren Preissegment liegenden Produkten in größeren Packungen angeboten würden, wie schon die aus den Anlagen K 10 und 11 ersichtlichen Produkte der Beklagten zeigten.

Angaben zur Füllmenge auf dem Boden der Verpackung oder die Darstellung des Tiegels auf der Verpackungsseite mit der Unterzeile „Die Produktabbildung entspricht der Originalgröße.“, hinderten den falschen Eindruck einer größeren Füllmenge und eines größeren Tiegels nicht. Entgegen der Darstellung der Beklagten werde der angesprochene Verkehr von anderen Anbietern nicht stets durch Mogelpackungen getäuscht, wie eine zufällig zusammengestellte Auswahl preiswerter und hochwertiger Gesichtspflegeprodukte ernstzunehmender Wettbewerber zeige (Anlage K 9). Gerade eine uneinheitliche Gestaltung täusche den Verkehr. Die Beklagte zeige durch den seitlich angebrachten Hinweis auf die Originalgröße, dass sie der eigenen Darstellung zu den Verkehrsgewohnheiten nicht traue.

Die Beklagte ist dem Klägervortrag im Wesentlichen mit den Argumenten entgegengetreten, der Verbraucher erwarte erstens keine 50 ml übersteigende Füllmenge, denn es sei im Segment

der Gesichtspflegeprodukte seit Jahrzehnten etablierte Praxis aller Anbieter, Creme-Tiegel nur mit einer Füllmenge von 50 ml in den Verkehr zu bringen. Zweitens gebe es bei den in einer äußeren Umverpackung abgegebenen Creme-Tiegeln keine einheitliche Übung hinsichtlich der Größe der äußeren Umverpackung, und drittens diene die Größe der äußeren Umverpackung als differenzierendes Merkmal zwischen unterschiedlich positionierten Produkten einer Marke. Nicht selten gebe es innerhalb einer Marke Basisprodukte im unteren Preissegment typischerweise in kleineren Umverpackungen. Sogenannte Performance-Produkte der gleichen Marke, die üblicherweise teurere Inhaltsstoffe enthielten und „mehr Wirkung“ auslobten sowie preislich über den Basisprodukten positioniert seien, würden in größeren Packungen angeboten. Die Übung sei weithin verbreitet, und zwar sowohl bei namhaften Markenanbietern als auch bei Handelsmarkenprodukten. Ein Vielzahl von Produkten aus dem in Rede stehenden Segment werde trotz gleichen Füllinhalts (50 ml) in einer Umverpackung angeboten, die genauso groß oder zum Teil sogar größer als die streitgegenständlichen Produkte der Beklagten seien. Wenn der Verkehr aus der Größe der Verpackung überhaupt Rückschlüsse ziehe, dann bezogen auf die preisliche Positionierung des entsprechenden Produkts innerhalb einer Marke.

Dazu hat die Beklagte eine Vielzahl von Gesichtspflegeprodukten verschiedener Marken vorgelegt und behauptet, die vorgelegten Produkte deckten 88% des vorliegend in Rede stehenden Marktes ab (Anlage B 6 und Zeugnis Vorwerk). Bei dem von dem Kläger vorgelegten Produkt „Hormocenta“ handele es sich um ein Nischenprodukt. Wenn es eine Divergenz zwischen der Verbrauchererwartung und dem tatsächlichen Inhalt der Verpackung gäbe, sei dies aus verschiedenen Gründen nicht rechtserheblich. Der Annahme einer Irreführung stehe entgegen, dass die Füllmenge von 50 ml auf dem Verpackungsboden angegeben und auf der Verpackungsseite der in der Verpackung enthaltene Tiegel in Originalgröße abgebildet sei. Letzteres gehe konform mit der Richtlinie zur Gestaltung von

Fertigpackungen mit Körperpflegemitteln des Bundeswirtschaftsministeriums (Anlage B 4) und auch die Landeseichbehörde, die Eichdirektion Nord, habe eine entsprechende Verpackungsgestaltung akzeptiert (Anlage B 5).

Im Termin vom 16.12.2014 vor dem Landgericht hat der Kläger deutlich gemacht, dass Streitgegenstand die im Antrag abgebildete Vorderseite des Produkts in Verbindung mit den Anlagen K 3 – K 6 sein soll.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Es hat in seiner Entscheidung den Antrag aus der Klage vom 19.02.2014 wiedergegeben, die vom Kläger im Termin vom 16.12.2014 vorgenommene Konkretisierung indes nicht im Tatbestand dargestellt, sondern davon nur zu Beginn der Entscheidungsgründe im Zusammenhang mit der Erörterung der Zulässigkeitsfrage und auch nur in Bezug auf die Anlagen K 3 und K 4 berichtet. Auf das angegriffene Urteil wird – auch wegen der Anträge erster Instanz – verwiesen.

Mit seiner hiergegen gerichteten Berufung wiederholt und vertieft der Kläger seinen erstinstanzlichen Vortrag. Er ist der Ansicht, die Auffassung des Landgerichts widerspreche Sinn und Zweck des § 43 Abs. 2 MessEG (vormals § 7 II EichG). Sei die Divergenz zwischen Verpackung und deren Inhalt – wie im Streitfall – nicht technisch oder wirtschaftlich notwendig, liege eine Täuschung vor. Der Käufer von kosmetischen Produkten sei ebenfalls nur situationsadäquat aufmerksam. Die Zusammensetzung der deutlich günstigeren Produkte (K 5 und K 6) sei mit der der streitigen Produkte nahezu identisch. Das Landgericht habe daher zu Unrecht angenommen, die streitgegenständlichen Produkte seien werthaltiger. Die Verpackung sei es, die die Produkte hochwertiger erscheinen lasse. Die Beklagte vertreibe auch höherwertigere Produkte (etwa Anlage K 10, Preis ca. 10,00 €) in einer normalen Verpackung. Zu Unrecht gehe das Landgericht davon aus, dass die Verpackungen auf dem hier relevanten Markt für Kosmetik teils erheblich in Größe und Format variierten. Die von der

Beklagten vorgelegten Produktverpackungen ließen nicht erkennen, dass die Umverpackungen der günstigeren Produkte in der Regel kleiner und die höherpreisigeren großzügiger seien. Die schiere Masse der vorgelegten Produkte könne diese Annahme nicht rechtfertigen. Ausweislich der Anlage B 6 böten im Wesentlichen zwei Hersteller Pflegeprodukte zu einem 10,00 € übersteigenden Preis an, nämlich ... die Produkte „DIADERMINE“ und L'OREAL das Produkt „Derma Expertise Gesichtspflege“. Im Gegensatz zu den sehr aufwändigen, werthaltigen und größeren Tiegeln von L'OREAL handele es sich bei den Tiegeln der Beklagten um einfache, minderwertige Tiegel. Die äußeren Umverpackungen von Kosmetikartikeln entsprächen regelmäßig den in ihnen enthaltenen Tiegeln. Die Mogelpackung der Beklagten sei die Ausnahme. Der Verkehr kenne die normalen ...VITAL-Produkte und sehe diese neben den angegriffenen Produkten im Regal. Er habe keine Veranlassung, die jeweilige Füllmenge zu überprüfen, sondern kaufe die streitgegenständlichen Produkte in den größeren Verpackungen und in der Überzeugung, dass er damit eine größere Füllmenge erwerbe. Selbst wenn man die Annahme des Erstgerichts, dass die Füllmenge von 50ml marktüblich und dem Verkehr bekannt sei, was nicht der Fall sei, als richtig unterstelle, führe das aus der Täuschung nicht heraus. Der Verbraucher habe entgegen der Annahme des Landgerichts keine Veranlassung, aufgrund einer größeren und/oder aufwändiger gestalteten Verpackung davon auszugehen, dass in der Verpackung allein ein werthaltigeres Produkt enthalten sei. Gesichtspflegeprodukte würden sowohl in der Größe 75 ml (Hormocenta, Böttger, Sebamed, Lavera – Anl. K 13) als auch in 30 ml-Größen angeboten. Die vom Verbraucher nicht beachtete Seitenfläche der Verpackung diene im Übrigen nur der weiteren Bewerbung des Produkts. Zur Aufklärung über die wahre Größe des Tiegels sei die dreidimensionale, perspektivisch verzerrte Darstellung ungeeignet.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 27.01.2015 wie folgt

abzuändern:

1. Die Beklagte wird verurteilt, es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu € 250.000,00 und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, von Ordnungshaft oder von Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu vollziehen an einem ihrer Vorstandsmitglieder,

zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr kosmetische Pflegemittel anzubieten und/oder in den Verkehr zu bringen und/oder zu bewerben, wenn die Verpackung eine Höhe von 7 cm aufweist und der in der Verpackung enthaltene Tiegel (mit Deckel) nur eine Höhe von 4 cm hat, wie nachfolgend abgebildet, wenn dies geschieht wie aus den Anlagen K 3 und K 4 ersichtlich,

(Abbildung)

(Abbildung)

2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 219,35 € zzgl. Zinsen i.H.v. 5%-Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 21.02.2014 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Sie wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag und meint, die Berufung sei schon nicht zulässig, weil der Kläger nicht alle, die Klagabweisung schon jeweils für sich genommen rechtfertigenden Urteilsgründe angegriffen habe. Die Berufung habe keine konkreten Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der landgerichtlichen Tatsachenfeststellung begründen könnten, aufgezeigt. Die Berufung beschränke sich an etlichen Stellen darauf, die tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts zu negieren. Soweit das Landgericht eine Füllmenge der Cremetiegel von 50

ml für marktüblich erachtet habe, trage das schon die Klagabweisung. Die Berufung trete dem nicht entgegen. Hormocenta-, Böttger- und Sebamed-Produkte seien Nischenprodukte mit einem Marktanteil im Promillebereich. Soweit das Landgericht festgestellt habe, dass der Verkehr nicht von der Verpackungsgröße auf das Füllvolumen des Tiegels schließe, was die Klagabweisung allein rechtfertige, sei der Kläger dem ebenfalls nicht entgegengetreten. Auch der Feststellung des Landgerichts, der Verkehr sehe die Verpackungsgröße als differenzierendes Merkmal zwischen unterschiedlich positionierten Produkten einer Marke an, sei der Kläger nicht substantiiert entgegen getreten. Der Kläger definiere höherpreisigere Produkte ohne nähere Begründung als solche, die mehr als 10,00 € kosteten. Angesichts der Darlegungen der Beklagten zu 165 Gesichtspflegeprodukten 28 verschiedener Marken sei es unergründlich, wie der Kläger zu der Behauptung gelange, höherpreisige Produkte in größeren Umverpackungen würden im Wesentlichen nur von zwei Anbietern angeboten.

Da es den faktischen Standard einer Tiegelfüllmenge von 50 ml gebe und es keinerlei Übung gebe, von der äußeren Umverpackung Rückschlüsse auf die Tiegelgröße zu ziehen, rufe die Verpackungsgröße keine Fehlvorstellung über den tatsächlichen Inhalt der Verpackung hervor. Soweit der Kläger auf Unterschiede zu anderen Produkten der Beklagten verweise (K 5, 6, 10 und 11) sei dies nicht antragsgegenständlich und für den behaupteten Verstoß gegen § 43 Abs. 2 MessEG, der auf die Verpackung selbst abstelle, unerheblich. Die Beklagte vertreibe die von dem Kläger in den Anlagen K 3 bis K 6 vorgelegten Produkte seit 2014 nicht mehr in den aus den Anlagen ersichtlichen Aufmachungen. Sie bringe die Produkte des in Rede stehenden Segments in Umverpackungen in den Verkehr, die hinsichtlich des Volumens denjenigen des streitgegenständlichen Produkts entsprächen (Anlagen B 7 – B 10). Die aufklärenden Angaben zur Füllmenge und Tiegelgröße seien hinreichend. Die Richtlinie des

Bundeswirtschaftsministeriums, die nach wie vor in Kraft sei, sei nach Anhörung der zuständigen Wirtschaftsverbände und im Einvernehmen mit den für das Eichwesen zuständigen Behörden erarbeitet worden und stelle anerkanntermaßen ein Indiz für die Verbrauchererwartung und die rechtliche Erheblichkeit der Irreführung dar. Eine spürbare Beeinträchtigung der Verbraucherinteressen erfolge nicht.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vortrags der Parteien wird ergänzend auf den Akteninhalt verwiesen.

Entscheidungsgründe

II.

Die Berufung des Klägers ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg. Das Landgericht hat die Klage zu Unrecht abgewiesen. Die angegriffenen Verpackungsgestaltungen führen den angesprochenen Verkehr unter Verstoß gegen §§ 3, 5 Abs. 1 Nr. 1 UWG über die Beschaffenheit der in der Verpackung enthaltene Ware in die Irre, weshalb der Kläger, dessen Aktivlegitimation nach § 8 Abs. 3 Ziff. 2 UWG nicht in Frage steht, von der Beklagten gemäß § 8 Abs. 1 UWG mit Erfolg die Unterlassung der angegriffenen Handlungen und auch die Erstattung der ihm infolge der Abmahnung der Beklagten entstandenen Kosten (§ 12 Abs. 1 Satz 2 UWG) verlangen kann.

1. Die Berufung des Klägers ist zulässig, denn der Kläger hat hinreichend deutlich gemacht, dass er die Prämissen, die das Landgericht seiner festgestellten Verkehrsvorstellung zugrunde gelegt hat, angreift und auch die Verkehrsvorstellung selbst unzutreffend sei. Damit wird das Berufungsgericht aufgefordert, diese Feststellungen des Landgerichts zur Verkehrsvorstellung zu überprüfen und diese durch die eigenen Feststellungen des Berufungsgerichts zu ersetzen. Da insoweit keine Beweisaufnahme erforderlich ist, weil das Gericht die Verkehrsvorstellung jeweils aufgrund eigener Sachkunde feststellen kann (unten II.2.), ist es für die Zulässigkeit

der Berufung in jedem Fall ausreichend, eine derartige Neufeststellung des Berufungsgerichts zu verfolgen. Entspricht sie der vorgetragenen Verkehrsvorstellung des Klägers (höhere Füllmenge) entzöge dies der landgerichtlichen Entscheidung die Grundlage.

2. Das Verkehrsverständnis des angesprochenen Verkehrs können die Mitglieder des Senats selbst feststellen, denn sie gehören zu den angesprochenen Verkehrskreisen. Bei den streitgegenständlichen Gesichtspflegeprodukten handelt es sich um Produkte, die dem allgemeinen – erwachsenen – Verkehr angeboten und von diesem genutzt werden.

Werden Gegenstände des allgemeinen Bedarfs angeboten oder beworben und zählen die Richter zu den (potenziellen) Nachfragern der Waren/Leistungen, dann bedarf es nach der Rechtsprechung des BGH zur Ermittlung des Verkehrsverständnisses im allgemeinen keines durch eine Meinungsumfrage untermauerten Sachverständigengutachtens, und zwar unabhängig davon, ob das Gericht im konkreten Fall eine Irreführung aufgrund eigener Sachkunde bejahen oder verneinen möchte (BGH, GRUR 2004, 244 – Marktführerschaft; GRUR 2013, 401 Rn. 32 – Biomineralwasser; GRUR 2013, 631 Rn. 47 f. – AMARULA/Marulablu; vgl. auch Teplitzky/Schwippert, Kap. 47 Rn. 16; MünchKommUWG/Ehricke, vor § 12 UWG Rn. 97; Köhler/Bornkamm, § 12 Rn. 2.76; Piper/Ohly/Sosnitza, § 5 UWG Rn. 146). So liegt der Fall hier, weshalb es der Senat nicht für erforderlich erachtet, ein demoskopisches Gutachten einzuholen.

Dabei ist auf das Verkehrsverständnis eines situationsadäquat aufmerksamen, durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers abzustellen, wobei im Streitfall das Verkehrsverständnis eines eher flüchtigen Verbrauchers maßgebend ist, denn es handelt sich bei den in Rede stehenden Produkten um solche des täglichen Bedarfs, jedenfalls aber nicht um Produkte, denen der Verkehr schon wegen ihres hohen Preises eine besondere Aufmerksamkeit entgegen bringt.

Gesichtspflegeprodukte erwirbt der Verkehr – auch noch, wenn sie sich im Preissegment von ca. 10,00 € bewegen – regelmäßig auf Sicht, ohne sie einer näheren Begutachtung zu unterziehen.

3. Es liegt allerdings weder ein Verstoß gegen die zum Zeitpunkt der Klagerhebung noch bis zum 31.12.2014 geltende Vorschrift des § 7 Abs. 2 EichG noch gegen die seitdem geltende Vorschrift des § 43 Abs. 2 MessEG vor.

Nach § 7 Abs. 2 EichG mussten Fertigpackungen so gestaltet und befüllt sein, dass sie keine größere Füllmenge vortäuschen, als in ihnen enthalten ist. Nach des § 43 Abs. 2 MessEG ist es verboten Fertigpackungen herzustellen, herstellen zu lassen, in den Geltungsbereich des Gesetzes zu verbringen, in den Verkehr zu bringen oder sonst auf dem Markt bereit zu stellen, wenn sie ihrer Gestaltung und Befüllung nach eine größere Füllmenge vortäuschen als in ihnen enthalten sind.

Davon ist im Streitfall entgegen der von dem Kläger vertretenen Auffassung nicht auszugehen.

Zwar erwartet der Verkehr grundsätzlich, dass die Verpackung im angemessenen Verhältnis zu der darin letztlich tatsächlich enthaltenen Füllmenge des Produkts steht. Die Verkehrsvorstellung kann jedoch je nach der Art des verpackten Produkts divergieren. Ist dem Verkehr aufgrund entsprechender Gewöhnung bekannt, dass die Verpackungsgröße regelmäßig außer Verhältnis oder in keinem bestimmten Verhältnis zum Inhalt des eigentlichen Produkts steht, dann ist eine solche Verpackungsgröße zur Täuschung nicht geeignet. Das ist etwa bei Pralinenpackungen der Fall (siehe Zipfel/Rathke, Rn. 29 und 33 zu § 7 EichG), die allerdings häufig auch nach Art einer Geschenkverpackung daherkommen (sogenannter Spiegeleinsatz – ebenda). Auch Parfümflaschen sind regelmäßig in besonderer Weise gestaltet und stehen in ihren Ausmaßen und daran orientiert auch hinsichtlich ihrer Umverpackung in keinem für den Verkehr klar erkennbaren Verhältnis zur Füllmenge. Das Kammergericht (ZLR 88, 523) hat für Eau de

Toilette-Packungen ebenfalls festgestellt, dass der Verbraucher damit rechnet, dass die Verpackung besonders aufwendig und voluminös ist, und kein festes Verhältnis zwischen Verpackungsvolumen und Füllmenge des Produkts feststellbar ist.

So liegt es auch im Streitfall – jedenfalls bezogen auf die Vorstellungen des angesprochenen Verkehrs in Bezug auf die Füllmenge des in der Umverpackung enthaltenen Creme-Produkts.

a) Dabei ist allerdings nicht davon auszugehen, dass der Verkehr stets unabhängig von der Verpackungsgröße eine Füllmenge von nicht mehr als 50 ml erwartet und schon deswegen in Bezug auf die Füllmenge des eigentlichen Produkts nicht in seinen Erwartungen enttäuscht werden könnte. Der Senat vermag dem entsprechenden Vortrag der Beklagten nicht zu folgen. Ein solches Verkehrsverständnis drängt sich auch nicht mit Blick auf die von der Beklagten in den Anlagenkonvoluten B 1 – B 3 vorgelegte Produktpalette auf. Unabhängig davon, dass nach dem unstreitigen Vortrag des Klägers immerhin einige Produkte im Markt vorhanden sind, die größere oder kleinere Füllmengen als 50 ml enthalten, kann nicht angenommen werden, dass der allgemeine Verkehr einen auch nur annähernden Marktüberblick hat, der dem der Beklagten oder sonstiger Fachkreise entspricht und der es dem Verbraucher erlaubte, Erkenntnisse darüber zu gewinnen, welche Füllmengen Gesichtspflegeprodukte regelmäßig aufweisen. Gerade angesichts der Vielzahl der verschiedenen Anbieter und Marken, zu denen die Beklagte vorgetragen und Produkte vorgelegt hat, ist es fernliegend anzunehmen, dass der Verkehr um die – unterstelltermaßen im wesentlichen – Einheitlichkeit der Füllmengen weiß. Dass dies bei Pralinen anders sein kann, weil derartige Produkte offenkundig (§ 291 ZPO) seit Jahrzehnten in geschenckpackungsartigen Behältnissen angeboten werden, steht dem nicht entgegen. Eine entsprechende Verkehrsgewöhnung für Körperpflegeprodukte der streitigen Art ist nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit erkennbar. Dagegen spricht auch,

dass erhebliche Teile des Verkehrs erstmals an die streitigen Produkte herangeführt werden und sich schon deshalb nicht an bekannten Füllmengen orientieren können.

b) Vor diesem Hintergrund kann aber auch nicht festgestellt werden, dass sich der Verkehr für seine Erwartung an die Füllmenge des angebotenen Produkts an der Verpackungsgröße orientiert. Einerseits ist es unstrittig und lassen dies auch die von der Beklagten vorgelegten Produkte erkennen, dass einheitliche Packungsgrößen am Markt nicht angeboten werden. Dies insbesondere und vor allem deshalb nicht, weil die die Gesichtspflege-Cremes enthaltenden Tiegel, wie die von der Beklagten vorgelegte Produktpalette zeigt, von unterschiedlicher Ausgestaltung und Größe sind. Weiß der Verkehr aber – wie ausgeführt – nicht, dass die am Markt angebotenen Gesichtspflegeprodukte weit überwiegend lediglich eine Füllmenge von 50 ml enthalten und ist – wie im Streitfall – auch nichts dafür vorgetragen oder sonst erkennbar, dass der Verkehr bestimmte Grundannahmen zum Verhältnis von Packungsgröße und Füllmenge des darin enthaltenen eigentlichen Creme-Produkts hat, dann erschließt sich nicht, dass der Verkehr von einer Verpackung, die größer ist als die Verpackung von einigen Wettbewerbsprodukten oder auch weiteren Produkten des jeweiligen Anbieters eine größere Füllmenge erwartet. Es fehlt schon an einer im Verhältnis zu Verpackungsgröße stehenden üblichen Füllmenge, an der sich der Verkehr orientieren könnte. Angesichts dessen, dass auch die Beklagte selbst ihre Verpackungsgrößen variiert, und zwar nach dem Vortrag des Klägers auch unabhängig davon, ob das angebotene Creme-Produkt einer höheren Preiskategorie zugeordnet werden kann (Anlagen K 5 und 6, [= Anl. B 2k]), K 10 und 11), kann eine Verkehrsvorstellung dahin, dass der Verkehr in einer größeren Verpackung stets auch eine größere Füllmenge erwartete, nicht festgestellt werden.

Es kann daher in diesem Zusammenhang auch dahinstehen, ob der Beklagten in ihrer Darstellung gefolgt werden kann, der

Verkehr sei daran gewöhnt, dass ein Anbieter unter seiner Marke die höherpreisigeren und angeblich höherwertigeren Produkte in gegenüber den Basisprodukten größeren Verpackungen anbietet.

4. Der angesprochene Verkehr wird durch die angegriffene Verpackung dennoch über die Beschaffenheit des in der Verpackung enthaltenen Produkts in die Irre geführt (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 UWG).

a) Die angegriffenen Verpackungen weisen einen Hohlraum auf, der innerhalb der Verpackung nach Art eines Podests ausgestaltet ist, auf dem der eigentliche Creme-Tiegel steht. Diese Erhöhung steht zu der Größe des darin enthaltenen Tiegels im Verhältnis von 3 cm zu 4 cm, so dass der Hohlraum fast 43% des Volumens der Gesamtverpackung ausmacht. Einen solchen Hohlraum erwartet der Verkehr grundsätzlich nicht. Er geht davon aus, dass die Verpackung jedenfalls in einem angemessenen Verhältnis zur Größe des in ihr enthaltenen Creme-Tiegels steht. Er weiß darum, dass die Verpackung ein Behältnis, den Tiegel, enthält, in dem sich das eigentliche Produkt, die Gesichtscreme, befindet. Im streitgegenständlichen Segment der Gesichts-Cremes sind diese Tiegel, wie der Verkehr, der auch nur anhand eines kleinen Ausschnitts des wettbewerblichen Umfeldes feststellen kann, weiß, verschieden gestaltet und kommen insbesondere auch optisch so daher, dass sie sich dem Verbraucher als mehr oder minder wertige Behältnisse präsentieren, die aus der Verbrauchersicht die Qualität des jeweiligen Creme-Produkts unterstreichen und die Creme teils auch ansehnlich im Kosmetikregal vorhalten sollen. Auch den Senatsmitgliedern ist dies bekannt. Hohlräume in der Verpackung erwartete der Verkehr allenfalls dort, wo sie etwa aus technischen Gründen – z.B. zur Vermeidung von Transportschäden – hergestellt werden. Dass der im Streitfall in Rede stehende Verpackungshohlraum technisch bedingt wäre, behauptet auch die Beklagte nicht. Das ist – insbesondere in dem dargestellten Ausmaß – auch sonst

nicht ersichtlich. In der Vorstellung, dass die äußere Umverpackung einen Tiegel enthält, der – von technisch bedingten Hohlräumen abgesehen – annähernd auch der Größe der Umverpackung entspricht, wird der Verkehr enttäuscht und daher in die Irre geführt.

Dass der Verkehr darum wüsste, dass die Tiegel eines Anbieters auch dann stets von gleicher Größe und Gestaltung sind, wenn der Hersteller ein gegenüber dem Basisprodukt höherpreisiges und höherwertiges Produkt anbietet, kann nicht festgestellt werden. Dafür fehlt es an hinreichenden Anknüpfungstatsachen. Die dahingehende, zwar nicht auf die Tiegelgröße, sondern die Füllmenge bezogene Behauptung der Beklagten ist durch die vorgelegten Produkte nicht verifizierbar, denn sie lassen nicht den Schluss zu, dass eine unterstellte Übung einzelner Anbieter das Verkehrsverständnis maßgeblich geprägt hätte.

b) Der beschriebenen und durch die Verpackungsgestaltung bewirkten Fehlvorstellung wirken die Angabe der Füllmenge auf der Verpackungsunterseite und/oder die Darstellung des Tiegels an der Verpackungsaußenseite nicht hinreichend entgegen.

aa) Die Angabe der Füllmenge reicht – schon gar nicht auf der Unterseite der Verpackung – schon deshalb nicht aus, um eine Irreführung des Verkehrs zu vermeiden, weil sie keine Rückschlüsse auf die Größe des Tiegels zuließe. Auch nach der Darstellung der Beklagten variieren Verpackungsgrößen und damit auch die Größen der jeweiligen Tiegel unabhängig davon, dass in den Tiegeln tatsächlich überwiegend eine Füllmenge von 50 ml enthalten ist.

Dass der Verkehr um Letzteres nicht weiß, ist zudem bereits ausgeführt. Davon, dass sich der Verkehr stets über die Füllmenge eines Produkts informiert, und schon deshalb keiner Irreführung unterliegen könnte, kann ebenfalls nicht ausgegangen werden. Daran orientieren sich etwa auch die Vorschriften der §§ 7 Abs. 2 EichG bzw. 43 Abs. 2 MessEG, die dem Schutz des Verkehrs vor einer Irreführung über die

Füllmenge infolge der Verpackungsgestaltung dienen. Sie sind unabhängig davon Gesetz worden, dass die Pflicht zur Mengenkennzeichnung von Produkten bereits vor der Kodifikation der genannten Vorschriften langjährig gesetzlich geregelt war. Der Gesetzgeber hatte hier bereits unterstellt, dass die Angabe der Füllmenge allein nicht geeignet ist, einer möglichen Irreführung des Verkehrs durch übergroße Verpackungen hinreichend entgegen zu wirken.

bb) Die auf der Seite der Verpackung angebrachte Abbildung der Tiegels mit der Unterzeile „Die Produktabbildung entspricht der Originalgröße“:

(Abbildung)

ist ebenfalls nicht hinreichend.

(1) Dies einerseits wegen der situationsangemessenen Flüchtigkeit, die der Verbraucher beim Kauf der streitgegenständlichen Produkte an den Tag legt. Produkte mit Preisen von deutlich mehr als 10,00 € sind nur mit ganz geringem Marktanteil vertreten (vgl. die Nielsen-Übersicht in Anlage B 6). Die Produkte der Beklagten bewegen sich mit einem Preis von um die 10,00 € noch in einem Bereich, in dem der Verbraucher die äußere Verpackung des Produkts vor dem Kauf keiner näheren Begutachtung bzw. Prüfung darauf unterzieht, ob und wenn ja welche aufklärenden Hinweise der Hersteller dem Kunden über die tatsächliche Größe der „Primärverpackung“ gibt. Der Verbraucher kauft auf Sicht aus dem Regal heraus. Einem erheblichen Teil des Verkehrs wird schon die Abbildung des Tiegels auf der Seitenfläche der Verpackung in der Regel nicht ins Auge fallen.

Wohl auch deshalb weisen die von der Beklagten vorgelegten und den Senat bei seiner Entscheidung nicht bindenden „Richtlinien zur Gestaltung von Fertigpackungen mit Körperpflegemittel...“ (Anlage B 4) über die Fußnote 3) darauf hin, dass Abbildungen der Innenpackung („aus Gründen der Verhinderung einer

Verbrauchertäuschung“ – Satz 1 der Fußnote) „auf den Hauptschauseiten erfolgen“ müssen, um der Richtlinie zu genügen. Hauptschauseite ist im Streitfall die Vorderseite der Produktverpackung.

(2) Jedenfalls aber nimmt der Verkehr die Erläuterung unterhalb der Produktabbildung („Die Produktabbildung entspricht der Originalgröße“) nicht auf. Dies auch deshalb nicht, weil der Verbraucher keinen Anlass hat anzunehmen, dass die Umverpackung erheblich größer ist als die darin enthaltene Ware. Krasse Unterschiede zwischen Verpackungsgröße und Inhalt, wie sie im Streitfall vorliegen, erwartet der Verkehr nicht.

cc) Gegen die vorstehend angenommene Irreführung des Verkehrs über die Größe des in der Umverpackung enthaltenen Tiegels spricht auch nicht die aus dem Jahre 2011 stammende Mitteilung der Eichbehörde, es gebe keine Beanstandungen wegen des Aspekts einer Mogelpackung (Anlage B 5). Die dortige Mitteilung der Eichbehörde betrifft auch nach der Darstellung der Beklagten ein anderes Produkt. Die Beklagte meint zwar, der vorgelegte Schriftverkehr betreffe eine „entsprechende“, also der vorliegend streitgegenständlichen vergleichbare Verpackung. Die Beklagte hat aber eingeräumt, dass die seinerzeitig in Rede stehende Verpackung mit einem Sichtfenster versehen war. Die Verpackung war damit keinesfalls „entsprechend“, denn die streitgegenständliche Verpackung weist ein Sichtfenster, das es dem Verkehr erlaubte, die Tiegelgröße in Augenschein zu nehmen, nicht auf.

c) Die Irreführung des Verbrauchers über die Tiegelgröße ist auch geeignet, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er anderenfalls nicht getroffen hätte, und damit zugleich als geschäftliche Handlung unlauter.

Wie schon ausgeführt, kommen die Creme-Tiegel im streitgegenständlichen Warenssegment gerade auch in ihrer

Gestaltung und ihren Ausmaßen so daher, dass sie sich dem Verbraucher als mehr oder minder wertige Behältnisse präsentieren, die aus der Verbrauchersicht die Qualität des jeweiligen Creme-Produkts unterstreichen und die Creme teils auch ansehnlich im Kosmetikregal vorhalten sollen. Der Verbraucher erwartet – wie ausgeführt abgesehen von technisch bedingten Hohlräumen – bei größeren Verpackungen entsprechend größere Tiegel, die haptisch und optisch bei der täglichen oder gelegentlichen Anwendung der Gesichtscreme die Vorstellung von der Wertigkeit und der mehr oder minder besonderen pflegenden Eigenschaften des Produkts unterstreicht. Wie sich die jeweilige Gesichtscreme dem Verbraucher in dem jeweiligen Tiegel präsentiert, ist daher für seine Kaufentscheidung neben anderen Kriterien, wie der jeweiligen – auch markenabhängigen – Erwartung an die Qualität der eigentlichen Gesichtscreme oder dem Preis des Produkts, von maßgeblicher Bedeutung. Die Beklagte weist in ihrem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 11.02.2016 selbst darauf hin, dass es im streitgegenständlichen Produktsegment um ein gehobenes Produkt geht, das „ein kleines bisschen Luxus im Alltag“ verkörpert. Das drückt sich für den Verkehr auch in der Gestaltung und Größe des Tiegels aus. Wüsste der Verbraucher, dass die streitgegenständliche, 7 cm hohe Verpackung einen Hohlraum von 3 cm aufweist und der in der Verpackung enthaltene Tiegel deshalb wesentlich kleiner ist als es die Größe der Umverpackung vermuten lässt, hätte dies maßgeblichen Einfluss auf die Kaufentscheidung und könnte dies den Verbraucher ohne weiteres veranlassen, sich einem anderen Wettbewerbsprodukt zuzuwenden.

5. Dem Kläger steht nach allem gemäß § 8 Abs. 1 UWG der geltend gemachte Unterlassungsanspruch zu. Er ist auf die konkrete Verletzungsform bezogen und ist damit auch hinreichend bestimmt. Soweit der Kläger in der Berufungsinstanz im Berufungsantrag zusätzlich zu den im Antrag wiedergegebenen Produktdarstellungen auch auf die Anlagen K 3 und 4 Bezug nimmt, entspricht dies seinem bereits

in erster Instanz geltend gemachten Begehren. Ausweislich des Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 16.12.2014 vor dem Landgericht Hamburg sind Streitgegenstand die im Antrag mit ihrer Vorderseite abgebildeten Produkte in Verbindung mit den Anlagen K 3 – K 6. Soweit damit auf die Anlagen K 5 und K 6 Bezug genommen worden ist, handelt es sich allerdings ersichtlich um einen Irrtum, denn als Anlagen K 5 und K 6 sind ausweislich der Klagschrift (dort Seite 4) zwei vergleichbare – aber nicht streitgegenständliche – Pflegeprodukte einer anderen „... VITAL“-Produktreihe im Original vorgelegt worden. Diese befinden sich nicht mehr bei der Akte, sind aber von der Beklagten – neben den streitgegenständlichen Produkten (K 3 und K 4) – in der Anlage B 2k ebenfalls im Original vorgelegt worden.

Der Senat hat zur Konkretisierung des ausgesprochenen Verbotes Farbkopien von allen Seiten der Umverpackungen der angegriffenen Produkte (Anlagen K 3 und K 4) hergestellt und dem vorliegenden Urteil als Anlage beigefügt.

Die Wiederholungsgefahr ist durch die festgestellte Verletzungshandlung indiziert und nicht deshalb entfallen, weil die Beklagte nach ihrem Vortrag (Schriftsatz vom 08.01.2016, Seite 6) derzeit keine Produkte mehr in den aus den Anlagen K 3 bis K 6 ersichtlichen Aufmachungen, also auch die streitgegenständlichen Produktverpackungen, vertreibt.

6. Da dem Kläger der geltend gemachte Unterlassungsanspruch ungeschmälert zusteht, hat die Beklagte ihm auch die geltend gemachten Kosten der Abmahnung zu erstatten (§ 12 Abs. 1 Satz 2 UWG), die der Höhe nach nicht streitig sind. Die Entscheidung über die Zinsen folgt dabei aus §§ 288 Abs. 1, 291 BGB.

7. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus § 708 Ziff. 10, 709 Satz 2, 711 ZPO.

8. Die Revision ist nicht zuzulassen. Es handelt sich um eine Einzelfallentscheidung, die weder von grundsätzlicher Bedeutung ist noch zur Fortbildung des Rechts oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert. Die von der Beklagten angeführten Entscheidungen des Kammergerichts betreffen andere Produktkategorien des Kosmetikbereichs.

Eine Vorlage beim Europäischen Gerichtshof ist ebenfalls nicht veranlasst. Die Grundfreiheit des Warenverkehrs ist bei einem Verbot der vorliegend irreführenden Produktverpackungen nicht berührt. Dass die Beklagte, wie sie vorträgt, europaweit einheitliche Produktverpackungen herstellt und vertreibt ändert daran nichts. Im Übrigen hat die Beklagte selbst darauf hingewiesen, dass sie keine Produkte mehr in den aus den Anlagen K 3 bis K 6 ersichtlichen Aufmachungen, also auch nicht die streitgegenständlichen Produktverpackungen, vertreibt. Das ist ihre nicht durch eine gerichtliche Vorgabe bestimmte, eigene unternehmerische Entscheidung, so dass aus deshalb nicht erkennbar ist, dass bezogen auf die streitgegenständlichen Produkte die Warenverkehrsfreiheit betroffen sein könnte.

(Abbildung)

(Abbildung)

(Abbildung)