
Datum: 02.04.2004
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 1/03
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2004:0402.6U1.03.00

Normen: UWG § 3; LMBG § 17 Abs. 1 Nr. 5, § 47 a Abs. 2 Nr. 5

Tenor:

1.)Die Berufung der Beklagten gegen das am 29.11.2002 verkündete Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln - 81 O 66/02 - wird zurückgewiesen.

2.)Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Beklagte zu tragen.

3.)Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte kann jedoch die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in nachbenannter Höhe abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit jeweils in derselben Höhe leistet. Es ist Sicherheit in folgender Höhe zu leisten bzw. sind folgende Beträge zu hinterlegen:

Bei Vollstreckung des Anspruches auf

a) Unterlassung 250.000 EUR;

b) Kostenerstattung 120 % der zu vollstreckenden Summe.

Die Parteien können die Sicherheiten durch eine schriftliche, unwiderrufliche, unbedingte und unbefristete Bürgschaft eines im Inland zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstitutes leisten.

Begründung

I

Wegen des Sachverhaltes wird gem. § 540 Abs.1 S.1 Ziff.1 ZPO auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen. Mit ihrer Berufung verfolgt die Beklagte das Ziel der Klageabweisung weiter.

Im Berufungsverfahren streiten die Parteien erneut um die Frage, ob der angesprochene Verkehr die Aussage "OHNE KOCHEN HERGESTELLT" so wie von dem Landgericht angenommen sinngemäß als "kaltgerührt" oder dahin versteht, dass bei dem Herstellungsprozess - wie es von der Beklagten tatsächlich praktiziert wird - die Zutaten des Brotaufstriches zwar erwärmt werden, dabei aber der Siedepunkt nicht erreicht wird. Der Senat hat zu dieser Frage ein demoskopisches Gutachten eingeholt, dessen Ergebnis aus Bl.282 ff ersichtlich ist.

II

Die Berufung ist zulässig, hat in der Sache aber keinen Erfolg. Auch unter Berücksichtigung des Berufungsvorbringens der Parteien und des eingeholten Gutachtens ist die Beklagte zu Recht antragsgemäß verurteilt worden. Die geltendgemachten Ansprüche sind aus §§ 1,3 UWG in Verbindung mit § 17 Abs.1 Ziff.5 b LMBG begründet.

Gemäß dem gegenüber § 3 UWG als Spezialnorm vorrangigen § 17 Abs.1 Ziff.5 b LMBG sind bei Lebensmitteln insbesondere "zur Täuschung geeignete Angaben" untersagt. Bei dieser Bestimmung handelt es sich um harmonisiertes Recht. Sie korrespondiert mit dem durch die Richtlinie 13/2000/EG neugefassten Art.2 Abs.1 a der Etikettierungsrichtlinie 79/112/EWG. Der Gesetzgeber hat diese Richtlinie nicht durch eine Gesetzesänderung in deutsches Recht umgesetzt, sondern ist davon ausgegangen, dass die Bestimmung des § 17 Abs.1 Nr.5 LMBG der Richtlinie bereits entspricht (vgl. näher Zipfel, Lebensmittelrecht, Stand August 2003, § 17 LMBG Rz. 213 a, 213 b). Dies bedeutet, dass die Vorschrift seit in Krafttreten der Richtlinie richtlinienkonform auszulegen ist, und damit insbesondere, dass nach der nunmehr gefestigten Rechtsprechung des EuGH (vgl. z.B. GRUR Int.98,797 - "Gutspringenheide"; WRP 99,307,310 - "Sektellerei Kessler") darauf abzustellen ist, "wie ein durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher die betreffende Angabe wahrscheinlich auffassen wird". Diese Frage hat auch im Rahmen des harmonisierten Rechts der nationale Richter allein zu entscheiden (vgl. EuGH a.a.O. "Gutspringenheide" S.797), weswegen eine Aussetzung des Verfahrens und Vorlage an den EUGH zur Vorabentscheidung gem. Art. 234 EGV, wie sie die Parteien im Berufungsrechtszug diskutiert haben, nicht in Betracht kommt.

Die angegriffene Aussage "OHNE KOCHEN HERGESTELLT" auf dem Deckel und dem Etikett des von der Beklagten in verschiedenen Geschmacksrichtungen vertriebenen Fruchtaufstriches ist im vorstehenden Sinne zur Täuschung geeignet. Denn die Verbraucher verstehen in erheblicher Anzahl die Angabe dahin, dass die Zutaten bei der Herstellung des Fruchtaufstriches gar nicht erwärmt, sondern ohne Wärmezufuhr verarbeitet werden. Tatsächlich erfolgt während des Herstellungsprozesses indes - ohne dass dadurch der

Siedepunkt erreicht würde - eine Erwärmung auf 85° C.

Die Frage, welche Irreführungsquote für eine Verurteilung wegen einer von der Angabe ausgehenden Täuschung erreicht sein muss, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab (vgl. die Darstellung bei Köhler/Piper, 3.Aufl., § 3 UWG RZ 147 ff, 149 mit ausführlichen Hinweisen auf die Rechtsprechung). Es genügt die Fehlvorstellung eines nicht völlig unerheblichen Teils der angesprochenen Verkehrskreise, weswegen eine Quote von etwa 10 % ausreichend sein kann. Maßgeblich sind Art und Besonderheiten der Ware, Art und Ausmaß der Werbung, die Intensität der Irreführung, deren Gefährlichkeit für die Allgemeinheit und der Grad der Betroffenheit der Mitbewerber und Verbraucher. Diese zu § 3 UWG entwickelten Kriterien sind auch bei der Beurteilung der Frage zugrunde zu legen, ob eine Angabe im Sinne des § 17 Abs.1 Ziff.5 b LMBG zur Täuschung geeignet ist, weil es sich bei der Vorschrift um eine besondere gesetzliche Ausformung des allgemeinen Irreführungsverbotes aus § 3 UWG handelt. 9

Es ist zunächst entgegen der Auffassung der Beklagten für ein Verbot nicht deswegen eine höhere Irreführungsquote erforderlich, weil die Aussage objektiv wahr wäre und lediglich falsch verstanden würde. Es trifft zwar zu, dass in solchen Fällen von der Rechtsprechung eine deutlich höhere Irreführungsquote verlangt wird (vgl. z.B. BGH GRUR 92,66,68 - "Königl.-Bayerische Weisse"; 96,910,912 - "Der meistverkaufte Europas"), eine solche Fallgestaltung liegt aber gerade nicht vor. Die Aussage besagt nicht eindeutig, dass die Zutaten erhitzt würden, sondern lässt mit ihrer ausschließlich negativen Formulierung, wonach der Fruchtaufstrich "ohne Kochen" hergestellt werde, mehrere unterschiedliche Vorstellungen darüber offen, wie denn das ohne Kochen hergestellte Produkt stattdessen tatsächlich hergestellt wird. Insbesondere kommen die beiden vorstehend unter I dargestellten Verständnisalternativen in Betracht, weswegen die Aussage mehrdeutig ist. Als solche könnte sie nur objektiv wahr sein, wenn beide Verständnisalternativen zuträfen. Das ist indes nicht der Fall, weil das durch die offen formulierte Aussage hervorgerufene Verständnis, die Zutaten würden nicht erhitzt sondern kalt verarbeitet, nicht zutrifft. 10

Im Ausgangspunkt geht der Senat danach davon aus, dass eine Quote von etwa 10 % ausreicht, um die Eignung zur Täuschung im Sinne des § 17 Abs.1 Ziff.5 b LMBG zu bejahen. Es handelt sich um eine Werbung, die das Gesundheitsbewusstsein der Verbraucher anspricht und damit indirekt ihre Gesundheit, also ein anerkannt wichtiges Gut, betrifft. Denn die Hervorhebung, dass die Zutaten nicht gekocht würden, lässt den Verbraucher annehmen, die natürlichen Bestandteile würden durch die beworbene besondere Art der Herstellung geschont und kämen ihm daher bei dem Verzehr, wenn nicht unverändert, dann doch nur wenig verändert zu Gute. Dies belegen die Antworten auf Frage 9 des Gutachtens, wonach 34 % der Befragten der Auffassung sind, bei der Herstellung des mit "OHNE KOCHEN HERGESTELLT" beworbenen Brotaufstriches blieben Farbe, Frische, Vitamingehalt und Konsistenz der Früchte fast vollständig erhalten und die Früchte würden mehr geschont als bei anderen Fruchtaufstrichen, Marmeladen oder Konfitüren. Unabhängig davon, inwieweit diese Vorstellung bei einer unterhalb des Siedepunktes verbleibenden Erhitzung tatsächlich enttäuscht wird, stellt sich die in Rede stehende Täuschung daher als eine solche dar, die einen von dem Verbraucher als wichtig angesehenen Gesichtspunkt betrifft. Zudem tritt die unrichtig verstandene Angabe dem Verbraucher bei jedem Kauf und sogar jeder Benutzung des Marmeladenglases gegenüber und betrifft die Wettbewerber intensiv, weil ein Unterschied zu deren Produktionsweise suggeriert wird, der - zumindest so - nicht vorliegt. Aus diesen Gründen ist eine über 10 % noch hinausgehende Irreführungsquote nicht zu verlangen. 11

Diese Quote ist ausweislich des von dem Marktforschungsunternehmen IPSOS Deutschland im Auftrag des Senats erstellten Gutachtens erreicht. Wie sich aus der Tabelle 3 des Gutachtens (S.7) ergibt, haben insgesamt 11 % der Befragten angenommen, die Zutaten würden bei der Herstellung nicht erhitzt. Diese Quote ergibt sich aus der gebotenen Addition derjenigen 9 %, die annehmen, der Fruchtaufstrich werde kalt gerührt bzw. verarbeitet bzw. nicht erhitzt, mit den weiteren 2 %, die angegeben haben, der Fruchtaufstrich werde nur durch Rühren bzw. durch Rühren hergestellt. Diese Zahlen sind ungeachtet der von der Beklagten aufgeworfenen und hier zunächst zurückzustellenden Problematik, in welchem Umfang die Antworten auf gestützte Fragen berücksichtigungsfähig sind (vgl. dazu BGH GRUR 63,142,145 - "Original-Ersatzteile"), der Entscheidung zugrunde zu legen, weil sie nicht auf einer gestützten Frage beruhen. Die Zahlen ergeben sich aus den Antworten auf die Frage 5, mit der offen und ohne jede Beeinflussung in die eine oder andere Richtung danach gefragt worden war, was die Aussage "OHNE KOCHEN HERGESTELLT" den Befragten über die Zubereitung sage, was "OHNE KOCHEN HERGESTELLT" für sie also bedeute. In die Auswertung sind allerdings auch die Antworten auf die Frage 5 b) eingeflossen. Mit jener weiteren Fragestellung ist jedoch die Form der offenen Fragestellung nicht verlassen worden. Vielmehr sind damit lediglich in einer Nachfrage diejenigen Befragten, die in ihrer Antwort auf die Frage 5 das Wort "Kochen" verwendet hatten, gebeten worden, ihre Antwort nunmehr so zu formulieren, dass sie das Wort "Kochen" nicht verwendeten. Dies war erforderlich, weil das Verständnis des Begriffes "Kochen" im Zusammenhang der Aussage gerade ermittelt werden sollte, und enthält eine irgendwie geartete Festlegung oder Hinleitung des Befragten auf die eine oder andere in Betracht kommende Antwort nicht.

Der Senat verkennt nicht, dass die bisher im Grundsatz vertretene Ansicht, vorbehaltlich der zu berücksichtigenden Umstände des Einzelfalles reiche eine Irreführungsquote in der Größenordnung von 10 % für ein Verbot täuschender Angaben aus, unter Herrschaft des "alten" Verbraucherleitbildes entwickelt worden ist. Die Rechtsprechung hat sich - soweit ersichtlich - noch nicht mit der Frage befasst, ob unter Berücksichtigung des neuen Verbraucherleitbildes, nach dem nicht mehr auf den flüchtigen - auch unaufmerksamen - Verbraucher, sondern darauf abzustellen ist, wie ein durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher die betreffende Angabe wahrscheinlich auffassen wird (vgl. EUGH a.a.O.) an dieser Regel festzuhalten ist. Der Senat hält indes im vorliegenden Verfahren auch unter Berücksichtigung dieses Wandels des Verbraucherleitbildes die ermittelte Quote von 11 % auf die ungestützte Frage 5 für ein Verbot für ausreichend hoch. Es ist nämlich davon auszugehen, dass es sich bei diesen 11 % getäuschten Befragten jedenfalls um solche Verbraucher handelt, die den vorzitierten Anforderungen der neueren Rechtsprechung entsprechen. Das ergibt sich aus dem Umstand, dass 45,2 % auf die zuvor gestellte Frage 4 mit "nein" und weitere 16,7 % sogar mit "weiß nicht" geantwortet oder keine Angabe gemacht hatten. Mit der Frage 4 war - offen - danach gefragt worden, ob der Text "OHNE KOCHEN HERGESTELLT" den Befragten etwas darüber aussage, wie der Fruchtaufstrich hergestellt werde. Angesichts der Tatsache, dass die Angabe eindeutig die Aussage enthält, der Fruchtaufstrich werde während der Herstellung nicht über den Siedepunkt erhitzt, also nicht "gekocht", ist davon auszugehen, dass diejenigen Verbraucher, die die vorzitierten Anforderungen des maßgeblichen Verbraucherleitbildes in der konkreten Situation der Betrachtung des Glases mit Fruchtaufstrich nicht erfüllen, sich in der Gruppe derjenigen insgesamt 61,9 % befunden haben, die die Frage 4 nicht mit "ja" beantwortet haben und denen deswegen die Frage 5 nicht gestellt worden ist. Es kommt hinzu, dass der Grad der Täuschung mit dem Informationsgrad der Befragten steigt: So sind ausweislich der Tabelle 3 des Gutachtens diejenigen Befragten, die zumindest ab und zu Fruchtaufstrich selbst herstellen, zu insgesamt 14 % dem maßgeblichen Irrtum erliegen. Ebenso belegen die Ergebnistabellen zur Frage 5,

dass Frauen, die ausweislich der Antworten auf Frage 11 häufiger als Männer Fruchtaufstrich, Marmelade oder Konfitüre kaufen, häufiger als Männer durch die Angabe getäuscht werden. Es fällt schließlich auf, dass das Verhältnis derer, die sich geirrt haben, zu denjenigen, die einem Irrtum nicht erlegen sind, in allen Fragestellungen bis hin zu der gestützten Frage 6 in etwa gleich bleibt.

Ungeachtet der Tatsache, dass aus den vorstehenden Gründen auf Grund der ungestützten Fragen eine für die Zurückweisung der Berufung ausreichende Irreführungsquote von 11% erreicht ist, ist im übrigen festzustellen, dass bei Zugrundelegung des gesamten Gutachtens sogar eine Irreführungsquote von 19,5 % erreicht ist. Diese ergibt sich unter zusätzlicher Berücksichtigung auch der gestützten Frage 6, mit der den Befragten die beiden oben unter I dargestellten Alternativen zur Wahl gestellt worden sind. Denn angesichts des Umstandes, dass die Befragten sich in einem Umfang von über 60 % nicht in der Lage gesehen haben zu erkennen, dass die negative Formulierung "OHNE KOCHEN HERGESTELLT" auch Vorstellungen darüber auslösen kann, wie denn stattdessen die Herstellung geschieht, war es geboten, ihnen die in Betracht kommenden Antworten ausformuliert vor Augen zu halten. Im übrigen sind dabei beide in Rede stehenden Verständnisvarianten gleichrangig und ohne Wertung nebeneinander zur Auswahl gestellt worden, so dass eine irgendwie geartete Beeinflussung bei der Auswahl nicht stattgefunden hat. 14

Stellt die angegriffene Aussage "OHNE KOCHEN HERGESTELLT" damit eine zur Täuschung geeignete Angabe im Sinne des § 17 Abs.1 Ziff.5 b LMBG dar, so ist sie auch von wettbewerblicher Relevanz und löst deswegen den geltendgemachten Unterlassungsanspruch aus §§ 1,3 UWG aus. Fast ein Drittel der Verbraucher, nämlich 31,3 %, leiten aus der Aussage positive Vorstellungen über die Qualität des fertigen Brotaufstriches ab. Dies belegen die Antworten auf die Fragen 7 und 8 der demoskopischen Befragung, wegen deren Einzelheiten auf die Seiten 14 - 16 des Gutachtens verwiesen wird. Angesichts dessen bedarf es keiner weitergehende Begründung, dass die beanstandete irreführende Aussage für die Kaufentscheidung in hohem Maße zumindest mitursächlich und deswegen von wettbewerblicher Relevanz ist. 15

Die Beklagte ist schließlich auch nicht gem. § 47 a Abs.1 LMBG berechtigt, weiter die beanstandete Angabe zu machen. Nach dieser Bestimmung dürfen im Einzelfall Lebensmittel trotz Verstoßes gegen lebensmittelrechtliche Bestimmungen in Deutschland in Verkehr gebracht werden, wenn sie in einem anderen EG-Mitgliedsland rechtmäßig in Verkehr gebracht werden. 16

Die Beklagte beruft sich selbst insoweit ohne Erfolg auf die bei Zipfel (a.a.O.) im Anhang zu § 47 a LMBG wiedergegebene Bekanntmachung vom 08.09.1994. Diese verhält sich nämlich über den Konservierungsstoff Kaliumsorbat (E 202) und nicht über die Frage, was unter "Kochen" zu verstehen ist. Es kann auch dahinstehen, welche rechtliche Qualität das von der Klägerin als Anlage K 14 vorgelegte "Dokument des Europäischen Konfitürenverbandes" hat, wonach in Dänemark von den Behörden Bezeichnungen wie "ohne Kochen" auch für Produkte gestattet seien sollen, die mit höchstens 85 bis 90° C Wärme hergestellt worden sind. Angesichts des Umstandes, dass die Vorschrift des § 17 Abs.1 Nr. 5 b LMBG harmonisiertes Recht darstellt, setzt das rechtmäßige in Verkehr bringen in einem Mitgliedsstaat die Beachtung der Richtlinie voraus (vgl. Zipfel § 47 a RZ 30 a). Da indes nach der Richtlinie irreführende Angaben unzulässig sind und dies nicht nur in Deutschland, sondern auch in Dänemark gilt, kann mit der vorgelegten Bekanntmachung eine irreführende Angabe in Deutschland nicht erlaubt werden. 17

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs.1 ZPO. 18

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr.10, 711 ZPO.	19
Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision gem. § 543 ZPO liegen nicht vor. Insbesondere gebieten die abweichenden Entscheidungen des LG Mönchengladbach - 8 O 89/00 - und des OLG Düsseldorf - 20 U 67/01 - nicht die Zulassung der Revision zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung. In jenem Verfahren sind beide Instanzen nicht aufgrund abweichender Beurteilung von Rechtsfragen, sondern aufgrund des Sprachverständnisses der beteiligten Richter - einer tatsächlichen Frage - zur Verneinung einer Irreführung gelangt. Überdies ist in dem Verfahren - mangels Beweisantrittes - ein demoskopisches Gutachten nicht eingeholt worden und wäre ohne Beweisaufnahme im vorliegenden Verfahren ebenfalls zu Gunsten der Beklagten zu entscheiden gewesen.	20
Streitwert für das Berufungsverfahren: 250.000 EUR.	21
