
Datum: 13.01.2006
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 126/05
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2006:0113.6U126.05.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 33 O 51/05
Normen: UWG § 5, Kosmetik VO § 5 b Nr. 8 S. 2

Tenor:

I.

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 14. Juni 2005 verkündete Urteil der 33. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 33 O 51/05 - unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels teilweise abgeändert und wie folgt insgesamt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt,

1.

es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 Euro, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs für den Vertrieb von Kosmetikprodukten wie folgt zu werben:

"Mit dem Aufbau einer bundesweit tätigen Unternehmensgruppe wurde mit dem nun auch in Deutschland bewährten Konzept im Oktober 1996 begonnen Durch eine in der Branche einzigartige Positionierung zwischen hautärztlicher und kosmetischer Behandlung wurde erreicht, dass C. M. D. heute zu

den wachstumsstärksten Unternehmen der Branche gehört", und zwar wie nachstehend wiedergegeben:

pp.

2.

an die Klägerin 439,90 Euro an vorgerichtlichen Kosten für die Abmahnung vom 28.12.2004 (§ 12 UWG) zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 26.02.2005 zu zahlen.

II.

Die Berufung der Klägerin wird zurückgewiesen.

III.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz und des Berufungsverfahrens werden gegeneinander aufgehoben.

IV.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Zwangsvollstreckung aus den unter 1. und 2. titulierten Ansprüchen durch Sicherheitsleistung abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Die Höhe der jeweils zu erbringenden Sicherheitsleistungen beträgt hinsichtlich des unter 1. titulierten Unterlassungsanspruchs 20.000 Euro, hinsichtlich des unter 2. titulierten Zahlungsanspruchs 500 Euro. Die Parteien dürfen die jeweils gegen sie gerichtete Zwangsvollstreckung aus der unter III. ausgesprochenen Kostenentscheidung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des auf Grund der Kostenentscheidung vollstreckbaren Betrages abzuwenden, sofern nicht der jeweilige

Gläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des daraus jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

V. Die Revision wird nicht zugelassen.

I.	2
Die Klägerin, die Kosmetikprodukte der Marke "Dr. B." herstellt und vertreibt, und die Beklagte, die seit Juni 2003 Kosmetikprodukte der Marke "E." vertreibt, streiten um die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit von Werbeaussagen, mit denen die Beklagte auf der Homepage www.E..de wirbt, sowie um Kosten einer Abmahnung.	3
Die Klägerin hat beantragt,	4
die Beklagte zu verurteilen,	5
1. es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 Euro, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs für den Vertrieb von Kosmetikprodukten wie folgt zu werben:	6
a. "Wir sind ein ... Produktionsunternehmen ...", und zwar wie nachstehend wiedergegeben:	7
pp.	8
und/oder	9
b. "... um Ihnen für jeden Hautzustand stets die ... gemäß der herstellerunabhängigen Fachliteratur verträglichsten und wirksamsten Kosmetikpräparate anbieten zu können", und zwar wie nachstehend wiedergegeben:	10
pp.	11
und/oder	12
c. "Mit dem Aufbau einer bundesweit tätigen Unternehmensgruppe wurde mit dem nun auch in Deutschland bewährten Konzept im Oktober 1996 begonnen Durch eine in der Branche einzigartige Positionierung zwischen hautärztlicher und kosmetischer Behandlung wurde erreicht, dass C. M. D. heute zu den wachstumsstärksten Unternehmen der Branche gehört", und zwar wie nachstehend wiedergegeben:	13
pp.	14
2. an sie 699,90 Euro an vorgerichtlichen Kosten für die Abmahnung vom 28.12.2004 (§ 112 UWG) zuzüglich Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 26.02.2005 zu zahlen.	15
Die Beklagte hat beantragt,	16
die Klage abzuweisen.	17
Das Landgericht hat mit dem angefochtenen Urteil, auf dessen tatsächliche Feststellungen wegen des zugrunde liegenden Sachverhalts Bezug genommen wird, den Klageanträgen zu 1. a) und c) sowie dem Klageantrag zu 2. in Höhe von 512,70 Euro zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 26.02.2005 stattgegeben und die Klage im Übrigen abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt:	18

Die mit dem Antrag zu 1. a) angegriffene Werbeaussage sei irreführend, weil ein Herstellungsvorgang im Hause der Beklagten nicht stattfinde, diese vielmehr nach ihrem eigenen Vorbringen lediglich Rezepte weitergebe, Rohstoffe bestimme und die fertigen Produkte überprüfe. Die Beklagte könne dem nicht entgegenhalten, dass sie	19
Herstellerin im Sinne der Kosmetikverordnung sei, weil es nicht um Hinweise auf ihre Herstellereigenschaft in diesem Sinne, sondern um ihre unternehmensbezogene	20
Werbung gehe. Die Werbung sei geeignet, den Wettbewerb im betroffenen Markt zu beeinflussen, weil einem produzierenden Unternehmen ein größeres Maß an Kompetenz und Erfahrung und damit letztlich Vertrauen entgegengebracht werde als einem Unternehmen, das sich nicht mit der Fertigung der Kosmetika befasse. Irreführend sei auch die mit dem Antrag zu 1. c) angegriffene Werbeaussage, weil es sich bei der Beklagten unstreitig um ein einzelkaufmännisches Unternehmen handle und die Beklagte die behauptete Stellung als eines der wachstumsstärksten Unternehmen, für die neben Umsatzzahlen Marktanteile und Stückzahlen eine maßgebliche Rolle spielten, nicht im Ansatz dargelegt habe. Nicht zu beanstanden sei hingegen die mit dem Antrag zu 1. b) angegriffene Werbeaussage, die unter Berücksichtigung der Überschrift und der Einleitung nur dahingehend verstanden werden könne, dass die Beklagte hier das Ziel bzw. die Motivation ihrer Arbeit darstelle und sich nicht einer Spitzenstellung bzw. irgendwelcher Auszeichnungen berühme. Die mit dem Zahlungsantrag geltend gemachten Kosten der Abmahnung seien von der Beklagten nur berechnet nach einem Streitwert von 30.000 Euro zu tragen, weil die Klägerin von fünf abgemahnten Werbeaussagen nur drei im Rechtsstreit erfolgreich geltend gemacht habe. Wegen der weiteren Einzelheiten der Begründung wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.	21
Dagegen richten sich die Berufungen beider Parteien, mit denen diese jeweils, die Klägerin mit der Einschränkung, dass auf den Zahlungsantrag nur Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 26.02.2005 geltend gemacht werden, ihre erstinstanzlich gestellten Anträge weiterverfolgen.	22
Die Beklagte macht geltend, sie sei als Herstellerin im Sinne der Kosmetikverordnung berechtigt und verpflichtet, sich als Herstellerin zu bezeichnen und könne dadurch den Verkehr nicht täuschen. Die angegriffene Werbeaussage sei auch nicht geeignet, den Wettbewerb im betroffenen Markt zu beeinflussen, weil im Bereich der Kosmetikinstitutsbranche eine Lohnherstellung oder teilweise Lohnherstellung üblich und für die Herstellereigenschaft in der Branche entscheidend sei, wer die Produktentwicklung bestimme. Dies tue die Beklagte, die die Rohstoffe für die Rezepturen	23
bestimme, vor Markteinführung Wirksamkeitsstudien durchführe, das Produktdesign entwickle und bestimme, im eigenen Haus die Etiketten für die Produkte erstelle und - wie die Beklagte persönlich in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat	24
ausgeführt hat - die Endkontrolle durchführe. Soweit das Landgericht ausreichenden Vortrag zur Herstellung im eigenen Haus vermisst habe, habe es gegen die Hinweispflicht aus § 139 ZPO verstoßen. Die mit dem Klageantrag zu 1. c) angegriffene Werbeaussage sei nicht irreführend, weil die Beklagte eine kombinierte Zusammenarbeit mit Kosmetikinstituten und verschiedenen Spezialisten wie Hautärzten und Schönheitschirurgen auf diesem Branchensegment anstrebe und mit einer Unternehmensgruppe in diesem Sinne im Jahre 1996 begonnen habe. Für die behauptete Wachstumsstärke sei der Umsatzzuwachs maßgeblich, den sie, die Beklagte, unter Beweis gestellt habe und zu dem sie in der Berufungsinstanz ergänzend vorträgt.	25

Die Klägerin meint, die mit dem Klageantrag zu 1. b) angegriffene Werbeaussage stelle eine Spitzenstellungsbehauptung im Sinne des § 5 UWG sowie darüber hinaus die irreführende Werbung mit tatsächlich nicht erhaltenen Auszeichnungen dar. Die mit dem Klageantrag zu 2. geltend gemachten Abmahnkosten seien in vollem Umfang aus § 12 UWG begründet, weil auch die vorausgegangene Abmahnung in vollem Umfang begründet gewesen sei. 26

II. 27

Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache Erfolg, soweit sie sich gegen die Verurteilung aus dem Klageantrag zu 1. a) richtet und soweit sie die Verurteilung zur Zahlung eines über 439,90 Euro hinausgehenden Betrages aus dem Klageantrag zu 2. beanstandet. Im Übrigen ist sie unbegründet. Die ebenfalls zulässige Berufung der Klägerin ist unbegründet. 28

1. Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist die Werbung der Beklagten mit dem Begriff "Produktionsunternehmen" nicht im Sinne des § 5 Abs. 1 UWG irreführend. Der Begriff "Produktionsunternehmen" beinhaltet allerdings die Aussage, dass das Unternehmen selbst produziert. Die Beklagte ist unstreitig an der eigentlichen Fertigung, dem Anrühren und Abfüllen der Kosmetika, nicht beteiligt. Sie überlässt 29

diese vielmehr Lohnherstellern. Sie gibt aber, wie sie schriftsätzlich vorgetragen und in der mündlichen Verhandlung persönlich ergänzt und erläutert hat, die Rezepturen vor, bestimmt die Rohstoffe und führt die Endkontrolle der Produkte durch. Dadurch, insbesondere durch die Vornahme der Endkontrolle, ist sie in einer Weise verantwortlich in den Herstellungsprozess eingebunden, die es rechtfertigt, sich als "Produktionsunternehmen" zu bezeichnen, zumal bei der Entwicklung von Kosmetika das eigentliche Anrühren und Abfüllen in der Bedeutung hinter der Entwicklung der Rezepturen zurücktritt und die Beklagte mit der Entwicklung der Rezepturen, der Bestimmung der Rohstoffe und der Durchführung der Endkontrolle gerade diejenigen Teile des Entwicklungsprozesses selbst vornimmt, die bei der Herstellung von Kosmetika das größere Maß an Kompetenz und Erfahrung voraussetzen, das der Verkehr bei einem produzierenden Unternehmen annimmt und auf die sich das besondere Vertrauen, das er einem produzierenden Unternehmen entgegenbringt, stützt. Ohnehin ist dem Verkehr inzwischen geläufig, dass Unternehmen Fertigungsvorgänge auslagern und erhebliche Teile des eigentlichen Produktionsvorgangs oft fernab der Firmenzentrale nach deren strikten Vorgaben stattfinden. Dieser Erkenntnis trägt denn auch § 5 b Nr. 8 S. 2 KosmetikVO Rechnung, wonach Hersteller eines kosmetischen Mittels auch der ist, in dessen Auftrag das Mittel hergestellt wird. 30

Bei dieser Sachlage kann es der Beklagten nicht verwehrt sein, sich nicht nur als Herstellerin, sondern auch als Produzentin oder Produktionsunternehmen zu bezeichnen. Der Senat verneint daher insoweit die Gefahr einer Irreführung, ohne dass es der Einholung eines demoskopischen Gutachtens bedurft hätte (vgl. BGH GRUR 2004, 244, 245 - Marktführerschaft; BGH GRUR 2002, 550, 552 - Elternbriefe). 31

2. Das Landgericht hat dagegen zu Recht angenommen und zutreffend begründet, dass die Aussagen der Beklagten, mit dem Aufbau einer bundesweit tätigen Unternehmensgruppe sei mit dem nun auch in Deutschland bewährten Konzept im Oktober 1996 begonnen worden, und, durch eine in der Branche einzigartige Positionierung zwischen hautärztlicher und kosmetischer Behandlung sei erreicht, dass C. M. D. heute zu den wachstumsstärksten Unternehmen der Branche gehöre, wie sie auf der Homepage der Beklagten getroffen sind, im Sinne des § 5 Abs. 1 UWG irreführend sind. 32

a) Soweit die Beklagte der Entscheidung über die erstgenannte Aussage entgegenhält, sie strebe eine kombinierte Zusammenarbeit mit Kosmetikinstituten und verschiedenen Spezialisten wie Hautärzten und Schönheitschirurgen auf diesem Branchensegment an und habe mit einer Unternehmensgruppe in diesem Sinne im Jahre 1996 begonnen, ändert dies nichts daran, dass ihre Aussage irreführend ist. Unter einer Unternehmensgruppe versteht zumindest ein nicht unerheblicher Teil des Verkehrs eine Anzahl von rechtlich und wirtschaftlich selbstständigen Betrieben, die durch die Zielsetzung und eine gleichartige Steuerung und Unternehmenskultur unter einem Begriff zusammengefasst werden (so die Definition in der Hauszeitung der Unternehmensgruppe in BAG ZIP 2005, 915 ff.). Zudem verstehen zumindest nicht unerhebliche Teile des Verkehrs den Begriff als Verbindung mehrerer Unternehmen von einer gewissen Größe und Bedeutung (LG Hamburg Magazindienst 1994, 600 ff.). An der danach erforderlichen gleichartigen Steuerung und Unternehmenskultur sowie Größe der beteiligten Unternehmen fehlt es bei der von der Beklagten beschriebenen angestrebten "Zusammenarbeit". Ob es, wie die Beklagte behauptet, einen industriellen Zuschnitt einer Unternehmensgruppe, wie das Landgericht ihn annehme, im Bereich der Kosmetikinstitutsbranche nicht gibt, kann dahinstehen, weil das nicht bedeutet, dass die Aussage der Beklagten nicht in diesem Sinne verstanden wird.

b) Soweit die Beklagte die Entscheidung über ihre Aussage, sie gehöre zu den wachstumsstärksten Unternehmen der Branche, mit dem Hinweis beanstandet, sie habe ihren Umsatzzuwachs unter Beweis gestellt, und dazu ergänzend vorträgt, vermag ihr Vortrag eine abweichende Entscheidung schon deshalb nicht zu begründen, weil mit dem Wachstum für das Jahr 2004 argumentiert wird, das nach dem von der Beklagten selbst vorgetragenen Verlust des Kundenstamms im Jahr 2003 (Bl. 15 d.A.) einen niedrigen Ausgangspunkt hatte. Wer mit der Behauptung wirbt, zu den wachstumsstärksten Unternehmen der Branche zu gehören, muss mit einer gewissen Stetigkeit eine der höchsten Wachstumsraten aufweisen. Diese Stetigkeit wird durch den Vortrag hoher Wachstumszahlen für ein Jahr, zudem nach Verlust des Kundenstamms im Vorjahr, nicht dargelegt. Hinzu kommt, dass der zum Vergleich vorgelegte Text zu den Wachstumszahlen des Gesamtmarktes an einen anderen Ausgangszeitpunkt, nämlich einen Untersuchungsbeginn 1996 anknüpft.

34

3. Zu Recht hat das Landgericht den Klageantrag zu 1. b) abgewiesen, mit dem die Klägerin die Unterlassung der Aussage "... um Ihnen für jeden Hautzustand stets die ... gemäß der herstellerunabhängigen Fachliteratur verträglichsten und wirksamsten Kosmetikpräparate anbieten zu können" in der im Klageantrag wiedergegebenen Weise begehrt. Diese Aussage ist nicht irreführend im Sinne des § 5 Abs. 1 UWG.

35

Sie stellt sich - anders, als die Klägerin meint - nicht als Werbung mit tatsächlich nicht erhaltenen Auszeichnungen dar. Unter einer Auszeichnung versteht man etwas, das ein Unternehmen oder seinen Träger aus der Menge der Mitbewerber hervorhebt und ihm von dritter Seite bescheinigt worden ist (Bornkamm in: Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht 23. Aufl. § 5 UWG Rdn. 5.156). Diese Auszeichnung wird also für eine zeitlich vorher erbrachte Leistung gewährt. Die in der Werbeaussage der Beklagten verwendete Formulierung "die ... gemäß der herstellerunabhängigen Fachliteratur verträglichsten und wirksamsten Kosmetikprodukte" besagt nicht, dass diesen Kosmetikprodukten in der herstellerunabhängigen Fachliteratur (nachträglich) die höchste Verträglichkeit und Wirksamkeit bescheinigt worden ist. Sie besagt nur, dass diese Kosmetikprodukte auf der Grundlage der herstellerunabhängigen Fachliteratur die verträglichsten und wirksamsten sind.

36

Die angegriffene Aussage ist auch nicht als Alleinstellungsbehauptung mit dem Inhalt, dass die Beklagte die gemäß der herstellerunabhängigen Fachliteratur verträglichsten und wirksamsten Kosmetikpräparate anbietet, irreführend. Es lässt sich nicht feststellen, dass der Verkehr, zumindest ein nicht unerheblicher Teil des Verkehrs, die Aussage, dass all die genannten verschiedenen Fachkräfte - Kosmetikerinnen, ästhetische Chirurgen, Hautärzte, Heilpraktiker, Kosmetikchemiker und kaufmännische Fachkräfte - zusammenarbeiten, um "... für jeden Hautzustand stets die ... gemäß der herstellerunabhängigen Fachliteratur verträglichsten und wirksamsten Kosmetikpräparate anbieten zu können" dahingehend versteht, dass die Beklagte tatsächlich im Vergleich zu Wettbewerbern die verträglichsten und wirksamsten Kosmetikpräparate anbieten kann. Ein solches Verständnis ist zwar nicht vollständig ausgeschlossen. Die Formulierung der Werbung lässt aber so viele näher liegende andere Verständnismöglichkeiten offen, die sich nicht als unzulässige Alleinstellungswerbung darstellen, dass nicht angenommen werden kann, dass ein nicht unerheblicher Teil des Verkehrs die Aussage als Alleinstellungswerbung versteht. Dabei ist vor al-

lem zu berücksichtigen, dass die streitige Aussage - wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat - in einem Nebensatz steht, der als Finalsatz an die im Hauptsatz beschriebene und inhaltlich mit der Überschrift "Unser Team" in Zusammenhang stehende Zusammenarbeit anknüpft und damit bei grammatischer Betrachtung und nahe liegendem Verständnis die Zielrichtung dieser Zusammenarbeit zum Ausdruck bringt. Hinzu kommt, dass der Verkehr der Formulierung "aus unserer Sicht", auch wenn sie mit einem "und" mit der Aussage "gemäß der herstellerunabhängigen Fachliteratur" verknüpft ist, eine Relativierung im Sinn einer subjektiven Einschätzung entnehmen kann. Schließlich lässt sich die Werbeaussage auch so verstehen, dass die angebotenen Kosmetikpräparate nicht als die im Vergleich zu denen anderer Hersteller verträglichsten und wirksamsten dargestellt werden, sondern sich die Aussage "die verträglichsten und wirksamsten" auf "für jeden Hauttyp" bezieht mit der Folge, dass die Aussage lediglich dahin geht, dass die Beklagte dank der geschilderten Kompetenz für den jeweiligen Hauttyp das verträglichste und wirksamste Produkt anbieten kann.

4. Ist die Klage danach nur mit den mit jeweils 10.000 Euro bewerteten Unterlassungsanträgen betreffend zwei der insgesamt vier angegriffenen Werbeaussagen begründet, sind die mit dem Antrag zu 2. geltend gemachten Kosten der diese vier und eine weitere Aussage betreffenden Abmahnung nach einem Streitwert von 20.000 Euro zu erstatten. Hinsichtlich der nicht streitgegenständlichen abgemahnten weiteren Aussage kommt eine Erstattung der Abmahnkosten nicht in Betracht, weil die Klägerin die Berechtigung dieser Abmahnung nicht dargelegt hat. Ausgehend von einem Streitwert von 20.000 Euro betragen die erstattungsfähigen Abmahnkosten 839,80 Euro (1,3 Geschäftsgebühr Nr. 2400 VV RVG) ./. 2 gemäß Vorbem. Abs. 4 Teil 3 = 419,90 Euro zuzüglich 20 Euro (Auslagenpauschale Nr. 7002 VV RVG) = 439,90 Euro.

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Anlass, gemäß § 543 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO die Revision zuzulassen, besteht nicht.