
Datum: 31.08.2007
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 42/07
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2007:0831.6U42.07.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 84 O 81/06
Normen: UWG § 6 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 4

Tenor:

1.

Die Berufung der Beklagten gegen das am 25.01.2007 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln - 84 O 81/06 - wird zurückgewiesen.

2.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte.

3.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann jedoch die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Die Sicherheitsleistung beträgt hinsichtlich der Unterlassungsverpflichtung 200.000 € und hinsichtlich der Kostenerstattung 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages.

4.

Die Revision wird nicht zugelassen.

GRÜNDE

I.

Die Parteien sind unmittelbare Wettbewerber bei dem Vertrieb therapeutischer Orthopädieprodukte, unter anderem von Bandagen und Orthesen. Die Klägerin hält die nachfolgend eingeblendete Broschüre "Hilfsmittelinformation" (Anlage K 8) der Beklagten unter mehreren Aspekten für einen nach Maßgabe des § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG unzulässigen Werbevergleich und nimmt die Beklagte auf Unterlassung, Auskunftserteilung und Schadensersatzfeststellung in Anspruch:

pp.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen in dem Urteil des Landgerichts vom 25.01.2007, mit welchem dieses der Klage insgesamt stattgegeben hat, Bezug genommen. Mit ihrem Rechtsmittel verfolgt die Beklagte ihr Ziel der Klageabweisung unter Wiederholung und Vertiefung ihres Rechtsstandpunktes weiter.

II.

Die Berufung ist zulässig. In der Sache bleibt sie ohne Erfolg. Das Landgericht hat zu Recht festgestellt, dass die vorstehend wiedergegebene Werbung der Beklagten wettbewerbsmäßig unlauter i.S. der §§ 3, 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG und die Klage deshalb gemäß § 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1, § 9 UWG begründet ist.

1.

Es steht außer Frage, dass die auf die Klägerin und ihre Produkte unmittelbar namentlich Bezug nehmende Werbung einen Vergleich i.S. des § 6 Abs. 1 UWG darstellt. Nach § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG ist vergleichende Werbung unzulässig, wenn sie die Wertschätzung des von einem Mitbewerber verwendeten Kennzeichens in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt. Die Verwendung von Unterscheidungszeichen eines Mitbewerbers im Rahmen vergleichender Werbung stellt allerdings für sich gesehen trotz der damit einhergehenden Anlehnung an Ruf und Verkaufserfolg des Konkurrenten noch keine unlautere Rufausnutzung in diesem Sinne dar, weil dieser Hinweis Voraussetzung für einen wirksamen Wettbewerb auf dem fraglichen Markt sein kann (vgl. EuGH GRUR 2002, 354, 356, Rn. 53, 54 – Toshiba/Katun; BGH GRUR 2003, 444, 445 – Ersetzt; BGH GRUR 2005, 163, 165 – Aluminiumräder). Das wettbewerbsrechtliche Unwerturteil kann erst dann gerechtfertigt sein, wenn die Nennung fremder Marken, Produkte oder sonstiger Unterscheidungszeichen bei den angesprochenen Verkehrskreisen den Eindruck hervorruft, dass diese Verkehrsteilnehmer den guten Ruf der Erzeugnisse des Konkurrenten auf die Waren des vergleichend Werbenden übertragen (EuGH a.a.O. Rn. 60 – Toshiba/Katun; BGH GRUR 2004, 607, 611 – Genealogie der Düfte). Ob diese Voraussetzungen vorliegen, ist im Einzelfall insbesondere im Hinblick auf die Präsentation der Werbung, aber auch mit Blick auf die angesprochenen Verkehrskreise zu beurteilen, weil eine Rufübertragung im fraglichen Sinne bei Endverbrauchern wahrscheinlicher ist als bei Fachkreisen (vgl. EuGH a.a.O. Rn. 60 – Toshiba/Katun; BGH GRUR a.a.O. – Genealogie der Düfte).

Der Senat folgt der Klägerin in ihrer Behauptung, dass ihre von der Beklagten vergleichend in Bezug genommenen Waren sich eines guten Rufs erfreuen (a). Nach Maßgabe der eingangs

dargestellten Kriterien ist die angegriffene Werbung sodann als unzulässig zu beurteilen, weil sie die Wertschätzung der klägerischen Produkte unlauter ausnutzt (b).

a) 11

Die Klägerin ist für sämtliche Voraussetzungen einer i.S. des § 6 Abs. 2 UWG unzulässigen vergleichenden Werbung darlegungspflichtig (BGH GRUR 2007, 605, 606 - Umsatzzuwachs), also auch und insbesondere dafür, dass ihre von der Beklagten vergleichend in Bezug genommenen Waren sich eines guten Rufs erfreuen. Dieser Darlegungspflicht ist sie nachgekommen. 12

Sofort auf der ersten Seite der angegriffenen Werbung und dort an erster und zweiter Stelle stellt die Beklagte ihren eigenen Knie- bzw. Sprunggelenksbandagen unter ausdrücklicher Benennung die entsprechenden Aktivbandagen "H." und "N." der Klägerin gegenüber. Ihre Behauptung, Marktführerin bei Aktivbandagen zu sein, hat die Klägerin unter Bezugnahme auf diese beiden einschlägigen Produkte und unter Vorlage eines Auszugs aus dem "Marktbericht Bandagen 2005" (Anlage K 2) durch Vortrag gestützt zu den abgesetzten Stückzahlen in den Jahren 2000 – 2005 ("H." von 631.531 Stück in 2000 bis 806.756 Stück in 2005; "N." von 358.058 Stück in 2000 bis 427.059 in 2005) und zu den Marktanteilen dieser Jahre ("H." von 68,2 % in 2000 bis 53,7 % in 2005; "N." von 77 % in 2000 bis 63,5 % in 2005). Von geringfügigen Rundungsunterschieden abgesehen stimmen diese Zahlen überein mit den in einem zwischen den Parteien geführten früheren Verfahren (31 O 273/02 LG Köln) gemachten Angaben, die die Beklagte als Anlage B 13 in Bezug genommen hat. 13

Auf der Grundlage dieses vorgetragenen erheblichen Absatzes und der hierdurch bedingten Marktanteile der Aktivbandagen lässt sich von dem Verkaufserfolg ohne weiteres auch auf einen guten Ruf der klägerischen Produkte schließen, wobei an diesem sodann auch die sonstigen Bandagen und Orthesen aus dem Sortiment der Klägerin teilhaben. 14

Soweit die Beklagte die klägerischen Marktanteile mit Nichtwissen bestreitet, wertet der Senat dieses Bestreiten als unzulässig. 15

Nach eigenem Bekunden ist sie seit Jahrzehnten auf demselben Markt wie die Klägerin tätig. Schon nach allgemeinen Erfahrungsgrundsätzen liegt deshalb die Annahme nahe, dass sie Kenntnis davon hat, wer von ihren Mitbewerbern der Marktführer ist, auch wenn sie nicht über exaktes Zahlenmaterial verfügen mag. Sie erhält überdies dieselbe anonymisierte Markterhebung der Herstellervereinigung "F.", von der auch die Klägerin ihre mitgeteilten Marktanteile ableitet. Soweit die Klägerin den Marktanteil der Beklagten an den fraglichen Aktivbandagen auf unter 7 % geschätzt hat, hat die Beklagte dies unwidersprochen gelassen. 16

Hinzu kommt der auffällige Widerspruch zwischen ihrem Bestreiten der klägerischen Marktanteile mit Nichtwissen, womit zugleich eine Leugnung der Marktbedeutung der Klägerin in diesem Prozess einhergeht, und dem Umstand, dass die Beklagte sich trotz eines vorhandenen Mitbewerberfelds, vgl. etwa die Auflistung in der Anlage K 2, in ihrem sehr weitgehenden Produkt- und Sortimentsvergleich allein auf die Klägerin und deren Produkte bezieht. Es liegt, wie schon die Kammer bemerkt hat, auf der Hand, dass der gute Ruf und Markterfolg der klägerischen Produkte Anlass für die Wahl dieser Werbform gewesen sein muss; kein Wettbewerber kann nämlich ein Interesse daran haben, sich auf eine ausdrückliche Gegenüberstellung der vorliegenden Art mit Waren eines im Markt schwächer oder sogar schlechter präsentierten Konkurrenten einzulassen. 17

b) 18

Die Beklagte lehnt sich in unlauterer Weise an den guten Ruf der klägerischen Produkte an.	19
aa)	20
Die Unlauterkeit resultiert allerdings nicht schon daraus, dass Bestandteil der angegriffenen Werbebroschüre ein umfassender und als solcher auch bezeichneter "Sortimentsvergleich" ist. Auch ein ganze Sortimente einschließender Warenvergleich ist nämlich nicht grundsätzlich unzulässig (vgl. EuGH GRUR 2007, 69, 72, Rn. 30 zur Werbung von Supermarktketten).	21
Der Senat neigt der Auffassung zu, dass der angegriffene Werbevergleich überdies auch nicht deshalb unlauter ist, weil Produkte unterschiedlicher Güte miteinander verglichen würden, wobei offen bleiben kann, ob dies tatsächlich der Fall ist. Soweit die Beklagte neun eigenen Produkten unter der Angabe "Produktalternative zu [folgt der klägerische Waren-Markennamen] v. B." unmittelbar ein Erzeugnis der Klägerin vergleichend zuordnet, liegt hierin zwar die Behauptung einer Gleichwertigkeit der Waren, bezogen auf deren "wesentliche, relevante, nachprüfbar und typische Eigenschaften" (vgl. EuGH a.a.O. Rn. 39 – Toshiba/Katun; BGH a.a.O. – Ersetzt). Im Hinblick darauf, dass die Werbung sich an Fachkreise wie Apotheker, Sanitätshäuser und Ärzte richtet, welche grundsätzlich um die Bedeutung von Qualitätsunterschieden auch bei für identische Anwendungsgebiete gedachten Mitteln wissen, und dass zudem unstreitig die jeweils verglichenen Waren in identische Rubriken des "Hilfsmittel- und Pflegehilfsmittelverzeichnisses" (nachfolgend: HMVZ) der Spitzenverbände der Krankenkassen eingeordnet sind, wird der angesprochene fachkundige Verkehrsteilnehmer die in dem Vergleich liegende Gleichwertigkeitsaussage aber ausschließlich auf die – unstreitig gegebene – funktionale Gleichwertigkeit beziehen. Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte einen qualitativen Vergleich vornehmen würde, enthält die Werbung nämlich nicht. Mit der Bezeichnung "Produktalternative" will sie auch nach dem Verständnis der Klägerin gerade auf das nach Produktgruppen und Anwendungsgebieten unterscheidende HMVZ anspielen und die Assoziation des Fachpublikums wecken, dass das klägerische Produkt (nur) aufgrund der in seiner technisch-medizinisch identischen Funktion gleichwertigen eigenen Ware mit dieser substituiert werden kann.	22
bb)	23
Letztlich kann dieser Gesichtspunkt aber dahin stehen. Ihre besondere Unlauterkeit erfährt die Rufanlehnung nämlich aufgrund des Umstands, dass die umfassende Produktgegenüberstellung nicht durch ein Bedürfnis des (Fach-)Verkehrs nach Information und Aufklärung gerechtfertigt wird. Sie ist für diesen nicht notwendig und aufgrund der branchenspezifischen Besonderheiten auch nicht besonders nützlich. Die angegriffene Werbung unterscheidet sich insoweit grundlegend von den Fallkonstellationen, in denen in zulässiger Weise fremde Unternehmenskennzeichen vergleichend in Bezug genommen werden können: Die in den Entscheidungen "Ersetzt" des BGH (a.a.O.) bzw. "Toshiba/Katun" (a.a.O.) und "Siemens/VIPA" – GRUR 06, 345 des EuGH zu beurteilenden Werbevergleiche betrafen der vergleichend gegenübergestellten Hauptware zugeordnete Ersatzteile. Wie der Bundesgerichtshof in der Sache "Aluminiumräder" (a.a.O.) unter ausdrücklicher Bezugnahme auf diese Entscheidungen betont hat, war die grundsätzliche Zulässigkeit dieser Vergleiche von der Erwägung getragen, dass im Bereich der Ersatzteile, Verbrauchsmaterialien oder des Zubehörs "auf die Hauptware Bezug genommen werden darf, wenn dies zur Aufklärung des Publikums über die bestimmungsgemäße Verwendung des Ersatzteils oder Zubehörs sachlich geboten ist". Solcherart ist das Marktverhältnis der Parteien im Streitfall aber nicht. Die Beklagte bietet Waren gleicher Art wie die Klägerin an und nicht etwa Austausch- oder	24

Ersatzteile, weshalb das bei derartigen Produkten anzunehmende Informationsbedürfnis des beworbenen Verkehrs hier ausscheidet.

Die vorliegende Sachlage ist auch nicht der Konstellation vergleichbar, über die der BGH in der Entscheidung "Genealogie der Düfte" (a.a.O.) zu entscheiden hatte. Auch dort bestand ähnlich wie bei den Ersatzteil-Vertreibern ein an dem Bedürfnis des Handels orientiertes Interesse des Werbenden, auf die originalen Markenparfums fremder Hersteller hinzuweisen, denen die eigenen Düfte (zulässig) nachgebildet waren, da die Verkäuflichkeit der eigenen Waren im Wesentlichen auf der Ähnlichkeit der Duftanmutung beruhte. 25

Derartige das Unlauterkeitsurteil ausschließende Besonderheiten fehlen im Streitfall. Die Beklagte ist nicht darauf angewiesen, zum Zwecke eines effektiven Wettbewerbs gezielt auf Produkte der Klägerin – oder auch eines anderen Mitbewerbers – hinzuweisen, um ihre eigenen orthopädischen Hilfsmittel zu vertreiben. Anders als im Ersatzteilgeschäft oder auf dem Markt der Duftnachahmungen besteht nämlich keine Notwendigkeit, die beworbenen fachkundigen Verkehrsteilnehmer über die Substituierbarkeit der Produkte aufzuklären. Die unmittelbare Gegenüberstellung von neun besonders herausgehobenen Produkten bzw. dem gesamten Produktsortiment zielt, wie ausgeführt, darauf ab, die funktionale Gleichwertigkeit i.S. des HMVZ zu betonen. Insoweit wäre es aber keineswegs nötig, die Unternehmensbezeichnung der Klägerin und die Markennamen von deren (erfolgreichsten) Produkten zu benennen, weil sich die Austauschbarkeit und Gleichwertigkeit schon aus den – in der Werbung ausdrücklich aufgeführten – Nummern des HMVZ selbst ergibt. Dem Fachverkehr ist nämlich bekannt, dass die dort in einer Produktgruppe aufgeführten Erzeugnisse untereinander austauschbar sind. 26

Bezweckt die in der vergleichenden Verwendung fremder Unternehmenszeichen liegende Rufanlehnung aber ausschließlich einen Imagetransfer, ohne dass zugleich einem Bedürfnis des Verkehrs nach Aufklärung über die Austauschbarkeit von Waren Rechnung getragen würde, liegen die Voraussetzungen einer i.S. des § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG unzulässigen Werbung vor. Die Kammer hat insoweit weiter zutreffend in die Beurteilung einbezogen, dass auch die grafische Gestaltung der Werbebroschüre keine andere Beurteilung erlaubt. Es mag sein, dass rot eine der Unternehmensfarben der Beklagten ist. Nicht dargetan und für den Senat auch nicht ersichtlich ist indes, dass der angesprochene (Fach-)Verkehr diese angebliche Bezugnahme in der konkreten Verwendung erkennen könnte. Vielmehr spricht alles dafür, dass die Verwendung der Signalfarbe rot gerade bei der vergleichenden Kernaussage "Produktalternative zu ... v. B." auf die Rufübertragung gezielt hinlenken soll. 27

2. 28

Nach dem Gesagten sind auch die geltend gemachten Ansprüche auf Auskunftserteilung und Schadenersatzfeststellung, § 9 UWG i.V.m. § 242 BGB, berechtigt. Eine zeitliche Begrenzung der Annexansprüche durch die vom Gläubiger nachgewiesene erste Verletzungshandlung hat nicht zu erfolgen (BGH – I ZR 93/04 -, Urteil v. 19.07.2007). 29

3. 30

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. 31

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO. 32

33

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 ZPO liegen nicht vor.
