
Datum: 27.02.2009
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 205/08
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2009:0227.6U205.08.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 84 O 120/08
Normen: UWG § 5 Abs. 1 Nr. 1 u. 2

Tenor:

1.) Auf die Berufung der Antragstellerin wird das am 18.9.2008 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln - 84 O 120/08 -abgeändert und die einstweilige Verfügung der 31. Zivilkammer vom 20.6.2008 mit folgendem Inhalt neu erlassen:

Die Antragsgegnerin hat es unter Androhung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000 € - ersatzweise Ordnungshaft - oder der Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, die Ordnungshaft jeweils zu vollziehen am gesetzlichen Vertreter, zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Raumbedufter mit den Aussagen

a) - Einführungsangebot! -50% Preisvorteil- und/oder

b) - 12 Wochen/semaines*-

zu bewerben und/oder anzubieten und/oder in den Verkehr zu bringen wie nachfolgend wiedergegeben:

pp.

2.) Die Kosten des Verfahrens I. und II. Instanz trägt die Antragsgegnerin.

GRÜNDE :

I.

Die Parteien sind Wettbewerber auf dem Markt für Raumbedufter. Die Antragsgegnerin vertreibt seit April 2008 das Produkt "B S". Dabei handelt es sich um einen elektrisch betriebenen Duftzerstäuber, der zwei verschiedene Düfte in einem Rhythmus von 75 Minuten abwechselnd in die Raumluft abgibt. Zur Markteinführung war die Verpackung dieses Produkts wie aus dem Tenor ersichtlich gestaltet. Die Antragstellerin hält den auf der Vorderseite aufgebrachten Aufkleber mit dem Text "Einführungsangebot! -50% Preisvorteil" u.a. deshalb für irreführend, weil die Antragsgegnerin keinen verbindlichen Einfluss auf die Gestaltung der Endverkaufspreise habe. Außerdem greift die Antragstellerin die Angabe "12 Wochen/semaines*" auf der Vorderseite der Verpackung und "12 Wochen*" im Erläuterungstext auf der Rückseite an. Hierzu macht sie insbesondere geltend, die Erläuterung, dass eine solche Benutzungsdauer nur bei einer Benutzung von 11 Stunden am Tag auf kleinster Stufe gewährleistet sei, sei nicht hinreichend leicht auffindbar.

Das Landgericht – allgemeine Zivilkammer – hat zunächst eine einstweilige Verfügung mit dem aus dem Tenor ersichtlichen Inhalt erlassen. Auf den Widerspruch der Antragsgegnerin hat die Kammer für Handelssachen die einstweilige Verfügung aufgehoben und den auf ihren Erlass gerichteten Antrag zurückgewiesen. Mit der Berufung begehrt die Antragstellerin den erneuten Erlass der einstweiligen Verfügung. Die Antragsgegnerin verteidigt das angefochtene Urteil. Sie trägt insbesondere vor, zwar sei der Handel in seiner Preisgestaltung frei, tatsächlich sei er aber sowohl ihrer ursprünglichen Preisempfehlung von 3,99 € wie auch der aktuellen von 7,99 € gefolgt. Außerdem habe sie den Abgabepreis an den Handel nach dem Ende der Einführungszeit verdoppelt. Die Antragsgegnerin hält die Erläuterung zu der Angabe "12 Wochen" für hinreichend leicht auffindbar.

Im Übrigen wird von der Darstellung des Sachverhalts gem. §§ 540 Abs. 2, 313 a Abs. 1 S. 1, 542 Abs. 2 S. 1 ZPO abgesehen.

II.

Die zulässige Berufung hat auch in der Sache Erfolg.

1. Es fehlt nicht an einem Verfügungsgrund, denn die Antragsgegnerin hat die Dringlichkeitsvermutung des § 12 Abs. 2 UWG nicht zu entkräften vermocht.

a) Aus dem Umstand, dass "B S" seit April 2008 auf dem Markt war, lässt sich nicht hinreichend sicher schließen, dass auch die Antragsgegnerin seit diesem Zeitpunkt Kenntnis von der angegriffenen Verpackungsgestaltung hatte. Dies gilt insbesondere im Hinblick darauf, dass nicht dargelegt ist, in welchem Umfang, insbesondere auch in räumlicher Hinsicht, das "B S" im Handel angeboten worden ist.

b) Dass die Fernsehwerbung für "B S" 5 ½ Wochen vor Eingang des Verfügungsantrags erstmals gesendet worden ist, ist ebenfalls nicht dringlichkeitsschädlich. Es kann nicht

angenommen werden, dass die Antragstellerin bereits von der ersten Ausstrahlung des Fernsehspots Kenntnis erlangt hat.

Die Antragsgegnerin hat insoweit nur glaubhaft gemacht, dass am 12.05.2008 eine "TV-Werbekampagne" begonnen habe, ohne zu den Umständen der Ausstrahlung weitere Angaben zu machen. Daraus kann die Vermutung einer augenblicklichen Kenntnisnahme der Antragstellerin nicht hergeleitet werden. 11

2. Die Antragstellerin hat gemäß §§ 3 Abs. 1, 5 Abs. 1 Nr. 2, 8 Abs. 1 UWG einen Anspruch gegen die Antragsgegnerin, dass diese es unterlässt, einen Raumbedufter wie "B S" mit der Angabe "Einführungsangebot! -50% Preisvorteil" zu bewerben, anzubieten oder in den Verkehr zu bringen, wenn sie – wie hier – nicht sicherstellen kann, dass der Verbraucher diesen Preisvorteil erzielen kann. Denn der Verbraucher versteht diese Angabe dahin, dass er das Produkt für eine Einführungszeit zur Hälfte des späteren, regulären Preises erwerben kann. Dabei erweckt die Antragsgegnerin den Eindruck, dieser Preisvorteil sei verbindlich und könne von ihr garantiert werden. Dies ist indes nach ihrem eigenen Vortrag nicht der Fall. 12

a) Die Angabe einer "unverbindlichen Preisempfehlung" durch die Antragstellerin gegenüber dem Einzelhandel kann bereits deshalb nicht ausreichen, um den versprochenen Preisvorteil zu garantieren, weil diese Empfehlung unverbindlich ist und der Handel daher – wie auch die Antragsgegnerin einräumt – in der Gestaltung der Endpreise völlig frei ist. Dass der Handel von Preisempfehlungen tatsächlich auch abweicht und hiermit auch wirbt, ist allgemein bekannt. 13

b) Die Antragsgegnerin kann sich auch nicht darauf berufen, sie habe durch die Erhöhung des Abgabepreises sichergestellt, dass der Handel dem Verbraucher den von ihr versprochenen Preisvorteil verschaffen würde. Zwar kann davon ausgegangen werden, dass der Handel, weil dieser nicht mit Verlust arbeiten will, einen Endpreis wählt, der über dem Einkaufspreis liegt. Dadurch kann die Antragsgegnerin aber nur die untere Grenze des nach der Einführungsphase geforderten Preis beeinflussen. Ob der Handel in der Einführungsphase dagegen den geringeren Einkaufspreis dazu nutzt, eine größere Gewinnspanne zu erzielen, entzieht sich dem Einflussbereich der Antragsgegnerin. 14

c) Unerheblich ist es, dass – wie die Antragsgegnerin behauptet – tatsächlich das Produkt während der Einführungsphase für 3,99 € und später für 7,99 € verkauft worden ist. Dies gilt zunächst deshalb, weil maßgeblich für die Beurteilung der Wettbewerbswidrigkeit der Werbung nur solche Umstände sein können, die zum Zeitpunkt der Werbeaktion bereits vorgelegen haben. Darüber hinaus lässt sich nicht feststellen, ob diese zu unterstellende Preisentwicklung von der Antragsgegnerin in einer Weise herbeigeführt worden ist, die eine vorbehaltlose Werbung mit einem Preisvorteil von 50 % hätte rechtfertigen können. Erforderlich hierfür wäre es gewesen, dass die Antragsgegnerin – wie bereits ausgeführt – die spätere Preisgestaltung hätte sicherstellen können. Daran fehlt es aus den dargelegten Gründen. 15

d) Der Aufkleber als solcher ist ebenfalls nicht geeignet, um sicherzustellen, dass der Handel den Preisempfehlungen der Antragsgegnerin folgen würde, um sich nicht selbst dem Vorwurf auszusetzen, irreführend geworben zu haben. 16

Es gibt keinen Erfahrungssatz, dass der Handel sich am Vertrieb von Produkten, die in irgendeiner Hinsicht wettbewerbsrechtlich bedenklich sind, nicht beteiligen würde. Anhaltspunkte dafür, dass dies im konkreten Fall anders wäre und dass die Antragsgegnerin hierfür die Garantie hätte übernehmen können, sind nicht ersichtlich. 17

Die Antragsgegnerin kann für diese Position auch nichts aus der Entscheidung des Kartellsenats des Bundesgerichtshofs "1 Riegel extra" (GRUR 2003, 637) herleiten. Zwar hat der Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung angenommen, ein Hersteller könne mit Werbemaßnahmen ("Ein Riegel mehr drin ... aber kostet nicht mehr") durch die gezielte Erweckung bestimmter Preiserwartungen bei den Verbrauchern faktisch die Wiederverkaufspreise festlegen (BGH, aaO., S. 639). Diese Erwartungshaltung beruhte allerdings darauf, dass der an dem Produkt interessierte Verbraucher den ihm bekannten Verkaufspreis der Normalpackung mit dem Preis vergleichen konnte, den der Händler für die beworbene Packung verlangte. Der Senat teilt diese Einschätzung des Bundesgerichtshofs, weil in einem solchen Fall der Händler damit rechnen muss, dass seine Kunden sich beschweren würden, wenn sie für die mit der Aussage "kostet nicht mehr" beworbene Packung dann doch einen höheren Preis zahlen müssten. So liegen die Dinge hier aber nicht, denn der Verbraucher hat keine Vergleichsmöglichkeit. Er wird zwar erwarten, dass der Preis später erhöht werden wird. Bleibt die Erhöhung aus, ist die Gefahr, dass ein Verbraucher sich wegen seiner enttäuschten Erwartung beschwert, gering. Dies gilt zum einen deshalb, weil das Unterlassen einer versprochenen Preiserhöhung vom Verbraucher als weniger einschneidend angesehen wird als die Erhöhung eines Preises, dessen Unveränderlichkeit versprochen worden war. Zum anderen hat der Handel in einem solchen Fall vielfältige Erklärungsmöglichkeiten, wie das von der Antragstellerin angeführte Beispiel des Produkts "M Air" der Antragsgegnerin zeigt, zu dem die Antragsgegnerin vorgetragen hat, der Preis sei später deshalb nicht erhöht worden, weil es sich am Markt nicht durchgesetzt habe. Ebenso könnte sich ein Händler darauf berufen, der hinter den Erwartungen zurückbleibende Preis sei auf weitere, neue Verkaufsaktionen zurückzuführen. Schließlich ist hinsichtlich des verfahrensgegenständlichen Produkts zu berücksichtigen, dass dieses aus einem für den dauerhaften Einsatz gedachten elektrischen Duftzerstäuber und Nachfüllpackungen für den Duft besteht. Das von der Antragsgegnerin mit dem Preisvorteil beworbene Produkt ist daher darauf angelegt, nur einmal angeschafft zu werden. Wer dies getan hat, wird in der Folge nur noch Nachfüllpackungen erwerben und daher die Preisentwicklung nicht mehr mit der gleichen Aufmerksamkeit verfolgen wie der regelmäßige Käufer der Schokoriegel, die Gegenstand der o.g. Entscheidung des Bundesgerichtshofs waren. Eine derart klare und den Handel faktisch bindende Verbrauchererwartung, wie sie bei der Bewerbung eines Produkts mit der Aussage "ein Riegel mehr drin ... aber kostet nicht mehr" hervorgerufen wird, besteht hier nach alledem nicht.

18

Darüber hinaus hat der Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung ausgeführt, dass es für den Handel keinen Grund gibt, den vom Hersteller durch die Veränderung der Verpackungsgröße versprochenen Preisvorteil an den Verbraucher nicht weiterzugeben. Hierzu hat der Bundesgerichtshof insbesondere darauf abgestellt, dass die Gewinnspanne für den Handel unverändert bleibt (BGH, aaO., S. 639 sub 2.). Diese Ausführungen stehen zwar nicht in dem Zusammenhang mit der Feststellung einer faktischen Preisbindung. Die angeführten Umstände sind nach Auffassung des Senats aber gleichwohl hinsichtlich der Berechtigung der Erwartung, dass der Handel sich den Preisgestaltungsvorstellungen des Herstellers unterwirft, relevant. Auch insofern weicht aber der vorliegende Fall von dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Sachverhalt ab. Denn die Antragsgegnerin hat vorgetragen, sie habe die Einkaufspreise für den Handel nach Ende der Einführungsaktion verdoppelt. Bei einer gleichzeitigen Verdoppelung des Verkaufspreises wäre dann aber der je verkauftem Produkt erzielbare Gewinn für den Handel in der Einführungsphase nur halb so hoch gewesen.

19

e) Auch im Zusammenwirken stellen die von der Antragstellerin ergriffenen Maßnahmen (Preisempfehlung, Erhöhung der Einkaufspreise, Werbung mit dem Preisvorteil) nicht sicher,

20

dass der Einzelhandel den versprochenen Preisvorteil an den Verbraucher weitergibt. Denn der Handel ist in der Gestaltung der Endpreise frei und es besteht weder eine wirtschaftliche noch eine faktische Notwendigkeit, den Preisvorstellungen der Antragstellerin zu folgen.

f) Zu Recht begehrt die Antragstellerin, dass der Antragsgegnerin auch das Inverkehrbringen von Raumbeduftern mit der im Tenor wiedergegebenen Verpackungsgestaltung untersagt wird. Dadurch wird die Antragsgegnerin nicht gehindert, Raumbedufter auf entsprechende Weise zu bewerben, wenn sie solche (kartellrechtlich zulässige) Maßnahmen ergriffen hat, durch die sie garantieren kann, dass der Verbraucher den versprochenen Preisvorteil tatsächlich erzielen kann. Denn das Verbot ist für die konkrete Verletzungsform ausgesprochen, wobei der Kern der Verletzungshandlung durch Auslegung des Tenors unter Heranziehung der Begründung dieser Entscheidung zu bestimmen ist. 21

3. Die Antragstellerin hat gemäß §§ 3 Abs. 1, 5 Abs. 1 Nr. 1, 8 Abs. 1 UWG einen Anspruch gegen die Antragsgegnerin, dass diese einen Raumbedufter wie "B S" nicht mit der Angabe "12 Wochen" sowohl auf der Vorderseite wie auch in dem Text auf der Rückseite bewirbt, wenn – wie hier – der Erläuterungstext so platziert ist, dass er vom Verbraucher nicht ohne weiteres wahrgenommen werden kann. 22

a) Die Aussage "12 Wochen", die sich erkennbar auf die mögliche Benutzungsdauer bezieht, gilt nicht vorbehaltlos und ist daher erläuterungsbedürftig. Dies gilt zunächst hinsichtlich der Einschränkung, dass dieser Wert nur erreicht werden kann, wenn das Produkt für nicht mehr als 11 Stunden am Tag betrieben wird, weil die Gestaltung der Verpackung (z.B. "kontinuierliche[r] Duftgenuss für den ganzen Tag") geeignet ist, bei dem Verbraucher die Erwartung hervorzurufen, das Produkt sei für eine längere tägliche Verwendungsdauer konzipiert. Einer Aufklärung bedarf aber vor allem die Einschränkung, dass das Gerät auf der niedrigsten Stufe betrieben werden muss, um die blickfangmäßig herausgestellte Haltbarkeitsdauer erreichen zu können. "B S" kann auf insgesamt fünf Stufen betrieben werden und es ist nichts dafür ersichtlich, dass der Verbraucher die Abgabe seiner "Lieblingsdüfte" (wie es auf der Verpackung heißt) für gewöhnlich nur in dem geringstmöglichen Umfang wünscht. 23

Die danach erforderliche Aufklärung musste deutlich angezeigt und hinreichend leicht auffindbar sein. Wie deutlich Stern und aufklärender Hinweis gestaltet sein müssen, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab (Bornkamm in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, 26. Aufl., § 5 Rdn. 2.98). Da die Kosten des Betriebs des Produkts von der möglichen Benutzungsdauer abhängen, ist diese Information für die Entscheidung des Verbrauchers, welchen Preis er für das Produkt zu bezahlen bereit ist, von erheblicher Wichtigkeit. Insoweit ist diese Angabe mit Kopplungsangeboten vergleichbar, bei denen ebenfalls der Preis des Produkts selbst über die durch den Erwerb und die Benutzung des Produkts entstehenden Kosten nur ganz unvollständig Aufschluss gibt. Es mögen zwar dennoch nicht ebenso strenge Anforderungen an die Auffindbarkeit des aufklärenden Hinweises wie bei einem Kopplungsgebot zu stellen sein; Gestaltung und Platzierung der Aufklärung müssen aber der Bedeutung der Information gerecht werden und also zugleich mit der Aussage "12 Wochen" ohne Erschwernis wahrgenommen werden können. 24

b) Die hinsichtlich dieser Angabe auf der Vorderseite der Verpackung erforderliche Aufklärung ist bereits deshalb nicht hinreichend leicht auffindbar, weil sie bei der üblichen Form der Präsentation des Produkts im Einzelhandel, nämlich der Aufstellung im Regal, erst nach einer Entnahme der Verpackung aus dem Regal wahrgenommen werden kann. Dass der Käufer die Ware in die Hand nimmt, ist bereits ein erheblicher Wettbewerbsvorteil, den sich die Antragsgegnerin nicht dadurch verschaffen darf, dass sie auf der Vorderseite des 25

Produkts erläuterungsbedürftige Werbeaussagen blickfangmäßig herausstellt.

Über die Einschränkungen der Angabe "12 Wochen" auf der Rückseite der Verpackung klärt die Verpackung ebenfalls nicht genügend auf. Auch insofern fehlt es daran, dass der Erläuterungstext hinreichend leicht gefunden werden kann. Zwar kann insofern davon ausgegangen werden, dass der Verbraucher die Verpackung in der Hand hält, wenn er diesen Text liest. Es besteht aber kein räumlicher Zusammenhang zwischen dem angebrachten Stern und dem Erläuterungstext, der sich dem Text gegenüberliegend auf der Seite der Verpackung befindet. Es kommt hinzu, dass der Verbraucher dadurch in die Irre geleitet werden kann, dass sich unter dem Text ein mit einem Punkt eingeleiteter Text befindet, in dem weitere Vorzüge des Produktes beschrieben sind. Stern und Punkt sind dabei so klein gestaltet, dass eine Verwechslung auch bei durchschnittlicher Aufmerksamkeit des Verbrauchers nicht fernliegt. 26

c) Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin ist der Antrag nicht insofern zu weit gefasst, als er sich auf Raumbedufter allgemein und nicht nur auf das Produkt "B S" bezieht. Durch die Einblendung der konkreten Verletzungsform in den Tenor der Entscheidung und die zu seiner Auslegung heranzuziehenden Gründe der Entscheidung ist klargestellt, dass sich das Verbot auf solche Raumbedufter bezieht, bei denen ein Erläuterungstext erforderlich ist und dieser so angebracht ist, wie dies hier geschehen ist. 27

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO. 28

4. Das Urteil ist gemäß § 542 Abs. 2 Satz 1 ZPO mit seiner Verkündung rechtskräftig. 29

5. Gegenstandswert für das Berufungsverfahren: 125.000 €. 30