
Datum: 06.10.2017
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 72/17
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2017:1006.6U72.17.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 31 O 416/16

Tenor:

Die Berufung der Antragsgegnerin gegen das am 4. April 2017 verkündete Urteil der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 31 O 416/16 – wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Antragsgegnerin.

Gründe:

- I. 2
- Beide Parteien vertreiben bundesweit Whirlpools und Spas. Die Antragsgegnerin ist am 25.2.2013 in das Handelsregister eingetragen worden. Der Gesellschaftsvertrag datiert auf den 6.12.2012. 3
- Die Antragstellerin hat behauptet, dass die Antragsgegnerin die von ihr angebotenen Whirlpools und Spas teilweise beim Hersteller einkaufe, teilweise aber auch – wie es in dieser Branche üblich sei - im Rahmen von Auftragsproduktionen im Ausland nach ihren Vorgaben fertigen lasse und mit ihrer Marke „P“ versehe und dann vertreibe. 4
- Die Antragsgegnerin wurde unter dem 14.11.2016 erfolglos abgemahnt und auf Antrag der Antragstellerin (Eingang bei Gericht am 9.12.2016) ist unter dem 10.1.2017 eine einstweilige Verfügung erlassen worden, mit der es der Antragsgegnerin sinngemäß verboten worden ist, zu Zwecken des Wettbewerbs bei einem Angebot von Whirlspools und Swimspas mit einer besonderen Erfahrung als Händler und/oder Hersteller zu werben, wenn dies mittels der folgenden Formulierungen erfolgt: 5 6

„Sie kaufen beim erfahrenem Hersteller & Fachhandel“	7
und	8
„Sie kaufen bei P direkt vom langjährig erfahrenem Hersteller und Generalimporteuer mit umfangreichem Angebot und Service!“	9
wie aus der Anlage LHR 7 ersichtlich geschehen.	10
Die Antragsgegnerin hat nach Zustellung der Beschlussverfügung Widerspruch eingelegt. Sie hat die Auffassung vertreten, sie sei als Herstellerin anzusehen, weil sie im Rechtssinne etwa des ProdSG, ElektroG u.a. Produzentin sei und sie die Pflichten eines Herstellers zu übernehmen habe. Sie müsse sich daher auch in ihrer Werbung einheitlich als Hersteller bezeichnen dürfen. Ihr Geschäftsführer gebe überdies seit 2009 Whirlpools nach konkreten Vorgaben in Auftrag.	11
Mit Urteil vom 4. April 2017, auf das wegen der weiteren tatsächlichen Feststellungen Bezug genommen wird, hat das Landgericht die Beschlussverfügung bestätigt.	12
Dagegen richtet sich Berufung der Antragsgegnerin. Sie rügt u.a., dass das Landgericht ihr keinen Hinweis dazu erteilt hat, dass ihr Vortrag hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung des Auftragsverhältnisses mit dem Produzenten in China nicht hinreichend substantiiert gewesen sei. Sie trägt hierzu nunmehr im Einzelnen weiter vor und legt zur Glaubhaftmachung eine eidesstattliche Versicherung ihres Geschäftsführers vor. Das Landgericht habe weiter die Darlegungslast verkannt.	13
II.	14
Die zulässige Berufung bleibt in der Sache ohne Erfolg.	15
1. Soweit die Antragsgegnerin im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat die Reichweite des Verbotstenors problematisiert hat, wird klarstellend auf Folgendes hingewiesen: Obwohl der Wortlaut des Tenors für sich betrachtet darauf hindeuten mag, dass der Antragsgegnerin neben der Behauptung ein erfahrener Händler zu sein, nur eine Werbung mit der Behauptung ein „erfahrener“ Hersteller zu sein, verboten sei, ergibt sich aus der Antragsbegründung und den Gründen des angefochtenen Urteils, dass die Antragsgegnerin die Herstellereigenschaft als solche bereits nicht für sich in Anspruch nehmen darf. Eine Einschränkung dahingehend, dass die Antragsgegnerin sich wegen des Wortlauts des Tenors zwar nicht als „erfahrener Hersteller“, aber weiter als „Hersteller“ bezeichnen dürfe, wenn dies ohne Bezugnahme auf eine langjährige Erfahrung geschieht, lässt sich vor dem Hintergrund der Antrags- und Urteilsbegründung nicht vertreten. Mit der Bezugnahme auf die konkrete Verletzungsform ist erkennbar keine Beschränkung der Untersagung gewollt gewesen. Das Verbot ist vielmehr dahingehend auszulegen, dass sich nicht als „erfahrener“ Hersteller bezeichnen darf, wer schon nicht Hersteller ist.	16
2. Der Antragstellerin steht ein Anspruch auf Unterlassung der Werbeaussagen gem. §§ 3, 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und Nr. 3, 8 UWG zu. Nach § 8 Abs. 1 UWG kann, wer eine nach § 3 UWG unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt, bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.	17
a. Da die Aussagen zum Zwecke der Förderung des Absatzes ihrer Produkte getätigt wurden, liegt eine geschäftliche Handlung der Antragsgegnerin iSd § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG vor.	18

b. Die Verwendung der streitgegenständlichen Aussagen ist irreführend iSd § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und Nr. 3 UWG und stellt danach eine unlautere geschäftliche Handlung iSd § 3 UWG dar. Denn die Werbeaussagen enthalten unwahre Angaben zum einen über die betriebliche Herkunft der beworbenen Ware gem. Nr. 1 sowie zum anderen über die Eigenschaften des Unternehmens.

Die angegriffenen Aussagen enthalten zum einen die Behauptung, dass es sich bei der Antragsgegnerin jedenfalls auch um einen Hersteller von Whirlpools und Spas handelt. Weiter wirbt die Antragsgegnerin mit einer langjährigen Erfahrung als Hersteller und Händler/Generalimporteur. Beide Aspekte sind aus Sicht eines durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers, der der Werbung die der Situation angemessene Aufmerksamkeit entgegenbringt (vgl. nur BGH, GRUR 2004, 793ff. Rn. 49 – Sportlernahrung II - juris), zur Täuschung geeignet.

20

aa. Indem die Antragsgegnerin behauptet, sie sei Herstellerin von Whirlpools, erweckt sie in der konkret beanstandeten Werbung den Eindruck, dass sie jedenfalls einen Teil ihres angebotenen Sortiments selbst herstellt. Dabei kommt es nicht auf die Herstellereigenschaft nach § 2 Nr. 14 ProdSG, § 3 Nr. 9 ElektroG oder sonstigen spezialgesetzlichen Definitionen des Herstellers an, soweit sie dem Durchschnittsverbraucher, der von der Werbung angesprochen ist, nicht bekannt sind und sein Verständnis vom Begriff des Herstellers nicht mitprägen. Schon vor 1969 hatten Rechtsprechung und Schrifttum unter den damals geforderten „unrichtigen“ Angaben, nicht die objektiv, sondern die aus der Sicht des Empfängers subjektiv unrichtigen, also irreführenden Angaben verstanden. Für die Feststellung einer relevanten Irreführung kam es danach allein auf die Auffassung der angesprochenen Verkehrskreise an (vgl. Köhler/Bornkamm-Bornkamm-Feddersen, UWG, 35. Aufl., § 5 Rn. 1.51). Deren Vorstellung vom Inhalt der Angabe ist maßgebend. Hieran hat sich weder durch die Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung noch durch die UGP-RL etwas geändert (Köhler/Bornkamm-Bornkamm/Feddersen, aaO, Rn. 1.57). Solange die Vorschriften, aus denen sich die Herstellerdefinition etwa des Importeurs ergibt, dem Verbraucher nicht ausreichend bekannt sind, können diese gesetzlichen Festlegungen und Fiktionen das Verkehrsverständnis, auf welches im Rahmen des Irreführungstatbestands abzustellen ist, nicht mitprägen. Dass die gesetzlichen Regelungen des ProdSG, ElektroG u.a. eine solche Bekanntheit beim Verbraucher erreicht hätten, dass dieser sein Herstellerbild entlang diesen gesetzlichen Vorgaben ausrichtete, ist weder vorgetragen noch gerichtsbekannt oder sonst ersichtlich. Dass dadurch unterschiedliche Herstellerdefinitionen bzw.- vorstellungen nebeneinander existieren können, ist durch die jeweils unterschiedlichen Zweckrichtungen der gesetzlichen Normen erklärbar und hinzunehmen.

21

bb. Der Senat kann das Verbraucherverständnis aus eigener Sachkunde beurteilen, zumal er zum angesprochenen Verkehrskreis gehört. Von einem Hersteller wird in erster Linie erwartet, dass er ein Produkt selbst herstellt. Die Herstellereigenschaft erfordert jedoch aus Sicht des Verbrauchers nicht, dass der Werbende sämtliche Fertigungsschritte in einem Unternehmen vollzieht (vgl. BGH, Urteil vom 24.9.2013 – I ZR 89/12 – GRUR 2013, 1254 ff., Rn. 21 – N). Vor allem bei serienmäßig hergestellten Massenwaren steht der Annahme einer „Herstellereigenschaft“ nicht entgegen, dass die angebotenen Waren teilweise in fremden Betrieben gefertigt oder zugekauft werden (BGH, aaO). Auch der Fall, dass ein Drittunternehmen nur als sog. „verlängerte Werkbank“ genutzt wird, steht der Herstellereigenschaft nicht entgegen (vgl. BGH, aaO, Rn. 22). Auch wenn ein Unternehmen an der eigentlichen Fertigung gänzlich unbeteiligt ist, kann - je nach Branche – eine Herstellereigenschaft vorliegen; so etwa entschieden vom Senat bei Kosmetika, wenn das Anrühren, Abfüllen Lohnherstellern überlassen ist, aber die Rezepturen, Bestimmung der

22

Rohstoffe und die Endkontrolle durch das Unternehmen vorgegeben sind (vgl. Urteil vom 13.1.2006 – 6 U 126/06, OLGR Köln 2006, 396 ff. Rn. 19).

Die Antragsgegnerin hat im Berufungsverfahren vorgetragen, dass sie die Whirlpools selbst 23
entwickle und nur die Auftragsfertigung ins Ausland verlagert habe, weil der Geschäftsführer
festgestellt habe, dass die aus dem Ausland fertig gelieferten Produkte nie ganz den
Wünschen seiner Kundschaft entsprochen hätten. Er habe dann Fertigungsbetriebe in China
beauftragt, die Whirlpools nach seinen Vorstellungen und Vorgaben zu fertigen. Bei den
Vorgaben handele es sich um folgende:

- Vorgaben zur Form der tiefgezogenen Acrylwannen, weil die Fertigungsbetriebe 24
zunächst viel zu kleine Wannen geliefert hätten,

- Zur Platzierung, Menge und Ausrichtung der Düsen, 25

- dass nur hochwertige Premium-Modelle (etwa bei der eingebauten Elektronik) 26
verwendet werden sollen,

- welcher Lieferant die zu verbauenden Teile liefern soll, 27

- wie die Verrohrung zum Ansteuern der Düsen und des Wasserkreislaufs geführt 28
werden soll (ein Betrieb hat zB den Ablauf nicht am tiefsten Punkt verbaut),

- wie Rohre, Muffen, Ventile der Verrohrung miteinander verbunden werden sollen (es 29
bestünden Unterschiede zwischen gesteckten, geschraubten und verklebten Verbindungen
und zwischen den verwendeten Dichtmitteln).

Um zu verhindern, dass die im Laufe der Zeit stetig verbesserten Whirlpools bei 30
Konkurrenten zu finden sind, lasse sich die Antragsgegnerin vertraglich zusichern, dass diese
Modelle nicht in die DACH-Region (Deutschland, Österreich, Schweiz) an andere
Wiederverkäufer oder Verbraucher geliefert werden. Die wie beschrieben gefertigten
Produkte würden bei der Fertigung schon so gekennzeichnet, dass die Antragsgegnerin als
Herstellerin angegeben werde.

Unstreitig ist zwar, dass die Antragsgegnerin sich auch aus Sicht der deutschen Verbraucher 31
als Herstellerin bezeichnen darf, wenn sie ihre Produkte im Wege der Lohnherstellung im
Ausland herstellen lässt, das bedeutet, wenn die Produktionsstätte im Ausland ihre sog.
verlängerte Werkbank darstellt und nur die Fertigung ausgelagert ist, diese jedoch nach ihren
Vorgaben und unter ihrer Kontrolle stattfindet. Die Lohnherstellung und die bloße
Auftragsarbeit unterscheiden sich dabei dadurch, dass der deutsche Unternehmer wie ein
Produzent die maßgeblichen Entscheidungsprozesse bestimmt und kontrolliert.

Aus dem Vortrag der Antragsgegnerin im Berufungsverfahren ergibt sich, dass sie 32
Vorschläge und Vorgaben gemacht hat, was aus ihrer Sicht geändert werden muss, um
besser auf die Wünsche und Bedürfnisse ihrer Kunden einzugehen. Soweit der
Verfahrensbevollmächtigte im Termin klargestellt hat, dass es sich dabei nicht um „Wünsche“
gehandelt habe, sondern um „gezielte Vorgaben“, so bleibt mangels Vortrags zu den
Durchsetzungsmöglichkeiten der „Vorgaben“ unklar, worin der Unterschied zu bloßen
„Wünschen“ besteht. Dass die Antragsgegnerin ihre Änderungen aufgrund von bestimmten
Absprachen und vertraglichen Gestaltungen auch rechtlich hätte durchsetzen können, ist
nicht ersichtlich und wird auch nicht behauptet. Allein dass es ihr freisteht, die nicht nach
ihren Vorgaben geänderten Waren nicht abzunehmen, führt nicht zu einer Lohnherstellung.

Da nach der allgemeinen Lebenserfahrung anzunehmen ist, dass auch ein nicht als Lohnhersteller arbeitendes Produktionsunternehmen in China auf Wünsche und/oder Vorgaben seines Auftraggebers eingehen wird, ist dieser Umstand für sich betrachtet nicht als Abgrenzungskriterium für eine Lohnherstellung geeignet. Dass die Beklagte Vorgaben und Verbesserungsvorschläge gemacht hat, die ihr Auftragnehmer umgesetzt hat, macht sie daher allein noch nicht zu einem „Hersteller“, wie ihn der Verkehr erwartet. Wie genau die vertraglichen Beziehungen geregelt sind, ist nicht vorgetragen, so dass die Natur des Vertragsverhältnisses nur vermutet werden kann.

Wenn die Antragsgegnerin dazu weiter vorträgt, dass sie aus Sorge, dass die nach ihren Vorgaben verbesserten Produkte an Konkurrenzunternehmen abgegeben werden könnten, sich habe zusichern lassen, dass die Herstellerin in China, die so verbesserten Produkte nicht in der DACH-Region an Dritte abgeben werde, spricht dies dagegen, dass es sich bei dem Produzenten in China um einen Lohnhersteller handelt. Denn ein Lohnhersteller hätte von vornherein nicht das Recht, die nach Entwürfen, Mustern etc. des Vertragspartners in dessen Auftrag und für diesen produzierten Waren überhaupt an Dritte abzugeben. Einer gesonderten Zusicherung, in einer bestimmten Region nicht zu vertreiben, hätte es daher nicht bedurft. Es hätte vielmehr das chinesische Unternehmen, wenn es nur Lohnhersteller wäre, einer Zustimmung der Antragsgegnerin bedurft, die Produkte, die sie für die Antragsgegnerin produziert haben soll, an Dritte zu verkaufen. Der BGH hat in der bereits zitierten Entscheidung „N“ – wenn auch in anderem Zusammenhang - jedenfalls u.a. auch auf diesen Aspekt abgestellt. So hat er ausgeführt, dass die dortige Beklagte die selbst nicht hergestellten Matratzen von Fremdunternehmen in Lohnfertigung habe herstellen lassen. Gestützt habe das Berufungsgericht diese Feststellung auf den nicht bestrittenen Vortrag der Beklagten, die Drittunternehmen dürften die von ihnen hergestellten Matratzen mit ihrer, der Beklagten, Zustimmung teilweise unter einer anderen Bezeichnung weiterverkaufen. Bei einem bloßen Zukauf fremder Ware hätte es nach Ansicht des BGH keiner Zustimmung der Beklagten zum anderweitigen Absatz der Matratzen bedurft (BGH, aaO, Rn. 22). Danach kann die Zustimmungspflicht ein maßgebliches Kriterium für die Einordnung eines Unternehmens als Lohnhersteller darstellen. Im vorliegenden Fall bedarf ersichtlich nicht das chinesische Unternehmen der Zustimmung der Antragsgegnerin, um die von ihr produzierten Produkte anderweitig abzusetzen, sondern es besteht vielmehr die Notwendigkeit, dass sich die Antragsgegnerin gegen einen Vertrieb auch im sog. DACH-Gebiet absichern muss. Das Vertragsverhältnis stellt sich nach Aktenlage daher so dar, dass die Antragsgegnerin zunächst fertig hergestellte Produkte des chinesischen Lieferanten bezogen hatte, die ihr aber in bestimmten Punkten nicht gefielen, woraufhin sie Änderungsvorgaben gemacht hat, die auch vor Ort umgesetzt worden sind. Dem chinesischen Unternehmen ist es aber unbenommen, auch die nach Vorgaben der Antragsgegnerin geänderten Produkte ohne ihre Zustimmung auch an Dritte zu vertreiben. Die Antragsgegnerin hat vielmehr lediglich erreichen können, dass ein Vertrieb in die DACH-Region unterlassen wird. In einer solchen Konstellation wird der Verbraucher nicht die Antragsgegnerin, sondern das chinesische Unternehmen, welches selbständig über Art und Umfang des Vertriebs der von ihm produzierten Produkte entscheidet, als Hersteller ansehen.

33

2. Die Werbung mit der besonderen, insbesondere langjährigen Erfahrung als Händler ist ebenfalls irreführend. Ein Unternehmen, das 2013 ins Handelsregister eingetragen ist, ist nicht langjährig erfahren. Die Antragsgegnerin kann sich auch nicht auf eine solche Erfahrung ihres Geschäftsführers stützen, weil eine Einschränkung allein auf den Geschäftsführer in der Werbung nicht gemacht wird. Der Verkehr erwartet bei einem erfahrenen Handelsunternehmen nicht nur einen erfahrenen Geschäftsführer (was im vorliegenden Fall eines Geschäftsführers, der selbst erst seit 2010, allenfalls 2009, auf diesem Geschäftsfeld

34

tätig ist, bereits zweifelhaft erscheint), sondern vielmehr einen Betrieb, der aufgrund seiner langjährigen Existenz und Tätigkeit in einer Branche über eingespielte Abläufe, dauerhafte, verlässliche Vertragspartner, gute Kenntnisse vom Markt und von den Bedürfnissen der Kunden verfügt. Diesen Erwartungen würde auch ein tatsächlich erfahrener Geschäftsführer allein nicht gerecht werden können.

III. 35

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Das Urteil ist gemäß § 542 Abs. 2 S. 1 ZPO mit seiner Verkündung rechtskräftig. 36

Streitwert: 50.000 € 37