

Titel:

Alleinstellungswerbung durch Bezeichnung eines markenrechtlich geschützten Diätprodukts als "das Original"

Leitsatz:

Wenn der Hersteller eines diätetischen Lebensmittel in einem Hörfunk-Werbespot in Zusammenhang mit der Marke die Bezeichnung "das Original" verwendet (hier:....nur das Original ist...), dann versteht der angesprochene Verkehr diese Aussage dahingehend, dass der Hersteller sein Erzeugnis von anderen am Markt befindlichen Produkten abgrenzen will, nicht aber dahingehend, dass das beworbene Erzeugnis das einzige diätetische Lebensmittel dieser Kategorie darstellt. (Rn. 32) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagwort:

Rechtsbruch

Vorinstanz:

LG Landshut, Endurteil vom 05.06.2019 – 1 HK O 62/19

Rechtsmittelinanz:

BGH Karlsruhe vom -- -- I ZR 150/20

Fundstellen:

WRP 2020, 1505

GRUR-RS 2020, 27420

LSK 2020, 27420

Tenor

I. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Landshut vom 05.06.2019, Az. 1 HK O 62/19, dahingehend abgeändert, dass die Klage abgewiesen wird.

II. Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.

III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 115% des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 115% des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Tatbestand

I.

1

Die Parteien streiten um lauterkeitsrechtliche Ansprüche wegen einer vermeintlich irreführenden Hörfunkwerbung für ein Diätprodukt.

2

Die Klägerin ist die Frankfurter Wettbewerbszentrale.

3

Die Beklagte ist eine Herstellerin von Diätlebensmitteln, die als ihr Hauptprodukt „Almased Vitalkost“, ein pulverförmiges und mit Flüssigkeit aufzuschüttelndes Lebensmittel für eine kalorienarme Ernährung sowie zur Gewichtsverringerng, herstellt und vertreibt.

4

Die Beklagte bewarb das Produkt „Almased Vitalkost“ im Hörfunk mit einem ca. 30 Sekunden dauernden Werbespot, der folgenden Inhalt hatte:

„(weibliche Stimme):

Hier spricht Jana und das geht an meinen Freund Lars:

Dauernd sagst du mir, dass dir mein neuer Lebensstil nicht passt. Meine Shakes sind zu gesund, mein Sport ist zu zeitintensiv und Yoga nur „Verbiegen für Ziegen“. Okay, du hast Recht. Ich muss wirklich was ändern. Lars - das war's.

(männliche Stimme):

Nach Almased ist nichts mehr wie vorher. Denn nur das Original hat ein klinisch getestetes Erfolgsrezept. Almased - einfach, weil es funktioniert.“

5

Die Klägerin mahnte die Beklagte durch Schreiben vom 09.04.2018 (Anlage K 1.1) ab und forderte sie zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung betreffend den im Werbespot enthaltenen Satz „... denn nur das Original hat ein klinisch getestetes Erfolgsrezept ...“ auf. Mit Schreiben vom 16.04.2018 (Anlage K 3) erklärte die Klägerin, ihre Abmahnung um die Verwendung des Begriffs „das Original“ in Bezug auf das Produkt Almased erweitern zu wollen. Die Beklagte gab hierauf mit Schreiben vom 20.04.2018 (Anlage K 4) eine strafbewehrte Unterlassungserklärung ab, die sich ausdrücklich nur auf die ursprüngliche Abmahnung vom 09.04.2018 bezog.

6

Das Produkt der Beklagten war im Jahr 2014 Gegenstand eines Rechtsstreits vor dem Oberlandesgericht Köln (Anlage B 6) gewesen, in dem die hiesige Beklagte erfolgreich Ansprüche aus wettbewerbsrechtlichem Leistungsschutz wegen einer Nachahmung durch ein bei Aldi Süd vertriebenes Produkt namens „VITA-SED“ geltend machte.

7

Die Klägerin ist der Auffassung, die Bezeichnung des Produkts „Almased Vitalkost“ als Original in dem streitgegenständlichen Werbespot sei irreführend. Damit werde den angesprochenen Verbrauchern zu Unrecht suggeriert, das Produkt stelle das Original im Sinne des einzig echten Shakes zum Abnehmen dar, während alle anderen auf dem Markt erhältlichen Produkte lediglich nachgeahmt oder unecht seien. Zudem werde diese Angabe von einem wesentlichen Teil der angesprochenen Verbraucher dahingehend verstanden, dass es sich bei dem beworbenen Produkt um das erste Produkt seiner Art handle, das von anderen pulverförmigen Lebensmitteln für eine gewichtsreduzierte Ernährung womöglich nachgeahmt werde, jedenfalls aber am längsten auf dem Markt sei.

8

Damit werde ein produktbezogenes Alleinstellungsmerkmal suggeriert, das dem von der Beklagten vertriebenen Abnehmpulver nicht zukomme, da die Qualitätsanforderungen für alle diesbezüglichen Mittel nach der Diätverordnung identisch seien und auch von allen Mitteln in gleicher Weise erfüllt würden. Zudem sei zu beachten, dass mit dem Produkt „SlimFast“ bereits lange vor dem Produkt der Beklagten eine sogenannte Formula-Diät auf dem deutschen Markt verfügbar gewesen sei, bei der Mahlzeiten ganz oder teilweise durch Fertigdrinks oder mit Flüssigkeit anzurührenden Nährstoffpulvern ersetzt wurden.

9

Die Beklagte erhebt im Hinblick auf den von der Klägerin neben der Unterlassung geltend gemachten Ersatz von Abmahnkosten die Einrede der Verjährung.

10

Die Beklagte ist der Auffassung, die Klägerin sei schon nicht aktivlegitimiert, da sie nicht angebe, welches ihrer Mitglieder mit welchem Produkt zum streitgegenständlichen Produkt der Beklagten im Wettbewerb stehe. Es müsse jedoch ein konkretes Substituierbarkeitsverhältnis geprüft werden.

11

Durch die Verwendung des Begriffs „das Original“ würden die diätetischen Lebensmittel anderer Hersteller nicht zu geringerwertigen Nachahmerprodukten herabgewertet. Die Beklagte sei allerdings gezwungen gewesen, sich vor dem Oberlandesgericht Köln (Anlage B 6) gegen Nachahmer zur Wehr zu setzen, wobei das Gericht deutlich gemacht habe, dass das Produkt der Beklagten einen hohen Grad an Originalität aufweise, weshalb es ihrer Auffassung nach als „das Original“ bezeichnet werden dürfe. Da es sich beim damaligen Vertrieb über eine Discounter-Kette um einen schwerwiegenden Wettbewerbsverstoß gehandelt habe, sei die Beklagte berechtigt, auf die Originalität ihres Produktes hinzuweisen.

12

Bei bekannten Markenherstellern sei es allgemein üblich, auf die Originalität der Erzeugnisse in Kombination mit der Marke hinzuweisen, was dem Verbraucher auch bekannt sei (Anlagen B 11 bis B 24). Er verstehe den Hinweis im Zusammenhang mit „Almased“ deshalb auch nicht so, dass es sich um das einzige Produkt handle, das als Pulverdiät den Anforderungen der Diätverordnung entspreche. Insoweit sei der gesamte Text des Werbespots zu betrachten, aus dem sich ergebe, dass der Begriff „das Original“ lediglich als andere Ausdrucksform für den Begriff „Almased“ oder „Almased Vitalkost“ verwendet werde.

13

Es sei zu beachten, dass die Beklagte den Begriff „Original“ nur im Zusammenhang mit dem Wort „Almased“ benutze, nicht dagegen mit einem Oberbegriff wie Eiweißshake oder Abnehmprodukt. Folglich werde nur betont, dass es sich um ein Original-Almased-Produkt und nicht um das Produkt eines Nachahmers handle.

14

Die enge Sichtweise, dass der Begriff „Original“ den Verkehrskreisen suggeriere, es habe sich um das erste Produkt seiner Art auf dem Markt gehandelt, sei allenfalls bei einer Kombination mit einem Gattungsbegriff gerechtfertigt. Einen solchen habe die Beklagte in dem Werbespot aber an keiner Stelle verwendet. Der verwendete Begriff „Shake“ bezeichne nur ein geschütteltes Getränk und dieses werde auch nur als gesund bezeichnet.

15

Dem jetzigen Hauptsacheverfahren ist ein einstweiliges Verfügungsverfahren vor dem Landgericht Lüneburg und dem Oberlandesgericht Celle vorausgegangen. Das zusprechende Urteil des Oberlandesgerichts Celle, Az. 13 U 77/18, ist als Anlage K 5 vorgelegt worden. Im hiesigen Verfahren hat das Landgericht der Klage durch Endurteil vom 05.06.2019 (Bl. 58/62 d.A.) ebenfalls in vollem Umfang stattgegeben und die Beklagte zur Unterlassung sowie zum Ersatz pauschalierter vorgerichtlicher Kosten verurteilt.

16

Die Beklagte greift das Urteil, auf dessen tatsächliche Feststellungen ergänzend Bezug genommen wird, unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens mit ihrer Berufung vom 09.07.2019 (Bl. 73/74 d.A.) vollständig an.

17

Die Beklagte behauptet auf Seite 9 f. der Berufungsbegründung (Bl. 88 f. d.A.), ihr Produkt werde seit Anfang der achtziger Jahre unter dem Namen „Almasan“ sowie ab etwa 1984 unter „Almased“ vertrieben. Zu diesem Zeitpunkt sei das Konkurrenzprodukt „SlimFast“ in Deutschland noch nicht auf dem Markt gewesen.

18

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landgerichts Landshut vom 5. Juni 2019, Az. 1 HK O 62/19 wird abgeändert und die Klage abgewiesen.

19

Hilfsweise beantragt sie,

die Sache gemäß § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO an das Landgericht Landshut zurückzuverweisen.

20

Die Klägerin beantragt,

die gegnerische Berufung zurückzuweisen.

21

Zur Ergänzung wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 16.07.2020 sowie den übrigen Akteninhalt Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

II.

22

Die Berufung der Beklagten ist zulässig und begründet.

23

1. Die zulässige Klage ist nicht begründet. Der Klägerin stehen gegen die Beklagte die geltend gemachten Ansprüche auf Unterlassung sowie auf Ersatz vorgerichtlicher Kosten aus § 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2, § 3 Abs. 1, § 5 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 Nr. 1, § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG nicht zu, da es an einer Irreführung fehlt.

24

Die Bewerbung des Diätprodukts der Beklagten durch den im Tatbestand wiedergegebene Werbespot mit der Bezeichnung als „das Original“ ist nicht irreführend im Sinne von § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UWG.

25

a) Maßgeblich für das zu berücksichtigende Verständnis einer Werbeaussage ist dasjenige der angesprochenen Verkehrskreise, an die sich die Werbung richtet (st. Rspr.; BGH GRUR 1955, 38, 40 - Cupresa-Kunstseide; GRUR 1961, 193, 196 - Medaillenwerbung; GRUR 1987, 171, 172 - Schlussverkaufswerbung I; GRUR 1991, 852, 854 - Aquavit; GRUR 1995, 612, 614 - Sauerstoff-Mehrschritt-Therapie; GRUR 1996, 910, 912 - Der meistverkaufte Europas; GRUR 2004, 244, 245 - Marktführerschaft; GRUR 2015, 1019 Rn. 19 - Mobiler Buchhaltungsservice; GRUR 2016, 521 Rn. 10 - Durchgestrichener Preis II).

26

Die angesprochenen Verkehrskreise sind alle Hörfunknutzer, die sich für Schlankheitsprodukte interessieren. Abzustellen ist insoweit auf den durchschnittlich informierten und verständigen Durchschnittsverbraucher, der einer Werbung die der Situation angemessene Aufmerksamkeit entgegenbringt (BGH GRUR 2000, 619, 621 - Orient-Teppichmuster; GRUR 2004, 162, 163 - Mindestverzinsung; GRUR 2004, 605, 606 - Dauertiefpreise; WRP 2015, 1098 Rn. 22 - TIP der Woche; WRP 2018, 413 Rn. 27 - Tiegelgröße).

27

Der Senat kann aufgrund eigener Sachkunde beurteilen, wie die angesprochenen Verkehrskreise die angegriffenen Aussagen verstehen, da er ständig mit Wettbewerbssachen befasst ist (BGH GRUR 2004, 244, 245 - Marktführerschaft; GRUR 2014, 682 Rn. 29 - Nordjob-Messe).

28

b) Die angesprochenen Verkehrskreise verstehen die Bezeichnung des beworbenen Abnehmpulvers „Almased“ als „das Original“ so, dass es sich um das von der Beklagten vertriebene und ihr zuzuordnende Produkt handelt, dass es durch seine Präsenz am Markt über einen längeren Zeitraum eine gewisse Bewährtheit aufweist und dass sich die Beklagte von Fälschungen ihres Produktes abgrenzen möchte.

29

Ein dahingehendes Verkehrsverständnis, dass allein das Produkt der Beklagten - anders als das der Wettbewerber im Markt - die gesetzlichen Vorgaben zum Inhalt erfülle oder dass es sich um das erste auf dem Markt erhältliche Produkt seiner Art gehandelt habe, so dass die Konkurrenzprodukte lediglich spätere Nachahmungen des Diätpulvers der Beklagten darstellten, kann nicht festgestellt werden.

30

aa) Wird der Begriff „Original“ einer Bezeichnung beigefügt, die der angesprochene Verkehr als eine Marke, eine Firma oder als ein Unternehmenskennzeichen erkennt, wird der Zusatz in der Regel als ein verstärkender Hinweis auf die Herkunft der angebotenen Ware aus einem Betrieb aufgefasst, gegebenenfalls unter gleichzeitigem Hinweis auf die bewährte Qualität dieser Ware (RG GRUR 1939, 486, 488 - Original Bergmann; BGH GRUR 1963, 539, 541 - echt skai; OLG Frankfurt WRP 1980, 338, 340 - Original; OLG Köln GRUR-RR 2006, 286, 287 - Das Original; Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 38. Aufl., § 5, Rn. 2.87; Gloy/Loschelder/Danckwerts/Helm/Sonntag/Burger, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., § 59, Rn. 214; MüKoUWG/Busche, 2. Aufl., § 5, Rn. 340). Der Ausdruck kann auch so verstanden werden, dass auf die Marke Bezug genommen wird, um sich so von etwaigen Fälschungen abzugrenzen (Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Weidert, UWG, 4. Aufl., § 5 Abs. C, Rn. 48).

31

Anders fällt das Verständnis eventuell dann aus, wenn es sich bei dem Zusatz um eine Beschaffenheitsangabe für das beworbene Produkt handelt (BGH GRUR 1963, 539, 541 - echt skai). Häufig wird der Verkehr eine solche Werbung auch dahin verstehen, dass der Werbende für sich eine Vorzugsstellung in Anspruch nimmt, z.B. dass er nach einem Originalrezept arbeitet oder das ursprüngliche Produkt anbietet. Gibt es weitere Erzeugnisse der gleichen Art unter derselben oder einer sehr ähnlichen Bezeichnung, so muss die Hervorhebung sachlich gerechtfertigt sein, z.B. dadurch, dass das werbende Unternehmen die betreffende Warenart erstmals auf den Markt gebracht hat oder von dem Erfinder dieser Warenart gegründet wurde. Die Bezeichnung kann auch als Hinweis verstanden werden, es handle sich um das erste Produkt dieser Art (OLG Köln GRUR-RR 2006, 286 - Das Original; OLG Celle WRP 2018, 1493 Rn. 9 - „Das Original“ = Anlage K 5; Gloy/Loschelder/Danckwerts/Helm/Sonntag/Burger, a.a.O.).

32

bb) Bei Berücksichtigung dieser Grundsätze stellt sich die Verwendung des Begriffs „das Original“ im Rahmen des Radiowerbespots als konkreter Verletzungsform aus Sicht des angesprochenen Verkehrs so dar, dass die Beklagte zunächst auf die betriebliche Herkunft des Diätpulvers von ihrem Unternehmen hinweist. Die Beklagte nutzt die Bezeichnung „das Original“ in dem Werbespot nicht losgelöst von ihrem Produkt oder in Kombination mit einer Beschaffenheitsangabe, einem Oberbegriff oder einer Gattungsbezeichnung, sondern nur in Kombination mit ihrer eigenen Marke „Almased“ („Nach Almased ist nichts mehr wie vorher. Denn nur das Original hat ein klinisch getestetes Erfolgsrezept. Almased ...“). Dem Hörer wird durch die bei Radiospots aus Gründen der Einprägsamkeit übliche Wiederholung die Marke „Almased“ nahegebracht, die er auch als solche erkennt, und mit der Bezeichnung „das Original“ verbunden. Wie die Beklagtenvertreterin im Termin vom 16.07.2020 treffend ausgeführt hat, wird die Bezeichnung „das Original“ von dem Wort „Almased“ geradezu eingerahmt. Ein Oberbegriff wie Abnehmpulver, Eiweißdrink oder Formula-Diät oder Angaben zur Beschaffenheit des Pulvers tauchen in dem Spot nicht auf. Soweit von „Shakes“ die Rede ist, bezieht der angesprochene Verkehr den Begriff „das Original“ nicht darauf, da diese ohne Zusammenhang damit und nur im Rahmen der verschiedenen Aspekte des Lebensstils der weiblichen Sprecherin („Jana“) erwähnt werden und eine Zäsur durch den Wechsel auf den männlichen Sprecher („Lars“) erfolgt, der den Begriff „das Original“ erstmals verwendet.

33

Über den betrieblichen Herkunftshinweis hinaus verstehen die Mitglieder des angesprochen Verkehrs den Begriff „das Original“ auch als Hinweis auf eine gewisse Bewährtheit der Ware, was sich zunächst durch den Bezug zu der - aufgrund der Unterwerfung der Beklagten - nicht mehr unter Irreführungsgesichtspunkten angegriffenen Aussage über „ein klinisch getestetes Erfolgsrezept“ ergibt, das nur beim Original vorhanden sei. Mit dem Begriff „Original“ verbinden die angesprochenen Verbraucher folglich einen angedeuteten Aspekt der Bewährtheit, die auch durch eine gewisse Verweildauer auf dem Markt, auf dem sich das Produkt halten können, charakterisiert wird.

34

Schließlich versteht der hier angesprochene Verbraucher den Begriff „das Original“ auch als eine bewusste Abgrenzung von auf dem Markt etwa vorhandenen Fälschungen, die nicht aus dem Betrieb der Beklagten stammen, da in der Bezeichnung als „Original“ mitschwingt, dass auf dem Markt auch Produkte existieren, die keine Originale sind, die also keine identische betriebliche Herkunft aufweisen, den Eindruck einer solchen jedoch erwecken möchten oder dies jedenfalls versucht haben.

35

Das von der Klägerin angeführte Verkehrsverständnis, dass es sich bei dem Produkt der Beklagten um das erste auf dem Markt erhältliche Produkt seiner Art gehandelt habe und alle anderen vergleichbaren Abnehmpulver nur spätere Nachahmungen seien, besteht demgegenüber nicht, weil im Spot ein Bezug von „das Original“ nur zur Marke „Almased“ der Beklagten hergestellt wird, jedoch in keiner Weise die ganze Produktkategorie, ein Oberbegriff oder eine Gattungsbezeichnung erwähnt wird oder auch nur eine Andeutung oder Anspielung dahingehend gemacht wird, dass sich eine Alleinstellung aus einer Originalität oder Ursprünglichkeit auf dem Markt in zeitlicher Hinsicht ergebe. Ebenso wenig besteht ein Verkehrsverständnis hinsichtlich einer Alleinstellung, was die Inhaltsstoffe und die Erfüllung der diesbezüglichen gesetzlichen Vorgaben betrifft, da der Inhalt des Diätpulvers keinerlei Erwähnung findet und der Verkehr nicht ohne weiteres davon ausgeht, dass die einschlägigen lebensmittelrechtlichen Vorschriften nur von einem einzigen Originalhersteller eingehalten würden.

36

cc) Das hervorgerufene Verkehrsverständnis entspricht unter den drei oben genannten Aspekten den Tatsachen, so dass eine Irreführung des angesprochen Verkehrs ausscheidet. Das beworbene Produkt stammt aus dem Betrieb der Beklagten. Eine Marktpräsenz des Produkts von einer gewissen Dauer und damit eine gewisse Bewährtheit hat selbst nach dem Verständnis der Klägerin bestanden, die davon ausgeht, dass die Einführung im Jahr 2005 erfolgt ist (Seite 8 der Klageschrift, Bl. 8 d.A.), so dass „Almased“ zum Zeitpunkt der Ausstrahlung des Spots bereits ca. 13 Jahre vertrieben worden war. Schließlich ist auch das Verständnis des Verkehrs, dass es neben dem Produkt der Beklagten auch „Fälschungen“ gegeben habe, insofern zutreffend, als das Oberlandesgericht Köln in Bezug auf das bei Aldi Süd vertriebene Diätmittel „VITA-SED“ Ansprüche der Beklagten aus wettbewerblichem Leistungsschutz bejaht hat (GRUR-RR 2015, 441 = Anlage B 6).

37

c) Mangels Wettbewerbsverstoßes war auch die Abmahnung vom 16.04.2018 (Anlage K 3) unberechtigt, so dass kein Anspruch auf Ersatz pauschalierter Abmahnkosten nach § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG besteht.

38

2. Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO, diejenige über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

39

Die Revision ist nicht zuzulassen. Die Rechtssache hat aufgrund ihres Einzelfallcharakters keine grundsätzliche Bedeutung im Sinne von § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO. Auch die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO liegen nicht vor, insbesondere besteht eine Divergenz nicht wegen der anderslautenden Entscheidung des OLG Celle (Anlage K 5), da insoweit keine Abweichung in den zugrunde gelegten Rechtssätzen besteht. Dass der gleiche Sachverhalt von zwei Gerichten aufgrund unterschiedlicher Subsumtion unterschiedlich beurteilt wird, begründet allein keine Divergenz, da hinzukommen muss, dass der Beurteilung unterschiedliche abstrakte Rechtssätze zugrunde gelegt werden (BGH NJW-RR 2007, 1676 Rn. 2; ThomasPutzo/Reichold, ZPO, 41. Aufl., § 543, Rn. 4b).