

# Kammergericht

Beschluss vom 4. Juli 2012 , 24 U 30/11

## Tenor

I. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen zu tragen. Die Streithelferin der Beklagten hat ihre außergerichtlichen Kosten beider Instanzen selbst zu tragen.

II. Der Streitwert des Berufungsverfahrens wird auf 30.000,00 EUR festgesetzt.

## Entscheidungsgründe

I. Nachdem die Parteien den Rechtsstreit übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt haben, ist über die Kosten gemäß § 91a Abs.1 ZPO unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands nach billigem Ermessen zu entscheiden. Dabei hat grundsätzlich diejenige Partei die Kosten zu tragen, die ohne den Eintritt des erledigenden Ereignisses mutmaßlich im Rechtsstreit unterlegen wäre oder der aus sonstigem Grunde die Kosten aufzuerlegen gewesen wären (vgl. BGH WRP 2005, 126; Zöller/ Vollkommer, ZPO, 29.Aufl., § 91a Rdn.24 m.w.N.). Da das Verfahren gemäß § 91a ZPO nicht der abschließenden Klärung schwieriger Rechtsfragen dient, kann sich das Gericht auf eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten der Klage beschränken und darauf verzichten, alle für den Ausgang des Rechtsstreits bedeutsamen Rechtsfragen zu überprüfen (vgl. BGH NJW-RR 2009, 425, Rdn.13; Vollkommer, a.a.O. Rdn.26a m.w.N.).

Nach vorstehenden Grundsätzen entsprach es vorliegend billigem Ermessen, die Kosten des Rechtsstreits der (jetzigen) Beklagten als Rechtsnachfolgerin der bisherigen Beklagten aufzuerlegen und anzuordnen, dass ihre Streithelferin ihre außergerichtlichen Kosten selbst zu tragen hat (§§ 91 Abs.1, 101 Abs.1 ZPO). Denn die bisherige Beklagte wäre ohne den Eintritt des erledigenden Ereignisses, nämlich des Entfallens der für die streitgegenständlichen Unterlassungsansprüche erforderlichen Wiederholungsgefahr nach ihrer während des Rechtsstreits erster Instanz erfolgten, aber erst mit der Berufungsschrift mitgeteilten Verschmelzung auf die jetzige Beklagte (vgl. BGH GRUR 2007, 995 – Schuldnachfolge; Köhler/ Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 30.Aufl., UWG, § 8 Rdn.2.53

m.w.N.) nach der allein noch gebotenen summarischen Prüfung voraussichtlich unterlegen.

1. Dem Kläger stand gegen die Rechtsvorgängerin der jetzigen Beklagten (i.F. einheitlich nur noch Beklagte) ein Anspruch auf Unterlassung der Werbeaussage "Original Notfall Produkte nach Dr.Bach" bezogen auf die Produkte "Original Notfall-Bonbons<sup>®</sup> nach Dr.Bach" gemäß § 11 Abs.1 Satz 1 und Satz 2 Nr.1 und 2 LFGB und "Original Notfall Blütenbad nach Dr.Bach" gemäß § 27 Abs.1 Satz 1 und Satz 2 Nr.1 und 3 b) LFGB, jeweils in Verbindung mit §§ 2, 3 Abs.1 Nr.2 UKlaG sowie in Verbindung mit §§ 3, 4 Nr.11, 8 Abs. 1 Satz 1, Abs.2, Abs. 3 Nr. 2 UWG in der bis 29.Dezember 2008 geltenden Fassung und gemäß §§ 3 Abs.1, 4 Nr. 11, 8 Abs. 1 Satz 1, Abs.2, Abs. 3 Nr. 2 UWG in der am 30.Dezember 2008 in Kraft getretenen geänderten Fassung zu.

a) Bei dem Produkt "Original Notfall-Bonbons<sup>®</sup> nach Dr.Bach" handelt es sich, wie im Berufungsverfahren nicht mehr streitig ist, um ein Lebensmittel im Sinne von § 2 Abs.2 LFGB in Verbindung mit Art.2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr.178/2002.

§ 11 Abs.1 Satz 1 LFGB untersagt die Werbung für Lebensmittel mit irreführenden Aussagen. Eine Irreführung liegt nach Satz 2 insbesondere dann vor, wenn (Nr.1) bei einem Lebensmittel zur Täuschung geeignete Bezeichnungen, Angaben Aufmachungen, Darstellungen oder sonstige Aussagen über Eigenschaften, insbesondere über Art Beschaffenheit, Zusammensetzung, Menge, Haltbarkeit, Ursprung, Herkunft oder Art der Herstellung oder Gewinnung verwendet werden, (Nr.2) einem Lebensmittel Wirkungen beigelegt werden, die ihm nach den Erkenntnissen der Wissenschaft nicht zukommen oder die wissenschaftlich nicht hinreichend gesichert sind.

Bei der Vorschrift des § 11 Abs.1 LFGB handelt es sich um ein Verbraucherschutzgesetz im Sinne von § 2 Abs.1 Satz 1 UKlaG. Dies folgt bereits aus der unter § 1 Abs.1 LFGB niedergelegten Zweckbestimmung des Gesetzes, die den Verbraucher(innen)schutz ausdrücklich umfasst. Seine fehlende Nennung unter § 2 Abs.2 UKlaG steht nicht entgegen, da die Aufzählung nicht abschließend ist und insbesondere dem Verbraucherschutz dienende Werbeverbote und –beschränkungen erfasst werden sollen (vgl. Köhler a.a.O., § 2 UKlaG Rdn.10 m.w.N.). § 2 Abs.1 Satz 1 UKlaG begründet daher im Falle eines Verstoßes gegen § 11 Abs.1 LFGB einen Unterlassungsanspruch des Klägers nach § 3 Abs.1 Nr.2 UKlaG.

Da § 11 Abs.1 LFGB zudem dazu bestimmt ist, im Sinne von § 4 Nr.11 UWG das Marktverhalten der Wettbewerber zu regeln, ist eine gegen sie verstoßende

Werbung auch unlauter im Sinne von § 3 UWG a.F. bzw. § 3 Abs.1 UWG n.F. (vgl. Köhler a.a.O., UWG, § 4 Rdn.11.136 m.w.N.). Insoweit ergibt sich die Anspruchsberechtigung des Klägers aus § 8 Abs.3 Nr.2 UWG.

b) Bei dem Produkt "Original Notfall Blütenbad nach Dr.Bach" handelt es sich unstreitig um ein kosmetisches Mittel. In Bezug auf diese verbietet § 27 Abs.1 Satz 1 Nr.1 LFGB die Werbung mit irreführenden Aussagen. Eine Irreführung liegt nach Satz 2 insbesondere dann vor, wenn (Nr.1) einem kosmetischen Mittel Wirkungen beigelegt werden, die ihm nach den Erkenntnissen der Wissenschaft nicht zukommen oder die wissenschaftlich nicht hinreichend gesichert sind, (Nr.3) zur Täuschung geeignete Bezeichnungen, Angaben Aufmachungen, Darstellungen oder sonstige Aussagen über (b) Eigenschaften, insbesondere über Art Beschaffenheit, Zusammensetzung, Menge, Haltbarkeit, Ursprung, Herkunft oder Art der Herstellung oder Gewinnung verwendet werden.

c) Das Landgericht hat – wie zuvor der 5.Zivilsenat des Kammergerichts im vorangegangenen Verfügungsverfahren (LG Berlin 16.O.726/07 = KG 5 U 70/08) – die Täuschungseignung der beanstandeten Werbeangabe "Original Notfall Produkte nach Dr.Bach" für die genannten Produkte mit Recht bejaht. Auf seine zutreffenden Ausführungen (S.6-7 UA), denen sich der Senat nach eigener Prüfung anschließt, wird verwiesen. Insbesondere hat das Landgericht

- entgegen den Angriffen der Beklagten - weder logisch widersprüchlich argumentiert noch das Ergebnis der von ihrer Streithelferin eingeholten Verkehrsbefragung der GfK Marktforschung vom März 2010 (Anlage B12) falsch interpretiert.

aa) Bei der Prüfung, ob die Angabe "Original Notfall Produkte nach Dr.Bach" geeignet ist, den Verkehr irrezuführen, kommt es nicht auf den objektiven Wortsinn und das eigene Verständnis des Werbenden an; entscheidend ist vielmehr die Auffassung der Verkehrskreise, an die sich die Werbung richtet (vgl. Bornkamm a.a.O., § 5 Rdn. 2.67 m.w.N.). Bei an das allgemeine Publikum gerichteter Werbung ist als Maßstab auf einen durchschnittlich informierten, verständigen und der Situation, in der er mit der Aussage konfrontiert wird, entsprechend aufmerksamen Verbraucher abzustellen, was in § 3 Abs.2 Satz 2 UWG n.F. nunmehr ausdrücklich geregelt ist (vgl. Bornkamm a.a.O., § 5 Rdn. 2.87 m.w.N.). Bei empirischer Ermittlung des Verbraucherverständnisses durch Verkehrsbefragung kann eine relevante Irreführungsquote im Regelfall ab einem Viertel (25%) angenommen werden (vgl. Bornkamm a.a.O. § 5 Rdn. 2.87 m.w.N.).

Das Gericht kann das Verkehrsverständnis auch aus eigener Erfahrung selbst – ohne sachverständige Hilfe – beurteilen, wenn seine Mitglieder selbst zu den durch die Werbung angesprochenen Verkehrskreise gehören, wenn für das Verständnis an Fachkreise gerichteter Werbung keine besonderen Kenntnisse oder Erfahrungen erforderlich sind, wenn es aufgrund ständiger Befassung mit Wettbewerbssachen über die erforderliche eigene Sachkunde verfügt, um beurteilen zu können, wie Fachkreise eine bestimmte Werbeaussage verstehen, oder wenn seine Sachkunde durch vorgelegte, qualifizierten Parteivortrag darstellende Privatgutachten soweit erhöht wird, dass es sich ein eigenes Urteil bilden kann (vgl. zu Vorstehendem BGH GRUR 2004, 244/245 – Marktführerschaft; GRUR 2007, 1079 Rdn.36 - Bundesdruckerei; Bornkamm a.a.O., Rdn.3.12 m.w.N.).

bb) Vorliegend hat die von der Streithelferin beauftragte Verkehrsbefragung ergeben, dass bereits bei völlig ungestützter Befragung zum Verständnis der Bezeichnung “Notfall-Produkte” lediglich unter Vorlage von Abbildungen der streitgegenständlichen Produktverpackungen 25,1% aller Befragten bzw. 26,5% des engeren Verkehrskreises (Personen, die Bonbons oder Badezusätze kaufen oder verwenden oder für die dies in Frage kommt, vgl. S.3) die Bezeichnung “anwendungsbezogen” verstehen und meinten, die Produkte seien zur Anwendung gegen Stress, zur Beruhigung oder bei Unwohlsein u.ä. bestimmt kommen (vgl. S.6 sowie Tabelle 30 S.9). 22,6% aller Befragten bzw. 22,7% des engeren Verkehrskreises halten die Produkte allgemeiner als “für spontan auftretende Situationen” (Notfälle, erste Hilfe u.a.) bestimmt (vgl. S.7). Da das beauftragte Institut selbst die anwendungsbezogenen Nennungen (auf S.6 unten der Studie) zu den genannten Prozentzahlen addiert hat, kann die Beklagte demgegenüber nicht mit Erfolg einwenden, das Landgericht habe die Befragung fehlinterpretiert. Der Senat tritt auch seiner Einschätzung bei, dass diejenigen befragten Verbraucher, die die Bezeichnung “Notfall-Produkte” auf die genannten Anwendungen bezogen haben, auch davon ausgingen, dass mit dieser Bezeichnung eine Wirkung gegen Stress, zur Beruhigung oder bei Unwohlsein u.Ä. versprochen wird. Da die Mitglieder des Senats zu den angesprochenen Verkehrskreisen gehören, können sie das Verkehrsverständnis auch selbst beurteilen. Maßgebend für das Verständnis eines Wirkungsversprechens ist insbesondere, dass die streitgegenständlichen Produktarten – Bonbons und Badezusatz – ihrer Art nach grundsätzlich geeignet sein können, in entsprechenden Situationen beruhigend, entspannend und wohltuend zu wirken. Der in diesem Zusammenhang verwendete Dokortitel (“Dr.Bach”) unterstützt diesen Eindruck, da er eine wissenschaftliche Überprüfung durch eine qualifizierte Person nahe legt.

Im Übrigen gelangt auch das Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts vom 9.Juli 2007 – (T 0/2) 2A.106/2007 - (Anlage K4) bezüglich der Bezeichnung

“S.O.S. Notfall Bonbons nach Dr.Bach” zu der Auffassung, diese gebe dem Lebensmittel den Anschein eines Heilmittels für medizinische Notsituationen, wobei zur Begründung maßgeblich auf das Wort “Notfall” abgestellt und dem zusätzlichen Element “S.O.S.” nur ein diesen Anschein verstärkender Effekt beigemessen wird.

Die von der Beklagten angeführte Entscheidung des Harmonisierungsamts bezüglich der Gemeinschaftsmarke “Notfall-Bonbons” vom 20.4.2007 (Anlage B4) rechtfertigt keine andere Beurteilung. Sie befasst sich lediglich mit dem markenrechtlichen Eintragungshindernis einer ausschließlich beschreibenden Angabe wegen Fehlens jeglicher Unterscheidungskraft. Die Frage einer Täuschungseignung wird nicht geprüft. Ohnehin berührt eine Eintragung als Marke wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche wegen irreführender Verwendung nicht (vgl. Bornkamm a.a.O., § 5 Rdn.1.74b m.w.N.).

Das Oberlandesgericht Hamburg befasst sich in seinem – in einem Eilverfahren ergangenen - Urteil vom 21.2.2008 – 3 U 235/06 – (Anlage B3) lediglich mit der arzneimittelrechtlichen Verkehrsfähigkeit von “Notfall-Tropfen” als Arzneimittel und verhält sich nicht zur Täuschungseignung dieser Bezeichnung.

2. Dem Kläger standen auch in Ansehung der Werbeaussage "Wenn Sorgen, Unzufriedenheit, Traurigkeit, Eifersucht, Ängste das Wohlbefinden stören oder Schulkinder unter Leistungsabfall und Konzentrationsschwäche leiden, setzen immer mehr Menschen auf die anerkannte Wirkung der Bachblüten-Therapie." unverjährte Unterlassungsansprüche bezogen auf “Original Notfall-Bonbons<sup>®</sup> nach Dr.Bach” gemäß § 11 Abs.1 Satz 1 und Satz 2 Nr.1 und 2 LFGB und bezogen auf “Original Notfall Blütenbad nach Dr.Bach” gemäß § 27 Abs.1 Satz 1 und Satz 2 Nr.1 und 3 b) LFGB, jeweils in Verbindung mit §§ 2, 3 Abs.1 Nr.2 UKlaG gegen die Beklagte zu.

Das Landgericht hat die Täuschungseignung der streitgegenständlichen Werbeaussage für die genannten Produkte mit Recht bejaht. Auf seine zutreffenden Erwägungen (S.8-9 UA), denen die Beklagte weder erstinstanzlich noch mit der Berufung entgegen getreten ist, wird verwiesen.

Das Landgericht hat weiter mit Recht angenommen, dass der auf das Unterlassungsklagengesetz gestützte neben dem wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch besteht, jeder der Ansprüche den für ihn geltenden Verjährungsregeln unterliegt und der auf das UKlaG gestützte Anspruch nach den für ihn geltenden §§ 195, 199 BGB nicht verjährt ist.

a) Es ist allgemein anerkannt, dass Ansprüche, die mit auf das UWG gestützten Ansprüchen konkurrieren, grundsätzlich selbständig innerhalb der für sie geltenden Frist verjähren; anderes gilt nur dann, wenn die UWG-Regelung hinsichtlich der Verjährung und ihrer ratio legis als erschöpfend anzusehen ist (vgl. bereits zu § 21 UWG a.F. BGH GRUR 1984, 820 – Intermarkt II – Rdn.26 nach juris; Köhler a.a.O., UWG, § 11 Rdn.1.4).

Da Verstöße gegen Verbraucherschutzvorschriften sowohl Ansprüche nach dem UKlaG als auch nach dem UWG begründen können, können die jeweiligen Ansprüche nach zutreffender und - soweit ersichtlich – auch herrschender Auffassung nach den für sie geltenden prozess- und materiellrechtlichen Voraussetzungen (z.B. Verjährungsregelungen) eigenständig geltend gemacht werden (vgl. Kamlah WRP 2006, 33/36f.; Köhler a.a.O., UKlaG § 2 Rdn.11b; jurisPK-UWG/ Ullmann, 2.Aufl., § 3 Rdn.82). Der von der Beklagten im Anschluss an Walker/Stomps, ZGS 2004, 336/338f., vertretenen Gegenauffassung ist nicht zu folgen (vgl. dazu bereits eingehend Kamlah a.a.O.). Aus § 8 Abs.5 UWG lässt sich ein Vorrang auf das UWG gestützter Ansprüche gegenüber auf das UKlaG gestützten Ansprüchen nicht herleiten. Die Vorschrift regelt allein den Auskunftsanspruch bestimmter Organisationen gegen bestimmte Dienstleister. Dies gilt auch für die Gesetzesbegründung zu § 8 Abs.5 UWG (BT-DS 15/1487, S:23).

Ein Vorrang auf das UWG gestützter Ansprüche ließe sich auch sachlich nicht rechtfertigen. Ein Bedürfnis für die Anwendung des § 11 UWG besteht für auf das UKlaG gestützte Ansprüche nicht. Zweck der kurzen Verjährung ist die rasche Abwicklung von Wettbewerbsstreitigkeiten wegen der Schwierigkeiten der Tatsachenfeststellung und die Befreiung des Verpflichteten von einer unübersehbaren Vielzahl von Anspruchsberechtigten (vgl. BGH a.a.O. – Intermarkt II; Köhler a.a.O., UWG § 11 Rdn.1.2). Demgegenüber stehen Ansprüche nach dem UKlaG nur einer begrenzten Zahl qualifizierter Einrichtungen und Verbände zu. Diese haben auch nicht die gleichen unmittelbaren Marktbeobachtungsmöglichkeiten wie Wettbewerber und sind regelmäßig auf Hinweise – etwa aus ihrer Mitgliedschaft – angewiesen. Darüber hinaus liegt die effektive Verfolgung von Verstößen gegen Verbraucherschutzgesetze im allgemeinen Interesse und würde durch eine kurze Verjährung behindert.

b) Vorliegend hatte der Kläger bereits im vorangegangenen Eilverfahren klargestellt, dass er seinen Unterlassungsanspruch in erster Linie auf §§ 2, 3 UKlaG stützt. Dieser unterliegt der allgemeinen dreijährigen Verjährungsfrist nach §§ 195, 199 BGB (vgl. Kamlah a.a.O. S.36). Der Lauf der Verjährungsfrist begann ab Kenntnis des zuständigen Organs (§ 31 BGB) des Klägers von der streitgegenständlichen Werbung nach deren Erscheinen am 7.September 2007. Er wurde

zunächst durch die Zustellung der einstweiligen Verfügung des Landgerichts vom 18.10.2007 an die Beklagte am 23.10.2007 bis 6 Monate nach dem insoweit rechtskräftigen Urteil des Landgerichts vom 22.1.2008 (§ 204 Abs.1 Nr.9, Abs.2 Satz 1 BGB) und erneut durch die am 25.11.2009 anhängig und am 13.1.2010 rechtshängig gewordene Klage gehemmt.

II. Die Streitwertfestsetzung für das Berufungsverfahren erfolgt gemäß § 3 ZPO übereinstimmend mit der Streitwertfestsetzung des Landgerichts für die erste Instanz.