

Oberlandesgericht Karlsruhe

Urteil vom 22. November 2012, 4 U 156/12

Gründe

I.

Die Beklagte vertreibt die im Klagantrag genannten Frischkäsesorten in der in den Lichtbildern K 1 - K 3 dargestellten Verpackung. Die Klägerin ist der Auffassung, dass eine sogenannte „Mogelpackung“ vorliegen würde. Die Verjüngung des Plastikbehälters nach unten sowie die vorhandene Einbuchtung würden durch die verklebt aufgebrachte Banderole aus Karton verdeckt. Im Ergebnis entstehe beim Verbraucher der Eindruck einer größeren Füllmenge, als tatsächlich vorhanden sei.

Die Beklagte hat in der Vergangenheit die betreffenden Frischkäseprodukte mit einer etwas anderen Verpackung vertrieben. Diese ist Gegenstand des Berufungsverfahrens 4 U 246/11.

Ergänzend kann auf die tatbestandlichen Feststellungen des landgerichtlichen Urteils verwiesen werden.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Es liege kein Verstoß gegen § 7 Abs. 2 Eichgesetz vor. Nach § 7 Abs. 2 Fertigpackungsverordnung müsse eine Volumenangabe nur bei Flüssigkeiten erfolgen. Die erforderliche Gewichtsangabe nach der Kennzeichenverordnung sei an drei Stellen der Verpackung deutlich angegeben. Nach dem Ergebnis des Augenscheins habe die Pappummantelung nach den Innenmaßen ein Volumen von ca. 262 cm³. Das Volumen der Plastikform betrage 195 cm³, sodass nur eine Abweichung von 26 % vorliege. Diese reiche unter den Umständen des Einzelfalles für eine Täuschung über die relevante Füllmenge nicht aus. Die Kammer sei überzeugt, dass sich die Art der Gestaltung nicht auf die Kaufentscheidung des situationsadäquat aufmerksamen, durchschnittlichen informierten und verständigen Verbrauchers auswirke. Für den Verbraucher sei bei entsprechenden Fertigpackungen nicht das Volumen, sondern das Gewicht entscheidend. Weil die äußere Pappummantelung nicht geeignet sei, als Fertigpackung für Frischkäse zu dienen, ergebe sich aus der Art der Verpackung für den Verbraucher ein Indiz, dass das Volumen der Füllmenge in größerem Ausmaß hinter dem Volumen der Verpackung zurückbleibe. Der Verbraucher erkenne ohne Weiteres, dass eine Doppelverpackung vorliege, die naturgemäß das Volumen der eigentlichen Füllmenge reduziere.

Die Klägerin rügt mit der Berufung, dass von einem Verstoß gegen § 7 Abs. 2 Eichgesetz auszugehen sei. Das Landgericht habe anhand der in der mündlichen Verhandlung ermittelten Maße der Verpackung den Volumenwert nicht zutreffend errechnet. Nach den im Protokoll festgehaltenen Werte würde sich ein Volumen von 254 cm³ ergeben. Im Übrigen sei nicht auf die Innenhöhe sondern auf die Außenhöhe der Verpackung abzustellen, da der Verbraucher nur diese Außenmaße erkennen und die Dicke der Verpackung nicht zuverlässig beurteilen könne.

Die Angaben zur prozentualen Abweichung im Urteil seien daher nicht zutreffend. Selbst wenn man mit dem Landgericht von einer Abweichung von 26 % ausgehen würde, kämen weitere 20 cm³ hinzu, weil der Plastikbehälter nicht bis ganz oben befüllt werden könne. Es würde sich also in jedem Fall eine Abweichung von mehr als 30 % Volumen ergeben.

Die Verpackung sei zur Irreführung geeignet, da nach wie vor kein klarer Hinweis auf der Verpackung auf das konische Zulaufen und die Einbuchtung des Plastikbehälters vorhanden sei. Beides sei von außen nicht zu erkennen. Der Verbraucher erwarte einen komplett ausfüllenden Plastikeinsatz. Die Gewichtsangabe alleine sei nicht ausreichend, um eine entsprechende Irreführung zu vermeiden.

Die Klägerin beantragt:

1. Unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Offenburg vom 30.05.2012, Az.: 5 O 68/11 KfH, wird die Beklagte verurteilt, es bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzendes Ordnungsgeldes und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft oder einer Ordnungshaft bis zu 6 Monaten (Ordnungsgeld im Einzelfall höchstens 250.000,00 €. Ordnungshaft insgesamt höchstens zwei Jahre, zu vollstrecken an den Geschäftsführern) zu unterlassen:

Im geschäftlichen Verkehr in der Bundesrepublik Deutschland „Rondelé“ in den Sorten „Knoblauch von der Garonne & feine Kräuter“ und/oder „Walnüsse aus der Dordogne“ und/oder „Ziegenkäse aus dem Poitu“ und/oder „Meersalz aus der Camargue“ wie in Anlage K 1 abgebildet anzubieten und/oder in den Verkehr zu bringen und/oder zu bewerben, wenn die Verpackung mit einer Höhe von ca. 5,9 cm (mit Deckel) einen Inhalt von 125 g Frischkäse aufweist und der von einer seitlich und an der Unterseite vorhandenen Pappummantelung umgebene Plastikbecher im Inneren an einer Seite, eine ca. 1,0 cm tiefe, ca. 3,5 cm breite Einbuchtung aufweist und insgesamt nach unten abgerundet ist, wie aus Anlage K 1, K 2 und K 3 ersichtlich.

2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 219,35 € zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz zu zahlen.

Die Beklagte beantragt:

1. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Offenburg vom 30. Mai 2012 (Az. 5 O 68/11 KfH) wird als unzulässig verworfen.

2. Hilfsweise: Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Offenburg vom 30. Mai 2012 (Az. 5 O 68/11 KfH) wird zurückgewiesen. Das Urteil des Landgerichts bleibt aufrechterhalten.

Die Beklagte trägt vor, dass es schon am Rechtsschutzbedürfnis fehle, da der im jetzigen Berufungsverfahren angekündigte Antrag vom ursprünglichen Klageantrag und dem Inhalt der der Abmahnung beigefügten Unterlassungserklärung abweichen würde. Es fehle in der Berufungsbegründung schon an der Bezeichnung konkreter Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Tatsachenfeststellungen im angefochtenen Urteil begründen könnten.

Das Landgericht habe in der Urteilsbegründung für die Beurteilung der Täuschungsgefahr zutreffend auf den durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Verbraucher abgestellt. Die Klägerin habe keine Gründe dafür vorgebracht, warum auf der Grundlage des dargelegten maßgeblichen Verständnisses Zweifel an dem vom Gericht angenommenen Verkehrsverständnis vorliegen könnten. Die Änderungen der Verpackungsgestaltung und die Präsentation des Produkts durch die unterschiedlichen Händler stünden zudem einer Irreführung entgegen.

Wegen des weiteren Berufungsvorbringens wird auf den Inhalt der Schriftsätze der Parteien verwiesen.

II.

Die zulässige Berufung ist begründet.

I.

1. Die Rechtshängigkeit der ersten Streitsache steht der Zulässigkeit der Klage im vorliegenden Prozess nach § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO nicht entgegen. Soweit es um die Produkte „Knoblauch von der Garonne & feine Kräuter“, „Walnüsse aus der Dordogne“ und „Ziegenkäse aus dem Poitu“ geht, liegt aufgrund der geänderten Verpackung nicht der gleiche Streitgegenstand vor. Der Streitgegenstand bestimmt sich auch bei der Unterlassungsklage nach dem Antrag und

dem zu seiner Begründung vorgetragenen Lebenssachverhalt. Von einem einheitlichen Lebenssachverhalt ist ungeachtet weiterer Erläuterungen, Berichtigungen und neuen Tatsachenvortrags auszugehen, wenn der Kern des in der Klage angeführten Sachverhalts unverändert bleibt (vgl. BGH - Telefonaktion -, Entscheidung vom 28.06.2007, AS. I ZR 153/04; BGH, - Umsatzzuwachs -, Entscheidung vom 07.12.2006, I ZR 166/03; zitiert jeweils nach Juris). Mehrere gleichartige Verletzungshandlungen bilden einen einheitlichen Klagegrund. Die Fortsetzung des Vertriebs der „alten“ Verpackung wäre daher, auch wenn sie wiederholt geltend gemacht worden wäre, nicht geeignet gewesen, einen neuen Streitgegenstand zu begründen. Von einem einheitlichen (oder kerngleichen) Lebenssachverhalt kann aber bei dem Vertrieb der neuen Verpackung nicht ausgegangen werden, da der Kern des in der ersten Klage angeführten Sachverhalts dadurch verändert wird. Die Änderungen der Verpackung sind insbesondere im Hinblick auf die zusätzlich auf der Deckelfolie aufgedruckte Gewichtsbezeichnung so erheblich, dass kein einheitlicher Lebenssachverhalt mehr vorliegt. Die geänderte Verpackung kann vielmehr einer erneuten Beurteilung in einem weiteren Erkenntnisverfahren unterzogen werden.

2.

Gegen die Fassung des Klagantrags bestehen keine Bedenken. Es mag sein, dass die Höhe der Verpackung mit Deckel zwischen den Parteien nicht unstrittig ist und die vorhandene Einbuchtung nicht durchgehend 1 cm tief und 3,5 cm breit ist, durch den Verweis auf die dem Tenor beigefügten Lichtbilder Anlage K 2 und Anlage K 3 ist aber hinreichend bestimmt, welche Art der Ausführung vom Verbot umfasst sein soll.

3.

Der Klage fehlt nicht das Rechtsschutzbedürfnis. Bei den Unterschieden zwischen dem Inhalt der Unterlassungserklärung vom 31.05.2010 und dem Klagantrag in der Fassung der letzten mündlichen Verhandlung handelt es sich um bloße Klarstellungen und Umformulierungen, die am Inhalt des geltend gemachten Unterlassungsanspruchs nichts Entscheidendes geändert haben. Da die Beklagte weiterhin Klageabweisung beantragt hat, ist auch nicht ersichtlich, warum es im Hinblick auf die geänderte Formulierung des Klagantrags am Rechtsschutzbedürfnis fehlen sollte. Auch die Neugestaltung der Verpackung lässt das Rechtsschutzbedürfnis nicht entfallen. Ohne Verbot hätte die Beklagte die Möglichkeit, zur alten Verpackung zurückzukehren.

4.

Die Klägerin hat einen Unterlassungsanspruch aus den §§ 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2, 4 Nr. 11, 5 Abs. 1 Nr. 1, 3 UWG, 7 Abs. 2 EichG, 11 Abs. 1 Nr. 1 LFGB.

a)

Die Klägerin ist nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG als Wettbewerbsverband zur Geltendmachung des Anspruchs legitimiert.

b)

Durch das Anbieten, in den Verkehr bringen und Bewerben der streitgegenständlichen Produkte handelt die Beklagte unlauter nach den §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 11 UWG. Die verwendete Verpackung verstößt gegen § 7 Abs. 2 Eichgesetz.

aa) Nach § 7 Abs. 2 Eichgesetz müssen Fertigpackungen so gestaltet und befüllt sein, dass sie keine größere Füllmenge vortäuschen, als in ihnen enthalten ist. § 7 Abs. 2 Eichgesetz ist dazu bestimmt, im Interesse der Marktteilnehmer den Markt im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG zu regeln. Ein Verstoß gegen § 7 Abs. 2 Eichgesetz stellt zugleich ein wettbewerbswidriges Verhalten im Sinne der §§ 3, 4 Nr. 11 UWG und eine irreführende geschäftliche Handlung im Sinne der §§ 3, 5 UWG dar (vgl. BGH - Kippdeckeldose - NJW 1982, 236 f. zum inhaltsgleichen § 17 a Eichgesetz a.F.; OLG Frankfurt, Urteil vom 21.10.2008, Az: 14 U 240/07, zitiert nach Juris).

Durch § 7 Abs. 2 Eichgesetz soll eine Täuschung durch die Verpackung selbst, z.B. durch doppelwandige Verpackungen, Hohlräume u. ä. verhindert werden. Der Verbraucher soll davor geschützt werden, dass bei ihm auf Grund des äußeren Erscheinungsbildes einer Fertigpackung der Eindruck erweckt wird, er könne das Produkt in einer Menge erwerben, die dem äußeren Erscheinungsbild der Verpackung in etwa entspricht, obwohl diese tatsächlich wesentlich weniger enthält (vgl. OLG Frankfurt, a.a.O.).

bb) Maßstab ist dabei, welche Vorstellungen der durchschnittlich informierte und verständige Verbraucher, der dem Produkt die der Situation angemessene Aufmerksamkeit entgegenbringt, über den Inhalt der jeweiligen Verpackung auf Grund deren äußerer Gestaltung entwickelt, und ob diese Vorstellung vom tatsächlichen Inhalt der Verpackung abweicht. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es sich vorliegend um geringwertige Waren handelt, bei welchen eine entsprechende Beurteilung nur auf Grund flüchtiger Wahrnehmung erfolgt (vgl. Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Aufl. 2012 § 5 Rnr. 2.88).

cc) Die angesprochenen Verkehrskreise, zu welchen auch die Mitglieder des Senats gehören, gehen auf Grund der konkreten Ausgestaltung der Verpackung

von einer größeren Füllmenge der streitigen Verpackung aus, als tatsächlich in ihr enthalten ist. Dabei unterstellt der Senat zu Gunsten der Beklagten deren Angabe zum Volumen des Plastikbechers von 200 cm³. Die Verpackung hat von außen betrachtet ein Volumen von ca. 272,5 cm³. Dabei geht der Senat zu Gunsten der Beklagten von deren Angaben zum Durchmesser der Verpackung von 8,25 cm aus. Bei einer Außenhöhe der Verpackung ohne Deckel von 5,1 cm ergibt sich somit der angegebene Wert. Damit liegt eine erhebliche Volumenabweichung vor, die dem mündigen Verbraucher, der sich das geringwertige, alltägliche Nahrungsmittelprodukt bei Fassung des Kaufentschlusses situationsadäquat nur flüchtig anschauen wird, ein erheblich größere Füllmenge suggeriert. Der Verbraucher nimmt Einbuchtung und Verjüngung des inneren Plastikbehälters nicht wahr und wird die Fehlvorstellung entwickeln, dass Volumen und Gewicht der Füllmenge dem äußeren Erscheinungsbild entsprechen.

Davon würde der Senat im Übrigen in gleicher Weise ausgehen, wenn man auf den von der Beklagten angegebenen Wert des lichten Innenraums der Verpackung von 262 cm³ abstellen würde. Entscheidend ist aber die äußere Höhe, da nur diese für den Verbraucher wahrnehmbar ist.

Der Eindruck einer größeren Füllmenge wird noch verstärkt durch Konkurrenzprodukte, die trotz größeren Füllgewichts eine kleinere Verpackung aufweisen („Le Tartare Kräuter Balance“ 150 g, „Bresso Balance“ 150 g) oder bei ähnlichem Erscheinungsbild eine größere oder erheblich größere Füllmenge aufweisen („Bresso Traditionelle Feine Kräuter“ 150 g, „Gut & Günstig Körniger Frischkäse“ 200 g). Dies liegt auch daran, dass bei keinem der genannten Konkurrenzprodukte mit einem vergleichbaren Verpackungssystem mit erheblicher Einbuchtung und Verjüngung des Plastikeinsatzes nach unten gearbeitet wird. Vorhandene Einbuchtungen sind viel geringer ausgeprägt (vgl. „Bresso Balance“). Andere Verpackungen mit Banderole lassen zumindest einen Blick ins Verpackungsinnere zu (vgl. „Bresso Traditionelle Feine Kräuter“). Hinzu kommt weiter, dass die vorhandene Einbuchtung auch bei einer flüchtigen taktilen Überprüfung kaum wahrzunehmen ist und durch die Verklebung der Banderole aus Karton mit dem Plastikeinsatz eine sonstige Überprüfung für den Verbraucher nicht möglich ist. Sowohl die Einbuchtung als auch die Verjüngung des Plastikeinsatzes nach unten stellen daher für den Verbraucher eine erst bei der Öffnung der Verpackung erkennbare „Überraschung“ dar.

dd) Die beiden Gewichtsangaben auf der Banderole der Verpackung und die dritte Gewichtsangabe auf der Deckelfolie stehen als im Geschäftsverkehr übliche Füllmengenkennzeichnung der Eignung zur Irreführung nicht entscheidend entgegen. Dies gilt trotz der besseren Wahrnehmbarkeit der Gewichtsangaben im Vergleich zur früheren Verpackung, die Gegenstand des Berufungsverfahrens

4 U 246/11 ist. Zwar werden durch die Angaben gesetzliche Kennzeichnungsvorgaben eingehalten und übertroffen (§§ 7 II, 18 I, 20 I FertigpackungsVO), eine so auffällige Füllmengenbezeichnung, dass die objektive Eignung zur Täuschung des Verbrauchers ausgeschlossen wäre, liegt aber nicht vor (vgl. hierzu Ambs in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, § 7 EichG Rnr. 10). Die Verpackung ist insgesamt nicht so ausgestaltet, dass der situationsadäquat aufmerksame Verbraucher die Gewichtsangabe zwangsläufig wahrnimmt. Es besteht vielmehr die Gefahr, dass ein erheblicher Anteil der Verbraucher bei einem entsprechenden Einkauf die Gewichtsangabe entweder nicht zur Kenntnis nimmt oder dennoch die Entscheidung alleine nach dem optischen Größeneindruck fällt. Die Gewichtsangabe bestimmt die Verkehrserwartung nicht, da sie bei anderen Produkten häufig nicht oder nicht sofort sichtbar auf dem Boden oder den Seiten der Verpackung angebracht ist.

Etwas anderes folgt auch nicht daraus, dass die vorhandene Pappummantelung selbst ungeeignet als Fertigpackung für Frischkäse ist. Dies wird ein Großteil der situationsadäquat aufmerksamen, durchschnittlich informierten und verständigen Verbraucher unter Berücksichtigung der konkreten Verkaufssituation in seine Überlegungen nicht einstellen. Vielmehr wird der Verbraucher sich über diese Frage in der Regel keine Gedanken machen, so dass darin auch kein die Irreführung ausschließender Hinweis auf eine Doppelverpackung zu sehen ist. Zudem wird der Verbraucher zumindest erwarten, dass der Plastikeinsatz - wie bei vergleichbaren Konkurrenzprodukten - die äußere Verpackung komplett ausfüllt.

Anhaltspunkte dafür, dass sich beim Verbraucher inzwischen ein allgemeines Problembewusstsein über entsprechende „Mogelpackungen“ herausgebildet hat, fehlen. Mitgliedern des Senats war jedenfalls von einer vergleichbaren Problematik vor dem vorliegenden Rechtsstreit nichts bekannt.

Auch wenn zum Teil eine Verkaufspräsentation der Waren erfolgt, wie in den Lichtbildern B 2 a - B 2 e dargestellt, ändert dies an der generellen Eignung der Verpackungsgestaltung zur Irreführung nichts. Zum einen ist dem Senat bekannt, dass die Präsentation entsprechender Produkte auch häufig in solcher Weise erfolgt, dass die Größe der Verpackung unmittelbar wahrnehmbar ist. Zum anderen besteht auch bei der in den Lichtbildern dargestellten Art der Präsentation die Gefahr, dass der Verbraucher, welcher verschiedene Produkte herausnimmt und der Größe nach vergleicht, irreführt wird.

ee) Ein besonderes Interesse der Beklagten, aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen eine entsprechende Verpackung zu wählen, steht dem Interesse der Allgemeinheit, vor Irreführung bewahrt zu werden, nicht entgegen. Letz-

teres ist grundsätzlich vorrangig gegenüber Individualinteressen des Anbieters. Nur unter besonderen, engen Voraussetzungen hat es ausnahmsweise als nachrangig zurückzutreten (vgl. BGH, „Kippdeckeldose“, a.a.O.). Eine Abwägung kann schon deshalb unterbleiben, weil es an einer hinreichenden Darlegung der Beklagten fehlt, dass es eine technische oder wirtschaftliche Notwendigkeit für die konkrete Ausgestaltung der Verpackung gibt. Die Beklagte hat zwar darauf hingewiesen, dass die vorliegende Einbuchtung eine bessere Abziehbarkeit der Verschlussfolie ermöglichen soll, die Handhabung selbst und Produkte entsprechender Wettbewerber zeigen aber, dass es hierzu keiner entsprechenden Einbuchtung, die zudem für den Verbraucher nicht erkennbar ist, bedarf. Es ist sowohl möglich, die Einbuchtung dezenter und leichter wahrnehmbar zu gestalten (vgl. „Bresso Balance“) als auch einen erkennbar breiteren Deckelrand vorzusehen (vgl. „Bresso Traditionelle“). Zu einer technischen Notwendigkeit der Verjüngung des Plastikbeckers nach unten und der entsprechenden Abrundung hat die Beklagte nichts vorgetragen.

ff) Die vorhandene Irreführung ist auch geeignet, bei einem erheblichen Teil der umworbenen Verkehrskreise irriige Vorstellungen über das Angebot hervorzurufen und die zu treffende Marktentschließung in wettbewerblich relevanter Weise zu beeinflussen (vgl. Köhler/Bornkamm, a.a.O., § 5 Rnr. 2.169). Auch diese Frage kann von den Mitgliedern des Senats, die zu den angesprochenen Verkehrskreisen gehören, selbst beantwortet werden.

c) Neben der unlauteren Handlung nach § 4 Nr. 11 UWG, liegt auch ein Verstoß gegen §§ 3 UWG, 11 Abs. 1 Nr. 1 LFGB vor.

d) Die Wiederholungsgefahr ist durch die Änderung der Verpackung nicht ausgeschlossen. Ohne Verbot oder Unterlassungserklärung wäre der Beklagten ansonsten eine Rückkehr zur alten Verpackung möglich.

5. Der Beklagten war eine angemessene Aufbrauchfrist zu bewilligen. Diese wurde unter Berücksichtigung der wechselseitigen Interessen bis zum 30.06.2013 eingeräumt (vgl. Köhler/Bornkamm, a.a.O., § 8 Rnr. 1.58ff).

6. Der Klägerin steht nach § 12 Abs. 1 S. 2 UWG auch ein Anspruch auf die geltend gemachte Kostenpauschale zu (vgl. Köhler/Bornkamm, a.a.O., § 12 Rnr. 1.98).

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91 Abs. 1, 92 II Nr. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Abwendungsbefugnis des Vollstreckungsschuldners bestimmt sich

bezüglich der vollstreckbaren Unterlassungsverpflichtung nach dem Nachteil, der dem Vollstreckungsgläubiger dadurch entsteht, dass er das verhängte Verbot nicht durchsetzen kann. Die Abwehrbefugnis des Vollstreckungsgläubigers hat die infolge den Befolgung des Unterlassungsgebotes zu erwartenden Schäden zu berücksichtigen. Für eine Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 ZPO) besteht kein Anlass.