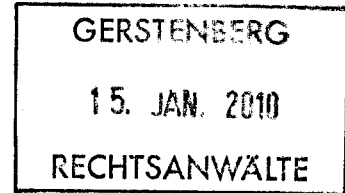


6 U 231/08

2/6 O 53/08 Landgericht Frankfurt am Main

Verkündet laut Protokoll am
19. November 2009

Picha Justizangestellter
Urkundsbeamter der Geschäftsstelle



OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

In dem Rechtsstreit

der Frau Margitta Holly, Scharnhorststraße 1, 65195 Wiesbaden,

Beklagte und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Denis Schultheis, Ulanenplatz 12, 63452 Hanau,

g e g e n

G&M Naturwaren GmbH & Co. KG, vertr. d. d. Geschäftsführerin Nicole Gruber,
In der Hohl 8, 56630 Kretz;

Klägerin und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Thorsten Beyerlein, Brienner Straße 10, 80333 München,

hat der 6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Vorbusch sowie die Richter am Oberlandesgericht Sunder und Dr. Schmidt aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19.11.2009 für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 30.07.2008 verkündete Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main wird nach Modifizierung des Klageantrags und Zurücknahme des Antrags zu 2. a) mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass der Unterlassungsausspruch wie folgt lautet:

Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zur Höhe von 250.000,00 EUR, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu unterlassen,

1.

im Hinblick auf das Produkt Steviosid „gebleicht“ der Klägerin zu behaupten und/oder behaupten zu lassen, dieses Produkt enthalte

- a) einen Anteil Steviosid von 29,39 %,
- b) einen Anteil von 15,14 % an Rebaudiosid A, wohingegen die Klägerin behaupten würde, der Anteil betrage 60%,
- c) eine Reinheit bzw. Summe der Stevioglykoside von 49,03 %, wohingegen die Klägerin behaupten würde, dieser betrage 90%,
- d) einen unbekanntem Zusatzstoff,

2.

im Hinblick auf das Produkt Steviosid „ungebleicht“ der Klägerin zu behaupten und/oder behaupten zu lassen, dieses Produkt enthalte

- b) einen Gehalt an Rebaudiosid A von 26,84 %, wohingegen die Klägerin einen Gehalt von 75 % behaupten würde,
- c) eine Reinheit bzw. Summe der Stevioglykoside von 91,16 %, wohingegen die Klägerin eine Reinheit von 99 % behaupten würde,

jeweils wenn dies geschieht wie in dem Internetauftritt gemäß Anlage K 5 zur Klageschrift.

Von den Kosten des Rechtsstreits haben die Klägerin 1/7 und die Beklagte 6/7 zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 60.000 EUR abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Gründe:

I.

Die Klägerin nimmt die Beklagte wegen kreditschädigender Äußerungen über die Zusammensetzung der von der Klägerin vertriebenen Produkte „Steviosid gebleicht“ und „Steviosid ungebleicht“ auf Unterlassung in Anspruch.

Auf das angefochtene Urteil (Bl. 174 ff. d.A.) einschließlich der darin enthaltenen tatsächlichen Feststellungen wird gemäß § 540 I Nr. 1 ZPO Bezug genommen. Anzumerken ist, dass der pflanzliche Süßstoff „Stevia“, für den bislang keine Zulassung nach der Novel Food-Verordnung erteilt wurde, von der Klägerin *nicht* als Nahrungsergänzungsmittel vertrieben wird.

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Es hat eine Wettbewerbshandlung der Beklagten angenommen, da sie fremden Wettbewerb gefördert habe. Die beanstandeten Behauptungen verstießen in mehrfacher Hinsicht gegen § 4 Nr. 8 UWG. Zum einen erwecke die Beklagte den unzutreffenden Eindruck, die wiedergegebenen Ergebnisse stammten aus einer erst kürzlich durchgeführten Untersuchung. Des weiteren würden die eigenen Produktangaben der Klägerin unzutreffend wiedergegeben, da die Klägerin die Angaben zur Reinheit ihrer Erzeugnisse seit längerem angepasst habe. Schließlich habe die Beklagte auch nicht den ihr obliegenden Beweis dafür erbracht, dass die von ihr genannten Werte zutreffen; insbesondere habe die Beklagte den hier allein tauglichen Sachverständigenbeweis für die Richtigkeit der in ihrem Auftrag durchgeführten Analysen und Ergebnisermittlungen nicht angetreten.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung. Sie wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag. Insbesondere vertritt sie die Auffassung, das Landgericht habe die Beweislage infolge unzureichender Würdigung der Besonderheiten des Einzelfalles falsch beurteilt und die Beklagte daher zu Unrecht als beweisfällig angesehen. In diesem Zusammenhang rügt die Beklagte auch, dass das Landgericht gebotene Hinweise unterlassen habe. Weiter behauptet die Beklagte, es seien noch (geöffnete) Proben des Erzeugnisses „Stevia gebleicht“ aus der einschlägigen Charge bei einem Hamburger Labor (Eurofins Analytik) vorhanden. Im Übrigen hält die Beklagte daran fest, dass sie mit der Klägerin nicht in Wettbewerb stehe.

Die Beklagte beantragt,

das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin hat in der Berufungsverhandlung den Klageantrag zu Ziff. 2 a) des Tenors des angefochtenen Urteils mit Zustimmung der Beklagten zurückgenommen.

Die Klägerin beantragt im Übrigen,

die Berufung mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass im Tenor des angefochtenen Urteils hinter dem Wort „jeweils“ der nachfolgende Text ersetzt wird durch „wenn dies geschieht wie in dem Internetauftritt gemäß Anlage K5 zur Klageschrift“.

Sie tritt der Berufung entgegen und verteidigt das angefochtene Urteil.

Wegen des weiteren Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst deren Anlagen sowie die nachfolgenden Ausführungen unter Ziff. II. Bezug genommen.

II.

Soweit die Klägerin ihre Klage in der zweiten Instanz weiterverfolgt, hat die zulässige Berufung der Beklagten in der Sache keinen Erfolg. Das Landgericht hat insoweit einen Verstoß der Beklagten gegen §§ 3, 4 Nr. 8 UWG jedenfalls im Ergebnis zu Recht bejaht. Dementsprechend ist die Beklagte zur Unterlassung verpflichtet (§ 8 I 1 UWG).

Für den auf Wiederholungsgefahr gestützten Unterlassungsanspruch ist auf die Rechtslage zum Zeitpunkt der Verletzungshandlung – ab Oktober 2007 bis jedenfalls Januar 2008 (Anlage K 5) – und zusätzlich auf die Rechtslage zum Zeitpunkt der Entscheidung am 19.11.2009 abzustellen. Das am 08.07.2004 in Kraft getretene Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 03.07.2004 (im Folgenden: UWG 2004) ist durch das Erste Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 22.12.2008, in Kraft getreten am 30.12.2008 (im Folgenden: UWG 2008), geändert worden. Infolgedessen besteht der Unterlassungsanspruch nur dann, wenn sowohl nach dem UWG 2004 als auch nach dem UWG 2008 ein Wettbewerbsverstoß zu bejahen ist.

Das Landgericht hat zutreffend eine Wettbewerbshandlung der Beklagten angenommen. Das beanstandete Verhalten stellt sich zugleich als geschäftliche Handlung (§ 2 I Nr. 1 UWG 2008) dar.

Die Beklagte steht nicht selbst im Wettbewerb mit der Klägerin. Sie repräsentiert eine Gruppe mit der Bezeichnung „Free Stevia“, die es sich zum Ziel gesetzt hat, die Öffentlichkeit über die Pflanze *Stevia rebaudiana* und den daraus gewonnenen Süßstoff Stevia zu informieren. Zur Zusammensetzung dieser Gruppe und der Herkunft ihrer finanziellen Mittel haben die Parteien nichts Näheres vorgetragen.

Für eine Wettbewerbshandlung bzw. geschäftliche Handlung genügt jedoch ein Handeln zur Förderung eines oder mehrerer fremder Unternehmen. Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-Richtlinie) steht der Erstreckung des Anwendungsbereichs des UWG auf Handlungen zur Förderung des Wettbewerbs zugunsten fremder Unternehmen nicht entgegen (vgl. BGH, GRUR 2009, 878 ff., Tz. 11 – Fräsautomat; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., § 2 Rn 54).

Ein Handeln der Beklagten zur Förderung fremden Wettbewerbs hat das Landgericht zutreffend bejaht. Die von der Beklagten ausweislich der Anlage K 5 vorgenommene Präsentation von Stevia-Erzeugnissen unterschiedlicher Hersteller ist objektiv geeignet, zugunsten von Konkurrenten der Klägerin auf den Wettbewerb einzuwirken. Dies betrifft namentlich die Firma MedHerbs, deren Produkt „ChrysantinA“ ein nahezu 100%iger Reinheitsgehalt und ein sehr hoher Anteil des wertvollen Bestandteils Rebaudiosid A bescheinigt wird, womit dieses Produkt unter den im Rahmen des Vergleichs aufgeführten Erzeugnissen die Spitzenstellung einnimmt und die Erzeugnisse der Klägerin hinsichtlich der Reinheit und des Anteils an Rebaudiosid A weit überragt.

Besitzt das Handeln einer nicht unternehmerisch tätigen Privatperson oder Interessengruppe die objektive Eignung zur Förderung fremden Wettbewerbs, so rechtfertigt dies allein grundsätzlich noch nicht die Vermutung einer entsprechenden Wettbewerbsförderungsabsicht (UWG 2004) bzw. eines unmittelbaren Zusammenhangs im Sinne der UGP-Richtlinie. Entscheidend ist, ob sich aus den Umständen des Einzelfalles ausreichende Anhaltspunkte dafür ergeben, dass es dem Handelnden – jedenfalls auch – darum ging, zugunsten des geförderten Unternehmens gezielt in den Wettbewerb einzugreifen.

Im vorliegenden Fall ist dieses subjektive Merkmal gegeben. Die Beklagte hat in ihrem Internetauftritt „freestevia.de“ unstrittig (u.a.) das Produkt „Stevia-Sirup (Jarabe)“ präsentiert und einen Link zur Website der Herstellerin MedHerbs gesetzt. Somit hat sie die positive Einschätzung der Produkte der Firma MedHerbs durch eine Bestellhilfe ergänzt. Zudem ist der Inhaber der – am Wohnort der Beklagten in Wiesbaden ansässigen – Firma MedHerbs, Herr Peter Grosser, nicht nur Gründungsmitglied der Vereinigung EUSTAS (European Stevia Association), bei der sich – unstrittig – auch die Beklagte engagiert. Er war vielmehr, wie im Senatstermin erörtert, in den von der Beklagten veranlassten Test der Produkte der Klägerin einbezogen, indem er die entsprechenden Proben an das Labor der Universität Leuven verschickt hat (vgl. Anlage B 5 / Bl. 106 f. d.A.). Aus diesen Umständen erschließt sich, dass das beanstandete Verhalten der Beklagten auch dazu diente, zugunsten der Firma MedHerbs gezielt in den Wettbewerb einzugreifen. Zwischen dieser Firma und der Klägerin besteht ein konkretes Wettbewerbsverhältnis.

Die für die Beurteilung des Verhaltens der Beklagten einschlägige Vorschriften sind demnach §§ 3, 4 Nr. 8 UWG. Insoweit haben sich durch die UWG-Novelle 2008 keine für den vorliegenden Fall relevanten Änderungen ergeben.

Durch die im Tenor unter Einbeziehung der Anlage K 5 wiedergegebenen Äußerungen hat die Beklagte Tatsachen behauptet, die geeignet sind, die wirtschaftlichen Interessen der Klägerin zu beeinträchtigen (§ 4 Nr. 8 UWG).

Bei den fraglichen Äußerungen handelt es sich, wie die Beklagte selbst nicht in Zweifel zieht, um Tatsachenbehauptungen. Allerdings wurden – nach dem Vortrag der Beklagten – die Ergebnisse fachkundiger Analysen wiedergegeben. Sachverständigengutachten, die der Feststellung von Tatsachen dienen, werden grundsätzlich als Werturteile angesehen. Ein Mitbewerber, der über von ihm selbst durchgeführte Tests berichtet, kann sich auf dieses Privileg jedoch nicht berufen (vgl. BGH, GRUR 2009, 1186 ff., Tz. 20 – Mecklenburger Obstbrände). Nichts anderes kann gelten, wenn wie hier ein Dritter in Wettbewerbsförderungsabsicht

Analyseergebnisse verbreitet, die er sich zu eigen macht und die aus von ihm in Auftrag gegebenen Laboruntersuchungen stammen.

Die Beklagte hat sich, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, die fraglichen Analyseergebnisse zueigen gemacht; sie hat nicht lediglich über diese Analyseergebnisse berichtet. Der Leser zieht angesichts der Darstellung in der Anlage K 5 nicht in Betracht, dass die Beklagte lediglich die Behauptungen eines Dritten wiedergibt und sich einer eigenen Einschätzung enthält. Vielmehr hat die Beklagte Tatsachen wiedergegeben, die in ihrem Auftrag durch ein fachkundiges Labor ermittelt wurden, und sie hat diese Ergebnisse damit aus der Sicht des Lesers als eigenen Beitrag zur Information des Publikums übernommen.

Die nach der teilweisen Klagerücknahme noch streitgegenständlichen Behauptungen der Beklagten sind geeignet, den Betrieb der Klägerin zu schädigen. Dies gilt für die mit den Klageanträgen zu 1. b), 1. c), 2. b) und 2. c) erfassten Behauptungen schon deshalb, weil der Klägerin dort jeweils unterstellt wird, sie mache wahrheitswidrige Angaben, durch die sie ihre Erzeugnisse besser darstelle als sie sind. Die Behauptung, das Produkt „Steviosid gebleicht“ enthalte einen unbekanntem Zusatzstoff (Klageantrag zu 1. d), ist gleichfalls kreditschädigend, zumal sich aus der Reinheitsangabe von lediglich 49,03 % erschließt, dass es sich bei dem Zusatzstoff nicht lediglich um eine unerhebliche Beimischung handeln dürfte. Mit der Behauptung, das Produkt enthalte einen unbekanntem Zusatzstoff, korrespondiert die Behauptung, der Steviosidgehalt betrage – lediglich – 29,39 % (Klageantrag zu 1. a). Diese Angabe ist der Verkäuflichkeit des genannten Produkts gleicher Weise abträglich.

Die Beklagte hat nicht bewiesen, dass die vorstehend aufgeführten Tatsachenbehauptungen wahr sind. Dies geht zu ihren Lasten, da der Wahrheitsbeweis gemäß § 4 Nr. 8 UWG demjenigen obliegt, der die kreditschädigende Behauptung aufstellt hat.

Die Behauptungen, die Gegenstand der Klageanträge zu 1. b), 1. c), 2. b) und 2. c) sind, sind schon deshalb nicht erweislich wahr, weil der Klägerin dort Produktangaben zugeschrieben werden, die diese seit längerem nicht mehr verwendet.

Die Klägerin hat die in der Anlage K 5 wiedergegebenen Angaben Ende 2006 gemacht. Diese Angaben waren offenbar unzutreffend, denn die von der Klägerin selbst in Auftrag gegebene Untersuchung des Labors PLENUM (Dr. Born) vom 11.10.2007 (Anlage K 6) ergab andere Werte. Von ihren ursprünglichen Angaben ist die Klägerin unstreitig selbst abgerückt. Die Beklagte hat schon in erster Instanz selbst vorgetragen, dass die Klägerin ihre Werbeangaben „seit längerem“ angepasst habe. Sie geht selbst davon aus, dass diese Korrektur jedenfalls vor der Klageerhebung stattgefunden hat, denn die Beklagte beanstandet, dass die Klägerin vor Klageerhebung in Anbetracht der geänderten Begebenheiten nicht nochmals abgemahnt hat (Schriftsatz vom 11.11.2009, Seite 8 / Bl. 235 d.A.). Aus den Angaben auf Seite 3 der Anlage K 5 kann zudem entnommen werden, dass eine (zumindest teilweise) Korrektur wohl schon am 19.09.2007 erfolgt war.

Die beanstandeten Angaben im Internetauftritt der Beklagten vermitteln, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, den Eindruck, die dort aufgeführten „Angaben des Anbieters“ entsprächen dem aktuellen Stand. Der Verbraucher geht grundsätzlich davon aus, dass die Angaben in einem (ersichtlich gepflegten) Internetauftritt zeitnah aktualisiert werden. Dieser Erwartung ist die Beklagte in der Anlage K 5 auch insofern gerecht geworden, als sie bei einem anderen Produkt, nämlich dem „Steviosid von Steviemarkt, Gerlinde Semrau“ zwischenzeitliche Änderungen der Anbieterwerbung vermerkt hat. Den Produkten der Klägerin hat die Beklagte keinen entsprechenden Vermerk zugeordnet. Der außerhalb der eigentlichen Auflistung im Rahmen abschließender Bemerkungen gegebene Hinweis darauf, dass „elcompra.de“ (die Firma El Compra hat die fraglichen Produkte der Klägerin vertrieben) eine Berichtigung vorgenommen habe, war nach Platzierung, Aufmachung und Inhalt ersichtlich unzureichend.

Nach dem Gesagten war die Wiedergabe der Anbieterangaben der Klägerin, die den Eindruck vermitteln musste, die Klägerin bewerbe ihre Produkte mit erwiesenermaßen falschen Behauptungen, am 23.01.2008 (Anlage K 5) nicht (mehr) *erweislich wahr*. Vielmehr wird bereits durch das eigene Vorbringen der Beklagten nahegelegt, dass die von ihr wiedergegebenen Anbieterangaben im Januar 2008 seit geraumer Zeit überholt waren. Zumindest aber hat die Beklagte insoweit den ihr obliegenden Richtigkeitsnachweis nicht geführt.

Da somit hinsichtlich der Klageanträge zu 1. b), 1. c), 2. b) und 2. c) ein Verstoß gegen §§ 3, 4 Nr. 8 UWG bereits festgestellt ist, ist es für die hier zu treffende Entscheidung unerheblich, ob die von der Beklagten insoweit vorgetragene Analysewerte zutreffend sind oder nicht. Dahinstehen kann auch, ob die Beklagte bezüglich der Aktualität der von ihr veranlassten Untersuchung einen unzutreffenden Eindruck erweckt hat.

Im Hinblick auf die Klageanträge zu 1. a) und 1. d) kommt es auf die tatsächliche Zusammensetzung des betreffenden Erzeugnisses an. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die Beklagte auf ihrer Internetseite Aussagen getroffen hat, die sich generell auf das Produkt „Steviosid gebleicht“ beziehen. Eine Beschränkung der Aussage auf eine bestimmte Charge, die in ihrer Zusammensetzung von anderen Chargen möglicherweise abweichen könnte, ist für den Durchschnittsverbraucher nicht ersichtlich. Zu berücksichtigen ist weiter, dass der Verkehr auch die Angaben zur tatsächlichen Produktbeschaffenheit für aktuell hält. Er rechnet nicht damit, dass ihm Analysewerte präsentiert werden, die für das genannte Produkt in seiner gegenwärtigen Zusammensetzung und damit für eine etwaige Kaufentscheidung keine Aussagekraft beanspruchen.

Nach dem Gesagten könnten die Ergebnisse des spanischen Labors Anagalide vom 18.04.2007 (Anlage B 1) und des belgischen Labors der Universität Leuven vom 26.06.2007 (Anlage B 5) – ihre Richtigkeit unterstellt – die im Streit stehenden Angaben nur dann rechtfertigen, wenn sich im Januar 2008 Erzeugnisse aus der im April 2007 untersuchten Charge noch (in relevantem) Umfang auf dem Markt befunden hätten oder wenn sich die Zusammensetzung des Produkts in nachfolgenden Chargen nicht geändert hätte.

Diese Voraussetzungen sind nicht dargetan. Die Beklagte trägt selbst vor, dass der von der Klägerin in Auftrag gegebenen Analyse des Labors PLENUM (Dr. Born) vom 11.10.2007 eine andere Charge des Produkts „Steviosid gebleicht“ zugrunde gelegen habe als den einige Monate zuvor durchgeführten Analysen des Labors Anagalide und des Labors der Universität Leuven. Sie führt ihre Beweisschwierigkeiten gerade darauf zurück, dass Proben aus der im April 2007 unter-

suchten Charge kaum noch zu beschaffen seien. Danach kann – ohne nähere Darlegung, an der es hier fehlt – nicht davon ausgegangen werden, dass sich im Januar 2008 noch in relevantem Umfang Erzeugnisse aus der Charge auf dem Markt befanden, die im April 2007 untersucht worden war.

Es kann aber auch nicht unterstellt werden, dass sich die Zusammensetzung des Produkts „Steviosid gebleicht“ in nachfolgenden Chargen nicht geändert habe. Von einer solchen Änderung geht die Beklagte im Grunde selbst aus, da sie den ihr obliegenden Beweis nur unter Rückgriff auf die im April 2007 untersuchte Charge für realisierbar hält. Dass diese Änderung keine nur theoretische Möglichkeit darstellt, ergibt sich im Übrigen aus den abweichenden Analyseergebnissen des Gutachters Dr. Born. Ferner waren die Proben, die dem spanischen und dem belgischen Labor zur Verfügung gestellt wurden, offenbar *hochgradig* unrein oder verunreinigt. Hierzu ist im Bericht des Labors Anagalide (Anlage B 1) festgehalten: „is highly impure with an unidentified compound ...“.

Da die Beklagte die Darlegungs- und Beweislast trägt, war es ihre Sache, die Übereinstimmung des im Januar 2008 vertriebenen Produkts „Steviosid gebleicht“ in seiner damaligen Zusammensetzung mit der im April 2007 untersuchten Charge darzutun. Dem ist die Beklagte nicht nachgekommen. Ihrem Vorbringen lässt sich überdies entnehmen, dass sie eine solche Behauptung gar nicht aufstellen will.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass auch die mit den Klageanträgen zu 1. a) und 1. d) erfassten Behauptungen bereits am 23.01.2008 nicht (mehr) *erweislich wahr* waren. Dies begründet einen Wettbewerbsverstoß gegen §§ 3, 4 Nr. 11 UWG. Es kommt auch insoweit nicht darauf an, ob die Analysen, auf die sich die Beklagte gestützt hat, zutreffend waren oder nicht.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91 I 1, 92 I 1, 269 III 2 ZPO unter Berücksichtigung der teilweisen Klagerücknahme. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 543 II ZPO nicht vorliegen. Maßgebend für die getroffene Entscheidung waren die konkreten

Umstände des vorliegenden Einzelfalles, die das Gericht auf der Grundlage anerkannter Rechtsgrundsätze bewertet hat.

Vorbusch

Dr. Schmidt

Sunder