Werbung mit Stiftung Warentest

Eigener Leitsatz:

Für die Werbung mit Empfehlungen der Stiftung Warentests haben sich Standards gebildet, nach denen ein Produkt nicht in Zusammenhang einer Untersuchung gebracht werden darf, für welches diese nicht gilt. Bei der Verurteilung zur Unterlassung von Werbung ist in der Rechtsprechung aber als Beschränkung anerkannt, dass im Interesse eines hinreichenden Rechtsschutzes und zur Vermeidung unnötiger Streitverlagerungen in die Vollstreckungsinstanz auch gewisse Verallgemeinerungen über die enge Form der festgestellten Verletzungshandlung hinaus vorgenommen werden dürfen.

Pfälzisches Oberlandesgericht

Urteil vom 18.09.2008

Az.: 4 U 38/07

Urteil

wegen unlauteren Wettbewerbs hat der 4. Zivilsenat des Pfälzischen Oberlandesgerichts Zweibrücken durch ... auf die mündliche Verhandlung vom 28. August 2008 für Recht erkannt:

I. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Frankenthal (Pfalz) vom 26. Februar 2007 teilweise geändert und wie folgt neu gefasst:

1. Der Beklagten wird bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, eine

Ordnungshaft oder eine Ordnungshaft bis zu sechs Monaten (Ordnungsgeld im Einzelfall höchstens 250 000,00 €, Ordnungshaft insgesamt höchstens zwei Jahre zu vollziehen an ihrem Geschäftsführer) verboten,

a) im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken Elektrohaushaltsgeräte mit Testergebnissen zu bewerben, wenn diese im Rahmen des behaupteten Tests nicht getestet wurden;

b) Elektrohaushaltsgeräte hervorgehoben zu bewerben, soweit diese in dem angegebenen Gültigkeitszeitraum nicht zur sofortigen Mitnahme vorrätig sind, insbesondere wie geschehen in der Werbung mit der Angabe des Gültigkeitszeitraums "Mai 2006".

2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 491,90 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 30. Juni 2006 zu zahlen.

3. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, auf die seitens der Klägerin verauslagten Gerichtskosten Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem Zeitpunkt ihrer Einzahlung bis zur Beantragung der Kostenfestsetzung nach Maßgabe der Kostenquote zu zahlen.

4. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

5. Der Klägerin/Widerbeklagten zu Ziffer 1. wird bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festgesetzten Ordnungsgeldes und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, eine Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten (Ordnungsgeld im Einzelfall höchstens 250 000,00 €, Ordnungshaft insgesamt höchstens zwei Jahre) verboten, im geschäftlichen Verkehr Waschvollautomaten mit unrichtigen technischen Angaben zu bewerben.

6. Die Klägerin/Widerbeklagte zu Ziffer 1. wird verurteilt, an die Beklagte 439,90 € zzgl. Zinsen in Höhe von 8 %-Punkten hieraus über dem Basiszinssatz ab dem 24. Oktober 2006 zu

zahlen.

7. Der Widerbeklagten zu Ziffer 2. wird bei Meidung eines vom Gericht für jeden der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten (Ordnungsgeld im Einzelfall höchstens 250 000,00 €, Ordnungshaft insgesamt höchstens zwei Jahre) verboten, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken Elektrohaushaltsgeräte hervorgehoben zu bewerben, soweit diese in dem angegebenen Gültigkeitszeitraum der Werbung nicht zu sofortigen Mitnahme vorrätig sind, insbesondere wenn dies geschieht, wie in der Werbebeilage der Zeitung "Sonntag aktuell" vom 1. Oktober 2006 mit der Angabe des Gültigkeitszeitraumes "Alles zum Mitnahmepreis/gültig ab 02.10.2006".

8. Die Widerbeklagte zu Ziffer 2. wird verurteilt, an die Beklagte 439,90 € zzgl. Zinsen in Höhe von 8 %-Punkten hieraus über dem Basiszinssatz ab dem 24. Oktober 2006 zu bezahlen.

II. Kosten des Rechtsstreits:

1. Die Gerichtskosten des ersten Rechtszugs tragen die Klägerin und die Widerbeklagte zu 2) je zu $\frac{1}{4}$ und die Beklagte zu $\frac{1}{2}$;

die Klägerin trägt $\frac{1}{4}$ der außergerichtlichen Auslagen der Beklagten, welche $\frac{2}{3}$ der außergerichtlichen Auslagen der Klägerin trägt; die Drittwiderbeklagte trägt $\frac{1}{4}$ der außergerichtlichen Auslagen der Beklagten. Im Übrigen tragen die Parteien ihre außergerichtlichen Auslagen selbst.

2. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte.

III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Zwangsvollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 32 000,00 € oder Hinterlegung abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Die Klägerin darf die Zwangsvollstreckung der

Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 2 500,00 € oder Hinterlegung abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Parteien betreiben Elektromärkte in L... und verkaufen u. a. auch elektrische Haushaltsgeräte. Die Beklagte warb in einer Werbebeilage der Ausgabe der Zeitung "Die Rheinpfalz" vom 3. Mai 2006 u. a. für Kaffeevollautomaten. Das Gerät der Firma "DeLonghi EAM 4000 Exklusiv" bewarb sie mit dem Hinweis, dass das Gerät in der Zeitschrift der Stiftung Warentest "Test" im Dezember 2004 die Bewertung "gut" erhalten habe, obwohl in der fraglichen Ausgabe ein anderer Kaffeevollautomat des Typs "EAM 3000 B" getestet und bewertet worden war. Das Gerät ist nach Auskunft der Firma "DeLonghi" technisch baugleich mit dem von der Beklagten beworbenen Kaffeevollautomaten. Des Weiteren warb die Beklagte für einen Kaffeevollautomaten der Marke "Saeco Primea" mit einem Abholpreis von 1 099,00 €. Das in der Werbung abgebildete Gerät hatte die Beklagte damals nicht vorrätig. Sie will stattdessen interessierten Kunden zum selben Preis das höherwertige Gerät "Saeco Primea Cappuccino Exklusiv" angeboten haben. Die Klägerin hat begehrt, der Beklagten beide Werbungen wegen Irreführung zu untersagen, sowie Ersatz ihrer Auslagen und Unkosten verlangt. Die Beklagte hat widerklagend beantragt, der Klägerin und der Drittwiderbeklagten (einem weiteren M... M... in S...) andere ebenfalls irreführende Werbung zu untersagen.

Durch Teilversäumnis- und Endurteil vom 26. Februar 2007, auf das zur Ergänzung des Tatbestands Bezug genommen wird, hat die 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Frankenthal (Pfalz) der Beklagten nach Beweisaufnahme einschränkend verboten mit Testergebnissen nicht getesteter Geräte zu werben

und die Beklagte zum Schadensersatz verurteilt. Ferner hat das Landgericht die Klägerin und die Drittwiderbeklagte auf die Widerklage der Beklagten verurteilt, die von der Beklagten beanstandete Werbung zu unterlassen und ebenfalls an die Beklagte Schadensersatz zu leisten.

Gegen das Urteil hat die Klägerin Berufung eingelegt, soweit das Landgericht ihren Klageanträgen nicht entsprochen hat. Insoweit bekämpft sie die Rechtsauffassung und Beweiswürdigung der Kammer unter Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens.

Sie beantragt, das angefochtene Urteil teilweise zu ändern und

1. der Beklagten bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten (Ordnungsgeld im Einzelfall höchstens 250 000,00 €, Ordnungshaft insgesamt höchstens zwei Jahre) zu verbieten im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken

a) Elektrohaushaltsgeräte mit Testergebnissen zu bewerben, wenn diese im Rahmen des behaupteten Tests gar nicht getestet wurden,

b) Elektrohaushaltsgeräte hervorgehoben zu bewerben, soweit diese in dem angegebenen Gültigkeitszeitraum nicht zur sofortigen Mitnahme vorrätig sind, insbesondere wie geschehen in der Werbung mit der Angabe des Gültigkeitszeitraumes "Mai 2006".

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt die Entscheidung des Landgerichts unter Wiederholung ihres dortigen Vorbringens.

Auf die gewechselten Schriftsätze und vorgelegten Urkunden

wird zur Ergänzung des Tatbestands Bezug genommen.

II.

1. Die Berufung ist zulässig. Die Klägerin hat klargestellt, dass ihr (missverständlicher) Berufungsschriftsatz vom 13. März 2007 nur ein Rechtsmittel der Klägerin beinhaltet. Zwar ist das Rechtsmittel "mit Vollmacht der Klägerin, Widerbeklagten sowie Drittwiderbeklagten und Berufungsklägerinnen" eingelegt worden. Diese Formulierung beinhaltet jedoch ersichtlich ein Versehen, soweit auch die Drittwiderbeklagte als Rechtsmittelführerin bezeichnet worden ist. Das ergibt sich daraus, dass die Drittwiderbeklagte, die in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht keinen Antrag gestellt hat, durch ein Teilversäumnisurteil verurteilt worden ist, gegen das nur der besondere Rechtsbehelf des Einspruchs (§ 338 ZPO) stattfindet. Das hat auch die Beklagte in ihrer Berufungserwiderung so gesehen, so dass die Bezeichnung der Drittwiderbeklagten als Berufungsklägerin für alle Seiten erkennbar eine unschädliche und jederzeit berichtigbare Falschbezeichnung war (vgl. dazu auch Zöller/Vollkommer, ZPO 26. Aufl., vor § 50 Rdnr. 7 m.w.N.).

2. Die Berufung der Klägerin führt zum Erfolg, soweit das Landgericht ihre Klage teilweise abgewiesen hat.

a) Die Klägerin ist für den geltend gemachten Unterlassungsanspruch (§§ 8 Abs. 1, 3 Nr. 1; 3 UWG) aktiv legitimiert. Beide Parteien sind Mitbewerber im Sinne von § 1 UWG auf dem Gebiet des Handels mit Elektro- und Haushaltsgeräten.

b) Zutreffend hat das Landgericht angenommen, dass die Werbung der Beklagten mit dem angeblichen Testergebnis für den Kaffeevollautomaten "DeLonghi Typ EAM 4000" irreführend i.S.v. § 5 Abs. 2 Nr. 3, 6, Abs. 2 Nr. 2 UWG war, weil die Stiftung Warentest nicht die beworbene Ware, sondern ein anderes Gerät

desselben Herstellers getestet hatte.

Für die Art solcher Werbung haben sich Standards gebildet, die in den Empfehlungen der Stiftung Warentest zur Verwertung von Untersuchungsergebnissen vom März 2001 „niedergelegt“ sind. Bei der Beurteilung einer Werbeaussage kann teilweise auf diese Empfehlungen zurückgegriffen werden (BGH GRUR 1991, 679 – Fundstellenangebot -; Hefermehl/Köhler/Bornkamm Wettbewerbsrecht 25. Aufl. § 5 UWG Rdnr. 4.236). Nach diesen Empfehlungen (Nr. 2) darf eine Untersuchung nicht mit einem Produkt in Zusammenhang gebracht werden, für das sie nicht gilt. Wird ein Qualitätsurteil für ein gleiches Produkt, welches von der Untersuchung nicht erfasst war, benutzt, darf es nicht ohne Erwähnung des untersuchten Produkts verwendet werden (Empfehlung abgedruckt bei Hefermehl/Köhler/Bornkamm aaO, § 6 Rdnr. 104). Demzufolge ist eine Werbung, die ein Testergebnis der Stiftung Warentest für ein anderes, aber technisch baugleiches Modell verwendet, nur zulässig, wenn die Werbung deutlich macht, dass nicht das beworbene, sondern der baugleiche andere Artikel getestet wurde (OLG Köln GRUR 1988, 556; Urteil vom 11. Juli 2003 – 6 U 209/02 – bei Juris; Hefermehl/Köhler/Bornkamm aaO § 5 Rdnr. 4.240). Das Landgericht hat diese Grundsätze beachtet und deshalb rechtsfehlerfrei entschieden, dass die Werbung der Beklagten ohne den vorgenannten Hinweis unzulässig war.

Fehlerhaft hat die Kammer jedoch den somit begründeten Unterlassungsanspruch der Klägerin insoweit eingeschränkt, als sie die Werbung für zulässig erklärt hat, wenn ein Hinweis auf das getestete baugleiche Gerät erfolge.

Verurteilungen zur Unterlassung sind zwar regelmäßig, aber keineswegs ausnahmslos auf das Verbot der konkreten Verletzungsform zu beschränken. In der Rechtsprechung ist vielmehr anerkannt, dass im Interesse eines hinreichenden Rechtsschutzes und zur Vermeidung unnötiger Streitverlagerungen in die Vollstreckungsinstanz auch gewisse Verallgemeinerungen über die enge Form der festgestellten

Verletzungshandlung hinaus vorgenommen werden dürfen, sofern auch in der erweiterten Form das Charakteristische der konkreten Verletzungsform aus der begangenen Handlung zum Ausdruck kommt. Eine relevante Täuschungshandlung rechtfertigt grundsätzlich deren einschränkungsloses Verbot; es ist nicht Sache des Klägers und des Gerichts, im Klageantrag bzw. im Urteilsausspruch Einschränkungen zu formulieren, durch die der Verletzter die grundsätzlich täuschende Wirkung einer Handlung ausschließen kann (BGH Urteil vom 16. Februar 1989 – I ZR 76/87 – Professorenbezeichnung in der Arztwerbung I; Urteil vom 9. April 1992 – I ZR 240/90 – Professorenbezeichnung in der Arztwerbung II beide bei Juris). Danach musste die hier festgestellte irreführende Verwendungsweise einschränkungslos verboten werden. Es ist Sache der Beklagten, andere, nicht irreführende Verwendungsweisen zu finden (vgl. BGH Urteil vom 16.02.1989 – aa0 –).

b) Zu Unrecht hat die Kammer auch den Klageantrag Nr. I. 2. abgewiesen, mit welchem die Klägerin begehrt, der Beklagten zu verbieten, mit nicht vorrätigen Geräten "zur sofortigen Mitnahme" zu werben.

Nach § 5 Abs. 5 Satz 1 UWG ist es irreführend für eine Ware zu werben, die unter Berücksichtigung der Art und Weise sowie der Gestaltung und Verbreitung der Werbung nicht in angemessener Menge zur Befriedigung der zu erwartenden Nachfrage vorgehalten ist. Angemessen ist im Regelfall ein Vorrat für zwei Tage, wenn nicht der Unternehmer Gründe nachweist, die eine geringere Bevorratung rechtfertigen.

Unstreitig hatte die Beklagte den in dem Prospekt abgebildeten Kaffeefullautomaten "Saeco Primea" nicht vorrätig. Richtig hat die Kammer das Ergebnis der Beweisaufnahme dahin gewürdigt, dass die Beklagte stattdessen zwei andere, höherwertigere Kaffeefullautomaten desselben Herstellers vorrätig hatte. Die Berufung stellt das auch nicht in Frage.

Dahinstehen kann, ob die beiden Alternativgeräte einen

angemessenen Vorrat im Sinne von § 5 Abs. 5 UWG darstellten. Auch wenn man das annehmen wollte, stellte das den Unterlassungsanspruch der Klägerin nicht in Frage.

Das Landgericht hat seine anderslautende Entscheidung damit begründet, dass die Klägerin nicht bewiesen habe, dass ihr das Alternativgerät der Fa. Saeco nicht angeboten worden sei. Mit Recht rügt die Berufung, dass die Kammer insoweit die Beweislast verkannt hat.

Zwar muss grundsätzlich der Kläger eine Irreführung beweisen. Das gilt – von § 5 Abs. 4 UWG abgesehen – in allen Fällen des § 5 UWG. Vorliegend ist aber unstreitig, dass die Beklagte das beworbene Gerät nicht vorrätig hatte, so dass ihre Werbung irreführend war. Sie musste deshalb diejenigen Umstände beweisen, die dem Vorwurf der Irreführung die Grundlage nahmen (vgl. BGH GRUR 2004, 246 – Mondpreise ? – m.w.N.; 1997, 229 – Beratungskompetenz -; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht 25. Aufl., § 5 UWG Rdnr. 3.19 m.w.N.). Es oblag deshalb der Beklagten ihre Behauptung zu beweisen, dass sie den Kunden, welche das beworbene Modell nachfragten, das (vorrätige) höherwertige Modell angeboten habe.

Diesen Beweis hat die Beklagte nicht erbracht.

Ihr Verkäufer, der Zeuge N..., hatte keine konkreten Erinnerungen mehr an das Verkaufsgespräch mit der Testkäuferin der Klägerin, der Zeugin K... Er wusste folglich nicht mehr, ob er der Zeugin das teurere Alternativgerät zum Prospektpreis angeboten hatte. Der Zeuge konnte sich darüber hinaus nicht erinnern, überhaupt einem Kunden das Alternativgerät angeboten oder verkauft zu haben, was er damit begründete, dass das "wohl" daran gelegen habe, dass die Kunden ihn nicht danach gefragt hätten. Das deutet bereits darauf hin, dass der Zeuge nicht – wie es zur Vermeidung einer Irreführung der Kunden notwendig gewesen wäre – von sich aus auf das vorrätige Alternativgerät hinwies. Es spricht ferner für die Richtigkeit der Aussage der Zeugin K..., die ausgesagt hat, dass der

Verkäufer der Beklagten ihr anlässlich des Testkaufes – 6 Tage nach dem Erscheinen der Werbung – erklärt habe, die Lieferzeit des beworbenen Gerätes betrage mindestens zwei bis drei Monate; er habe ihr zwar Geräte anderer Firmen "in diesem Preisbereich" gezeigt, worunter möglicherweise auch eine "Saeco-Maschine" gewesen sei; der Zeuge habe ihr aber nicht eine preislich höherwertige Saeco-Maschine zu dem Prospektpreis angeboten. Da eine Irreführung auch vorliegt, wenn die – hier höherwertigere – Ware zwar vorrätig ist, aber nicht angeboten wird (vgl. BGH GRUR 2000, 911 – Computerwerbung -; 1983, 650 – Kamera -), steht der Wettbewerbsverstoß ferner nicht dadurch in Frage, dass die Geschäftsführung der Beklagten die Anweisung erteilt hat, das Alternativgerät anzubieten, weil das – wie ausgeführt – nicht umgesetzt wurde.

Die Beklagte hat auch nicht entschuldigt, dass sie das beworbene Gerät nicht vorrätig hatte (vgl. dazu BGH GRUR 2002, 187 – "Lieferstörung" -; Hefermehl/Köhler/Bornkamm aaO, § 5 Rdnr. 8.14 m.w.N.). Zwar hatte die Fa. Saeco im Zeitpunkt der Werbung der Beklagten Lieferprobleme. Das allein genügt aber – wie die Klägerin zu Recht ausgeführt hat – nicht, weil sich daraus nicht ergibt, dass die Beklagte nicht so rechtzeitig von der Lieferstörung Kenntnis erlangt hat, dass sie das Erscheinen der Werbung noch hätte verhindern können (vgl. dazu auch BGH GRUR 2002, aaO).

3. Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 92 Abs. 1 Satz 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

4. Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Sache keine grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern (§ 543 Abs. 2 ZPO).

Beschluss

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 25 000,00 € festgesetzt (Klageantrag I. 1.: 5 000,00 €, I.2.: 20 000,00 €).