Werbung eines Augenoptikers mit „Gratis-Glas“ zulässig

Oberlandesgericht Hamm

Urteil vom 06.08.2015

Az.: 4 U 137/14

Tenor

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 26.08.2014 verkündete Urteil der 25. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Klägerin bleibt nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Entscheidungsgründe

A.

Die Klägerin ist die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs.

Die in C ansässige Beklagte betreibt ein Augenoptik- und Hörakustikunternehmen mit über ## Filialen an ## Standorten mit Schwerpunkt in Nordrhein-Westfalen.

Im Herbst 2013 und im Januar 2014 warb die Beklagte in einem

sechsseitigen Prospekt u. a. für ein Angebot zum Kauf einer kompletten Brille. Auf dessen Titelseite ist u. a. ein Brillengestell abgebildet, wobei ein Glas als „gratis“ und das andere Glas als „günstig“ bezeichnet wird. Blickfangmäßig hervorgehoben befindet sich in einem grünen Kreis die Angabe „1 Glas geschenkt!“. Ein daran angebrachtes Sternchen führt zu dem am Ende der Titelseite wiedergegebenen Text „Gültig beim Kauf einer kompletten Brille mit D2-Gläsern in Sehstärke. Nicht mit anderen Angeboten kombinierbar.“ In der unteren Hälfte des grünen Kreises ist ein rotes Band dargestellt, in dem sich die Angabe „Das D Gratis-Glas zu jeder Brille!“ befindet. Diese Angabe wird in einem unterhalb des grünen Kreises abgebildeten Rechteck in größerer Schriftart und mit dem Zusatz „Als Dankeschön für Ihr Vertrauen:“ wiederholt. Am unteren rechten Rand der Titelseite findet sich ferner der Hinweis: „50 % auf alle D2-Gläser“.

Auf Seite 4 des Prospektes sind die insgesamt sechs von dem Angebot umfassten Gläsertypen im Einzelnen mit ihren Leistungsmerkmalen und Preisen dargestellt. Der bisher für ein Paar der jeweiligen Gläser zu zahlende Preis ist durchgestrichen mit der Angabe „statt“ dargestellt. Daneben ist jeweils ein farbiger sog. „Störer“ abgebildet, der den Aktionspreis mit der Angabe „Jetzt nur“ enthält. Der Aktionspreis der jeweiligen Gläser beträgt 50 % des bisherigen Preises.

Der Werbeprospekt war auch über die Internetseite der Beklagten unter www.brillen-D.de abrufbar. Zudem hingen die Titelseite und Seite 4 des Prospektes jeweils zusammen in den Filialen der Beklagten aus.

Wegen der Einzelheiten der Gestaltung und des Inhalts des Werbeprospekts wird auf die Anlage B 1 (Bl. 90 ff. d. A.) Bezug genommen.

Unter dem 21.11.2013 (Anlage K 2, Bl. 22 d. A.) schrieb die Klägerin die Beklagte an und machte unter Hinweis auf ein

Urteil des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 15.03.2007 – 2 U 153/06 – geltend, die Werbung mit der kostenlosen Abgabe eines Brillenglases beim Kauf einer Brille könne eine nach § 7 Abs. 1 HWG unzulässige Zuwendung darstellen. Die Klägerin kündigte an, entsprechende Angebote künftig abzumahnen.

Da die Beklagte die beanstandete Werbung fortsetzte, mahnte die Klägerin sie mit Schreiben vom 28.01.2014 (Anlage K 4, Bl. 38 d. A.) förmlich ab und forderte sie zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung auf. Sie rügte, die Werbung der Beklagten verstoße gegen § 7 Abs. 1 HWG. Bei dem Angebot eines „Gratis“-Glases handele es sich um eine unzulässige Zuwendung bzw. sonstige Werbegabe.

Unter dem 06.02.2014 gab die Beklagte gegenüber der Klägerin eine strafbewehrte Unterlassungserklärung ab, in der sie sich verpflichtete,

es künftig zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr gegenüber Letztverbrauchern mit der Ankündigung zu werben

„1 Glas geschenkt!“

und/oder

„Das D Gratis-Glas zu jeder Brille!“

und/oder ankündigungsgemäß zu verfahren,

sofern nicht in der jeweiligen Aktionswerbung gleichzeitig darauf hingewiesen wird, dass dieses Angebot einem Rabatt i. H. v. 50 % auf den Glaspreis entspricht.

Die Beklagte versprach zudem für jeden Fall der künftigen schuldhaften Zuwiderhandlung gegen diese Unterlassungsverpflichtung mit Wirkung ab dem 17.03.2014 die Zahlung einer der Höhe nach von der Klägerin zu bestimmenden, gemäß § 343 BGB gerichtlich überprüfbaren Vertragsstrafe von bis zu 5.100,00 €.

Wegen der Einzelheiten der Unterwerfungserklärung der Beklagten wird auf die Anlage K 5 (Bl. 49 d. A.) verwiesen.

Die Klägerin wies diese Unterwerfungserklärung mit Schreiben vom 12.02.2014 (Anlage K 6, Bl. 50 d. A.) als zur Ausräumung der Wiederholungsgefahr ungeeignet zurück.

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, das von der Beklagten beworbene „Gratis-Glas“ sei als eine nach § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG unzulässige Zuwendung bzw. sonstige Werbegabe anzusehen. Diese sei nicht nur geringwertig (§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HWG).

Auch die Ausnahmetatbestände gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 a) und b) HWG seien nicht erfüllt. Die Zuwendung werde nicht in einem bestimmten oder auf bestimmte Art zu berechnenden Geldbetrag gewährt (§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 a) HWG). Daran ändere die in der Werbung enthaltene Aussage „50 % auf alle D2-Gläser“ nichts.

Die Werbung, in der das zu bezahlende Brillenglas als „günstig“ bezeichnet werde, während das zweite Glas „gratis“ sei, sei eher so zu verstehen, dass es auf das günstige Glas 50 % Rabatt gebe, während das andere gratis abgegeben werde. Der Werbung sei nicht zu entnehmen, dass der Verbraucher 50 % Rabatt auf den Gesamtpreis für beide Gläser erhalte, zumal die Gläser einer Brille oftmals nicht denselben Preis hätten. Der Verbraucher verstehe die Werbung vielmehr so, dass ihm ein Glas geschenkt werde. Der angesprochene Verkehr rechne auch nicht mit der – von der Klägerin mit Nichtwissen bestrittenen – Preispolitik der Beklagten, auch für zwei Gläser unterschiedlicher Sehstärke denselben Preis zu berechnen.

Die Zuwendung bestehe ferner nicht in einer bestimmten oder auf bestimmte Art zu berechnenden Menge gleicher Ware (§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 b) HWG). Die beworbene Ware sei eine Komplettbrille mit zwei Gläsern. Das gratis gewährte Glas sei nicht dieselbe Ware wie die beworbene Komplettbrille.

Werbegaben, die nur in gleichartigen oder ähnlichen Waren bestünden, seien von § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 b) HWG nicht erfasst.

Wenn die Beklagte tatsächlich nicht eines von zwei Brillengläsern verschenke, sondern einen Rabatt in Höhe von 50 % auf beide Brillengläser gewähre, sei die angegriffene Werbung nach Nr. 21 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG (sogenannte „schwarze Liste“) unzulässig und zudem irreführend. Wenn tatsächlich für beide Gläser 50 % des vollen Preises zu zahlen seien, dann seien auch für das Glas, das als „geschenkt“ und als „gratis“ beworben werde, Kosten zu tragen.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fällig werdenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, die Ordnungshaft zu vollziehen an ihren jeweiligen Geschäftsführern, zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr für den Vertrieb von Brillengläsern mit der Aussage zu werben:

1 Glas geschenkt!

Das D Gratis-Glas zu jeder Brille!,

insbesondere wenn das erfolgt wie nachfolgend eingelichtet:

Die Werbeanzeige wurde aus Anonymisierungsgründen geschwärzt.

Ihren auf Erstattung der Abmahnkosten in Höhe von 219,35 € nebst Zinsen gerichteten weiteren Klageantrag hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 10.04.2014 zurückgenommen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die Ansicht vertreten, ein Verstoß gegen § 7 Abs. 1

HWG liege nicht vor. Das in dieser Vorschrift geregelte Verbot beziehe sich nur auf Zuwendungen bzw. Werbegaben, die zusätzlich zu einem Medizinprodukt gewährt würden. Hier fehle es an einer solchen Zuwendung bzw. Werbegabe. Medizinprodukt sei nur die komplette Brille bestehend aus Fassung und Gläsern als funktionale Einheit, wie es auch aus der beanstandeten Werbung hervorgehe. Die angekündigte Vergünstigung betreffe einen Teil des Medizinprodukts. Es werde offeriert, dass der Kunde bei dem Erwerb der kompletten Brille nur die Fassung bezahlen müsse und einen Rabatt in Höhe von 50 % auf den Normalpreis der Gläser erhalte. Die gewählte Formulierung, eines der Gläser sei gratis, sei eine sprachliche Umschreibung des gewährten Barabattes. Der Kunde müsse von zwei Gläsern nur eines bezahlen. Bei der Beklagten kosteten seit Jahren die Gläser für das linke und das rechte Auge immer gleich viel; dies sei unabhängig von den jeweiligen Korrekturwerten.

Mit näheren Ausführungen hat die Beklagte ferner die Auffassung vertreten, ein Verstoß gemäß Nr. 21 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG sowie eine irreführende Werbung lägen nicht vor. Der Verbraucher erkenne, dass es hier um ein Rabattangebot gehe.

Überdies hat die Beklagte in ihrer Klageerwiderung mitgeteilt, sie sei nicht mehr bereit, die von ihr vorgerichtlich in eingeschränktem Umfang abgegebene und von der Klägerin nicht angenommene Unterwerfungserklärung aufrecht zu erhalten.

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Es hat angenommen, die in Rede stehende Werbung der Beklagten sei gemäß § 3 Abs. 3 UWG i. V. m. Nr. 21 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG unzulässig. Es werde ein „D-Gratis-Glas“ beworben, obwohl hierfür Kosten zu tragen seien. Wegen der Einzelheiten der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe verwiesen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten.

Sie rügt, das Landgericht habe zu Unrecht den

Verbotstatbestand gemäß Nr. 21 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG als erfüllt angesehen. Der maßgebliche Durchschnittsverbraucher entnehme dem Prospekt, dass es um das Angebot einer Brille bestehend aus einer Fassung und zwei Gläsern gehe. Schon die Überschrift „Das D-Gratis-Glas zu jeder Brille!“ verdeutliche, dass der Kunde eine komplette Brille erwerben müsse, um das Angebot nutzen zu können. Der Verbraucher gewinne den Eindruck, beim Kauf einer kompletten Brille nur die Fassung und ein Glas bezahlen zu müssen, während er das zweite Glas gratis erhalte. Diese Erwartung werde nicht enttäuscht. Denn die Beklagte berechne beide Gläser unabhängig von den jeweiligen Korrekturwerten stets mit gleichen Preisen. Die Preisberechnung sei auf Seite 4 des Prospekts dargestellt. Als Anlage B 2 legt die Beklagte Rechnungen aus dem Aktionszeitraum vor.

Ferner wiederholt sie ihr erstinstanzliches Vorbringen, die angegriffene Werbung beinhalte keinen Verstoß gegen § 7 Satz 1 HWG.

Die Beklagte beantragt,

das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass im Klageantrag zu I. das Wort „insbesondere“ entfällt.

Sie verteidigt das Urteil des Landgerichts unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens.

B.

Die Berufung der Beklagten ist zulässig und begründet.

I.

Die Klage ist zwar zulässig.

1.

Der Unterlassungsantrag ist mit der Bezugnahme auf die konkrete Verletzungshandlung in Gestalt der beanstandeten Werbung der Beklagten hinreichend bestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO).

2.

Die Klägerin ist nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG klagebefugt.

II.

Die Klage ist indes nicht begründet.

Nach der bereits erstinstanzlich erfolgten Rücknahme des Zahlungsantrags ist Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens allein noch der von der Klägerin geltend gemachte Unterlassungsanspruch. Die von ihr angegriffenen Werbeaussagen „1 Glas geschenkt!“ und „Das D Gratis-Glas zu jeder Brille!“ sind dabei auf alle in Betracht kommenden Rechtsverletzungen zu überprüfen (vgl. BGH, GRUR 2013, 401 – Biomineralwasser).

1.

Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch folgt nicht aus §§ 8 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 Nr. 2; 3 Abs. 1; 4 Nr. 11 UWG i. V. m. § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG.

Die in der beanstandeten Werbung liegende geschäftliche Handlung der Beklagten (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG) ist nicht nach § 4 Nr. 11 UWG i. V. m. § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG unlauter.

a)

Zwar ist die dem Gesundheitsschutz der Verbraucher dienende Vorschrift des § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG Marktverhaltensregelung im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG (BGH, GRUR 2015, 504 – Kostenlose Zweitbrille).

b)

Die Beklagte hat indes nicht gegen § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG verstoßen.

Nach dieser Vorschrift ist es unzulässig, Zuwendungen und sonstige Werbegaben (Waren oder Leistungen) anzubieten, anzukündigen oder zu gewähren oder als Angehöriger der Fachkreise anzunehmen, wenn keiner der in § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 5 HWG geregelten Ausnahmetatbestände vorliegt.

Das insoweit bestehende grundsätzliche Verbot von Werbegaben gilt gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 a) HWG auch für die Werbung für Medizinprodukte im Sinne von § 3 MPG. Eine der Kompensierung einer Sehschwäche dienende Brille stellt ein Medizinprodukt im Sinne von § 3 Nr. 1 b) MPG dar (BGH, GRUR 2015, 504 – Kostenlose Zweitbrille – m. w. N.).

Das in der beanstandeten Werbung herausgestellte „Gratis“-Glas ist keine nach § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG unzulässige Werbegabe.

Der Begriff der Werbegabe in § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG ist im Hinblick auf den Zweck dieser Regelung, durch eine weitgehende Eindämmung von Werbegeschenken im Heilmittelbereich der abstrakten Gefahr einer hiervon ausgehenden unsachlichen Beeinflussung zu begegnen, weit auszulegen. Er erfasst grundsätzlich jede aus der Sicht des Empfängers nicht berechnete geldwerte Vergünstigung, die im Zusammenhang mit der Werbung für ein bestimmtes oder mehrere konkrete Heilmittel gewährt wird. Eine Werbegabe setzt demnach voraus, dass die Zuwendung aus der Sicht des Empfängers unentgeltlich gewährt wird; er muss diese also als ein Geschenk ansehen (BGH, a. a. O. – Kostenlose Zweitbrille – m. w. N.).

Werden dem Werbeadressaten hingegen mehrere Waren als ein einheitliches, mit einem Gesamtpreis zu entgeltendes Angebot präsentiert, liegt keine unentgeltliche Vergünstigung und damit keine Werbegabe vor (BGH, a. a. O. – Kostenlose Zweitbrille – m. w. N.).

Hier handelt es sich um ein solches einheitliches Angebot, für das der Kunde einen Gesamtpreis zu zahlen hat. Dafür spricht bereits, dass der angesprochene Verbraucher an einem einzelnen „Gratis“-Brillenglas regelmäßig – von einem möglichen Reparaturfall abgesehen – kein Interesse hat. Bedarf besteht vielmehr an der kompletten Brille als funktionaler Einheit, bestehend aus Brillenfassung und zwei Gläsern mit passenden Korrekturwerten (vgl. BGH, GRUR 2000, 918 – „Null-Tarif“).

Dieser Beurteilung steht die konkrete Ausgestaltung der in Rede stehenden Werbung nicht entgegen. Der durchschnittlich informierte, verständige und aufmerksame Durchschnittsverbraucher geht nicht schon aufgrund der Verwendung der Angaben „gratis“ und „geschenkt“ von einer unentgeltlichen Vergünstigung aus. Er rechnet vielmehr aufgrund seiner Erfahrung damit, dass ein Kaufmann Waren von nicht unerheblichem Wert nicht ohne weiteres verschenkt. Er nimmt an, dass nicht selten die Kosten für eine als gratis beworbene Ware in den Preis des sonstigen Angebots mit eingerechnet sind (BGH, a. a. O. – Kostenlose Zweitbrille – m. w. N.).

Dass dies auch hier der Fall ist, legt die Angabe zu den Bedingungen des Angebots am Ende der Titelseite des Werbeprospekts („Gültig beim Kauf einer kompletten Brille mit D2-Gläsern in Sehstärke.“) nahe. Der angesprochene Verbraucher wird zu dieser Erläuterung durch ein „Sternchen“ geführt, das hinter der Aussage „1 Glas geschenkt!“ angebracht ist. Hinzu kommt, dass in dem Werbeprospekt nicht etwa nur einzelne Gläser, sondern vielmehr komplette Brillen abgebildet sind.

Bei dieser Sachlage kann von einer Zuwendung bzw. sonstigen Werbegabe im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG nicht ausgegangen werden.

Dem steht nicht das von der Klägerin angeführte Urteil des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 15.03.2007 – 2 U 153/06 – entgegen. Die dort zu beurteilende Werbung ist mit dem

vorliegenden Sachverhalt nicht hinreichend vergleichbar. Das Oberlandesgericht Stuttgart hatte im dortigen Fall festgestellt, dass die fragliche Werbung eine „Aufspaltung“ der Funktionseinheit „Brille“ vorgenommen habe. Daran fehlt es hier.

2.

Die in Rede stehende Werbung ist ferner nicht nach Nr. 21 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG unzulässig.

Danach stellt das Angebot einer Ware oder Dienstleistung als „gratis“, „umsonst“, „kostenfrei“ oder dergleichen eine unzulässige geschäftliche Handlung dar, wenn hierfür gleichwohl Kosten zu tragen sind.

Für die Erfüllung dieses Tatbestandes ist entscheidend, ob der Verbraucher bei einer Werbung mit „Gratiszugaben“ darüber im Unklaren gelassen wird, dass er die Hauptleistung zu bezahlen hat (BGH, GRUR 2014, 576 – 2 Flaschen GRATIS; vgl. auch Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Bruhn/Weidert, UWG, 3. Aufl., Anh. § 3 Abs. 3 Nr. 21 Rn. 8).

Hier besteht aufgrund des „Sternchenhinweises“ („Gültig beim Kauf einer kompletten Brille mit D2-Gläsern in Sehstärke.“) für den Verbraucher kein Zweifel daran, dass die Hauptleistung (die komplette Brille) kostenpflichtig ist.

3.

Schließlich steht der Klägerin der geltend gemachte Unterlassungsanspruch gegen die Beklagte nicht nach §§ 8 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 Nr. 2; 3 Abs. 1; 5 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Nr. 2 UWG zu.

Denn die beanstandeten Werbeaussagen „1 Glas geschenkt!“ und „Das D Gratis-Glas zu jeder Brille!“ beinhalten keine Irreführung gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Nr. 2 UWG. Die Beklagte hat durch Vorlage von Kopien von Kundenrechnungen

betreffend den Aktionszeitraum (Anlagenkonvolut B 2, Bl. 204 ff. d. A.), gegen deren inhaltliche Richtigkeit die Klägerin keine Einwendungen erhoben hat, nachgewiesen, dass sie auch bei Gläsern mit unterschiedlichen Korrekturwerten für beide Gläser jeweils denselben Preis berechnet hat, wobei sie den auf ein Glas entfallenden Betrag sodann in Abzug gebracht hat. Damit erhält der Kunde im Ergebnis eines der Brillengläser „geschenkt“ bzw. „gratis“.

C.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus §§ 91 Abs. 1, 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10; 711 ZPO.

Gründe für die Zulassung der Revision (§ 543 ZPO) liegen nicht vor.

Vorinstanz:

Landgericht Dortmund, 25 0 104/14