

## Herausgeber

**Prof. Dr. Helmut Köhler**

## Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Wolfgang Büscher

Prof. Dr. Franz Hacker

Dr. Gangolf Hess

Prof. Dr. Stefan Leible

Dr. Reiner Münker

In Zusammenarbeit mit der  
Zentrale zur Bekämpfung  
unlauteren Wettbewerbs  
Frankfurt am Main e.V.

**dfv'** Mediengruppe  
Frankfurt am Main

## Editorial: Dr. Felix Buchmann

Umstrittene Streitbeilegung

**411 Prof. Dr. Christian Alexander**

Grundfragen des neuen § 3 UWG

**420 Dr. Martin Jaschinski und Dr. Carlo Piltz**

Das Gesetz zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von Verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts

**427 Mag. jur. Christoph Palzer**

Und willst kein braver Schuldner du sein, dann meld' ich bei der SCHUFA dich ein! – Ein lauterkeitsrechtlicher Blick auf ein ambivalentes Phänomen

**434 Till Göckler**

Die Klagebefugnis vertikaler Wirtschaftsverbände

**439 Dr. Ulrich Franz**

Werbung mit Testergebnissen

**447 Daimler /Együd Garage Gépjárműjavító és Értékesítő**

EuGH, Urteil vom 03.03.2016 – C-179/15

**450 Fressnapf**

BGH, Urteil vom 04.02.2016 – I ZR 194/14

**454 Smartphone-Werbung**

BGH, Urteil vom 17.09.2015 – I ZR 92/14

**459 MeinPaket.de**

BGH, Vorlagebeschluss vom 28.01.2016 – I ZR 231/14

**463 Feuchtigkeitsspendendes Gel-Reservoir**

BGH, Urteil vom 28.01.2016 – I ZR 36/14

**467 Buchungssystem II**

BGH, Urteil vom 30.07.2015 – I ZR 29/12

**471 Lernstark**

BGH, Urteil vom 10.12.2015 – I ZR 222/13

**477 Erledigungserklärung nach Gesetzesänderung**

BGH, Beschluss vom 20.01.2016 – I ZB 102/14

**493 Persönlichkeitsrechtsverletzung durch Autoreply-E-Mails mit Werbung**

BGH, Urteil vom 15.12.2015 – VI ZR 134/15

**495** Kommentar von **Thomas Ch. Gramespacher**

**512 Zugang der Abmahnung**

KG, Beschluss vom 17.11.2015 – 5 W 223/15

**513** Kommentar von **Pascal Tavanti**

Gesetzesmaterialien hinwegsetzen können. Der überindividuellen AGB-Kontrolle bliebe dann im unternehmerischen Geschäftsverkehr kein wirklicher Anwendungsbereich mehr.

## V. Fazit

- 42 Die Klagebefugnis für Vertikalverbände war bis zuletzt im Lauterkeits- und Kartellrecht sowie im UKlaG jeweils auf unterschiedliche Art und Weise ausgestaltet. Während der Gesetzgeber für das Kartellrecht einen geeigneten Regelungsansatz gefunden hat, um sonstige Marktteilnehmer von der Möglichkeit der kollektiven Rechtsdurchsetzung unmittelbar profitieren zu lassen, ist er in den Bereichen des UWG sowie des UKlaG nach wie vor auf der Suche nach einem geeigneten Regelungsansatz. Ein befriedigender Zustand ist bislang nicht erreicht.
- 43 Die Möglichkeit zur Öffnung der lauterkeitsrechtlichen Klagebefugnis im Rahmen der jüngsten UWG-Novelle hat der Gesetzgeber verpasst. Um den sonstigen Marktteilnehmern nicht nur einen reflexartigen lauterkeitsrechtlichen Schutz zu gewähren und damit dem in § 1 S. 1 UWG enthaltenen Schutzauftrag des Lauterkeitsrechts erstmals tatsächlich nachzukommen, ist neben der kollektiven Mitbewerberbefugnis in § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG auch eine Klagebefugnis für solche Wirtschaftsverbände vorzusehen, die die Interessen der sonstigen Marktteilnehmer

vertreten, die zumindest potentiell von den unlauteren geschäftlichen Handlungen des Zuwiderhandelnden betroffen sein können, weil sie auf dem relevanten vertikalen Markt tätig sind.

Für die überindividuelle AGB-Kontrolle war eine zweckmäßige Regelung im Grunde schon gefunden. Den zaghaften Anwendungsansätzen der überindividuellen AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr hat der Gesetzgeber jedoch durch die nunmehr vorgenommene Einschränkung von § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 UKlaG – obendrein entgegen der früheren Erfahrung – jegliche zweckmäßige Grundlage entzogen. Die Effektivität der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr wird damit vollends aufgegeben.

Es hat sich gezeigt, dass der unmittelbare Schutz der sonstigen Marktteilnehmer sowohl im UWG als auch im UKlaG nicht ausreichend gewährleistet und eine entsprechende Zielrichtung vom Gesetzgeber nicht verfolgt wird. Klar ist dabei jedoch, dass die Wahrung der Interessen der sonstigen Marktteilnehmer erst dann nicht mehr bloß von der zufälligen Normdurchsetzung anderer Marktteilnehmer abhängt, wenn ihnen eine eigenständige Klagebefugnis zur Verfügung steht. Erst dadurch würde sich der Schutz der sonstigen Marktteilnehmer als wirklicher Schutzzweck des Wettbewerbsrechts und die Gruppe der sonstigen Marktteilnehmer als eine selbstständige Interessengruppe etablieren.

RA Dr. Ulrich Franz, Berlin\*

# Werbung mit Testergebnissen

## INHALT

- I. Einleitung
- II. Vertragsbedingungen der Testveranstalter
- III. Irreführung
  1. Wahrheit
  2. Sachlichkeit und Vollständigkeit
    - a) Verkürzung der Testergebnisse
    - b) Testsieger
    - c) Vortäuschen eines nicht vorhandenen Gesamturteils
    - d) Unterdrücken eines vorhandenen Gesamturteils
    - e) Qualitätsrang
  3. Aktualität
  4. Transparenz
    - a) Grundsätzliche Pflicht zur Fundstellenangabe
    - b) Einzelheiten
    - c) Kritik
- IV. Arzneimittelwerbung
- V. Bagatellverstoß
- VI. Fazit

## I. Einleitung

Ein beliebtes Mittel der Absatzförderung ist die Werbung mit Testergebnissen. Der Testwerbende nimmt mit dem Hinweis auf ein positives Testergebnis des von ihm beworbenen Produktes eine Qualitätsfeststellung durch eine unabhängige und neutrale Instanz in Anspruch. Das gilt insbesondere, wenn das Testergebnis in einem objektiven und sachkundigen Testverfahren von einem anerkannten Testveranstalter, wie z. B. von der Stiftung Warentest, vergeben worden ist. Hauptfall ist die sog. Testergebniswerbung, mit der der Testwerbende auf die Gesamtbeurteilung seines Produktes hinweist, z. B. auf das „test-QUALITÄTSURTEIL“ mit der Bewertung „SEHR GUT“ oder „GUT“. Eine Steigerung stellt die zusätzliche Angabe „Testsieger“ dar. Anbieter werben aber auch mit Gruppen- und/oder Einzelurteilen für bestimmte Eigenschaften, insbesondere dann, wenn der Testveranstalter eine abschließende Gesamtbeurteilung nicht vorgenommen hat und der Testwerbende eine besonders gut bewertete und für die Kaufentscheidung des Verbrauchers wichtige Eigenschaft seines Produktes herausstellen möchte. Sonstige Formen der Testwerbung,<sup>1)</sup> wie etwa die Werbung mit dem bloßen Hinweis auf die Veröffentlichung und ihre Fundstelle (Testhinweiswerbung), die Werbung mit Auszügen aus Testberichten (Testzitatewerbung), oder die Gegenüberstellung des im Warentest für das einzelne Produkt festgestellten mittleren Preises mit dem vom Werbenden tatsächlich verlangten Preis (Testpreiswerbung), sind heute kaum noch anzutreffen.<sup>2)</sup>

\* Der Autor ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz, Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht und Partner von GABLER & FRANZ Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB, Berlin. Der Autor vertritt die Stiftung Warentest seit 1997 in Warentest-Prozessen. Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 539.

1) Die Kategorisierung der unterschiedlichen Formen der Testwerbung ist auf Fezer, GRUR 1976, 472, 477 zurückzuführen.

2) S. aber BGH, 12.12.1980 – I ZR 158/78, WRP 1981, 454 – Testpreiswerbung.

## Franz, Werbung mit Testergebnissen

2 Testwerbung stellt im Gegensatz zur Veröffentlichung der Ergebnisse neutraler Produkttests eine geschäftliche Handlung i. S. v. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG dar, so dass der Anwendungsbereich des UWG eröffnet ist.<sup>3)</sup> Die zutreffende Werbung mit Testergebnissen ist rechtlich nicht zu beanstanden. Im Gegenteil: sie trägt zur Verbraucherinformation bei und erhöht dadurch die Markttransparenz und steigert den Leistungswettbewerb. Dies allerdings nur dann, wenn der Testwerbende die Kriterien der Wahrheit, der Sachlichkeit, der Vollständigkeit, der Aktualität und der Transparenz einhält. Ist das nicht der Fall, liegt regelmäßig der Tatbestand der irreführenden Werbung vor: Gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG kann sich eine Irreführung auch auf die Ergebnisse oder wesentlichen Bestandteile von Tests der Waren oder Dienstleistungen beziehen. Gemäß § 5 a Abs. 2 S. 1 UWG handelt unlauter, wer die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher dadurch beeinflusst, dass er eine wesentliche Information vorenthält, die der Verbraucher je nach den Umständen benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen, und deren Vorenthalten geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Diese Anforderungen werden ergänzt durch die Anforderungen an die Zulässigkeit vergleichender Werbung, wenn der Testwerbende auch Mitbewerber und deren Produkte erkennbar macht. Das ist etwa der Fall, wenn der Testwerbende behauptet, dass sein Produkt besser sei als die getesteten Produkte von Mitbewerbern.<sup>4)</sup> Dann muss sich der Vergleich objektiv auf eine oder mehrere wesentliche, relevante, nachprüfbar und typische Eigenschaften dieser Waren oder Dienstleistungen beziehen, § 6 Abs. 2 Nr. 2 UWG. In der Regel wirbt der Testwerbende aber nur mit dem Ergebnis seines Produktes, so dass das Merkmal der Erkennbarkeit nicht erfüllt ist; eine Identifizierung der Konkurrenten bzw. ihrer Produkte kann dann nur anhand des vollständigen Testberichts des Testveranstalters erfolgen. Das genügt nicht für die Bejahung des Tatbestands der vergleichenden Werbung.<sup>5)</sup>

## II. Vertragsbedingungen der Testveranstalter

3 Die Stiftung Warentest hatte erstmals 1977 Empfehlungen zur Werbung mit ihren Untersuchungsergebnissen herausgegeben. Ihr ging es darum, eine korrekte Verwendung ihrer Arbeitsergebnisse steuern und hierdurch ihre Glaubwürdigkeit erhalten zu können. Auch wenn für Testwerbende die Beachtung dieser Empfehlungen ein sicherer Weg für eine zulässige Werbung war, folgte aus ihrer Nichtbeachtung nicht per se die Unlauterkeit.<sup>6)</sup> Diese war vielmehr in jedem Einzelfall vom Wettbewerbsrichter positiv festzustellen, wobei die Empfehlungen durchaus als Richtschnur betrachtet werden konnten.<sup>7)</sup> Dem Testveranstalter selbst fehlte immer die Aktivlegitimation, aus eigenem Recht unlautere Testwerbung unterbinden zu können: der Testwerbende ist kein Mitbewerber des Testveranstalters i. S. v. § 2 Abs. 1 Nr. 3, § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG.

4 Zur Beseitigung dieses Defizits hat die Stiftung Warentest zum 01.07.2013 ein Logo-Lizenzsystem eingeführt. Jeder Testwerbende, der mit den als Wort-/Bildmarken geschützten Logos der Stiftung Warentest werben möchte, muss nunmehr einen Lizenzvertrag abschließen, mit dem er sich zur Einhaltung der Allge-

meinen Vertragsbedingungen und zur Zahlung des vertraglich vereinbarten Nutzungsentgelts verpflichtet.<sup>8)</sup> Ähnlich verfahren ÖKO-TEST und der ADAC.<sup>9)</sup> Die Testveranstalter sind damit in der Lage, unlautere Testwerbung als vertragliche Pflichtverletzung ahnden und auf Unterlassung hinwirken zu können.<sup>10)</sup>

Gleichwohl hat sich im Verhältnis zu Dritten an der Rechtslage, dass die Nichteinhaltung der Vertragsbedingungen der Testveranstalter nicht ohne Weiteres zur Unzulässigkeit der Testwerbung führt, nichts geändert. Die Vertragsbedingungen stellen weder Marktverhaltensregelungen i. S. v. § 3 a UWG noch Verhaltenskodizes i. S. v. § 2 Abs. 1 Nr. 5 UWG dar.<sup>11)</sup> Wegen des hohen Wertungsbezugs der Testberichte sind Testsiegel der Testveranstalter auch keine Gütezeichen i. S. v. Nr. 2 Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG; es fehlt an vorab allgemein objektivierten Standardanforderungen.<sup>12)</sup> Schließlich können Testergebnisse auch nicht mit den in Nr. 4 Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG aufgeführten Äußerungen einer öffentlichen oder privaten Stelle über die Qualität der Ware gleichgesetzt werden.<sup>13)</sup> Es liegt keine Bestätigung, Billigung oder Genehmigung, sondern eine Bewertung des beworbenen Produktes auf der Grundlage eines vergleichenden Warentests vor.

Nicht endgültig geklärt ist die Frage, ob eine blickfangmäßige Testwerbung unter namentlicher Nennung des Testveranstalters bei Nichtabschluss des Lizenzvertrages die Rechte des Testveranstalters verletzt. Diese Frage stellt sich insbesondere dann, wenn eine Markenverletzung, eine betriebliche Herkunftstäuschung oder eine Irreführung aufgrund eines erheblichen Abstands des vom Testwerbenden selbst gestalteten Logos zu den als Wort-/Bildmarken geschützten Logos des Testveranstalters nicht vorliegt. Eine Urheberrechtsverletzung scheidet regelmäßig aus: Testergebnisse genießen als solche keinen urheberrechtlichen Schutz. Etwas anderes gilt nur für formale Aspekte des Schriftwerkes, wie die Aufmachung oder die „test-Kompass“, oder wenn der vollständige Testbericht vervielfältigt wird. Das Leistungsschutzrecht der Presseverleger dürfte ebenfalls nicht verletzt sein, weil der Testwerbende in der Regel nur freigestellte einzelne Wörter oder kleinste Textauschnitte i. S. v. § 87 f Abs. 1 S. 1 UrhG benutzt. Nach Ansicht des Kammergerichts verletzt der Testwerbende nicht das Unternehmenspersönlichkeitsrecht des Testveranstalters, selbst wenn dieser nach eigenem Vortrag existentiell auf die Lizenzentnahmen angewiesen ist.<sup>14)</sup> Die in einem Eilverfahren ergangene Entscheidung überzeugt nicht, weil das Gericht den erheblichen Aufwand des Testveranstalters im Hinblick auf Dauer, Kosten, Personal- und Materialeinsatz für die ordnungsgemäße Durchführung eines vergleichenden Warentests nicht berücksichtigt.<sup>15)</sup> Letztlich geht es in dieser Fallgruppe um die Ausbeutung fremder Leistungsergebnisse, für deren Inanspruchnahme der Testveranstalter üblicherweise ein Entgelt verlangt. Eine Verletzung des Unternehmenspersönlichkeitsrechts kommt jedenfalls dann in Betracht, wenn andere Verlage die Arbeitsergebnisse eines Testveranstalters durch Umrechnungen der Bewertungen, Bildung von Ranglisten, Fehler in der Berichterstattung etc. systematisch und dauerhaft entstellen.

3) Statt aller Köhler, in: Bornkamm/Köhler, Kommentar zum UWG, 34. Aufl. 2016, § 6 Rn. 210.

4) OLG Köln, 06.02.2009 – 6 W 5/09, GRUR-RR 2009, 181 – Test mit Prestige-Cremes.

5) OLG Saarbrücken, 07.11.2007 – 1 U 355/07, GRUR-RR 2008, 312 – 1. Platz Gesamtzufriedenheit und Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 3), § 6 Rn. 210a.

6) OLG Celle, 19.05.2005 – 13 U 22/05, GRUR-RR 2005, 286 – Sehr gut für Kaffeearoma.

7) Der BGH hat sich zur rechtlichen Bedeutung dieser Empfehlungen nie geäußert, sie indes in der Entscheidung BGH, 21.03.1991 – I ZR 151/89, WRP 1991, 573 – Fundstellenangabe einmal berücksichtigt.

8) Abrufbar unter [www.ral-logolizenz.com](http://www.ral-logolizenz.com); abgedruckt bei Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 3) § 6 Rn. 213.

9) [www.media.oekotest.de](http://www.media.oekotest.de) und [www.adac.de/werbung/Guetesiegel](http://www.adac.de/werbung/Guetesiegel).

10) Hierzu ausführlich *Selling/Koska*, MDR 2013, 1260.

11) Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 3) § 6 Rn. 213.

12) OLG Köln, 23.02.2011 – 6 U 159/10, GRUR-RR 2011, 275, 276 = WRP 2011, 783 (Ls.) – „Testsieger“-Werbung.

13) OLG Köln, 23.02.2011 – 6 U 159/10, GRUR-RR 2011, 275, 277 = WRP 2011, 783 (Ls.) – „Testsieger“-Werbung und OLG Koblenz, 06.07.2011 – 9 U 255/11, BeckRS 2012, 07802.

14) KG, 22.11.2015 – 5 W 252/15, WRP 2016, 126. A. A. *Keßler/Müller*, WRP 1981, 495, 498.

15) Ausführlich zum Ablauf einer vergleichenden Untersuchung bei der Stiftung Warentest *Franz*, GRUR 2014, 1051, 1052 f.

### III. Irreführung

#### 1. Wahrheit

- 7 Der Testveranstalter vergibt seine Bewertungen für bestimmte Produkte. Daher ist es unzulässig, mit einer positiven Bewertung für ein anderes als das getestete Produkt zu werben.<sup>16)</sup> Das gilt auch dann, wenn die Abweichung zwischen getestetem und beworbenem Produkt nur in der Größe liegt, wie z. B. bei Matratzen,<sup>17)</sup> oder wenn die technischen Veränderungen sogar zu einer Produktverbesserung geführt haben (sollen).<sup>18)</sup> Der Vortrag des Testwerbenden, die Veränderungen hätten zu Verbesserungen geführt, ist irrelevant. Einem Beweisantritt, dass das beworbene Modell dem getesteten qualitativ gleichwertig oder gar überlegen sei, ist nicht nachzugehen.<sup>19)</sup> Entscheidend ist, dass die beworbene Version vom Testveranstalter nicht geprüft und bewertet worden ist.
- 8 Grundsätzlich unzulässig ist es auch, mit einer positiven Bewertung für ein (angeblich) baugleiches Produkt zu werben. Über die Frage, ob und inwieweit andere Produkte mit dem getesteten Produkt vollständig oder im Wesentlichen baugleich sind, kann heftig gestritten werden. Entscheidend ist, dass die Aussage des Testwerbenden, der Testveranstalter habe das beworbene Produkt positiv bewertet, objektiv unwahr ist. Denn das baugleiche Produkt war nicht Untersuchungsgegenstand. Nur dann, wenn tatsächlich Baugleichheit besteht, was im Streitfall vom Testwerbenden darzulegen und zu beweisen ist, darf der Testwerbende mit der positiven Bewertung werben. In diesem Fall ist er zu einem aufklärenden Hinweis verpflichtet, dass nicht das beworbene, sondern das baugleiche Produkt getestet wurde.<sup>20)</sup> Irreführend ist auch die Testwerbung für ein baugleiches Produkt, wenn der Testveranstalter von seiner guten Bewertung für das baugleiche Produkt aufgrund einer späteren Nachtestung öffentlich abgerückt ist und der Testwerbende diesen Umstand verschweigt.<sup>21)</sup> Ob der Testveranstalter seine ursprünglich gute Bewertung zu Recht oder zu Unrecht revidiert hat, ist irrelevant.
- 9 Nach Ansicht des OLG Köln liegt keine Irreführung vor, wenn sich das Produkt in seiner stofflichen Zusammensetzung (Waschmittel) nicht geändert hat, sondern lediglich in einer veränderten Verpackung vertrieben wird, auch wenn die Art und Weise der Verpackung ebenfalls Gegenstand des Tests und damit auch des abschließenden Qualitäturteils waren.<sup>22)</sup> Das Gericht meint, dass es sich bei der Verpackung nicht um eine Eigenschaft des Produkts selbst, sondern um „ein veränderliches Akzidens“ handelt. Diese Entscheidung ist nicht verallgemeinerungsfähig, sondern nur damit zu rechtfertigen, dass sich aus dem Testbericht eindeutig ergab, dass die neue Verpackung zu einer besseren Bewertung geführt hätte.
- 10 Besonders strenge Anforderungen gelten bei der Werbung mit Testergebnissen von Lebensmitteln. Dort liegt Produktidentität nur dann vor, wenn die Lebensmittel zu derselben Charge gehören.<sup>23)</sup> Eine Charge umfasst Lebensmittel, die unter praktisch

gleichen Bedingungen erzeugt, hergestellt und verpackt werden. Bei Olivenöl können zwei Jahre auseinander liegende Erntejahrgänge aufgrund unterschiedlicher klimatischer Bedingungen und sonstiger Umwelteinflüsse nicht mehr als zur selben Charge gehörig bezeichnet werden.<sup>24)</sup> Dasselbe gilt für hocherhitzte Milch, wenn zwischen dem getesteten und dem beworbenen Produkt ein zeitlicher Abstand von sechs Jahren besteht.<sup>25)</sup> Dagegen könne nach Ansicht des BGH von relevanten, klimabedingten Qualitätsschwankungen bei Kaffee-Pads nicht ausgegangen werden.<sup>26)</sup> Woher der BGH diese Erkenntnis hat und worauf sie sich gründet, wird in dem die Nichtzulassungsbeschwerde zurückweisenden Beschluss nicht mitgeteilt.

Aus der Verpflichtung zu wahrheitsgemäßer Werbung folgt, dass bei Bewerbung mehrerer Produkte in einer Anzeige für den situationsadäquat aufmerksamen, durchschnittlich informierten Verbraucher klar erkennbar sein muss, auf welches der beworbenen Produkte sich das Testsiegel bezieht.<sup>27)</sup> Das ist bei räumlicher Nähe des Logos des Testveranstalters zu den nicht untersuchten Produkten nicht der Fall. Wird dagegen mit der Aussage das „beste Mobilfunknetz“ unter Einblendung der Logos von drei Testveranstaltern geworben, wird der angesprochene Verkehr diese Aussage als eine zusammenfassende Bewertung der unterhalb der Aussage in Bezug genommenen Testurteile verstehen und nicht dahingehend, dass das beworbene Netz bei jedem der Tests als „das“ beste abgeschnitten hat.<sup>28)</sup>

#### 2. Sachlichkeit und Vollständigkeit

##### a) Verkürzung der Testergebnisse

Der Testveranstalter vergibt seine Bewertungen am Ende eines langen und aufwändigen Testverfahrens, in dessen Rahmen er die vom Bundesgerichtshof mit seinem Grundsatzurteil vom 09.12.1975 aufgestellten Zulässigkeitskriterien der Objektivität, Neutralität und Sachkunde einzuhalten hat.<sup>29)</sup> Die gewonnenen Testergebnisse präsentiert er in seinen Publikationen regelmäßig so verständlich, dass der Leser in die Lage versetzt wird, seine eigenen Schlussfolgerungen ziehen zu können. Besonders aufschlussreich sind die Übersichts- und Ergebnistabellen, in denen neben einer Vielzahl von ermittelten Fakten sämtliche Einzel- und Gruppenurteile sowie das abschließende Gesamturteil für jedes Produkt in unmittelbarer Gegenüberstellung zu allen anderen Produkten veröffentlicht werden. Ergänzt werden diese Tabellen durch den redaktionellen Text. In diesem werden dem Leser weitere Einzelheiten der vergleichenden Untersuchung (zu den Produkten und ihren Eigenschaften, zu den zu erwartenden Sollwerten, zu den einschlägigen Rechtsgrundlagen, zum Ablauf der Untersuchung, zur Prüfmethodik etc.) erläutert.

Zu einer annähernd vergleichbar ausführlichen Präsentation der Testergebnisse ist der Testwerbende schon aus Platzgründen nicht in der Lage. Ihm geht es ausschließlich darum, den Verbraucher über das positive Abschneiden seines Produktes zu informieren und hierdurch den Absatz zu fördern. Hierfür genügt die plakative Bekanntgabe der Bewertung seines Produktes. Dem Testwerbenden sollte aber bewusst sein, dass er mit der (extrem) verkürzten Darstellung des für sein Produkt vergebenen Testergebnisses ein selbständiges Risiko eingeht, dass die von ihm

16) S. § 4 Abs. 2 S. 1 der Allgemeinen Vertragsbedingungen der Stiftung Warentest (Fn. 8).

17) OLG Koblenz, 06.07.2011 – 9 U 255/11, BeckRS 2012, 07802.

18) OLG Koblenz, 27.03.2013 – 9 U 1097/12, WRP 2013, 922 – Prüfsiegel. S. auch § 4 Abs. 2 S. 2 lit. a) und c) der Allgemeinen Vertragsbedingungen der Stiftung Warentest (Fn. 8).

19) OLG Köln, 11.07.2003 – 6 U 209/02, GRUR-RR 2004, 57 (Ls.), Volltext unter openJur 2011, 25614.

20) OLG Zweibrücken, 18.09.2008 – 4 U 38/07, WRP 2008, 1476 – Werbung mit nicht erfolgtem Test. S. auch § 4 Abs. 2 S. 2 lit. c) und Anlage 1, Beispiel 4 der Allgemeinen Vertragsbedingungen der Stiftung Warentest (Fn. 8).

21) OLG Zweibrücken, 24.05.2012 – 4 U 17/10, WRP 2012, 1136 – Fahrrad-Bügel-schloss.

22) OLG Köln, 23.02.2011 – 6 U 159/10, GRUR-RR 2011, 275 = WRP 2011, 783 (Ls.) – „Testsieger“-Werbung.

23) S. auch § 4 Abs. 2 S. 2 lit. b) der Allgemeinen Vertragsbedingungen der Stiftung Warentest (Fn. 8), wonach der Testwerbende das Testsiegel nur unter Angabe der untersuchten Charge benutzen darf.

24) LG Duisburg, 29.05.2009 – 22 O 121/08, VuR 2010, 106.

25) LG Rostock, 12.11.2010 – 3 O 221/10, BeckRS 2011, 06438.

26) BGH, 15.08.2013 – I ZR 197/12, WRP 2014, 67 – Testergebnis-Werbung für Kaffee-Pads.

27) BGH, 05.02.2015 – I ZR 136/13, WRP 2015, 1098 – TIP der Woche, und bereits OLG Hamburg, 03.05.2012 – 3 U 155/11, PharmR 2012, 445.

28) OLG Köln, 01.03.2013 – 6 U 191/12, openJur 2013, 37114.

29) BGH, 09.12.1975 – VI ZR 157/73, WRP 1976, 166 – Zur Haftung der Stiftung Warentest. Zu den Anforderungen im Einzelnen Franz, WRP 2015, 1425.

## Franz, Werbung mit Testergebnissen

zu verantwortende Werbung wegen zur Täuschung geeigneter Angaben oder wegen Vorenthaltens wesentlicher Informationen als irreführend untersagt wird.

- 14 Diese Problematik veranschaulicht der Fall, der der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 07.07.2005 zugrunde lag:<sup>30)</sup> Dort hatte die Stiftung Warentest eine vergleichende Untersuchung von Beratungsdienstleistungen von neun überregional tätigen Lohnsteuerhilfvereinen durchgeführt. Für die Untersuchung wurden je Verein zwischen fünf und acht Beratungsstellen ausgewählt. Bewertet wurden die Bearbeitung einer Steuererklärung sowie Service und Beratung. Die in „test“ April 2001 veröffentlichten Ergebnisse wurden für die Lohnsteuerhilfvereine vergeben; die konkret getesteten Beratungsstellen wurden nicht genannt, aber der Hinweis auf die Auswahl von fünf bis acht Beratungsstellen pro Verein erteilt. Der Beklagte erhielt als einziger Verein ein „GUT“. Mit diesem Testergebnis warb er in Zeitungsanzeigen sowie auf seiner Homepage, was der klagende Mitbewerber als irreführend beanstandete. Der BGH bestätigte die auf § 3 UWG 1909 gestützte Verurteilung des Berufungsgerichts. Die angesprochenen Verkehrskreise würden die Werbung mit dem Ergebnis des von der Stiftung Warentest durchgeführten Tests auf die Qualität des Gesamtangebots des Beklagten dahingehend beziehen, dass das Testurteil nicht nur einzelnen Beratungsstellen oder Beratern, sondern der gesamten Organisation des Beklagten zukomme. Die Testwerbung enthalte keinen Hinweis darauf, dass nur einige wenige Beratungsstellen in die Untersuchung einbezogen worden waren. Dem Testergebnis käme aufgrund dieser besonderen Umstände des Untersuchungsgegenstands und der Untersuchungsmethode nur eine begrenzte Aussagekraft zu, auf die in der Testwerbung hingewiesen werden müsse.

## b) Testsieger

- 15 Testveranstalter vergeben für die untersuchten Produkte häufig Gesamturteile, die in der Ergebnistabelle in eine Rangliste eingestellt werden, grundsätzlich aber nicht die Auszeichnung „Testsieger“. Wirbt der Testwerbende mit diesem zusätzlichen Prädikat, geht er ein eigenständiges Risiko ein. So liegt z. B. eine Irreführung vor, wenn der Werbende mit „Testsieger“ wirbt, ohne gleichzeitig darauf hinzuweisen, dass in die Untersuchung nur eine kleine und nicht repräsentative Minderheit der in Betracht kommenden marktgängigen Produkte einbezogen worden war.<sup>31)</sup>
- 16 Grundsätzlich greifen bei der Werbung mit Testergebnissen die Grundsätze der Rechtsprechung zur Zulässigkeit einer Spitzen- oder Alleinstellungsbehauptung nicht ein.<sup>32)</sup> Das mit „Testsieger“ beworbene Produkt braucht daher keinen deutlichen und dauerhaften Abstand zu den Produkten der Mitbewerber haben. Der Testwerbende muss nach Ansicht des BGH auch keinen eigenen Qualitätsnachweis führen, sondern darf sich – wenn das Prädikat nicht erschlichen und in einem seriösen Verfahren vergeben worden ist – mit der Auszeichnung schmücken.<sup>33)</sup> Nach dieser Entscheidung ist es sogar zulässig, mit einem Spitzenplatz wie „Testsieger“ oder „1. Platz“ ohne aufklärenden Zusatz auch dann zu werben, wenn Wettbewerber ebenfalls den Spitzenplatz erreicht haben. Wegen der Fülle von Produkttests wisse der Verbraucher, dass es sich regelmäßig um einen Vergleich mehrerer Produkte handle, bei dem auch mehrere gleich abschneiden können.<sup>34)</sup> Nach Ansicht des OLG Düsseldorf be-

deutet die Bezeichnung „Testsieger“ daher lediglich, dass kein anderes Produkt besser abgeschnitten habe.<sup>35)</sup> Das allerdings muss zutreffen.

Sogar die Aussage „gehört zu den Testsiegern“ ist nach Ansicht des OLG Köln zulässig, wenn der Testwerbende mit dem Qualitätsurteil „GUT (2,4)“ hinter einem mit „GUT (1,6)“ bewerteten Produkt den zweiten Platz erzielte.<sup>36)</sup> Schon durch die Verwendung des Plural werde klar, dass damit allenfalls der zweite Platz gemeint sei. Der Eindruck einer absoluten Spitzenstellung werde nicht suggeriert. Dagegen ist nach Ansicht des OLG Hamburg die Angabe „Testsieger“ unzulässig, wenn sich das beworbene Produkt den ersten Platz mit weiteren, gleich gut bewerteten Produkten teilt und die Reihenfolge der Nennung im Testbericht rein alphabetisch erfolgt.<sup>37)</sup> Das überzeugt nicht. Der Durchschnittsverbraucher kennt die Möglichkeit eines geteilten Spitzenplatzes und anerkennt auch denjenigen als Sieger, der sich den Spitzenplatz auf der obersten Stufe des Siegerpodestes mit einem anderen teilt.<sup>38)</sup>

## c) Vortäuschen eines nicht vorhandenen Gesamturteils

Irreführend ist das Vortäuschen eines vom Testveranstalter nicht vergebenen Gesamturteils.<sup>39)</sup> Vergibt der Testveranstalter die Bewertung „gut“ nur für eine bestimmte einzelne Eigenschaft des beworbenen Produktes und kein Gesamturteil, ist die Bewerbung mit der Angabe „Testurteil gut“ irreführend. Irrelevant ist, ob der Testwerbende das Logo des Testveranstalters verwendet oder nicht.<sup>40)</sup> Wird mit der Angabe „ÖKO-TEST Gesamturteil sehr gut“ geworben, suggeriert dies eine umfassende Prüfung des Produktes. Das ist irreführend, wenn in Wahrheit eine solche umfassende Prüfung nicht stattgefunden hat.<sup>41)</sup> Ebenso irreführend ist die Werbung mit „1. Platz, Bestes Möbelhaus“, wenn sich der Test lediglich auf das Teilsegment der Service-Qualität der Möbelhäuser bezogen hat.<sup>42)</sup> Auch an dieser Stelle zeigt sich das bereits dargestellte Problem der (extremen) Verkürzung der Darstellung eines Warentests durch Testwerbung und der damit verbundenen besonderen Irreführungsgefahr: Während in der Testzeitschrift Prüfungsumfang und Prüfungsmethodik der vergleichenden Untersuchung ausführlich dargestellt werden, wirbt der Testwerbende regelmäßig nur mit dem Gesamtergebnis. Lag nur eine eingeschränkte Prüfung zugrunde, muss der Testwerbende hierauf hinweisen.

## d) Unterdrücken eines vorhandenen Gesamturteils

Das Unterdrücken des vom Testveranstalter vergebenen Gesamturteils erfüllt in der Regel den Irreführungstatbestand.<sup>43)</sup>

20 Einen Sonderfall stellt die Entscheidung des OLG Celle dar.<sup>44)</sup> Dort hatte die Kaffeemaschine des Testwerbenden in einer vergleichenden Untersuchung der Stiftung Warentest mit „GUT“ abgeschnitten. Der Testwerbende warb nicht mit diesem positiven Gesamturteil, sondern griff das Merkmal Kaffeearoma mit „sehr gut“ heraus und warb nur damit. Das Gericht hielt diese

30) BGH, 07.07.2005 – I ZR 253/02, WRP 2005, 1242 – Werbung mit Testergebnis.

31) KG, 14.07.1998 – 5 U 5008/97, KGR 1999, 72. Im konkreten Fall wurden nur vier von 30 Angeboten untersucht.

32) BGH, 13.02.2003 – I ZR 41/00, WRP 2003, 1111 – Schachcomputerkatalog.

33) BGH, 13.02.2003 – I ZR 41/00, WRP 2003, 1111 – Schachcomputerkatalog.

34) Kritisch hierzu *Koppe/Zagouras*, WRP 2008, 1035, 1037: Wegen der Nähe zu sportlichen Titeln entstehe beim Verbraucher leicht der Eindruck, der „Testsieger“ hätte besser abgeschnitten als jeder andere Wettbewerber.

35) OLG Düsseldorf, 17.09.2015 – I-15 U 24/15, openJur 2015, 21054.

36) OLG Köln, 28.05.2008 – 6 U 19/08, GRUR-RR 2009, 73 – Gehört zu den Testsiegern.

37) OLG Hamburg, 27.06.2013 – 3 U 142/12, GRUR-RR 2013, 437 – Spitzentrio.

38) *Lindacher*, WRP 2014, 140, 141.

39) S. auch § 4 Abs. 1 S. 3 lit. f) der Allgemeinen Vertragsbedingungen der Stiftung Warentest (Fn. 8), wonach der Testwerbende bei fehlendem Qualitätsurteil alle Gruppenurteile bzw. die zusammenfassende semantische Bewertung der Stiftung Warentest (z. B. „überdurchschnittlich“) anzugeben hat.

40) OLG Frankfurt a. M., 22.05.2014 – 6 U 24/14, GRUR-RR 2014, 410 – Ciclopoli.

41) OLG Frankfurt a. M., 29.06.2006 – 6 U 103/05, GRUR-RR 2007, 16 – ÖKO-Test; bestätigt von OLG Frankfurt a. M., 22.05.2014 – 6 U 24/14, GRUR-RR 2014, 410 – Ciclopoli.

42) OLG Brandenburg, 26.06.2012 – 6 U 34/11, WRP 2012, 1123 – Testsiegel.

43) Nach § 4 Abs. 1 S. 3 lit. e) der Allgemeinen Vertragsbedingungen der Stiftung Warentest (Fn. 8) ist ein veröffentlichtes zusammenfassendes Qualitätsurteil in jedem Fall mitzuteilen.

44) OLG Celle, 19.05.2005 – 13 U 22/05, GRUR-RR 2005, 286 – Sehr gut für Kaffeearoma.

Werbung für zulässig. Es stellte darauf ab, dass der Hinweis auf das Testergebnis unübersehbar die Aussage enthalte, dass sich das Testergebnis „sehr gut“ nur auf das Kaffeearoma beziehe. Diese zutreffende Aussage erwecke auch nicht mittelbar einen falschen Eindruck, indem sie etwa überdecke, dass die getestete Maschine im Vergleich insgesamt eher durchschnittlich oder sogar schlecht abgeschnitten habe. Im Gegenteil gehöre die beworbene Maschine mit dem Gesamturteil „GUT“ neben weiteren fünf von insgesamt 15 getesteten Maschinen zu den Testsiegern. Das OLG Celle stellte zusätzlich darauf ab, dass das Merkmal des Kaffeearomas mit einem Anteil von 35% am Gesamturteil das gewichtigste Einzelmerkmal darstellte. Der Umstand, dass der Testwerbende mit diesem Herausgreifen eines Einzelurteils unter Verschweigen des Gesamturteils gegen die Empfehlungen der Stiftung Warentest verstoße, führe nicht zur Irreführung.

- 21 Diese Einzelfallentscheidung darf nicht verallgemeinert werden. Wenn sich der Testwerbende eine nach der Wertung des Warentests wenig relevante Kategorie herausgreift, in der sein Produkt gut abgeschnitten hat, und gleichzeitig ein deutlich schlechteres Gesamturteil verschweigt, wird eine Irreführung des angesprochenen Verkehrs ohne Weiteres anzunehmen sein.<sup>45)</sup> In diesem Zusammenhang sind auch die Wertungskategorien des Testveranstalters zu berücksichtigen, wonach für Selbstverständlichkeiten – Einhaltung zwingender gesetzlicher Vorschriften, zutreffende Deklaration, Verkehrsfähigkeit, Sicherheitsaspekte – keine guten Noten, für deren Fehlen aber regelmäßig schlechte Noten vergeben und Abwertungen vorgenommen werden.<sup>46)</sup>

#### e) Qualitätsrang

- 22 Eine Pflicht, neben der Bewertung des eigenen Produkts immer sämtliche Bewertungen der konkurrierenden Produkte und damit den eigenen Qualitätsrang anzugeben, kann über § 5 UWG nicht aufgestellt werden. Ebenso wenig besteht eine Verpflichtung mitzuteilen, wie groß der Abstand zu den Produkten der Wettbewerber ist.<sup>47)</sup> Wenn z. B. in einem Test von 20 Produkten fünf mit „SEHR GUT“ und 15 mit „GUT“ abgeschnitten haben, kann derjenige, der ein „SEHR GUT“ erhalten hat, mit diesem Ergebnis isoliert werben, ohne die weiteren Ergebnisse und den eigenen Rang mit angeben zu müssen. Der Eindruck einer Alleinstellung des mit „SEHR GUT“ bewerteten Produkts entsteht nicht.
- 23 Das kann aber auch anders sein. Wenn im vorherigen Beispiel von 20 Produkten 15 mit „SEHR GUT“ und nur fünf mit „GUT“ abgeschnitten haben, dann entsteht durch die isolierte Testwerbung mit „GUT“ ein falscher Eindruck vom Abschneiden des beworbenen Produkts durch Rangunterdrückung.
- 24 Der Bundesgerichtshof hat die Problematik des Qualitätsrangs und der Relation zur Konkurrenz pragmatisch gelöst und in der Entscheidung vom 11.03.1982 darauf abgestellt, ob das mit „GUT“ bewertete Produkt des Testwerbenden im Vergleich zu den anderen Produkten unterdurchschnittlich abgeschnitten hatte.<sup>48)</sup> Ist das der Fall, dann müsse der Testwerbende in seiner Werbung mit dem Qualitätsurteil „GUT“ zugleich kenntlich machen, für wie viele andere Produkte in demselben Test das Qualitätsurteil „SEHR GUT“ vergeben wurde.
- 25 Das OLG Hamburg lehnt eine Irreführung durch Rangunterdrückung ab, wenn das konkurrierende Produkt nur einen besseren

Punktwert erzielt hatte, die „test-QUALITÄTSURTEILE“ aber dieselben waren und für kein anderes Produkt eine bessere Note vergeben worden war.<sup>49)</sup>

Strenger meint das OLG Frankfurt a. M., dass den Testwerbenden die Pflicht zur Rangmitteilung auch dann treffe, wenn sein Produkt gerade noch überdurchschnittlich abgeschnitten hatte.<sup>50)</sup> Auch dann bestehe das Interesse der Verbraucher, über den Rang einer Bewertung informiert zu werden. Der Verpflichtung zur Kenntlichmachung des Rangs des Testergebnisses stehe die Beschränktheit des Kommunikationsmittels Fernsehwerbespot nicht entgegen.

#### 3. Aktualität

Ein vergleichender Warentest ist immer eine Momentaufnahme. Daher verlangt eine zulässige Testwerbung ein Mindestmaß an Aktualität der Testergebnisse. Sind die Untersuchungsergebnisse nicht mehr aktuell, weil sie auf überholten und maßgeblich veränderten Sachverhalten beruhen, wird die Testwerbung unzulässig. Das ist als solches unstrittig.<sup>51)</sup>

Allerdings hat der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 02.05.1985 klargestellt, dass eine Werbung mit älteren Testergebnissen für sich genommen keine Irreführung darstellt.<sup>52)</sup> Zulässigkeitsvoraussetzung ist, dass der Testwerbende den Zeitpunkt der Testveröffentlichung deutlich kenntlich macht, die angebotenen mit den seinerzeit getesteten Waren gleich und technisch nicht durch neuere Entwicklungen überholt sind, und für diese Waren auch keine neueren Testergebnisse vorliegen. Es komme nicht darauf an, ob zwischenzeitlich weitere Konkurrenzprodukte auf den Markt gekommen seien. Prüfungen der Stiftung Warentest, so der BGH, orientierten sich nicht an der Qualität anderer Produkte, sondern am Stand der Technik. Auch darf der Testveranstalter seine Untersuchungsmethoden ausweislich veröffentlichter Untersuchungen vergleichbarer Produkte nicht geändert haben.<sup>53)</sup> Das OLG Frankfurt a. M. geht sogar so weit, dass eine Werbung mit älteren Testergebnissen nicht irreführend sein soll, wenn die beworbene Ware als „Restposten“ bezeichnet wird, oder wenn zwar zwischenzeitlich neuere Testergebnisse zur selben Warengattung veröffentlicht worden sind, diese sich jedoch auf ein anderes Preissegment beziehen.<sup>54)</sup>

Das Problem der Werbung mit einem veralteten oder überholten Test wird sich jedenfalls bei Werbung mit Testergebnissen der Stiftung Warentest kaum noch stellen, weil die Laufzeit des abzuschließenden Lizenzvertrages auf zwei Jahre, beginnend mit Vertragsabschluss, längstens auf zweieinhalb Jahre nach Erstveröffentlichung des Testergebnisses, beschränkt ist. Eine Lizenzverlängerung um ein weiteres Jahr ist nur auf besonderen Antrag hin und nach vorheriger Einzelfallprüfung durch die Stiftung Warentest möglich.<sup>55)</sup>

#### 4. Transparenz

##### a) Grundsätzliche Pflicht zur Fundstellenangabe

Fraglich ist, ob der Testwerbende verpflichtet ist, die konkrete Fundstelle des Tests, mit dem geworben wird, anzugeben. Der Bundesgerichtshof hat sich zu dieser Frage bislang zweimal geäußert und sie beide Male bejaht.<sup>56)</sup>

45) So auch *Koppe/Zagouras*, WRP 2008, 1035, 1039.

46) *Lachmann*, in: Fezer (Hrsg.), Kommentar zum UWG, 2. Aufl. 2010, § 4-S8, Rn. 213, 220.

47) BGH, 13.02.2003 – I ZR 41/00, WRP 2003, 1111 – Schachcomputerkatalog.

48) BGH, 11.03.1982 – I ZR 71/80, WRP 1982, 413 – Werbung mit der Bezeichnung „Test Gut“.

49) OLG Hamburg, 14.11.2013 – 3 U 52/13, GRUR-RR 2014, 160 – „GUT (1,9)“.

50) OLG Frankfurt a. M., 25.10.2012 – 6 U 186/11, K&R 2013, 129.

51) OLG Stuttgart, 02.11.2006 – 2 U 58/06, GRUR 2007, 435 – Veralteter Matratzentest; *Köhler* (Fn. 3) § 6 Rn. 212.

52) BGH, 02.05.1985 – I ZR 200/83, WRP 1985, 486 – Veralteter Test.

53) OLG Hamburg, 10.10.2008 – 3 W 134/08, MD 2009, 29.

54) OLG Frankfurt a. M., 04.09.2003 – 6 U 174/02, GRUR-RR 2003, 344 – Matratzentest.

55) § 6 Abs. 1 lit. a) und c) der Allgemeinen Vertragsbedingungen der Stiftung Warentest (Fn. 8).

56) BGH, 21.03.1991 – I ZR 151/89, WRP 1991, 573 – Fundstellenangabe und BGH, 16.07.2009 – I ZR 50/07, WRP 2010, 370 – Kamera Kauf in Internet. Nach § 4 Abs. 3 S. 2 der Allgemeinen Vertragsbedingungen der Stiftung Warentest (Fn. 8) sind Medium und Zeitpunkt der Erstveröffentlichung anzugeben.

## Franz, Werbung mit Testergebnissen

- 31** In der ersten Entscheidung vom 21.03.1991 bezog sich die Testwerbung auf eine Publikation der Stiftung Warentest.<sup>57)</sup> Das beklagte Möbelhaus hatte in einem Werbeprospekt einige Küchen mit dem werblichen Hinweis abgebildet: „Stiftung Warentest – test Qualitätsurteil gut“, ohne die Fundstelle anzugeben. Der BGH bejahte die Verpflichtung zur Angabe der Fundstelle in diesem Fall und begründete dies damit, dass die Stiftung Warentest in ihren Empfehlungen zur Werbung mit Testergebnissen das Erfordernis aufstelle, dass die Angaben über Testurteile leicht und eindeutig nachprüfbar sein müssten. Dazu gehöre, dass in der Werbung Monat und Jahr der Erstveröffentlichung angegeben werde. Damit sei es für den Interessenten relativ einfach, sich das entsprechende Heft der Stiftung Warentest gezielt und ohne weitere Nachfrage zu beschaffen. Fehle dagegen diese Angabe, sei dies ein Umstand, der geeignet sei, relevante Teile des Verkehrs von einer Beschaffung des Tests abzuhalten. Bei Nichtangabe der Fundstelle stehe der am Test interessierte Verbraucher vor der Notwendigkeit, die Bestellung des Test-Heftes schriftlich oder mündlich zu formulieren und dabei näher zu erläutern. Solche Schwierigkeiten würden erfahrungsmäßig häufig gescheut. Darüber hinaus müsse in Betracht gezogen werden, dass ein nicht unerheblicher Teil der Verbraucher nicht wisse, dass es Testveröffentlichungen in einer Zeitschrift der Stiftung Warentest gebe, was zu weiteren Erschwerungen bei der Bestellung des Test-Heftes führen könne. Darüber hinaus sei auch zu berücksichtigen, dass es sich bei den Tests der Stiftung Warentest um Untersuchungen handle, die mit Blick auf Aufgabe und Arbeitsweise dieses Instituts in weiten Kreisen der Bevölkerung auf Interesse und Akzeptanz stießen und bei denen ein Bedürfnis gegeben sei, dem Verbraucher ein Aufsuchen des gesamten Testberichtes durch Anführen der Fundstelle zu erleichtern.
- 32** In dem der zweiten Entscheidung vom 16.07.2009 zugrunde liegenden Fall warb die Beklagte im Internet für den Kauf einer Autofocus Digital Kamera, die beim Anklicken der Folgeseite „Details“ als „DER TESTSIEGER“ bezeichnet wurde.<sup>58)</sup> Auf dieser Seite ließen sich verschiedene Fenster mit weiteren Informationen – etwa zu technischen Daten – öffnen. Nach Angaben der Beklagten war die Fundstelle des Tests angegeben worden; zu ihr hätte man mittels „Klick“ oder „Scrollen“ gefunden. Das Berufungsgericht hielt die beanstandete Werbung mit dem Testergebnis für unlauter, wobei es offen ließ, ob die Fundstelle tatsächlich angegeben war oder nicht. Denn jedenfalls wäre der Verbraucher nicht in der erforderlichen Weise leicht und eindeutig darauf hingewiesen worden, wo er nähere Angaben zu dem Test erhalten könne. Der BGH bestätigte die Entscheidung der Vorinstanz unter ausdrücklicher Bezugnahme auf seine erste Entscheidung vom 21.03.1991. Danach entspreche es der Rechtsprechung des BGH für das bisher geltende Recht, dass in eine Werbung aufgenommene Angaben über Testurteile leicht und eindeutig nachprüfbar sein müssen. Das setzte nicht nur voraus, dass überhaupt eine Fundstelle für den Test angegeben wurde, sondern auch, dass diese Angabe für den Verbraucher auf Grund der Gestaltung der Werbung leicht auffindbar war. An dieser Rechtslage habe sich durch die Umsetzung der UGP-Richtlinie in das deutsche Recht nichts geändert. Es sei ein Gebot der fachlichen Sorgfalt, mit Testergebnissen nur zu werben, wenn dem Verbraucher dabei die Fundstelle eindeutig und leicht zugänglich angegeben und ihm so eine einfache Möglichkeit eröffnet werde, den Test selbst zur Kenntnis zu nehmen. Fehle es daran, beeinträchtige dies die Möglichkeit des Verbrauchers, die

testbezogene Werbung zu prüfen und insbesondere in den Gesamtzusammenhang des Tests einzuordnen. Dadurch werde die Fähigkeit des Verbrauchers, eine informierte geschäftliche Entscheidung i. S. des Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2005/29/EG zu treffen, spürbar beeinträchtigt. Im konkreten Fall sei erforderlich, dass bei einer Werbung für ein Produkt mit einem Testergebnis im Internet die Fundstelle entweder bereits deutlich auf der ersten Bildschirmseite dieser Werbung angegeben werde, oder jedenfalls ein deutlicher Sternchenhinweis den Verbraucher ohne Weiteres zu der Fundstellenangabe führe.

**b) Einzelheiten<sup>59)</sup>**

Nachdem der BGH mit der ersten Entscheidung vom 21.03.1991 die Pflicht zur Fundstellenangabe aufgestellt hatte,<sup>60)</sup> wurde in der Instanzenrechtsprechung nunmehr die nicht ausreichend deutlich lesbare Fundstellenangabe einer gänzlich fehlenden Fundstellenangabe gleichgesetzt und problematisiert, welchen Grad von Lesbarkeit oder sonstiger Wahrnehmbarkeit diese haben müsse. Das Kammergericht fordert eine Lesbarkeit für den normalsichtigen Betrachter ohne besondere Konzentration und Anstrengung.<sup>61)</sup> Diese Voraussetzung sei im Regelfall nur bei Verwendung einer Schrift erfüllt, deren Größe sechs Didotpunkte nicht unterschreite. An dieser Stelle werden die vom BGH zur Lesbarkeit der Pflichtangaben nach § 4 Abs. 1 HWG aufgestellten Anforderungen übernommen.<sup>62)</sup> Andere Oberlandesgerichte folgen dieser strengen Rechtsprechung.<sup>63)</sup> In der Tendenz etwas großzügiger ist das OLG Bamberg<sup>64)</sup> unter Hinweis auf die neueste Rechtsprechung des BGH zur Preisangabenverordnung.<sup>65)</sup> Danach sei für die Frage der Lesbarkeit einer Angabe in der Werbung nicht allein die Schriftgröße, sondern auch das Druckbild und der Abstand, aus dem der Verbraucher die Angabe lese, maßgeblich.<sup>66)</sup>

Allerdings genügt die Angabe der Fundstelle im Internet; dem Verbraucher muss nicht die Möglichkeit eingeräumt werden, das Testergebnis auch ohne Internet – z. B. über eine Zeitschrift – nachlesen zu können.<sup>67)</sup> Wird die konkrete Fundstelle des Testergebnisses einer anerkannten ausländischen Verbraucherorganisation (Consumentenbond) angegeben, genügt dies nach Auffassung des OLG Schleswig.<sup>68)</sup> Der Umstand, dass trotz der vorhandenen Fundstellenangabe Schwierigkeiten bei der Beschaffung der Testpublikation („Consumentengids“) bestehen und infolge seiner Abfassung in der niederländischen Sprache auch sein Verstehen dem deutschen Verbraucher so große Mühe bereite, dass er auf die Beschaffung verzichte, spielt nach Ansicht des Gerichts keine Rolle. Von einem Verbraucher, der die Vorzüge des Binnenmarktes dadurch nutzen möchte, dass er sich Waren in einem anderem Mitgliedsstaat als in seinem Wohnsitzland beschafft, sei zu erwarten, dass er die mit der Beschaffung

57) BGH, 21.03.1991 – I ZR 151/89, WRP 1991, 573 – Fundstellenangabe.

58) BGH, 16.07.2009 – I ZR 50/07, WRP 2010, 370 – Kamera Kauf im Internet.

59) S. hierzu die umfassende Analyse der Instanzenrechtsprechung von Schulte-Franzheim/Tyra, in: FS Bornkamm 2014, 489, 493 ff.

60) BGH, 21.03.1991 – I ZR 151/89, WRP 1991, 573 – Fundstellenangabe.

61) KG, 11.02.2011 – 5 W 17/11, WRP 2011, 497 – Lesbarkeit der Fundstellenangabe bei einer Werbung mit Testergebnissen.

62) BGH, 10.12.1986 – I ZR 213/84, WRP 1987, 378 – 6-Punkt-Schrift.

63) OLG Celle, 24.02.2011 – 13 U 172/10, GRUR-RR 2011, 278 – 6-Punkt; OLG Stuttgart, 07.04.2011 – 2 U 170/10, MD 2011, 543; OLG Karlsruhe, 13.10.2011 – 4 U 141/11, MD 2011, 1002; OLG Brandenburg, 18.06.2013 – 6 U 119/12, MD 2013, 709 und OLG Bamberg, 19.03.2013 – 3 U 23/13, BeckRS 2013, 08774.

64) OLG Bamberg, 19.03.2014 – 3 U 206/13, GRUR-RR 2014, 331 – Fundstellenangabe.

65) BGH, 07.03.2013 – I ZR 30/12, WRP 2013, 1022 – Grundpreisangabe im Supermarkt.

66) Die Stiftung Warentest macht in ihren Allgemeinen Vertragsbedingungen (Fn. 8) dem Testwerbenden vernünftigerweise keine konkreten Vorgaben. In § 4 Abs. 1 S. 3 lit. g) heißt es lediglich, dass die Werbung ausreichend deutlich lesbar sein soll.

67) OLG Oldenburg, 31.07.2015 – 6 U 64/15, MMR 2016, 37.

68) OLG Schleswig, 09.01.2001 – 6 U 41/00, OLG 2001, 393.

und Kenntnisnahme von Testergebnissen anderer EU-Mitgliedsstaaten verbundenen Schwierigkeiten, insbesondere Sprachschwierigkeiten, kenne und sich darauf einstelle.

- 35** Besondere Schwierigkeiten bestehen bei der Testwerbung im Fernsehen. Der Verpflichtung, die Angaben über Testurteile leicht und eindeutig nachprüfbar zu machen, wird der Testwerbende nach Ansicht des OLG Frankfurt a. M. nicht gerecht, wenn am Ende des Spots für lediglich zwei Sekunden das Logo des Testveranstalters eingeblendet wird.<sup>69)</sup>
- 36** Die vom BGH entwickelten Grundsätze lassen sich auch auf die Testhinweiswerbung mit Untersuchungsergebnissen von Fachzeitschriften übertragen.<sup>70)</sup> Sie gelten nach Ansicht des OLG Hamburg sogar für eine selbst in Auftrag gegebene Verbrauchermfrage, wenn hierdurch (im konkreten Fall durch die herausgestellte Verwendung des Begriffs „Testsieger“) der Eindruck vermittelt wird, die werblichen Angaben beruhten auf von dritter Seite unabhängig durchgeführten Testreihen.<sup>71)</sup> Sie sollen nach Ansicht des OLG Düsseldorf sogar für die Werbung mit Prüfsiegeln oder Zertifizierungen neutraler Stellen („TÜV-geprüft“ oder „LGA tested quality“) gelten, auch wenn in diesen Fällen eine veröffentlichte Testpublikation nicht existiert.<sup>72)</sup>
- 37** Bei der Werbung mit Testergebnissen, ohne die Fundstelle hinreichend lesbar zu machen, handelt es sich um einen Standardverstoß von beachtlicher Reichweite, so dass auch eine geforderte Vertragsstrafe i. H. v. € 4.000,00<sup>73)</sup> bzw. € 5.100,00<sup>74)</sup> nicht unangemessen hoch ist.
- c) Kritik**
- 38** Mit seiner zweiten Entscheidung vom 16.07.2009<sup>75)</sup> erstreckte der BGH die bislang ausdrücklich nur auf die Werbung mit Ergebnissen der Stiftung Warentest bezogene Pflicht zur Fundstellenangabe auf die Werbung mit Ergebnissen anderer Testveranstalter. Im Vordergrund steht nicht mehr die Beseitigung von Schwierigkeiten bei der Beschaffung der Primärquelle, sondern es geht generell darum, die Fähigkeit des Verbrauchers, eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen, sicherzustellen. Der Verbraucher soll in die Lage versetzt werden, die testbezogene Werbung prüfen zu können.
- 39** Diese Rechtsprechung erweckt gerade im Zeitalter des Internet erhebliche Zweifel. Auch ohne konkrete Fundstellenangabe wird der Verbraucher über Suchmaschinen bei Eingabe gezielter Suchbegriffe, die er aus der Testwerbung erhält (beworbenes Produkt, Testveranstalter, Produkttest), schnell auf die Originalquelle stoßen und kann diese als Printausgabe, online per Download oder anderweitig beziehen, wenn er hierauf Wert legt. Ein Warentest über ein bestimmtes Produktsegment eines bestimmten Testveranstalters findet nicht so häufig statt, als dass ohne

konkrete Fundstellenangabe Verwechslungen bei den Warentests unmittelbar zu befürchten wären. Hinzu kommt, dass Testwerbung nach dem Logolizenz-System der Stiftung Warentest nunmehr zeitlich begrenzt ist. Nach Ansicht des Verf. ist die eigentliche Frage, ob der Verbraucher bei Wahrnehmung der Testwerbung an der konkreten Fundstellenangabe überhaupt interessiert ist, oder ob er sich nicht vielmehr auf die Richtigkeit der Angaben des Testwerbenden verlässt.<sup>76)</sup> Die immer wieder ins Feld gebrachte These, der Verbraucher müsse ohne Weiteres in der Lage sein, die Angaben über den Test nachzuprüfen und in den Gesamtzusammenhang des Tests einzuordnen, wird nie kritisch in Frage gestellt, sondern immer als richtig unterstellt. Gegen die Richtigkeit dieser These spricht, dass viele Kaufentscheidungen im Supermarkt spontan aufgrund des konkreten Nachfragebedürfnisses, des aktuellen Warenangebotes, des Preises und der Kaufgewohnheiten („Markentreue“) erfolgen. Eine Nachprüfung der Richtigkeit der Testergebnisse oder gar ein Vergleich des mit einem guten Testergebnis beworbenen Produktes mit anderen Produkten findet hier nicht statt. Eine sorgfältige und auf Informationen beruhende Kaufentscheidung bereitet der Verbraucher allenfalls bei höherpreisigen Produkten vor, insbesondere bei EDV, Elektrogeräten, TV-, Video- und Audiogeräten, teuren Sportgeräten und Automobilen. In diesen Fällen kann und wird er sich die maßgeblichen Informationen ohne Weiteres über das Internet beschaffen, zumal er hier nicht nur auf den Testveranstalter, sondern auch auf Produkt- und Preisvergleichsportale trifft und über diese weitere Informationen erhält. Die ursprüngliche Begründung des BGH für die Pflicht zur Fundstellenangabe – Schwierigkeiten bei der Beschaffung der Primärquelle – ist im Zeitalter des Internet weggefallen, ohne dass der BGH sich in der zweiten Entscheidung hiermit argumentativ auseinandergesetzt hätte. Das Ergebnis einer Pflicht zur Fundstellenangabe lässt sich daher allenfalls mit der Begründung halten, dem Verbraucher den Aktualitätsgrad der Testveröffentlichung mitzuteilen.<sup>77)</sup>

Abzulehnen ist die jüngste Entscheidung des OLG Düsseldorf,<sup>40</sup> wonach eine Pflicht zur Fundstellenangabe sogar bei Werbung mit Prüfsiegeln oder Zertifizierungen neutraler Stellen gelten soll, auch wenn in diesen Fällen eine veröffentlichte Testpublikation nicht existiert.<sup>78)</sup> Hier stellt sich zunächst die Frage, wie und was der Testwerbende konkret angeben soll. Soll der Testwerbende in seinem Internetauftritt den vollständigen Prüfbericht der neutralen Stelle veröffentlichen oder mit dem Internetauftritt der neutralen Stelle verlinken, wenn dort der Prüfbericht eingestellt ist?<sup>79)</sup> Genügt das für eine hinreichende Verbraucheraufklärung? Wird der Verbraucher derartige Prüfberichte – unterstellt, er beschafft und liest sie – überhaupt verstehen? Testveranstalter veröffentlichen in ihren Testpublikationen die Gutachten der Prüfinstitute schon deshalb nicht, weil es hier um schwierige Fragen aus den Bereichen der Lebensmittelchemie, Biologie, Physik, Technik und Analytik geht und nicht zu erwarten ist, dass der Verbraucher diese Gutachten versteht. Schon gar nicht wird der nicht mit Expertenwissen ausgestattete Verbraucher in

69) OLG Frankfurt a. M., 28.05.2013 – 6 U 266/12, GRUR-RR 2013, 393 – Der Netzbetreiber mit den zufriedensten Kunden.

70) OLG Hamburg, 15.01.2007 – 3 U 240/06, WRP 2007, 557 – Werbung mit Testhinweisen Dritter.

71) OLG Hamburg, 16.12.2013 – 5 U 278/11, GRUR-RR 2014, 333 – Testsieger im Geschmack.

72) OLG Düsseldorf, 30.12.2014 – I-15 U 76/14, WRP 2015, 365 – Werbung mit Prüfsiegeln und „wesentliche Information“ i. S. v. § 5 a Abs. 2 UWG (nicht rechtskräftig – das Revisionsverfahren ist beim BGH unter I ZR 26/15 anhängig). Ebenso OLG Düsseldorf, 25.11.2014 – I-20 U 208/13, WRP 2015, 762 – Zertifikatsbezogene Werbung mit „TÜV-geprüft“ und OLG Dresden, 11.02.2014 – 14 U 1561/13, BeckRS 2014, 18825. Vgl. auch OLG Saarbrücken, 07.11.2007 – 1 U 355/07, GRUR-RR 2008, 312 – 1. Platz Gesamtzufriedenheit, wonach eine Krankenkasse bei einer Werbung mit dem Ergebnis einer Marktbefragung über die Kundenzufriedenheit ihre Pflicht zur Nachprüfbarkeit erfüllt, wenn dem interessierten Leser die Originalstudie gegen Kostenerstattung von € 40,00 zugesandt wird.

73) BGH, 17.09.2009 – I ZR 217/07, WRP 2010, 649 – Testfundstelle.

74) OLG Brandenburg, 29.04.2014 – 6 U 201/12, WRP 2014, 1219 – Rechtsmissbrauch bei getrennter Inanspruchnahme von Mitgliedern einer Verbundgruppe.

75) BGH, 16.07.2009 – I ZR 50/07, WRP 2010, 370 – Kamerakauf im Internet.

76) So *Schulte-Franzheim/Tyra* (Fn. 59) S. 500.

77) So bereits *Lachmann* (Fn. 46) § 4-58, Rn. 316. Die Pflicht zur Fundstellenangabe ablehnend für aktuelle Tests *Helm*, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, Handbuch des Wettbewerbsrechts. 4. Aufl. 2010, § 59 Rn. 315. *Schulte-Franzheim/Tyra* (Fn. 59) S. 501 wollen im Rahmen der Relevanzprüfung nach Art des Produktes danach differenzieren, ob die Fundstellenangabe als wesentlich angesehen werden kann.

78) OLG Düsseldorf, 30.12.2014 – I-15 U 76/14, WRP 2015, 365 – Werbung mit Prüfsiegeln und „wesentliche Information“ i. S. v. § 5 a Abs. 2 UWG.

79) So der Vorschlag des OLG Düsseldorf, 30.12.2014 – I-15 U 76/14, WRP 2015, 365 – Werbung mit Prüfsiegeln und „wesentliche Information“ i. S. v. § 5 a Abs. 2 UWG, Rn. 85.

## Franz, Werbung mit Testergebnissen

der Lage sein, die zugrunde liegenden wissenschaftlichen Fragen überprüfen zu können. Es ist gerade die anspruchsvolle Aufgabe der Redakteure des Testveranstalters, die Gutachten redaktionell so aufzubereiten, dass der Nichtfachmann die wesentlichen Aspekte des Warentests versteht.<sup>80)</sup> Muss der Testwerbende neben der Veröffentlichung des Prüfberichts diesen nunmehr redaktionell bearbeiten und in eine verständliche Form „übersetzen“? Das wäre wohl die zwingende Konsequenz dieser Rechtsprechung. Nach Ansicht des Verf. wäre es ehrlicher gewesen, ein generelles Verbot mit Prüfsiegeln neutraler Stellen auszusprechen, wenn es hierzu keine veröffentlichte, allgemein zugängliche und für den Verbraucher verständliche Testpublikation gibt. Diesen Schritt hat aber das OLG Düsseldorf gescheut. Sollte diese Rechtsprechung nicht korrigiert werden, sind allein aufgrund der aufgezeigten Fragen unzählige Folgeprozesse über Art und Umfang der Informationsbereitstellung durch den Testwerbenden vorprogrammiert.

## IV. Arzneimittelwerbung

- 41 Ein besonderes Risiko besteht bei der Werbung für Arzneimittel. Gemäß § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 HWG a. F. durfte für Arzneimittel mit einer fachlichen Empfehlung außerhalb der Fachkreise nicht geworben werden. Der BGH hat klargestellt, dass jedenfalls die Stiftung Warentest „fachliche Stelle“ i. S. d. § 11 Abs. 1 S. Nr. 2 HWG sei.<sup>81)</sup> Beim Test eines Arzneimittels durch die im Bewusstsein des Verkehrs angesehene Stiftung Warentest erwarte der Rezipient, dass hinter deren Aussagen eine gewisse fachliche Kompetenz stehe, die auch aufgrund von Auswertung medizinischer Literatur in Anspruch genommen werden könne.<sup>82)</sup>
- 42 Nach der Neufassung des § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 HWG kommt es nun noch auf eine Empfehlung von Wissenschaftlern und sonstigen Personen an, die im Gesundheitswesen tätig sind oder auf-

grund ihrer Bekanntheit zum Arzneimittelverbrauch anregen können. Nach Ansicht des OLG Frankfurt a. M. könne eine Empfehlung nicht nur von einer natürlichen Person, sondern auch von einer Organisation wie ÖKO-TEST abgegeben werden.<sup>83)</sup>

## V. Bagatellverstoß

Unter der Geltung der Spürbarkeitsgrenze des § 3 Abs. 2 UWG 2008 wurde gelegentlich erörtert, ob irreführende oder sonst zur Täuschung geeignete Werbung mit Testergebnissen als Bagatellverstoß eingeordnet werden kann. Das wurde richtigerweise verneint, weil Testergebnisse seriöser Testveranstalter bei den Verbrauchern große Wertschätzung genießen und in hohem Maße geeignet sind, die Kaufentscheidung zu beeinflussen.<sup>84)</sup> Nach der in Kraft getretenen Reform des UWG 2015 stellt sich diese Frage nicht mehr, weil die Spürbarkeitsklausel gestrichen wurde und eine eigenständige Prüfung der Spürbarkeit nicht mehr stattfindet. Die Abnehmerrelevanz gemäß §§ 5 Abs. 1 S. 1, 5a Abs. 2 S. 1 UWG ist bei irreführender Werbung mit Testergebnissen stets anzunehmen.

## VI. Fazit

Die Anforderungen an eine zulässige Testwerbung sind recht hoch; ihre Einhaltung ist für den Testwerbenden aber möglich. Am einfachsten ist es, sich an den Allgemeinen Vertragsbedingungen der Stiftung Warentest als Richtschnur zu orientieren.

80) Lachmann (Fn. 46) § 4-S8, Rn. 62 und Rn. 226.

81) BGH, 10.07.1997 – I ZR 51/95, WRP 1998, 181 – Warentest für Arzneimittel.

82) Ebenso OLG Hamburg, 30.06.2009 – 3 U 13/09, GRUR-RR 2010, 74 – Läusemittel.

83) OLG Frankfurt a. M., 22.05.2014 – 6 U 24/14, GRUR-RR 2014, 410 – Ciclopoli.

84) S. nur OLG Koblenz, 06.07.2011 – 9 U 255/11, BeckRS 2012, 07802.

## BERICHTIGUNG ZU SCHÖNEWALD, WRP 2016, 319 F.

### Berichtigung zum Beitrag „Werbung mit Testurteilen und die Grenzen des Unternehmenspersönlichkeitsrechts der Testveranstalter“ von Schönwald, WRP 2016, 319 f.

In der letzten Ausgabe der WRP (Heft 03-16, WRP 2016, 319 f.) wurde im Rahmen des Beitrags von Schönwald der Beschluss des Kammergerichts Berlin vom 22.11.2015 (5 W 252/15, WRP 2016, 126 f.) besprochen. In diesem Zusammenhang wurde vom Verfasser des Beitrags irrtümlicherweise angenommen, dass die dortige Antragstellerin die in Berlin ansässige Stiftung Warentest sei. Die Stiftung Warentest wurde in dem Beitrag mehrmals namentlich genannt.

Die Stiftung Warentest war an dem besprochenen Verfahren aber in keiner Weise beteiligt, erst recht nicht als Antragstellerin. Dies hat der Verfasser leider erst nach Auslieferung der entsprechenden WRP-Ausgaben bemerkt.

Die besprochene Entscheidung des Kammergerichts Berlin steht in keiner Verbindung mit der Stiftung Warentest. Daher können auch keine etwaigen Rückschlüsse aus der Entscheidung auf die Stiftung Warentest getätigt werden. Vom Verfasser war durch den Beitrag nicht vorgesehen, die Neutralität der Stiftung Warentest abzulehnen, auch wenn sich dies aus den getätigten Ausführungen u. U. herauslesen lässt. Dies gilt umso mehr, als sich nunmehr herausgestellt hat, dass die Stiftung Warentest gar nicht Antragstellerin in dem Verfahren war.

Der Verfasser des Beitrags bittet daher um Entschuldigung, dass die Stiftung Warentest irrtümlicherweise als Partei in dem Verfahren vor dem Kammergericht Berlin genannt worden ist sowie dass die Leser des Beitrags aus den getätigten Ausführungen tatsächlich nicht bestehende Verbindungen zur Stiftung Warentest herstellen können.

RA Hanno Schönwald, Berlin