



OBERLANDESGERICHT NAUMBURG



EINGEGANGEN  
RECHTSANWÄLTE U. NOTARE

verbraucherzentrale

Bundesverband

01. Nov. 2011

EINGEGANGEN

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

9 U 96/11 OLG Naumburg  
3 O 12/11 LG Dessau-Roßlau

Verkündet am 27.10.2011  
gez.  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

myCARE OHG Wittenberg, vertreten durch die Gesellschafter [redacted] und  
[redacted] Straße der Befreiung 52, 06886 Lutherstadt Wittenberg,

Beklagte und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte I

]

gegen

Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucher-  
zentrale Bundesverband e. V., vertreten durch den Vorstand G. Billen, Markgrafen-  
straße 66, 10969 Berlin,

Kläger und Berufungsbeklagter,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte

hat der 9. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Naumburg durch den Vorsitzenden Richter am  
Oberlandesgericht Richter am Oberlandesgericht den Richter am  
Landgericht auf die mündliche Verhandlung vom 18. Oktober 2011 für Recht  
erkannt:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Dessau-Roßlau vom 29. April 2011 – 3 O 12/11 – wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
4. Die Revision zum Bundesgerichtshof wird nicht zugelassen.

und beschlossen:

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 15.200,- EUR festgesetzt.

### Gründe

#### A.

Die Parteien streiten um die Unterlassung einer Werbung mit einem Testergebnis. Wegen der tatsächlichen Feststellungen im Einzelnen wird gemäß § 540 Abs. 1 ZPO auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Beklagte verurteilt, eine Werbung für die Versandapotheke „mycare“ mit dem Evaluationsergebnis der Stiftung Warentest „Bestnote (2,6)“ ohne Angabe der Gesamtbewertung „befriedigend“ zu unterlassen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass die selektive Wiedergabe des Testergebnisses „Bestnote“ irreführend sei. Auch durch den angegebenen Notenwert 2,6 werde nicht deutlich, dass die Leistungen der Beklagten allenfalls „befriedigend“ seien.

Hiergegen wendet sich die Berufung der Beklagten. Unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens rügt sie, dass die Klage bereits unzulässig sei, weil die Klägerin im Auftrag der Stiftung Warentest auftrete, der selbst keine vertraglichen oder wett-

bewerbsrechtlichen Ansprüche zustünden. Ob Verbraucherinteressen tangiert seien, die die Klägerin vertrete, scheinere zweifelhaft.

Die beanstandete Werbung sei nicht irreführend, auch wenn sie die Bedingungen der Stiftung Warentest zur Werbung mit Untersuchungsergebnissen nicht einhalte. Die Zulässigkeit der Werbung richte sich allein nach dem Wettbewerbsrecht. Danach sei maßgeblich, ob die Angaben geeignet seien, bei einem durchschnittlichen Verbraucher eine Fehlvorstellung hervorzurufen und ihn hindurch zu einem Geschäftsabschluss zu verleiten. Weil ein Konsument, der die Werbung lese, die Schulbildung durchlaufen haben müsse, könne er auch die Wertigkeit der numerischen Note 2,6 erkennen, ohne dass es hierfür der Verwendung des Prädikats „befriedigend“ bedürfe.

Ein etwaiger Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht sei jedenfalls nicht spürbar, weil der Verbraucher sich bei seiner Kaufentscheidung primär an den Produkten, nicht aber am Service der Unternehmen orientiere. Im Übrigen sei die Geltendmachung des Unterlassungsanspruches rechtsmissbräuchlich, weil eine Mitarbeiterin der Stiftung Warentest in einem Ferngespräch empfohlen habe, sich bei der Werbung mit dem Testergebnis an die Werbebedingungen der Stiftung zu halten. Die Stiftung selbst werde die Einhaltung dieser Bedingungen indes nicht prüfen und durchsetzen.

Die Beklagte beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Dessau-Roßlau, Az.: 3 O 12/11, vom 29. April 2011 die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt das angefochtene Urteil und trägt unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens vor, dass die Bedingungen der Stiftung Warentest die von der Rechtsprechung entwickelten Standards für die Zulässigkeit einer Werbung mit Testergebnissen widerspiegeln. Indem die Beklagte das Gesamturteil „befriedigend“ verschweige, sich andererseits aber auf die Bestnote berufen habe, entstehe beim Verbraucher der Eindruck, dass die Beklagte einen zumindest überdurchschnittlichen Service biete. Durch den bloßen Zahlenwert 2,6 könne dieser Eindruck nicht ausgeräumt werden. Aufgrund der hohen Autorität, die die Stiftung Warentest in der Bevölkerung genieße, bestünde die Möglichkeit, dass die Verbraucher sich nicht an eine Vorort-Apotheke, sondern infolge des selektiv mitge-

teilten Testergebnisses an die Beklagte wende, obwohl die Leistungen der Versandapotheke lediglich befriedigend seien.

Wegen der Einzelheiten des Parteivortrags wird auf die Schriftsätze der Prozessbevollmächtigten sowie das Protokoll der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

## B.

Die Berufung der Beklagten ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und auch begründet worden (§§ 511, 517, 519, 520 ZPO). Sie bleibt in der Sache indes ohne Erfolg. Das angefochtene Urteil beruht weder auf einer entscheidungserheblichen Rechtsverletzung nach §§ 513, 546 ZPO noch rechtfertigen die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung. Das Landgericht hat der Klage vielmehr zu Recht stattgegeben, weil sie sowohl zulässig (dazu I.) als auch begründet ist (dazu II.).

### I.

Die Klage muss nicht bereits durch Prozessurteil als unzulässig abgewiesen werden. Es mag zwar sein, dass die Klägerin auch im Auftrag der Stiftung Warentest handelt. Indes liegt darin keine unzulässige Prozessstandschaft (vgl. dazu Zöller, ZPO, 28. Aufl., vor § 50 Rn. 18). Denn die Klägerin verfolgt mit dem vorliegenden Rechtsstreit in erster Linie originär eigene Zwecke. Nach § 2 Abs. 1 ihrer Satzung nimmt sie die Interessen von Verbrauchern wahr, insbesondere durch Unterbindung von Verstößen gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (vgl. Anlage K 1). Die Klägerin will erreichen, dass die Verbraucher bei der Nachfrage von Apothekendienstleistungen frei von einer nach ihrer Ansicht irreführenden Angabe in der Werbung entscheiden können.

### II.

Die Beklagte ist sowohl zur Unterlassung der inkriminierten Werbung (dazu 1.) als auch zur Erstattung der Abmahnkosten der Klägerin verpflichtet (dazu 2.).

1. Die Beklagte hat nach §§ 8 Abs. 1 Satz 1, 3, 5 und 5 a UWG im geschäftlichen Verkehr eine Werbung mit dem Testergebnis der Stiftung Warentest für Leistungen der Versandapotheke „mycare“ zu unterlassen, die sich auf die Angaben „Bestnote (2,6), Ausgabe 5/2010“ beschränkt, die Gesamtwertung „befriedigend“ indes weglässt.

a) Wer im geschäftlichen Verkehr tätig wird, hat unlautere Wettbewerbsmaßnahmen zu unterlassen. Dazu gehören nach § 3 Abs. 1 und 2 UWG Handlungen, die geeignet sind, die Interessen von Verbrauchern spürbar zu beeinträchtigen. Gegenüber Konsumenten sind geschäftliche Handlungen jedenfalls dann unzulässig, wenn sie [...] dazu geeignet sind, die Fähigkeit des Verbrauchers, sich aufgrund von Informationen zu entscheiden, spürbar zu beeinträchtigen und ihn damit zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er anderenfalls nicht getroffen hätte. Dabei ist auf den durchschnittlichen Verbraucher abzustellen. Unzulässig ist nach §§ 5 Abs. 1, 5 a Abs. 1 UWG insbesondere eine Werbung, die unwahre oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben enthält bzw. Umstände verschweigt, deren Bedeutung für die geschäftliche Entscheidung nach der Verkehrsauffassung Bedeutung hat und deren Verschweigen die Entscheidung beeinflussen kann. Eine solche Irreführung kann etwa durch die fehlerhafte Verwendung von Testergebnissen führen. Das gilt insbesondere für Evaluationen der Stiftung Warentest, deren Funktion, Bedeutung und Autorität von Gerichten immer wieder hervorgehoben worden ist. Ein Verstoß gegen die von ihr aufgestellten Bedingungen zur Werbung mit Untersuchungsergebnissen führen zwar – wie die Beklagte zu Recht anführt – noch nicht zur Unzulässigkeit der Werbung, die allein nach den Vorschriften des Wettbewerbs zu beurteilen ist (vgl. OLG Celle, NJW-RR 2005, 1131; Fezer, UWG, 2. Aufl., § 4 – S 8 Rn. 277 ff.). Das schließt allerdings nicht aus, dass einzelne der Bedingungen eine rechtskonforme Auslegung des UWG darstellen können.

Im vorliegenden Fall ist die Beklagte gewerblich tätig, weil sie entgeltlich Medikamente vertreibt. Die von ihr zu diesem Zweck vorgenommene Werbung mit dem Testergebnis „Bestnote (2,6)“ ist geeignet, Verbraucher bei der Wahl der Apotheke irre zu führen. Zwar sind die Angaben – für sich genommen – zutreffend. Die Stiftung Warentest hatte 23 Versandapotheken bewertet. Dabei hat die Beklagte und ein anderes Unternehmen (mediherz.de) die höchste Note 2,6 erhalten. Die gleichwohl bestehende Gefahr einer Irreführung beruht auf der selektiven Widergabe der Bewertungsergebnisse. Denn das Testergebnis eines Einzelmerkmals darf nur dann ohne Angabe der Gesamtbewertung herausgestellt werden, sofern hierdurch kein unrichtiger oder verzerrender Eindruck entsteht (vgl. OLG Celle, GRUR-RR 2005, 286; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2. Aufl., § 5 Rn. K 16). Dass die Beklagte (und ein weiteres Unternehmen) die Bestnote erzielten, ist nur eine *relative* Feststellung: Sie besagt, dass die Beklagte sowie die Versandapotheke mediherz.de im Vergleich zu den übrigen 21 Versandapotheken, die im Vergleich berücksichtigt sind, die besten Leistungen erbrachten. Indes verschleiern die beanstandete Werbung die *absolute* Bewertung, in dem nur ein Notenwert (hier: 2,6) genannt wird. Auch wenn die Beklagte also im Vergleich mit ihren Konkurrenten an der Spitze liegt, sind ihre Leistungen – gemessen an den Anforderungen der Stiftung Warentest – nur „befriedigend“. Diese Gesamtbewertung, die für die Auswahlentscheidung des Verbrauchers von zentraler Bedeutung ist, wird durch

den Hinweis auf die errungene Bestnote vernebelt, ohne dass der angegebene numerische Wert von 2,6 hier Abhilfe schaffen kann. Die Beklagte wendet zwar zu Recht ein, dass jeder Verbraucher, der die Werbung liest, auch eine Schulbildung durchlaufen haben muss. Er weiß daher, dass in der Schule 2 für „gut“ und 3 für „befriedigend“ steht, der Wert 2,6 also eher zur zuletzt genannten Notenstufe tendiert. Jedoch beschäftigt sich – was der Senat aus eigener Sachkunde zu beurteilen vermag – der durchschnittliche Verbraucher nicht regelmäßig mit Testergebnissen der Stiftung Warentest. Daher wird er die von ihr vergebene numerische Benotung nicht ohne Weiteres in die tradierte Skala der Schulnoten von 1 („sehr gut“) bis 6 („ungenügend“) einreihen. Weil es hier nicht um die Bewertung schülerischer Leistungen, sondern um die Evaluation von Waren und Dienstleistungen geht, sind andere Notenspektren denkbar und auch üblich. Es gibt heute eine ganze Fülle von Produktbewertungen im Internet und in den Printmedien, die jeweils eigene alphanumerische Bewertungsmuster haben. Ihr Spektrum kann durch ganz andere Zahlenspannen als 1 bis 6 definiert werden; oft deutet ein höherer Wert auch auf ein besseres Ergebnis als ein niedrigerer Wert hin. So werden etwa – um nur eines der gängigsten Bewertungsskalen heranzuziehen – Hotels in die Kategorien von 1 bis 5 Sternen eingeordnet. Dabei lässt eine höhere Anzahl auf mehr Komfort schließen. Eigenständige Bewertungsskalen haben etwa auch Ratingagenturen für die Bonität von Unternehmen und Staaten entwickelt oder der Gesetzgeber für die Energieeffizienzklassen von Elektrogeräten. Vor dem Hintergrund dieser Vielzahl an denkbaren Bewertungsskalen fehlt dem Zahlenwert „2,6“ ohne entsprechende Vorkenntnisse der Bewertungsmodi durch die Stiftung Warentest bzw. ohne einen erläuternden Zusatz die notwendige Aussagekraft, die den positiven Eindruck des Verbrauchers infolge der von der Beklagten erzielten Bestnote relativiert. Durch die von der Klägerin geforderte Ergänzung des Prädikats „befriedigend“ könnte das Testergebnis, welches die Beklagte für sich in Anspruch nehmen will, indes zutreffend dargestellt werden.

b) Die irreführende Verwendung des Testurteils führt zu einer spürbaren Interessenbeeinträchtigung. Denn es ist nicht auszuschließen, dass sich ein durchschnittlicher Verbraucher nicht zuletzt wegen des Ansehens, die die Stiftung Warentest in der Bevölkerung genießt, einer Vorortapotheke zuwendet, wenn er erkennt, dass selbst die Leistung der Beklagten, die zu den zwei besten Versandapotheken gehört, lediglich befriedigend ist. Dabei ist ohne Bedeutung, dass die Vorortapotheken im Vergleich nicht berücksichtigt worden sind. Denn es handelt sich um Mitbewerber von Versandapotheken.

Eine Spürbarkeit der Interessenbeeinträchtigung lässt sich auch nicht damit in Abrede stellen, dass es den Kunden primär auf die Ware ankomme. Medizin ist nämlich ein homogenes Produkt. Die Präparate eines Herstellers sind unabhängig von der Stelle, wo man sie bezieht, gleichwertig. Außerdem geht es in der beanstandeten Werbung nur sekundär um eine

bestimmte Arznei, sondern primär um die Vertriebsleistungen der Beklagten. Das Testergebnis befasst sich ja nicht mit der Wirkung des im Prospekt abgebildeten Hustenlösers ACC akut 600 von-Hexal, sondern mit dem Service der Beklagten und anderer Versandapotheken. Ihm kommt bei der Kaufentscheidung des Kunden eine eigene Bedeutung zu. Gerade bei so sensiblen Produkten wie Medizin legt der Konsument nicht nur auf die Ware selbst, sondern auch auf Nebenleistungen wie etwa Beratung und Information, Verfügbarkeit bzw. kurze Lieferfristen besonderen Wert.

c) Der Unterlassungsanspruch ist nicht im Sinne von § 8 Abs. 4 UWG rechtsmissbräuchlich. Denn die Klägerin macht – wie bereits im Rahmen der Klagebefugnis (oben I.) ausgeführt – eigene Rechte geltend. Deshalb muss sie sich ein widersprüchliches Verhalten der Stiftung Warentest selbst dann nicht zurechnen lassen, wenn sie auch in deren Auftrag tätig wird. Unabhängig davon soll die Stiftung Warentest – wie die Beklagte in ihrer Berufungsbegründung erstmals konkretisiert – der Beklagten empfohlen haben, sich an die Bedingungen zur Werbung mit Untersuchungsergebnissen zu halten. Zwar mag die Mitarbeiterin angegeben haben, dass die Stiftung die Werbung nicht prüfe. Nach eigenem Vortrag der Beklagten hat sie jedoch auch Folgendes mitgeteilt: „Halten Sie sich an unsere Empfehlungen, dann sind sie auf der sicheren Seite. Wenn Sie davon abweichen, können Sie Probleme, d. h. Abmahnungen von Dritten bekommen.“ Vor diesem Hintergrund ist eine illoyale Rechtsausübung nicht erkennbar.

d) Es besteht eine Wiederholungsgefahr, die durch die bereits verwendete irreführende Werbung begründet wird. Zudem zeigt die Beklagte durch das von ihr geführte Rechtsmittel, dass sie an der Rechtmäßigkeit ihres Verhaltens festhält. Das lässt den Schluss zu, dass sie auch weiterhin mit dem verkürzten Testergebnis für sich werben will.

2. Der Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten in Höhe von 200,00 EUR beruht auf § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG. Die Abmahnung war nach den vorangehenden Ausführungen berechtigt. Beanstandungen gegen die Höhe der Kosten sind nicht erhoben.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO und der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO.

Die Revision war nach § 543 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung sowie die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern keine Entscheidung des Bundesgerichtshofs.

Die Festsetzung des Streitwerts folgt aus §§ 3, 4 ZPO; 43; 47 GKG. Dabei war der Unterlassungsanspruch, der wie das Interesse der Beklagten an der Weiterverwendung des verkürzten Testergebnisses für Werbezwecke zu bewerten ist, mit 15.000 € anzusetzen (so auch OLG Naumburg, Urteil vom 19.12.2008, 10 U 25/08) und der Erstattungsanspruch mit 200 €.

**Ausgefertigt:**



des Oberlandesgerichts