

Abschrift



# Kammergericht

Im Namen des Volkes

Geschäftsnummer:  
5 U 31/19  
101 O 95/18 Landgericht Berlin

verkündet am : 16.08.2019

Sonnemann, Justizbeschäftigte  
als Urkundsbeamtin der  
Geschäftsstelle des  
Kammergerichts Berlin

In dem Rechtsstreit

des Vereins gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln  
e. V.,  
vertreten d. d. Vorstandsmitgl. Philipp Butzbach,  
Wolfgang Preuß und Thomas Istenberg,  
Hohenzollernring 12, 50672 Köln,

- Prozessbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte Zain,  
Am Römerturm 1, 50667 Köln -

Klägers und Berufungsklägers,

g e g e n

Beklagte und Berufungsbeklagte,

hat der 5. Zivilsenat des Kammergerichts in Berlin-Schöneberg, Eißholzstraße 30-33, 10781  
Berlin, auf die mündliche Verhandlung vom 16.08.2019 durch den Richter am Landgericht Hanser  
als Einzelrichter

f ü r R e c h t e r k a n n t :

- 1 Auf die Berufung des Klägers wird das am 6. März 2019 verkündete Urteil der Kammer für Handelsachen 101 des Landgerichts Berlin – 101 O 95/18 – teilweise geändert:

Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zur Höhe von 250.000,00 EUR, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zur Dauer von sechs Monaten, letztere zu vollziehen an einem Geschäftsführer, zu unterlassen,

wie nachstehend wiedergegeben gegenüber Verbrauchern mit dem Hinweis auf ein Testergebnis zu werben, ohne gleichzeitig entweder die genaue Fundstelle der Veröffentlichung des Tests anzugeben oder den vollständigen Test in der Werbung wiederzugeben:





2. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen zu tragen.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
4. Die Revision wird nicht zugelassen.

### Gründe

I. Gemäß § 540 Abs. 2, § 313a Abs. 1 Satz 1, § 544 ZPO in Verbindung mit § 26 Nr. 8 Satz 1 EGZPO wird von der Darstellung des Tatbestandes abgesehen.

II. 1. Die Berufung des Klägers ist gemäß §§ 511, 517, 519, 520 ZPO zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. Sie ist nach dem Prüfungsmaßstab des § 513 Abs. 1 ZPO auch begründet. Dem Kläger steht der geltend gemachte Unterlassungsanspruch aus § 8 Abs. 1, 3 Nr. 2, § 3 Abs. 1, § 5a Abs. 2 Satz 1 UWG zu.

Der Kläger ist nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG aktivlegitimiert. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass der Kläger ein Verband im Sinne des § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG ist.

Nach § 8 Abs. 1 UWG kann auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wer eine nach § 3 UWG unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt. Nach § 3 Abs. 1 UWG sind unlautere geschäftliche Handlungen unzulässig. Nach § 5a Abs. 2 Satz 1 UWG handelt unlauter, wer im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände dem Verbraucher eine wesentliche Information vorenthält, die der Verbraucher je nach den Umständen benötigt, um eine informierte Entscheidung zu treffen, und deren Vorenthalten geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Diese Voraussetzungen liegen hier vor.

Dabei kann hier dahinstehen, ob die Werbung mit einem Testergebnis des Vorgängermodells ohne Angabe der Fundstelle der Veröffentlichung des Tests isoliert betrachtet wettbewerbswidrig ist. Denn jedenfalls im Zusammenhang mit der Bewerbung als „umfassend verbesserter“ Nachfolger des Testsiegers stellt sich die fehlende Angabe der Fundstelle der Veröffentlichung des Tests als Verstoß gegen § 5a Abs. 2 Satz 1 UWG dar.

a) Die streitgegenständliche Anzeige ist auch insoweit vom Klageantrag umfasst. Denn seitdem der Bundesgerichtshof für die wettbewerbsrechtliche Unterlassungsklage an dem feingliedrigen Streitgegenstandsbegriff, den er in der Vergangenheit vertreten hat, nicht mehr festhält, ist in Fällen, in denen sich die Klage – wie hier – gegen die konkrete Verletzungsform richtet, in dieser Verletzungsform der Lebenssachverhalt zu sehen, durch den der Streitgegenstand bestimmt wird (vgl. BGH, Urteil vom 13. September 2012 – I ZR 230/11 –, Rn. 24, juris – Biomineralwasser). Das Klagebegehren richtet sich in diesem Fall gegen ein konkret umschriebenes Verhalten, das gerade auch bei einer vom Standpunkt der Parteien ausgehenden natürlichen Betrachtungsweise den Tatsachenkomplex und damit die Beanstandungen umschreibt, zu der die konkrete Verletzungsform Anlass geben kann (BGH, a. a. O.). Hier hat der Kläger – spätestens mit Schriftsatz vom 3. September 2018 – die Werbeanzeige auch mit der Formulierung „umfassend verbesserter“ beanstandet. Damit überlässt er es bei einem Erfolg der Klage zulässigerweise dem Gericht zu bestimmen, auf welchen Aspekt das Unterlassungsgebot gestützt wird (vgl. BGH, Urteil vom 13. September 2012 – I ZR 230/11 –, Rn. 24, juris – Biomineralwasser).

b) Die Voraussetzungen des § 5a Abs. 2 Satz 1 UWG liegen vor.

aa) Die Fundstelle des Tests des Vorgängermodells ist vorliegend eine wesentliche Information im Sinne des § 5a Abs. 2 Satz 1 UWG.

Eine Information ist zwar nicht allein schon deshalb wesentlich im Sinne des § 5a Abs. 2 UWG, weil sie für die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers von Bedeutung sein kann, sondern nur dann, wenn ihre Angabe unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen vom Unternehmer erwartet werden kann und ihr für die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers zudem ein erhebliches Gewicht zukommt (BGH, Urteil vom 21. Juli 2016 – I ZR 26/15 –, Rn. 31, juris – LGA tested). Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Information als wesentlich im Sinne von § 5a Abs. 2 UWG anzusehen ist, ist das Interesse des Unternehmers zu berücksichtigen, die Information nicht zu erteilen. In die Interessenabwägung mit einzustellen sind der zeitliche und der kostenmäßige Aufwand des Unternehmers für die Beschaffung der Information, die für den Unternehmer mit der Informationserteilung verbundenen Nachteile sowie möglicherweise bestehende Geheimhaltungsbelange (BGH, Urteil vom 21. Juli 2016 – I ZR 26/15 –, Rn. 33, juris – LGA tested).

Nach diesem Maßstab ist hier die Fundstelle des Tests des Vorgängermodells eine wesentliche Information.

Ein schützenswertes Interesse der Beklagten, die Information nicht zu erteilen, ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

Der Information kommt hingegen für die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers ein erhebliches Gewicht zu.

Die Werbung mit einem Testergebnis eines Produkts ohne Angabe der Fundstelle der Veröffentlichung des Tests stellt einen Wettbewerbsverstoß nach § 3 Abs. 1, § 5a Abs. 2 UWG dar (BGH, Urteil vom 16. Juli 2009 – I ZR 50/07 –, Rn. 31 f., juris – Kamerakauf im Internet). Dies gilt nach Auffassung des Senats jedenfalls auch für die Werbung mit einem Testergebnis des Vorgängermodells ohne Angabe der Fundstelle des Tests, wenn das Nachfolgemodell als umfassend verbesserter Nachfolger beworben wird.

Denn zum einen nimmt ein „umfassend verbesserter“ Nachfolger für sich in Anspruch, noch besser als der in Bezug genommene Testsieger zu sein. Dementsprechend stellt das Testergebnis für den Verbraucher die Mindestqualität auch des Nachfolgers dar. Damit wird das positive Qualitätsurteil des Vorgängerprodukts auf das Nachfolgemodell übertragen und noch gesteigert, weil die als positiv beurteilten Eigenschaften des Vorgängermodells noch verbessert worden seien.

Zum anderen kann dem Testergebnis je nach den Umständen des Einzelfalls eine Indizwirkung zukommen. Um zu prüfen, ob der Testsieg des Vorgängers ein Indiz für die Überlegenheit gegenüber den Konkurrenzprodukten auch des Nachfolgers sein kann bzw. welche Aussagekraft dem Testergebnis überhaupt (noch) zukommt, ist es für den Verbraucher wesentlich zu erfahren, wer den Test durchgeführt hat, also es sich um einen unabhängigen Test, beispielsweise einer Verbraucherorganisation oder Fachzeitschrift handelt, wie lange der Test zurück liegt, welche Konkurrenzprodukte getestet wurden und wie diese im Vergleich abgeschnitten haben, welche Kriterien und Vergleichsprodukte dem Test zugrunde lagen und ob die mit dem Test positiv bewerteten Eigenschaften des Vorgängers für den Verbraucher überhaupt relevant sind. Ohne die Angabe der Fundstelle des Testergebnisses ist dem Verbraucher diese Prüfung unmöglich.

Dagegen spricht nicht, dass der Verbraucher annehmen mag, dass der Nachfolger entweder nicht Gegenstand eines Warentests war oder nicht als Testsieger abgeschnitten hat. Die Unlauterkeit liegt nämlich nicht darin, dass der Verbraucher hinsichtlich des Gegenstands des Tests irreführt würde, sondern im Vorenthalten der Fundstelle. Auch mag die Konkurrenz ihre Produkte ebenfalls weiterentwickelt haben, so dass die Führungsposition nicht ohne weiteres übertragen werden kann, auch weil sich aus dem Test des Vorgängers je nach Alter des Tests nicht zwangsläufig

ergibt, welche Stellung der Nachfolger zu den derzeit auf dem Markt angebotenen Konkurrenzprodukten hat, sofern von diesen bereits Nachfolger angeboten werden. Der Verbraucher benötigt die Fundstelle aber gerade, um dies prüfen zu können. Schließlich spricht auch nicht dagegen, dass das Testergebnis hinsichtlich der einzelnen Merkmale des Vorgängermodells nicht unmittelbar auf das beworbene Produkt übertragbar sein mag, weil diese beim Nachfolger nicht zwangsläufig ebenso vorliegen müssen, insbesondere wenn dieser eine grundlegend andere Technik enthält. Denn auch bei erheblicher Produktverschiedenheit wird durch die Werbeaussagen eine Mindestqualität beansprucht und besteht die Möglichkeit einer Indizwirkung.

bb) Die Voraussetzungen des § 5a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 UWG stellen zusätzliche Tatbestandsmerkmale dar, die deshalb selbständig zu prüfen sind (BGH, Urteil vom 2. März 2017 – I ZR 41/16 –, Rn. 31, juris – Komplettküchen), und sind hier ebenfalls erfüllt.

(1) Nach den Umständen benötigt der Verbraucher die Information hier, um eine informierte Entscheidung zu treffen. Im Allgemeinen benötigt der Verbraucher eine wesentliche Information für eine informierte Kaufentscheidung (BGH, Urteil vom 2. März 2017 – I ZR 41/16 –, Rn. 33, juris – Komplettküchen). Auch im vorliegenden Fall der Bewerbung eines umfassend verbesserten Nachfolgers eines Testsiegers kann der Verbraucher nach den obigen Ausführungen ohne Kenntnis der Fundstelle des Tests des Vorgängermodells keine informierte Kaufentscheidung treffen.

(2) Das Vorenthalten der Fundstelle des Tests ist auch geeignet, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Auch insoweit ist, sofern – wie hier – im konkreten Fall keine besonderen Umstände vorliegen, grundsätzlich davon auszugehen, dass das Vorenthalten einer wesentlichen Information, die der Verbraucher nach den Umständen benötigt, um eine informierte Entscheidung zu treffen, geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er bei der geboten gewesenen Information nicht getroffen hätte (BGH, Urteil vom 2. März 2017 – I ZR 41/16 –, Rn. 34, juris – Komplettküchen).

c) Die Wiederholungsgefahr wird durch die nicht strafbewehrte Unterlassungserklärung der Beklagten vom 9. Juli 2018 nicht ausgeräumt (vgl. BGH, Urteil vom 17. Juli 2008 – I ZR 219/05 –, Rn. 33, juris – Clone-CD). Denn damit wurde nur die Unterlassungsverpflichtung erklärt, die gesetzlich ohnehin besteht und gegen die die Beklagte bereits einmal verstoßen hat. Es ist ohne die Strafbewehrung, die den Schuldner vernünftigerweise von Wiederholungen abhält, nicht ersichtlich, weshalb weitere Verstöße nun nicht mehr zu befürchten wären.



2. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf § 708 Nr. 10, § 713, § 544 ZPO in Verbindung mit § 26 Nr. 8 Satz 1 EGZPO. Die Revision ist nicht zuzulassen, § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO. Die Entscheidung folgt der höchstrichterlichen Rechtsprechung und sie beruht im Übrigen auf den besonderen Umständen des vorliegenden Falles.

Hanser