

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: Prof. Dr. Helmut Köhler

UWG-Reform 2015: Was ändert sich im Lauterkeitsrecht?

1417 Prof. Dr. Rolf Sack

Grenzüberschreitende Werbung in audiovisuellen Medien – ihre Rechtskontrolle außerhalb des Herkunftslandes

1425 Dr. Ulrich Franz

Vergleichender Warentest

1432 Dr. Jens Brauneck

EuGH-Rechtsprechung vs. UEFA-Financial Fairplay – Umverteilung statt Planwirtschaft?

1443 Prof. Dr. Ansgar Ohly, LL.M.

Alternativentwurf („Große Lösung“) zum Regierungsentwurf eines 2. Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb

1448 Prof. Dr. Christian Alexander

Synopse: Alt- und Neufassung des UWG – UGP-RL

1455 Société des Produits Nestlé/Cadbury

EuGH, Urteil vom 16.09.2015 – C-215/14

1459 Kommentar von Dr. Benjamin Raue

1461 Rückkehrpflicht V

BGH, Urteil vom 30.04.2015 – I ZR 196/13

1464 Der Zauber des Nordens

BGH, Urteil vom 07.05.2015 – I ZR 158/14

1468 Tagesschau-App

BGH, Urteil vom 30.04.2015 – I ZR 13/14

1475 Kommentar von Dr. Simon Assion

1477 Goldbären

BGH, Urteil vom 23.09.2015 – I ZR 105/14

1486 Kommentar von Dr. Anette Gärtner, LL.M. und Dr. Alexander R. Klett, LL.M.

1487 Sparkassen-Rot/Santander-Rot

BGH, Urteil vom 23.09.2015 – I ZR 78/14

1507 Goldrapper

BGH, Urteil vom 16.04.2015 – I ZR 225/12

1537 Strittmatter-Brief

KG, Urteil vom 10.06.2015 – 24 U 101/14

1540 Kommentar von Dr. Sascha Pres

RA Dr. Ulrich Franz, Berlin*

Vergleichender Warentest

INHALT

- I. Einleitung
- II. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs
 - 1. Warentest-Privileg
 - 2. Zulässigkeitskriterien
 - 3. Richtungswechsel
 - 4. Folgen
- III. Instanzenrechtsprechung
 - 1. Anspruch auf Einbeziehung in den Test?
 - 2. Neutralität
 - 3. Objektive und sachkundige Durchführung des Testverfahrens
 - a) Grundsatz
 - b) Vergleichsobjekte
 - c) Bedeutung von DIN-Normen und gesetzlichen Vorschriften
 - d) Methodenwahl
 - e) Anzahl der Prüfmuster
 - 4. Bewertungen
 - 5. Darstellung der Testergebnisse
 - 6. Darlegungs- und Beweislast
- IV. Ergebnis

I. Einleitung

- 1 Der vergleichende Warentest erfreut sich seit vielen Jahrzehnten großer Beliebtheit. Daran hat auch das verstärkte Erscheinen von Bewertungsportalen im Internet nichts geändert. Jedem Verbraucher ist zumindest unterschwellig bewusst, dass die in die Portale einfließenden Bewertungen von einzelnen Verbrauchern stammen und – ungeachtet der Frage der vorhandenen oder fehlenden Sachkunde – subjektiver Natur sind. Dagegen erwartet der Verbraucher von einem seriösen Testveranstalter mit gutem Grund, dass er seine Testergebnisse in einem neutralen, objektiven und sachkundigen Testverfahren ermittelt hat.
- 2 Der vergleichende Warentest dient primär dem Verbraucherschutz. Der Verbraucher ist kaum in der Lage, die Qualität, Eignung und Preiswürdigkeit eines bestimmten Produktes oder einer Dienstleistung im Vergleich zu konkurrierenden Produkten beurteilen zu können. Das liegt an der unübersehbaren Produktvielfalt, ständigen Produktinnovationen und immer kürzeren Produktzyklen. Werbung ist trotz aller Transparenzgebote eher suggestiv als informativ. Die Beratung im Fachhandel, sofern sie noch vorhanden ist, ist von schwankender Qualität und naturgemäß von Absatzinteressen beeinflusst. Dieses Defizit soll der vergleichende Warentest kompensieren, indem dem Verbraucher von sachkundiger und neutraler Seite allgemein verständliche Informationen über die Qualität, die Eignung und die Preiswürdigkeit eines Produktes vermittelt werden. Der vergleichende Warentest dient daher als Orientierungshilfe für eine rationa-

le Kaufentscheidung des Verbrauchers. Informationen über marktrelevante Faktoren erhöhen die Markttransparenz und fördern den Leistungswettbewerb. Die Veröffentlichung vergleichender Warentests liegt daher auch im allgemeinen Interesse eines funktionierenden Wettbewerbs.

Zu diesen originären Funktionsbereichen – Verbraucherschutz durch Information, Erhöhung der Markttransparenz und Förderung des Leistungswettbewerbs – tritt als sekundärer Funktionsbereich die Absatzförderung hinzu: Anbieter gut oder besser bewerteter Produkte nutzen in einem erheblichen Umfang die Ergebnisse von Warentests zur Eigenwerbung, insbesondere im Bereich der Konsumgüterindustrie, aber auch im Bereich der Dienstleistungen von Banken und Versicherungen. Der mit Testergebnissen werbende Anbieter reklamiert eine Qualitätsfeststellung durch eine sachkundige und neutrale Instanz, was erhebliche Absatzsteigerungen auslösen kann. Umgekehrt führen negative Testergebnisse regelmäßig zu Umsatzrückgängen und können im hart umkämpften Einzelhandel sogar eine sofortige Auslistung des schlecht bewerteten Produkts rechtfertigen.

Der wichtigste deutsche Testveranstalter ist die Stiftung Warentest mit ihren monatlich erscheinenden Zeitschriften „test“ und „Finanztest“. ¹⁾ Sie wurde 1964 von der Bundesrepublik Deutschland in der Rechtsform einer Stiftung bürgerlichen Rechts errichtet. ²⁾ Im Laufe ihrer 50jährigen Tätigkeit hat die Stiftung Warentest eine außergewöhnlich hohe Bekanntheit und Vertrauenswürdigkeit erworben. Weitere Testveranstalter sind ÖKO-TEST mit der seit 1985 monatlich erscheinenden Zeitschrift, diverse spezialisierte Verlage und vor allem der ADAC, der in seiner allen Mitgliedern unentgeltlich zur Verfügung gestellten Zeitschrift „ADAC motorwelt“ regelmäßig vergleichende Testberichte über Automobile, Zubehör, Werkstattleistungen, Tunnel und Pannenstatistiken etc. veröffentlicht.

Behörden treten dagegen nicht als Testveranstalter auf, weil ihnen regelmäßig die hierfür erforderliche gesetzliche Grundlage fehlt. ³⁾ Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn der Staat im Interesse der politischen Krisenbewältigung die Öffentlichkeit vor erheblichen Gefahren warnen und dabei unter Einhaltung des Sachlichkeitsgebots auch konkrete Grundrechtsträger als Quelle der bestehenden Gefahrensituation bezeichnen muss. Dies wurde im Falle der Veröffentlichung einer Liste über Weine und andere Erzeugnisse, in denen das Frostschutzmittel Diethylenglykol festgestellt worden war, unter namentlicher Bekanntgabe der Kellereien durch das Bundesgesundheitsministerium im Juli 1985 bejaht. ⁴⁾ An der erforderlichen gesetzlichen Grundlage scheiterte jüngst das Vorhaben des Bezirksamtes Pankow von Berlin, die Ergebnisse von Hygienekontrollen im Lebensmittel-einzelhandel und gastronomischen Betrieben durch eine Smiley-Liste im Internet zu veröffentlichen. ⁵⁾

1) Der Autor vertritt die Stiftung Warentest seit 1997 in Warentest-Prozessen.

2) Ausführlich zur Stiftung Warentest Franz, GRUR 2014, 1051.

3) BVerwG, 18.04.1985 – 3 C 34/84, NJW 1985, 2774 – Transparenzliste; BVerwG, 07.12.1995 – 3 C 23/94, NJW 1996, 3161 – Warentest durch Behörde.

4) BVerfG, 26.06.2001 – 1 BvR 558/91, NJW 2002, 2621 – Glykolwein.

5) OVG Berlin-Brandenburg, 28.05.2014 – OVG 5 S 21/14, NVwZ-RR 2014, 843 – Smiley-Projekt.

* Der Autor ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz, Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht und Partner von GABLER & FRANZ Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB, Berlin. Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 1549.

II. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

1. Warentest-Privileg

- 6 Mit dem Aufkommen des vergleichenden Warentests Anfang der 60er Jahre durch die Zeitschrift „DM – Die Deutsche Mark“ begannen die Versuche der Anbieter schlecht bewerteter Produkte, die Veröffentlichung und Verbreitung der Ergebnisse vergleichender Warentests mit gerichtlicher Hilfe zu verhindern.⁶⁾ Der Bundesgerichtshof sah sich sehr bald veranlasst, eine wichtige Weichenstellung vorzunehmen, indem er mit Urteil vom 18.10.1966 die grundsätzliche Zulässigkeit der Veröffentlichung vergleichender Warentests als von der Meinungsäußerungsfreiheit gedeckt klarstellte.⁷⁾ Der Gewerbetreibende, so der BGH, müsse sich einer öffentlichen Kritik seiner Leistungen stellen; eine solche Kritik sei nicht schon deshalb eine rechtswidrige Beeinträchtigung der gewerblichen Tätigkeit, weil sie ungünstig und dem Betroffenen nachteilig sei. Da es dem neutralen Testveranstalter um Verbraucheraufklärung und nicht um die Unterstützung bestimmter Wettbewerber zum Nachteil anderer gehe, scheide die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Grundsätze aus. Die Nichtanwendbarkeit des UWG wird seitdem als „Warentest-Privileg“ bezeichnet.⁸⁾ Weitere inhaltliche Anforderungen stellte der BGH zunächst nicht auf. Das lag daran, dass der dortige Kläger einen extrem weiten Unterlassungsantrag gestellt hatte, dem – mittlerweile in Insolvenz gefallenen – Testveranstalter in der Zukunft das Testen seiner Fleisch- und Wurstwaren zu verbieten. Ein generelles Testverbot lehnte das Gericht zu Recht ab.

2. Zulässigkeitskriterien

- 7 Knapp 10 Jahre später formulierte der Bundesgerichtshof mit dem bis heute zentralen Urteil vom 09.12.1975 die konkreten inhaltlichen Anforderungen an die Zulässigkeit eines vergleichenden Warentests.⁹⁾ Zunächst stellte er im Hinblick auf die konkrete Anspruchsgrundlage klar, dass sich die Veröffentlichungen von Warentests vielfach, wenn nicht sogar in der Regel, im Bereich der Meinungsäußerung bewegen würden, so dass als Anspruchsgrundlage nicht der Tatbestand der Kreditgefährdung gemäß § 824 Abs. 1 BGB, sondern der Tatbestand des Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gemäß § 823 Abs. 1 BGB in Betracht komme. Auch wenn Testberichte sowohl Tatsachenangaben als auch Wertungen enthielten, seien sie rechtlich grundsätzlich als Gesamtheit zu beurteilen. Liege der Schwerpunkt in wertenden Äußerungen, was insbesondere durch die abschließenden Noten zum Ausdruck komme, und würden die Grundlagen des Testverfahrens und die bei der Gewichtung berücksichtigten Gesichtspunkte offengelegt, dann werde größte Zurückhaltung gegenüber der Behandlung als selbständige tatsächliche Äußerungen im Rechtssinne geboten sein. Nur wenn einer Äußerung jeder Wertungscharakter abgehe und ihr in ihrem tatsächlichen Gehalt im Rahmen des Testberichts eigenständige Bedeutung zukomme, könne das anders sein.¹⁰⁾
- 8 Kernstück des Urteils ist die im Rahmen des offenen Tatbestands des Gewerbebetriebs immer vorzunehmende Güterabwägung – hier zwischen dem Recht auf freie Meinungsäußerung des Testveranstalters und dem öffentlichen Interesse an Verbraucherinformationen einerseits und dem Recht des Anbieters an seinem

Unternehmen andererseits. Die vom neutralen Testveranstalter betriebene Verbraucheraufklärung sei, so der BGH, im Interesse der Verbraucher und unter volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten zur Gewinnung von Markttransparenz unerlässlich. Sie diene auch den wohlverstandenen Interessen der Hersteller und Anbieter. Dem Testveranstalter müsse daher für seine Veröffentlichungen und Untersuchungsmethoden sowie für die vorgenommenen Wertungen ein angemessener Spielraum zur Verfügung stehen. Die Frage sei grundsätzlich dahin zu stellen, unter welchen Umständen Werturteile des Testveranstalters im Testbericht ausnahmsweise unzulässig seien. Die Grenze bilde – im Gegensatz zur allgemeinen Produktkritik – nicht erst die böswillige oder gehässige Schmähkritik.

Anschließend stellt der Bundesgerichtshof die bis heute geltenden Zulässigkeitskriterien auf: Die dem Bericht zugrunde liegende Untersuchung müsse neutral, objektiv im Sinne eines Bemühens um Richtigkeit und sachkundig durchgeführt werden. Seien diese Anforderungen erfüllt, stehe nichts entgegen, dem Tester im Hinblick auf die Angemessenheit der Prüfungsmethoden, die Auswahl der Testobjekte und die Darstellung der Untersuchungsergebnisse einen erheblichen Spielraum einzuräumen. Die Grenze der Zulässigkeit sei bei bewussten Fehlurteilen und bewussten Verzerrungen, insbesondere bei bewusst unrichtigen Angaben und bewusst einseitiger Auswahl der zum Vergleich gestellten Waren und Leistungen überschritten, aber auch dort, wo die Art des Vorgehens bei der Prüfung und die sich aus den durchgeführten Untersuchungen gezogenen Schlüsse als sachlich nicht mehr vertretbar („diskutabel“) erscheinen. „Dann, aber auch erst dann, verfehlt der vergleichende Warentest das von ihm angestrebte Ziel.“¹¹⁾ (scil.: Verbraucheraufklärung und Gewinnung von Markttransparenz).

Weiter stellte der BGH klar, dass sich ein Anbieter nur gegen die sein eigenes Produkt betreffenden Wertungen richten könne; ein Anspruch gegen eine zu gute Bewertung von Konkurrenzprodukten komme nicht in Betracht.¹²⁾ Die Hervorhebung eines Konkurrenzproduktes berühre zwar auch den eigenen Gewerbebetrieb, indem die Absatzchancen seiner Produkte herabgesetzt werden. Eine solche Reflexwirkung reiche aber nicht aus, Dritten außerhalb eines Wettbewerbsverhältnisses eine wertende Beurteilung von Produkten von Konkurrenten zu verbieten.

3. Richtungswechsel

In seinen nachfolgenden Entscheidungen wiederholte und bestätigte der Bundesgerichtshof diese Grundsätze.¹³⁾ Aus dem Erfordernis der Betriebsbezogenheit folgert der BGH, dass kein von einem vergleichenden Warentest betroffener Anbieter einen Anspruch darauf hat, dass schlechter bewertete Konkurrenzangebote ebenfalls in der Veröffentlichung namentlich aufgeführt werden.¹⁴⁾ Ein betroffener Anbieter hat auch keinen Anspruch auf Untersagung der Veröffentlichung des gesamten Testberichts, sondern nur der sein Produkt betreffenden rechtsverletzenden Äußerungen.¹⁵⁾

Einen zumindest unbewussten Richtungswechsel nahm der BGH indes in seiner Entscheidung vom 21.02.1989 vor, indem er den Spielraum für eine auf § 824 Abs. 1 BGB gestützte Untersagung

6) OLG Stuttgart, 30.01.1964 – 2 U 175/63, NJW 1964, 595 – Fiat Europa; OLG Celle, 23.07.1964 – 3 U 131/64, NJW 1964, 1804 – VW 1500 S.

7) BGH, 18.10.1966 – VI ZR 29/65, GRUR 1967, 113 – Leberwurst.

8) Vgl. etwa Fezer, GRUR 1976, 472, 474.

9) BGH, 09.12.1975 – VI ZR 157/73, WRP 1976, 166 – Zur Haftung der Stiftung Warentest.

10) Beispiel nach OLG Frankfurt, 11.01.1996 – 6 W 126/95, NJW 1996, 1146 – „Adel verzichtet“: ein vergleichender Testbericht über Weine enthält negative Angaben über Weingüter, deren Weine nicht in die vergleichende Untersuchung einbezogen worden sind.

11) BGH, 09.12.1975 – VI ZR 157/73, WRP 1976, 166, 169 – Zur Haftung der Stiftung Warentest.

12) BGH, 09.12.1975 – VI ZR 157/73, WRP 1976, 166, 171 – Zur Haftung der Stiftung Warentest.

13) BGH, 03.12.1985 – VI ZR 160/84, GRUR 1986, 330 – Warentest III; BGH, 10.03.1987 – VI ZR 144/86, WRP 1987, 616 – DIN-Norm – Warentest IV; BGH, 21.02.1989 – VI ZR 18/88, WRP 1989, 789 – Warentest; BGH, 17.06.1997 – VI ZR 114/96, WRP 1998, 391 – Druckertest.

14) BGH, 10.03.1987 – VI ZR 144/86, WRP 1987, 616 – DIN-Norm – Warentest IV.

15) BGH, 17.06.1997 – VI ZR 114/96, WRP 1998, 391, 393 – Druckertest.

erheblich vergrößerte.¹⁶⁾ Der verklagte Testveranstalter hatte im Rahmen einer schaubildartigen Bewertung einer Lautsprecherbox der Klägerin ein Minuszeichen vergeben und hierzu vermerkt: „kleine Lautsprecherklemmen, dünne Kabel im Gehäuseinnern“. Nach Ansicht des BGH bewegten sich die Veröffentlichungen von Ergebnissen vergleichender Warentests, die der Verbraucheraufklärung dienen, in der Regel im Bereich der wertenden Meinungsäußerungen. Das könne es rechtfertigen, auch für die Testaussagen, die zu den Testergebnissen hinführen, diesen Wertungsbezug besonders zu beachten und nach Maßgabe ihrer Aufgabe und Stellung im Kontext gemeinsam mit dem Testergebnis, das sie stützen sollen, als Wertungen anzusehen, auf die § 824 BGB nicht zugeschnitten sei. Anderes gelte jedoch dann, wenn den tatsächlichen Feststellungen im Rahmen des Tests eigenständige Bedeutung zukomme, sie dem Werturteil also nicht lediglich als unselbständige Wertungselemente untergeordnet seien, und deshalb von dem Durchschnittsleser als Aussage über nachweisbare Fakten und Grundlage für sein eigenes Qualitätsurteil über das getestete Produkt aufgefasst werden. Gegen derartige Tatsachenbehauptungen könne der betroffene Hersteller, wenn ihre Unwahrheit erwiesen sei und sie den Absatz seiner Ware beeinträchtigen können, nach §§ 824, 1004 BGB mit der Unterlassungsklage vorgehen. Die beanstandeten Äußerungen (kleine Lautsprecherklemmen, dünne Kabel) waren nach Auffassung des BGH den selbständig angreifbaren Tatsachenbehauptungen zuzuordnen, weil es für den Verbraucher um Merkmale gehe, die „objektiv zu verifizieren“ seien.

- 13 Mit dem Kriterium der objektiven Verifizierbarkeit einer Tatsachenbehauptung führte der BGH ein neues Kriterium ein, das mit dem ursprünglichen Abgrenzungskriterium der Eigenständigkeit einer Tatsachenbehauptung nichts zu tun hat und hierzu in einem Spannungsverhältnis steht.¹⁷⁾ Die konkreten und vom BGH letztlich untersagten Äußerungen (kleine Lautsprecherklemmen, dünne Kabel) dienen erkennbar als Kurzbegründung für die negative Bewertung der Lautsprecherbox und hätten nach der Entscheidung vom 09.12.1975 mangels Eigenständigkeit über § 824 Abs. 1 BGB nicht isoliert untersagt werden dürfen.¹⁸⁾

4. Folgen

- 14 Dieses vom BGH selbst herbeigeführte Spannungsverhältnis zieht in der Praxis der Instanzengerichte erhebliche Unsicherheiten nach sich. Will ein Gericht eine die Bewertung begründende Tatsachenbehauptung isoliert als unwahr untersagen, stützt es sich auf die Entscheidung vom 21.02.1989 und begründet dieses Ergebnis ergebnisorientiert.¹⁹⁾ Möchte ein Gericht dieses Ergebnis vermeiden, stützt es sich auf die Entscheidung vom 09.12.1975 und prüft allein, ob im Hinblick auf die Bewertung, insbesondere das abschließende Qualitätsurteil, ein Unterlassungsanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB gegeben ist.²⁰⁾ Uneinigkeit besteht dabei zwischen den Instanzen bei identischen Äußerungen. So hat z. B. das LG Frankfurt a. M. die Begründung des Testveranstalters für die Abwertung der „chemischen Qualität“ der getesteten Apfelschorle, sie enthalte kein Zitronenaroma, als selbstständig angreifbare unwahre Tatsachenbehauptung untersagt. Das OLG Frankfurt a. M. hat dieselbe Äußerung als eine „unter wissenschaftlichen Maßstäben verkürzte, also plakative,

das gefundene Werturteil begründende, mithin wertende Äußerung“ und als „Kurzbegründung für das gefundene negative Gesamtergebnis“ eingeordnet und unter Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils einen Anspruch aus § 824 Abs. 1 BGB verneint.²¹⁾

III. Instanzenrechtsprechung

1. Anspruch auf Einbeziehung in den Test?

Ein Anbieter hat grundsätzlich keinen Anspruch gegen den Testveranstalter, mit seinem Produkt in eine vergleichende Untersuchung einbezogen zu werden. Das folgt aus dem Erfordernis der Betriebsbezogenheit des Eingriffs gemäß § 823 Abs. 1 BGB. Anders ist es dann, wenn der Testveranstalter in der Veröffentlichung den Eindruck erweckt, es seien alle unter ein bestimmtes Kriterium fallende Angebote erfasst worden und das nicht einbezogene Produkt des betroffenen Anbieters unter diese Kategorie fällt. Entsprechendes gilt, wenn der Testveranstalter die Zahl der geprüften Angebote ausdrücklich als vollständig bezeichnet und die behauptete Vollständigkeit nicht vorliegt.²²⁾ Schließlich kann eine Verletzung der Pflicht zur sorgfältigen Marktauswahl einen Verstoß gegen die Gleichbehandlung und einen Anspruch auf Einbeziehung in den Test begründen.

Die Frage in diesen Ausnahmefällen ist: Welcher Anspruch kommt in Betracht und wie kann er durchgesetzt werden? Ein einklagbarer Leistungsanspruch gegen den Testveranstalter auf Aufnahme in die nächste Untersuchung oder gar auf erneute Durchführung eines vergleichenden Warentests scheidet rechtsdogmatisch aus.²³⁾ Der betriebsbezogene Eingriff kann nur die Veröffentlichung oder Verbreitung der Ergebnisse des vergleichenden Warentests sein, nicht die Durchführung des Warentests selbst. Das OLG Nürnberg hat dem betroffenen Anbieter einen Anspruch auf Unterlassung der weiteren Verbreitung des gesamten Testberichts zugesprochen, solange das zu Unrecht nicht einbezogene Produkt nicht am Test beteiligt ist.²⁴⁾ In dem dortigen Fall bestand die Besonderheit, dass der klagende Anbieter bereits mit einem mit gut bewerteten Laufschuh in die vergleichende Untersuchung einbezogen worden war. Sein Begehren stützte sich auf die Forderung, mit Blick auf die Anzahl und die Marktanteile der in die Untersuchung einbezogenen Konkurrenten hätte er mit einem weiteren Laufschuh berücksichtigt werden müssen. Diesem Begehren gab das Gericht statt mit der Begründung, dass eine Verletzung des Gewerbebetriebs des Klägers nur durch eine Verhinderung der neuerlichen Veröffentlichung des gesamten Testberichts, der insoweit objektiv falsch sei, erreicht werden könne. Der Testveranstalter habe zu Beginn des Tests Auswahlkriterien genannt, die sich während des Testverfahrens als unzutreffend erwiesen hätten und vom Testveranstalter nicht mehr beachtet worden seien. Da der Testveranstalter an seine eigenen Auswahlkriterien gebunden sei, hätte er dem Anbieter Gelegenheit geben müssen, noch vor der Publikation einen anderen Schuh vorzulegen. Nur die Untersagung des vollständigen Testberichts könne in diesem „Sonderfall“ dem Eingriff in das Recht am Unternehmen begegnen.

Hiergegen sprechen die Grundsätze des BGH zum betriebsbezogenen Eingriff. Danach kann ein betroffener Anbieter weder

16) BGH, 21.02.1989 – VI ZR 18/88, WRP 1989, 789 – Warentest.

17) Lachmann, in: Fezer (Hrsg.), Kommentar zum UWG, 2. Aufl. 2010, § 4-58 Rn. 95.

18) S. auch Menke, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2. Aufl. 2014, § 6 Rn. 335, der zu Recht darauf hinweist, dass § 824 BGB nur ausnahmsweise in Betracht komme.

19) OLG München, 09.09.2014 – 18 U 516/14, WRP 2015, 104 – Beweislast für Tatsachenbehauptungen in vergleichendem Warentest, Rn. 7.

20) OLG Karlsruhe, 25.10.2002 – 14 U 36/02, NJW-RR 2003, 177 – ÖKO-Test-Bericht über Lebensmittelbelastungen und OLG Karlsruhe, 25.03.2009 – 6 U 151/08, NJOZ 2010, 213 – Sauerrahmbutter.

21) LG Frankfurt a. M., 08.03.2001 – 2/3 O 503/00 und OLG Frankfurt a. M., 22.11.2001 – 16 U 125/01, beide n. v.

22) Brinkmann, GRUR 1988, 516, 519 und Burkhardt, in: Wenzel, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 5. Aufl. 2003, Rn. 10.107.

23) Messer, GRUR 1996, 647.

24) OLG Nürnberg, 07.02.2006 – 3 U 1784/05, n. v. Ebenso Burkhardt, in: Wenzel (Fn. 22), Rn. 10.107.

gegen die zu gute Bewertung von Konkurrenzprodukten vorgehen²⁵⁾ noch grundsätzlich die Veröffentlichung des gesamten Testberichts untersagen lassen.²⁶⁾ Der betroffene Anbieter macht auch keine Einwände gegen die Bewertung der konkurrierenden Produkte geltend, sondern begehrt lediglich, mit einem oder einem weiteren Produkt getestet zu werden. Da ein einklagbarer Leistungsanspruch gegen den Testveranstalter von vornherein ausscheidet, kommen richtigerweise nur Schadensersatzansprüche wegen der Nichtaufnahme in den Test und hieraus resultierender Umsatzverluste in Betracht.²⁷⁾

2. Neutralität

- 18 Das Warentest-Privileg kommt dem Testveranstalter nur dann zugute, wenn er das Testverfahren neutral durchgeführt hat. Neutralität impliziert, dass zwischen Testveranstalter und Anbietern der geprüften Leistungen objektiv und subjektiv Äquidistanz besteht. Der Leser erwartet, dass der Testveranstalter eine Art neutraler Gutachter ist. Daher stellen besondere Beziehungen zwischen dem Testveranstalter, seiner Mitarbeiter oder des eingeschalteten Prüfinstituts zu einem oder mehreren der vom Testbericht unmittelbar betroffenen Unternehmen die Neutralität grundsätzlich in Frage.²⁸⁾
- 19 Das LG Berlin hielt es bei der Überprüfung einer vergleichenden Untersuchung von im Versandhandel vertriebenen Pflegecremes für unbedenklich, dass das von der Stiftung Warentest beauftragte Prüfinstitut einer Unternehmensgruppe zugehörte, deren andere Prüfinstitute Kosmetika herstellen und für die Kosmetikindustrie beratend tätig sind.²⁹⁾ Zwischen den einzelnen Instituten existierten klare räumliche, personelle und inhaltliche Trennungen. Das beauftragte Prüfinstitut hatte die von der Stiftung Warentest verlangte Neutralitätserklärung schriftlich abgegeben und war schon mehrfach in der Vergangenheit ohne Beanstandung tätig geworden. Zusätzlich stellte das Gericht darauf ab, dass kein Grund erkennbar sei, weshalb nur das streitgegenständliche Produkt („Uschi Glas Hautnah Face Cream“) bei der Beurteilung so schlecht weggekommen sei, während das bei den anderen getesteten Produkten, die ja ebenfalls vermeintliche Konkurrenzprodukte der Institute wären, nicht der Fall war.³⁰⁾
- 20 Die Entscheidung verdeutlicht, dass bloße Vermutungen der fehlenden Neutralität nicht genügen. Ein betroffener Anbieter muss in einer gerichtlichen Auseinandersetzung zumindest die konkrete Möglichkeit einer Beeinflussung der Ergebnisse durch das Prüfinstitut aufzeigen.³¹⁾ Die Forderung, der Testveranstalter dürfe keine für die Industrie tätig werdenden Prüfinstitute beauftragen, wäre weltfremd. Wer Verschwörungstheorien entwickelt und seriösen Testveranstaltern und Prüfinstituten vorsätzliche Ergebnismanipulation unterstellt,³²⁾ riskiert, vor Gericht jede Glaubwürdigkeit zu verlieren. Nicht zu vereinbaren wäre mit dem Neutralitätsgebot die Beauftragung solcher Prüfinstitute, die nahezu ausschließlich für einen der betroffenen Anbieter tätig oder gar wirtschaftlich von ihm abhängig sind, für die Mitwirkung am Warentest eines neutralen Testveranstalters die Erlaub-

nis ihrer Kunden benötigen oder gar an der Entwicklung von getesteten Produkten beteiligt waren.³³⁾ Das gilt auch für die Durchführung von Messungen im Labor von Unternehmen, deren in den Vergleich einbezogene Leistungen konkurrieren, insbesondere dann, wenn deren Personal an den Untersuchungen mitwirkt.³⁴⁾ Die Beteiligung eines von der vergleichenden Untersuchung betroffenen Unternehmens an den Kosten beseitigt ebenfalls die Neutralität, weil hierdurch die konkrete Möglichkeit zu einer Einflussnahme geschaffen wird.³⁵⁾ Es kommt nicht darauf an, ob die Einflussnahme konkret genutzt wurde. Dagegen steht die Aufnahme von Anzeigen der betroffenen Unternehmen in der Testpublikation der Neutralität nicht entgegen, wenn keine konkreten Anhaltspunkte vorliegen, dass durch den Anzeigenauftrag gezielt auf die redaktionelle Berichterstattung Einfluss genommen wird.³⁶⁾

3. Objektive und sachkundige Durchführung des Testverfahrens

a) Grundsatz

Die Untersuchung muss objektiv und sachkundig durchgeführt werden. Dem Testveranstalter steht für das gesamte Verfahren ein erheblicher Spielraum zu, der durch die Grenze der Vertretbarkeit abgesteckt wird. Objektivität bedeutet, dass der Testveranstalter den Willen haben muss, auf Grund sachgerechter und fairer Verfahren zu richtigen Ergebnissen zu gelangen. Dabei genügt das Bemühen um (objektive) Richtigkeit. Das Kriterium der Sachkunde bezieht sich nicht auf die Person des Testveranstalters, sondern funktional auf die Durchführung der vergleichenden Untersuchung. Ergibt sich allerdings aus der Anordnung, der Durchführung und der Auswertung des Warentests, dass der Testveranstalter von der Materie nichts versteht,³⁷⁾ dann sind die dadurch gewonnenen Ergebnisse ohnehin unvertretbar. Die Forderung nach weitergehenden Einschränkungen, insbesondere die Einführung einer objektiven Richtigkeitskontrolle,³⁸⁾ würde die Meinungsäußerungsfreiheit des Testveranstalters zu stark einschränken und widerspricht der Warentest-Rechtsprechung des BGH. Auch dann, wenn ein Testverfahren von eigenen Vorstellungen des Gerichts abweicht, führt allein das nicht zur Unvertretbarkeit. Diese liegt nur dann vor, wenn kein ernst zu nehmender Wissenschaftler die Vorgehensweise des Testveranstalters nachvollziehen kann und der Testveranstalter völlig isoliert ist. Die Warnung von *Schricker*, es sei nicht die Aufgabe der Gerichte, sich als „Warentestveranstalter zweiter Instanz“ aufzuschwingen,³⁹⁾ ist unverändert aktuell und ernst zu nehmen.⁴⁰⁾

b) Vergleichsobjekte

Zur objektiven und sachkundigen Durchführung des Testverfahrens gehört, dass der Testveranstalter eine homogene Gruppe von Produkten bildet, die miteinander verglichen werden sollen. Nach Auffassung des BGH muss der Test nach der Zusammensetzung der Produkte einen sinnvollen, an der Verbrauchererwartung orientierten Vergleich erlauben.⁴¹⁾ Verwendungszweck, Preisklasse und Gruppenbildung im Handel sind hierfür wichtige

25) BGH, 09.12.1975 – VI ZR 157/73, WRP 1976, 166, 171 – Zur Haftung der Stiftung Warentest.

26) BGH, 17.06.1997 – VI ZR 114/96, WRP 1998, 391, 393 – Druckertest.

27) Aufgrund des vom Anbieter gewählten Eilverfahrens stellte sich dem zuvor genannten OLG Nürnberg diese Frage nicht.

28) Köhler, in: Köhler/Bornkamm, Kommentar zum UWG, 33. Aufl., 2015, § 6 Rn. 198.

29) LG Berlin, 14.04.2005 – 27 O 922/04, GRUR 2005, 290 – Hautnah Face Cream.

30) Bei der getesteten Creme brachen 7 von 29 Probandinnen den home-in-use-Test aufgrund erheblicher Hautreaktionen vorzeitig, häufig bereits nach wenigen Tagen ab. Der Sachverständige des Prüfinstituts diagnostizierte eine toxisch-irritative Kontaktdermatitis (Hautvergiftung).

31) OLG Frankfurt, 01.08.2005 – 16 U 24/05, NJW-RR 2005, 1634 – Vaterschaftstest.

32) Wie im Fall LG Berlin, 14.04.2005 – 27 O 922/04, GRUR 2005, 290 – Hautnah Face Cream, das sich auch eingehend mit den vorgetragenen Manipulationsvorwürfen befasst.

33) Lachmann, in: Fezer (Fn. 17), § 4-58 Rn. 154.

34) OLG München, 23.05.1996 – 29 U 5889/95, NJW-RR 1997, 1330.

35) OLG Hamburg, 07.12.1978 – 3 U 150/78, WRP 1979, 317 (für die Kosten einer Meinungsumfrage).

36) BVerfG, 07.11.2002 – 1 BvR 580/02, NJW 2003, 277 – Juve-Handbuch und Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 28), § 6 Rn. 198.

37) Vgl. BGH, 15.11.1977 – VI ZR 101/76, GRUR 1978, 187 – Alkoholtest (durch einen Redakteur der BILD-Zeitung).

38) Burkhardt, in: Wenzel (Fn. 22), Rn. 10.98 ff.

39) Schricker, GRUR 1976, 274, 275.

40) So auch Ohly, in: Ohly/Sosnitzer (Hrsg.), Kommentar zum UWG, 6. Aufl. 2014, § 6 Rn. 77.

41) BGH, 10.03.1987 – VI ZR 144/86, WRP 1987, 616, 618 – DIN-Norm – Warentest IV.

Indikatoren. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, wird dem Testveranstalter der unerlässliche Freiraum zugesprochen, so dass der Vorwurf, der Testveranstalter habe „Äpfel mit Birnen“ verglichen, regelmäßig erfolglos bleibt. Der Freiraum wird allerdings überschritten, wenn der Testveranstalter unter dem Blickpunkt der pharmakologischen Wirksamkeit Nahrungsergänzungsmittel mit Arzneimittel vergleicht. Das OLG Frankfurt a. M. hat hierzu festgestellt, dass der Verbraucher durch den Testbericht in die Irre geführt werde.⁴²⁾ Wenn in einen Vergleich ein Arzneimittel eingebunden werde, das per definitionem über eine pharmakologische Wirkung verfüge und daher zwangsläufig hinsichtlich der pharmakologischen Wirksamkeit als Testsieger hervorgehen müsse, sei ein Nahrungsergänzungsmittel gegenüber einem solchen Produkt von Anfang an im Nachteil. Ein derartiger Vergleich „hinke“ von vornherein.

- 23** Sehr streng beurteilte das OLG München einen vergleichenden Warentest unterschiedlicher Salatsorten.⁴³⁾ Der Testveranstalter ÖKO-Test erwarb bei den 10 größten Supermarktketten jeweils drei Salate unterschiedlicher Sorten, die auf Rückstände von Pestiziden sowie auf Nitratbelastung untersucht wurden. Aus der Beurteilung der einzelnen Salate wurde sodann ein „Gesamturteil Ladenkette“ gebildet, das sich aus dem Mittelwert des „Testergebnisses Inhaltsstoffe“ für die einzelnen Salate errechnete, jedoch nicht besser als „ungenügend“ sein konnte, wenn bereits ein Salat hierfür ein „ungenügend“ erhalten hatte. Die Salatkombinationen der 10 Supermarktketten waren unterschiedlich, was an den am Einkaufstag vorliegenden unterschiedlichen Angeboten lag. Im Gegensatz zur Vorinstanz und zur Entscheidung des OLG Köln im vorausgegangenen Verfügungsverfahren⁴⁴⁾ untersagte das OLG München die Gesamturteile mit „ungenügend“, weil die Testanordnung, auf der die Testurteile beruhten, nicht mehr vertretbar gewesen sei. Nach Ansicht des Gerichts liege eine unvertretbare Ungleichbehandlung der betroffenen Unternehmen vor, weil bei sämtlichen getesteten Handelsketten unterschiedliche Kombinationen von Salatsorten untersucht wurden. In allen Läden, in denen der besonders schadstoffbelastete Rucola-Salat angeboten wurde, sei Rucola eingekauft und getestet worden. Diese Vorgehensweise lasse „nicht einmal das gebotene Bemühen um eine objektive Testdurchführung erkennen“. Eine Vergleichbarkeit der Ladenketten werde auf diesem Weg nicht hergestellt; vielmehr beruhten die negativen Bewertungen der beiden Klägerinnen auf einer „völlig zufälligen Auswahl von Salatproben, sowohl was den Kaufzeitpunkt als auch was die Sorte betrifft“. Dies führe zu einer unzulässigen Verzerrung der Testergebnisse.

- 24** Die Entscheidung überzeugt nicht. Es war das erklärte und transparent dargestellte Ziel des Testveranstalters, die Qualität eines spontanen Salateinkaufs durch einen Verbraucher und nicht die Qualität einzelner Salatsorten zu testen. Der Testveranstalter orientierte sich an einem typischen Verbraucherverhalten, erst im aufgesuchten Supermarkt vor Ort spontan aus dem tatsächlichen Angebot zu entscheiden, welche Salatsorte eingekauft wird. Dies führte aufgrund der in Rucola häufig anzutreffenden erhöhten Schadstoffbelastung zwangsläufig zu schlechten Ergebnissen derjenigen Anbieter, die am Einkaufstag Rucola im Angebot hatten. Für den Warentest gilt allerdings die Grundregel, dass sich ein Anbieter an seinem eigenen Angebot messen lassen muss; er hat keinen Anspruch auf die Wahl der für ihn möglichst günstigen Salatkombination an einem bestimmten Tag.

c) Bedeutung von DIN-Normen und gesetzlichen Vorschriften

Der Testveranstalter ist an einschlägige DIN-Normen nicht streng gebunden.⁴⁵⁾ Der Einwand eines betroffenen Anbieters, sein Produkt erfülle in jeder Hinsicht die einschlägige DIN und dürfe daher nicht mit schlechter als „befriedigend“ bewertet werden, greift daher nicht automatisch durch. Der BGH hat klargestellt, dass es zum Beurteilungsfreiraum des Testveranstalters gehöre, unter sorgfältiger Abwägung der betroffenen Belange und in Erfüllung der Aufgaben und Ziele einer sachlichen Verbraucheraufklärung strengere Maßstäbe anzustellen, als sie die einschlägige DIN vorsieht.⁴⁶⁾ Hieraus kann indes nicht abgeleitet werden, der Testveranstalter könnte sich beliebig über allgemein anerkannte Normen hinwegsetzen. Es kommt entscheidend darauf an, welche Gründe er hierfür hat. Kommt der Testveranstalter gerade im Bereich ernster Gefahren für die Gesundheit des Verbrauchers nach sorgfältiger Abwägung zu dem Schluss, dass eine eigentlich einschlägige DIN unzureichend ist und heutigen Anforderungen nicht mehr entspricht, dann kann er sich darüber hinwegsetzen und strengere Anforderungen aufstellen. Existiert für eine bestimmte Fragestellung keine DIN, kann der Testveranstalter im Rahmen seines Ermessensfreiraums selbst die maßgeblichen Kriterien entwickeln.⁴⁷⁾

Diese Grundsätze gelten mutatis mutandis auch für gesetzliche Vorschriften. Der dem Testveranstalter zustehende Freiraum kann es daher gestatten, strengere Anforderungen an Produkte zu stellen, als es einschlägige Gesetze vorsehen. Das gilt insbesondere in Fällen, in denen die betreffende Norm nur Mindestanforderungen enthält und der Testveranstalter mit guten, zumindest aber vertretbaren Gründen strengere Anforderungen aufstellt, gerade, wenn es um die Ausschaltung von Gefahren für die Gesundheit der Verbraucher geht.⁴⁸⁾ Hat der Testveranstalter zumindest vertretbare Gründe für seine Vorgehensweise vorgetragen, dürfen diese nicht vom Gericht in Frage gestellt werden.

d) Methodenwahl

Auch bei der Methodenwahl steht dem Testveranstalter ein weiterer Ermessensfreiraum zu; die Prüfungsmethode muss zumindest vertretbar sein.⁴⁹⁾ Das LG Hamburg hat dies bei einer vergleichenden Untersuchung von Balsamessigen bestätigt und ausgeführt, dass das vom Testveranstalter gewählte Prüfverfahren vertretbar und damit zulässig sei.⁵⁰⁾ Es stehe der Einhaltung des Gebots der Objektivität nicht entgegen, wenn sich der Testveranstalter für ein in der Wissenschaft umstrittenes Prüfverfahren entscheide, das für Balsamessig noch nicht offiziell anerkannt sei und sich erst im Entwurfsstadium der Anerkennung als DIN-Norm befinde. Entscheidend sei, dass der Testveranstalter ein auf dem Gebiet der Lebensmittelechtheitsprüfungen weltweit führendes Laboratorium ausgewählt habe. Wenn ein derartiges Prüfinstitut das umstrittene Prüfverfahren auch für Bal-

42) OLG Frankfurt, 30.10.2008 – 16 U 237/07, ZLR 2009, 490.

43) OLG München, 18.02.2015 – 18 U 2340, GRUR-RR 2015, 395 – Nitratgehalt (nicht rechtskräftig – das Revisionsverfahren wird unter BGH VI ZR 251/15 geführt).

44) OLG Köln, 24.09.2013 – 15 U 54/13, juris.

45) Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 28), § 6 Rn. 202.

46) BGH, 10.03.1987 – VI ZR 144/86, WRP 1987, 616 – DIN-Norm – Warentest IV. A. A. Koppe/Zagouras, WRP 2008, 1035, 1036, nach denen das Abweichen von DIN-Normen der Annahme der Sachkunde entgegenstehe.

47) LG Frankfurt a. M., 19.06.2009 – 2 – 3 O 149/09, GRUR-RR 2010, 83 – test-Kommentar (für die Bestimmung der Baugleichheit einer Matratze).

48) KG, 20.02.1998 – 9 U 1536/97, n. v., für strengere Anforderungen als die Diät-Verordnung; LG Köln, 18.06.1997 – 28 O 262/97, n. v., für strengere Anforderungen als die Mineral- und Tafelwasserverordnung. Großzügiger OLG Karlsruhe, 25.03.2009 – 6 U 151/08, NJOZ 2010, 213, wonach der Testveranstalter sogar Kriterien heranziehen und hierauf gestützt Abwertungen vornehmen dürfe, die weder nach den einschlägigen lebensmittelrechtlichen Vorschriften noch bei Qualitätsprüfungen anderer Prüfinstitutionen von Bedeutung, aber für die Beurteilung des Produktionsprozesses aufschlussreich seien (Anzahl „nützlicher“ Milchsäurebakterien in Sauerrahmbutter).

49) Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 28), § 6 Rn. 199.

50) LG Hamburg, 05.10.2012 – 324 O 728/11, n. v.

samessige anbiete und durchführe, könne nicht zugrunde gelegt werden, dass es sich hierbei um eine nicht mehr vertretbare Methode handeln würde. Ohnehin sollte immer beachtet werden, dass ein Streit um die Richtigkeit einer Prüfmethode nicht zur Indiskutabilität führt, sondern im Gegenteil grundsätzlich Beleg für die Diskutabilität ist.⁵¹⁾

e) Anzahl der Prüfmuster

- 28 Die Beschränkung des Tests auf ein einziges Prüfmuster hat der BGH im Bereich der Markenartikel für zulässig gehalten.⁵²⁾ Für individuelle Abweichungen bestanden im konkreten Fall keine Anhaltspunkte. Darüber hinaus sei nach Ansicht des Gerichts für den Leser erkennbar, dass der Test auf einer solchen, möglicherweise als schmal zu bezeichnenden Grundlage durchgeführt worden sei.
- 29 Es ist ungeklärt, ob diese Beschränkung nur für industriell gefertigte Produkte gilt oder auch für Naturprodukte angewendet werden kann. Nach Ansicht des OLG Köln gilt diese Beschränkung grundsätzlich auch für Naturprodukte wie ein Mineralwasser, weil durch eine engmaschige Produktkontrolle die Einhaltung von gesetzlichen Grenzwerten erzielbar sei.⁵³⁾ Nach Ansicht des OLG München gilt diese Beschränkung nicht für unbearbeitete Naturprodukte wie Salat; die Qualität dieser Produkte unterliege natürlichen Schwankungen, worauf der Testveranstalter durch Einkauf mehrerer Prüfmuster an unterschiedlichen Tagen reagieren müsse, um zu repräsentativen Ergebnissen zu kommen.⁵⁴⁾ Im Dienstleistungsbereich wird ein Testveranstalter regelmäßig mit schwankender Qualität zu rechnen haben, so dass er Mehrfachprüfungen vornehmen sollte. Das LG Köln hielt die Durchführung einer vergleichenden Untersuchung der Stiftung Warentest über die Beratungsqualität von Baumärkten mit sieben Testgesprächen pro Anbieter nicht für indiskutabel.⁵⁵⁾

4. Bewertungen

- 30 Die Notwendigkeit des für den Testveranstalter bestehenden Freiraums wird in der Frage der Bewertungen besonders deutlich. Der Testveranstalter muss allein entscheiden können, ob, inwieweit und nach welchen Kriterien er überhaupt Noten vergibt oder sich darauf beschränkt, dem Verbraucher seine tatsächlichen Feststellungen beschreibend und kommentierend zur Kenntnis zu geben. Das gilt auch für die Frage, mit welchen Gewichtungen Einzel- und Gruppenurteile in die Bildung eines Qualitätsurteils eingehen. Das Testergebnis selbst, also die Bewertung mit bestimmten Noten, unterliegt nur einer eingeschränkten, das Wertungsermessen des Testveranstalters grundsätzlich respektierenden Richtigkeitskontrolle; es darf nur nicht offensichtlich unrichtig sein.⁵⁶⁾ In der Praxis hat sich als Leitlinie herausgebildet: Für Eigenschaften, die bei dem einbezogenen Produkt selbstverständlich sind, wie z. B. die Einhaltung zwingender gesetzlicher Anforderungen (Sicherheit, Deklaration, Verkehrsfähigkeit), gibt es in der Regel keine Pluspunkte, wenn diese Eigenschaften vorliegen. Fehlen sie aber, dann leidet das Produkt an einem erheblichen Mangel, der zu berechtigten Abwertungen bis zum „mangelhaft“ in der Gesamtbewertung führen kann. Nicht jeder dem Testveranstalter unterlaufene Fehler führt automatisch zur Rechtswidrigkeit der Bewertung. Vielmehr ist immer zu prüfen, ob sich der Fehler im Sinne einer Kausalität auf die Bewertung ausgewirkt hat.⁵⁷⁾

51) So auch OLG Hamm, 19.06.2000 – 3 U 108/00, n. v.

52) BGH, 09.12.1975 – VI ZR 157/73, WRP 1976, 166, 169 – Zur Haftung der Stiftung Warentest.

53) OLG Köln, 18.12.2001 – 15 U 67/01, OLGR Köln 2002, 445 (Ls.).

54) OLG München, 18.02.2015 – 18 U 2340/14, GRUR-RR 2015, 395 – Nitratgehalt.

55) LG Köln, 15.09.2004 – 28 O 464/04, n. v.

56) BGH, 10.03.1987 – VI ZR 144/86, WRP 1987, 616, 619 – DIN-Norm – Warentest IV.

57) OLG Hamm, 13.03.2000 – 3 U 194/98, n. v.

Das OLG Düsseldorf hielt die Abwertung eines Erdbeerjoghurts im Gesamturteil auf „mangelhaft“ wegen eines Verstoßes gegen das Kennzeichnungsrecht für „noch diskutabel“, obwohl das Gruppenurteil der Deklaration für die Bildung des Gesamturteils eine Gewichtung von nur 15% hatte und das Produkt ohne die Abwertung insgesamt ein „ausreichend“ erhalten hätte.⁵⁸⁾ Das Gericht stellte die große Bedeutung der richtigen Deklaration zur Vermeidung der Täuschung der Verbraucher über die bei der Herstellung natürlicher Aromen verwendeten Ausgangsstoffe heraus.

5. Darstellung der Testergebnisse

Der BGH hat dem Testveranstalter gerade auch für die Darstellung der Testergebnisse einen weiten Ermessensfreiraum eingeräumt.⁵⁹⁾ Gleichwohl ist in der Praxis der Instanzgerichte der redaktionelle Text unter dem Gesichtspunkt des Prozessrisikos die „Achillesferse“ der Testveröffentlichung.⁶⁰⁾ Die angerufenen Pressekamern sind den sachverständigen bzw. von Sachverständigen begleiteten Parteien strukturbedingt unterlegen und können die Stichhaltigkeit diverser Einwendungen gegen ein Testverfahren selbst kaum beurteilen. Mündliche Verhandlungen dienen häufig dazu, dem Gericht den aufgrund der speziellen Thematiken oftmals zunächst erforderlichen Sachverstand zu vermitteln. Angesichts der Komplexität der in Rede stehenden Fragen aus den Bereichen der Lebensmittelchemie, Biologie, Physik, Technik und Analytik ist bei den Gerichten eine natürliche Neigung vorhanden, alle Bewertungsfragen offenzulassen und sich der konkreten Berichterstattung zuzuwenden, um diese akribisch auf sprachliche Fehler, Ungenauigkeiten oder irreführende Aussagen hin zu überprüfen. So wird mancher Warentest ausschließlich wegen einer nach Ansicht des Gerichts unzureichenden Berichterstattung untersagt und nicht wegen einer fehlerhaften Bewertung.

Prominentes Beispiel hierfür ist die Entscheidung des OLG München in einem von größter Medienresonanz begleiteten Eilverfahren um eine vergleichende Untersuchung von Nuss-Schokoladen.⁶¹⁾ In diesem Rechtsstreit ging es im Kern um die Frage, ob der betroffene Schokoladenhersteller den von der Stiftung Warentest analysierten Aromastoff Piperonal als natürliches Aroma deklarieren durfte. Der Testveranstalter hatte nach umfassender Literaturrecherche und fachkundiger Gutachtererfahrung festgestellt, dass Piperonal in der industriellen Praxis nicht natürlich, sondern chemisch hergestellt wird. Er beanstandete daher die Deklaration der Schokolade und bewertete diese und damit das Gesamtprodukt mit „mangelhaft“. Diese Bewertung wurde im Fließtext erläutert mit der Kurzbegründung: „Wir haben den chemisch hergestellten Aromastoff Piperonal nachgewiesen.“ Diese Kurzbegründung wurde vom Gericht als unwahre Tatsachenbehauptung untersagt. Zunächst interpretierte das Gericht die Äußerung des Testveranstalters dahingehend, es werde behauptet, die Stiftung Warentest habe sowohl den Aromastoff Piperonal als auch den chemischen Herstellungsprozess „in reproduzierbarer Weise sicher und beweisbar festgestellt“. Einen chemisch-analytischen Nachweis habe der Testveranstalter jedoch nur hinsichtlich des Piperonals geführt und im Hinblick auf die Produktion „nur“ aufgrund einer Literaturrecherche eine dahingehende Feststellung getroffen. Das sei in der Publikation aber nicht kenntlich gemacht worden. Der Leser könne die vom Test-

58) OLG Düsseldorf, 21.03.2012 – I-15 U 173/11, GRUR-RR 2012, 297 – Natürliches Erdbeeraroma.

59) BGH, 09.12.1975 – VI ZR 157/73, WRP 1976, 166, 169 – Zur Haftung der Stiftung Warentest.

60) Lachmann, in: Fezer (Fn. 17), § 4-S8 Rn. 227.

61) OLG München, 09.09.2014 – 18 U 516/14, WRP 2015, 104 – Beweislast für Tatsachenbehauptungen in vergleichendem Warentest.

veranstalter gezogene Schlussfolgerung nicht kritisch hinterfragen und die hierfür tragenden Erwägungen nicht auf ihre Plausibilität überprüfen.

- 34 Die Entscheidung überzeugt nicht. Das Gericht stellt in den Mittelpunkt seiner Betrachtungen eine enge Wort-für-Wort-Analyse der Kurzbegründung im Fließtext, wohingegen die Warentestrechtsprechung an die Zulässigkeitskriterien der Neutralität, Objektivität und Sachkunde anknüpft und dem Testveranstalter bei Erfüllung dieser Kriterien gerade auch für die Darstellung der Untersuchungsergebnisse einen erheblichen Spielraum einräumt. Es bleibt unklar, warum eine umfassende Literaturrecherche weniger aussagekräftig sein soll als ein chemisch-analytischer Nachweis, wie es das Gericht annimmt. Fragwürdig bleibt am Ende, welchen Verbraucher das Gericht vor Augen hat, der Testberichte kritisch hinterfragt und die tragenden Erwägungen auf ihre Plausibilität überprüft. Testzeitschriften sind keine Fachzeitschriften, sondern Verbrauchermagazine, bei denen der Leser in der Darstellung redaktionelle Vereinfachungen und Verkürzungen erwartet. In der Öffentlichkeit führen solche Entscheidungen zwangsläufig zu der Fehlannahme, der Testveranstalter habe bei der Bewertung des Produkts mit „mangelhaft“ einen gravierenden Fehler begangen, während in Wahrheit nur eine nach Ansicht des Gerichts unzureichende Berichterstattung untersagt wurde. Die zwischen den Parteien eigentliche Streitfrage, ob das unstreitig analysierte Piperonal tatsächlich chemisch hergestellt worden war oder nicht und die Bewertung mit „mangelhaft“ für Deklaration und Gesamturteil materiell zumindest vertretbar war, blieb offen.

6. Darlegungs- und Beweislast

- 35 In einer gerichtlichen Auseinandersetzung trifft den Testveranstalter eine erweiterte Darlegungslast, substantiiert aufzuzeigen, auf welchem Weg und nach welchen Methoden er zu bestimmten Ergebnissen und hieraus folgenden Bewertungen gelangt ist. Vom betroffenen Anbieter kann diese Schilderung mangels Kenntnis von Einzelheiten der Untersuchung nicht verlangt werden. Er kennt regelmäßig nur die Publikation. Die Einhaltung der Zulässigkeitskriterien der Neutralität, Objektivität und Sachkunde ist daher vom Testveranstalter darzulegen. Genügt der Testveranstalter dieser Darlegungslast, ist es Aufgabe des betroffenen Anbieters, substantiiert Fehler der Untersuchung – z. B. bei der Produktauswahl, bei der Methodik, bei der Feststellung der Messergebnisse, bei der Schlussfolgerung aus bestimmten Ergebnissen etc. – darzulegen. Ein pauschales Bestreiten der vom Testveranstalter ermittelten Prüfergebnisse genügt nicht.⁶²⁾ Ein betroffener Anbieter ist gut beraten, dem Gericht nicht irgendwelche Gutachten über das schlecht bewertete Produkt vorzulegen, bei denen schon auf den ersten Blick erkennbar ist, dass sie nicht ansatzweise an die Qualität und Tiefe der Untersuchung des Testveranstalters heranreichen.⁶³⁾ Ein Anbieter hat keinen Anspruch auf Auskunft über Einzelheiten der vergleichenden Untersuchung (Einsicht in Prüfprotokolle, Gutachten des Prüfinstituts, Überlassung der getesteten Prüfmuster, Mitteilung der Chargennummern etc.), um erst darauf gestützt das Vorliegen einer unerlaubten Handlung begründen zu können. Ein allgemeiner Ausforschungsanspruch zur Herbeiermittlung von Delikten ist dem deutschen Zivilrecht fremd.⁶⁴⁾ Liegt der Kern des Streits in der Art und Weise der Produktion eines bestimmten Produkts, was insbesondere beim Vorwurf der Produktverfälschung der Fall ist, ist es Aufgabe des betroffenen Anbieters, die Einzelheiten des Produktionsprozesses, seiner Organisation

und Überwachung nachvollziehbar darzulegen.⁶⁵⁾ In derartige Betriebsinterna hat der Testveranstalter naturgemäß keinen Einblick. Das Berufen auf tatsächliche oder vorgeschobene Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse genügt nicht.⁶⁶⁾ Notfalls ist ein in-camera-Verfahren analog zu den für den Patentverletzungsprozess entwickelten Regeln durchzuführen. Das non-liquet-Risiko insbesondere bei gegenläufigen Messergebnissen trägt der klagende Anbieter.⁶⁷⁾

IV. Ergebnis

Die skizzierte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum vergleichenden Warentest stellt eine Sonderrechtsprechung dar, die von den allgemeinen Grundsätzen zur Produktkritik im Äußerungsrecht mit der dort bestehenden Grenze der Schmähkritik deutlich abweicht. Das sog. „Warentest-Privileg“ erschöpft sich in der Nichtanwendung des UWG, wohingegen es sich bei den Zulässigkeitskriterien der Neutralität, Objektivität und Sachkunde in Wahrheit um „strenge Maßstäbe“ handelt.⁶⁸⁾ Diese Zulässigkeitskriterien müssen in jedem Prozess vom verklagten Testveranstalter dargelegt und vom angerufenen Gericht – notfalls durch Beweisaufnahme – als eingehalten festgestellt werden, bevor dem Testveranstalter bei der Bewertung und Darstellung der Ergebnisse ein weiter Ermessensfreiraum gewährt werden darf. Selbst wenn ein Gericht die Einhaltung der Zulässigkeitskriterien feststellt, kann es eine angegriffene Bewertung in der Gesamtschau mit entsprechender Begründung immer als indiskutabel untersagen. Ob diese Sonderrechtsprechung angesichts der Liberalisierung des Wettbewerbsrechts, des Wegfalls des grundsätzlichen Verbots der kritisierend vergleichenden Werbung und der Berücksichtigung der besonderen Tragweite des Grundrechts der Meinungsäußerungs- und Pressefreiheit im Wettbewerbsrecht⁶⁹⁾ heute noch aufrechterhalten bleiben kann oder nicht vielmehr aufgegeben werden muss, soll an dieser Stelle nicht erörtert werden.⁷⁰⁾ Einigkeit besteht jedenfalls darin, dass es auch nach der Novellierung des UWG 2008 bei der Nichtanwendbarkeit des UWG auf den neutralen Warentest bleibt.⁷¹⁾ In der Veröffentlichung der Ergebnisse vergleichender Warentests liegt weder eine geschäftliche Handlung i. S. v. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG noch vergleichende Werbung i. S. v. §§ 5 Abs. 3, 6 UWG.⁷²⁾

Lesen Sie zur Thematik der Testergebnis-Werbung u. a. auch den Beitrag von *Lindacher*, „Testsieger“-Werbung, WRP 2014, 140 f. sowie die Entscheidungen OLG Düsseldorf, 30.12.2014 – I-15 U 76/14 – Werbung mit Prüfsiegel und „wesentliche Information“ i. S. v. § 5 a Abs. 2 UWG, WRP 2015, 365 ff. und OLG Düsseldorf, 25.11.2014 – I-20 U 208/13 – Zertifikatsbezogene Werbung mit „TÜV-geprüft“, WRP 2015, 762 ff.

62) LG Berlin, 14.04.2005 – 27 O 922/04, GRUR 2005, 290 – Hautnah Face Cream.

63) Wie im Fall von LG Berlin, 14.04.2005 – 27 O 922/04, GRUR 2005, 290 – Hautnah Face Cream.

64) LG Berlin, 11.11.2014 – 27 O 311/14, n. v.

65) KG, 22.08.1996 – 9 W 4763/96, n. v.

66) Das verkennt OLG München, 09.09.2014 – 18 U 516/14, WRP 2015, 104 – Beweislast für Tatsachenbehauptungen in vergleichendem Warentest.

67) LG Nürnberg-Fürth, 16.09.2008 – 11 O 7549/08, n. v., und bereits LG Berlin, 25.09.1997 – 27 O 510/97, n. v. Im Ergebnis ebenso, wenn auch über den Umweg des § 193 StGB, LG Hamburg, 05.02.2008 – 324 O 1091/07, n. v.

68) BGH, 20.03.1986 – I ZR 13/84, GRUR 1986, 812, 814 – Gastrokritiker.

69) BVerfG, 12.12.2000 – 1 BvR 1762/95, GRUR 2001, 170 – Benetton-Werbung; BVerfG, 07.11.2002 – 1 BvR 580/02, NJW 2003, 277 – Juve-Handbuch; BVerfG, 11.03.2003 – 1 BvR 426/02, GRUR 2003, 443 – Benetton-Werbung II.

70) Kritisch Franz, GRUR 2014, 1051, 1055 ff. und bereits Lachmann, in: Fezer (Fn. 17), § 4-S8 Rn. 330, die die Anwendung der allgemeinen Grundsätze des Äußerungsrechts mit der dort bestehenden Grenze der Schmähkritik fordern.

71) Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 28), § 2 Rn. 60 und OLG Karlsruhe, 25.03.2009 – 6 U 151/09, NJOZ 2010, 213.

72) Dreyer, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg.), Kommentar zum UWG, 3. Aufl. 2013, § 5 Rn. 18.