

Aufklärungserfordernis bei Testsieger-Werbung mit „zufriedensten Kunden“

Oberlandesgericht Frankfurt

Urteil vom 28.05.2013

Az.: 6 U 266/12

Tenor

Die Berufung der Antragsgegnerin gegen das am 10. Oktober 2012 verkündete Urteil der 8. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Frankfurt am Main wird zurückgewiesen.

Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Das Urteil ist rechtskräftig.

Entscheidungsgründe

Von der Darstellung des Sachverhalts wird gemäß § 540 Abs. 2, 313a Abs. 1 Satz 1 ZPO abgesehen. Das Rechtsmittel der Antragsgegnerin hat keinen Erfolg.

1. Der Verfügungsantrag zu 1.) ist begründet, weil die Antragsgegnerin dem angesprochenen Verkehrskreis eine für seine Entscheidungsfindung wesentliche Information vorenthält (§§ 8 Abs. 1, Abs. 3; 3 Abs. 2, 5a Abs. 2 UWG).

Die streitgegenständliche TV-Werbung richtet sich an Mobilfunkkunden, denen ein entsprechender Tarif der Antragsgegnerin angeboten wird. Die Aufmerksamkeit des Zuschauers wird in erster Linie durch das Leistungspaket und dessen Preiswürdigkeit angezogen. Dieses wird sehr unterhaltsam durch einen als Comicfigur dargestellten und als

Zauberer agierenden Waschbär präsentiert. Erst in dem für ca. 2 Sekunden sichtbaren Abspann wird die Einblendung „...- Der Netzbetreiber mit den zufriedensten Kunden“ mit dem Signet von „Kundendienstmonitor Deutschland“ gezeigt, was mit der von einer Hintergrundstimme gesprochenen Werbeaussage „Wechseln Sie jetzt zu ... – dem Netzbetreiber mit den zufriedensten Kunden“ unterlegt ist.

Wie der Senat schon in früheren Entscheidungen klargestellt hat, ist die durchschnittliche Aufmerksamkeit von Zuschauern beim Betrachten von Fernsehwerbung eher gering (vgl. Senat GRUR-RR 2005, 128). Auch der Abspann mit der hier angegriffenen Werbeaussage wird daher vom Verkehr lediglich beiläufig wahrgenommen.

Die Senatsmitglieder gehören zum angesprochenen Verkehrskreis und können daher das Verkehrsverständnis aus eigener Erfahrung beurteilen. Die angegriffene Werbung wird von einem durchschnittlich informierten, verständigen und situationsadäquat aufmerksamen Verbraucher dahingehend verstanden, dass der Auslobung „ ... – Der Netzbetreiber mit den zufriedensten Kunden“ ein Test des „Kundenmonitor Deutschland“ zugrunde liegt. Dies ergibt sich schon daraus, dass die Werbeaussage unmittelbar unter diesem Signet angeordnet ist.

Angaben über Testurteile, die in eine Werbung aufgenommen werden, müssen leicht und eindeutig nachprüfbar sein. Das setzt nicht nur voraus, dass überhaupt eine Fundstelle für den Test angegeben wird, sondern auch dass diese Angabe für den Verbraucher aufgrund der Gestaltung der Werbung leicht auffindbar ist (BGH GRUR 2010, 248 Tz. 30 – Kamerakauf im Internet). Diesen Anforderungen kann die angegriffene Werbung nicht genügen. Das Landgericht hat bereits zutreffend darauf abgestellt, dass am Ende des Spots für lediglich zwei Sekunden das Signet von „Kundenmonitor Deutschland“ eingeblendet ist, weswegen der angesprochene Verkehr nur erfasst, dass sich die Antragsgegnerin hierauf bezieht. Er enthält allerdings aus der Werbung selbst keine ausreichenden Hinweise, wie er an die

Untersuchung des Testinstituts und an dessen Ergebnisse kommt.

Soweit sich die Antragstellerin die Mühe gemacht hat, durch eine Internetrecherche über „www...de“ zu dem in der Werbung enthaltenen Hinweis weitere Informationen zu erhalten, endet diese Recherche mit einem Ergebnis, das die Werbeaussage nicht trägt (Anlage K 3).

Das Landgericht hat ferner mit Recht festgestellt, dass der mit einem Sternchenhinweis zu der Werbeaussage verknüpfte Erläuterungstext mit dem Verweis auf die Internetseite „.../Kundenbarometer“ aufgrund seiner Schriftgröße nicht erkennbar ist und damit den oben dargestellten Anforderungen nicht genügt. Die Berufungsbegründung setzt sich mit diesen Erwägungen nicht auseinander. Der Senat verweist zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Gründe der angefochtenen Entscheidung.

2. Die Antragstellerin hat den streitgegenständlichen TV-Werbespot vom Juli 2012 „... denkt an Sie...“ (Anlage K1) auch noch unter dem Gesichtspunkt einer irreführenden Testsiegerwerbung angegriffen. Diese Kumulation ist möglich, so dass das Gericht die angegriffene Werbung unter beiden Gesichtspunkten prüfen muss (BGH GRUR 2013, 401- Tz. 25 – Biomineralwasser). Der Antragstellerin steht ein Verfügungsanspruch für das mit dem Eilantrag zu 2.) geltend gemachten Unterlassungsbegehren zu. Die angegriffene Werbung ist irreführend (§§ 3, 5 Nr. 1 UWG).

In dem hier hergestellten Kontext wird die Werbeaussage „... – Der Netzbetreiber mit den zufriedensten Kunden“ von einem verständigen, durchschnittlich informierten Verbraucher so verstanden, dass die Antragsgegnerin innerhalb des Kreises der Mobilfunkanbieter bei der durch „Kundenmonitor Deutschland“ abgefragten Kundenzufriedenheit den Testsieg errungen hat.

Die Antragstellerin kann sich nicht darauf berufen, dass der Verkehr die Auslobung nur als Hinweis auf ihren „Teilerfolg“

innerhalb des Marktsegments der Anbieter von Mobilfunknetzen verstehen wird. Da bei der Bewerbung von Mobilfunkverträgen die Anbieter von Mobilfunknetzen („Netzbetreiber“) und die sog. „Provider“ den Kunden mit einem vergleichbaren Angebot entgegentreten, ist in diesem Rahmen eine scharfe Trennung zwischen dem großen Kreis von Mobilfunkanbietern und dem darin enthaltenen eingeschränkten Kreis von Netzbetreibern nicht üblich. Da die Aufmerksamkeit der Zuschauer hier nahezu ausschließlich auf den von dem zaubernden Waschbär präsentierten Mobilfunktarif gelenkt wird und die angegriffene Einblendung nur kurz gezeigt und nicht näher erläutert wird, versteht der Verkehr die streitbefangene Werbeaussage als Hinweis auf die Spitzenstellung der Antragsgegnerin bei der Kundenzufriedenheit von Mobilfunkanbietern.

Die Aussage ist inhaltlich falsch, weil die Antragsgegnerin bei der Umfrage von „Kundenmonitor Deutschland“ zur Kundenzufriedenheit bei Mobilfunkanbietern keine Spitzenstellung einnimmt, sondern einen Mittelplatz. Letzteres lässt sich aber aus dem wahrnehmbaren Teil der Werbung nicht entnehmen, so dass sie irreführend ist.

3. Die in Wettbewerbssachen geltende Dringlichkeitsvermutung (§ 12 Abs. 2 UWG) ist von der Antragsgegnerin nicht entkräftet worden.

Es ist unstrittig, dass die hier angegriffene Werbung erstmals im Juli 2012 ausgestrahlt worden ist. Die Antragstellerin hat am 12. Juli 2012 den Eilantrag beim Gericht eingereicht.

Der klägerischen Abmahnung eines Werbeflyers der „Happiness-Kampagne“ vom März 2012, die mit einer Unterlassungserklärung der Antragsgegnerin vom 9. März 2012 beantwortet wurde, lassen sich keine Anhaltspunkte entnehmen, die das Eilbedürfnis für das hiesige Verfahren entkräften könnten. Der damalige Werbeflyer war von der Antragstellerin angegriffen worden, weil das dort eingeblendete Signet von „Kundenmonitor Deutschland“ in keinerlei Beziehung zu der Auslobung „... – Vom

Netz mit den zufriedensten Kunden“ stand. Der damalige Wettbewerbsverstoß ist daher mit dem hiesigen nicht kerngleich.

Die Antragsgegnerin hat ihre Werbung teilweise auf die Einblendung des nun streitbefangenen Signet „Kundenmonitor Deutschland – Höchste Globalzufriedenheit...“ umgestellt. Sie trägt vor, dass diese Einblendung (dargestellt auf Seite 25 der Schutzschrift) durch den massiv beworbenen TV-Spot „...“ vom März bis zum Juli 2012 Verwendung gefunden habe. Dem Vortrag der Antragsgegnerin, hieraus lasse sich die Kenntnis der Antragstellerin von den dortigen Werbeaussagen entnehmen, ist diese mit der eidesstattlichen Versicherung ihres Justitiars A entgegengetreten. Er hat angegeben, dass hier streitige Kundenmonitor – Signet erstmalig am 5. Juli 2012 zur Kenntnis genommen und zeitlich früher ausgestrahlte Spots, die ggf. einen vergleichbaren Kundenmonitor-Hinweis gehabt hätten, zuvor nicht wahrgenommen zu haben (vgl. Anlage K10). Soweit die Antragsgegnerin dieser Erklärung eine nur sehr eingeschränkte Aussagekraft entnehmen will, vermag der Senat dem nicht zu folgen. Die Erklärung lässt sich bei verständiger Würdigung so verstehen, dass Herrn A entsprechende TV-Spots – aus welcher Quelle auch immer – nicht zur Kenntnis gelangt sind.

Das Landgericht hat es auch angesichts des weiteren Vortrags der Antragsgegnerin nicht für überwiegend wahrscheinlich gehalten, dass die Antragstellerin positive Kenntnis von der vorgenannten Werbungsaussage gehabt hat. Der Senat sieht keinen Anlass für eine davon abweichende Beurteilung.

Der TV-Spot „...“ ist im Zeitraum vom 26.-31.03.2012, das heißt 6 Tage lang, ausgestrahlt worden. Bei einem so kurzen Zeitraum einer TV-Kampagne lässt sich – auch bei häufiger Ausstrahlung auf verschiedenen TV-Kanälen – nicht zwingend darauf schließen, dass die Verantwortlichen der Antragstellerin hiervon Kenntnis erlangt haben.

Im Übrigen soll die Werbung „...mit den zufriedensten Kunden...“ und einem mit dem hiesigen vergleichbaren Kundenmonitor-Hinweis nach dem Vortrag der Antragsgegnerin auf Werbe-Flyern, die in den Verkaufsläden der Antragsgegnerin ausgelegt hätten sowie in der Online-Werbung Verwendung gefunden haben. Warum die Antragstellerin hiervon Kenntnis erlangt haben sollte, wird allerdings nicht weiter dargelegt. Auch nach der Lebenserfahrung spricht keine überwiegende Wahrscheinlichkeit für eine solche Annahme. Das Landgericht hat mit Recht berücksichtigt, dass in der Vergangenheit keine Fälle bekannt geworden sind, in denen die Antragstellerin mit der Verfolgung eines Wettbewerbsverstoßes ihrer Mitbewerberin(nen) zu lange zugewartet hätte, was dafür spricht, dass sie ihr bekannte Verstöße auch kurzfristig angreift. Dass die Antragstellerin somit erst im Juli 2012 gegen die hier streitgegenständliche TV- Werbung vorgegangen ist, kann als Beleg dafür gewertet werden, dass ihr die vorangegangenen Werbeausstrahlungen und Werbemittel nicht bekannt waren.

Die Antragsgegnerin kann sich nicht auf die Erwägungen des Senats in dessen Entscheidung vom 6. Dezember 2012 (...) berufen. Der dortige Sachverhalt ist mit dem hiesigen nicht vergleichbar. Dort hatte nämlich die damalige Antragstellerin unstreitig bereits längere Zeit Kenntnis von der streitgegenständlichen Werbung, die sie zum Gegenstand eines vorangegangenen Eilverfahrens gemacht hatte. In dem hiesigen Verfahren ist diese Kenntnis aber gerade nicht unstreitig und von der Antragsgegnerin auch nicht glaubhaft gemacht.

Die Antragsgegnerin kann sich nicht darauf berufen, dass sich die Antragstellerin infolge grober Fahrlässigkeit der Kenntnis von der vorangegangenen TV, Print- und Online-Werbung mit dem vergleichbaren Signet von „Kundenmonitor Deutschland“ verschlossen hätte. Weder oblag der Antragstellerin eine allgemeine Marktbeobachtungspflicht, noch ergab sich nach der Unterlassungserklärung eine entsprechende Verpflichtung, die Umstellung der Werbung zu kontrollieren.

Die Kostenentscheidung folgt § 97 ZPO.