Herabsetzende vergleichende Werbung mit sprayendem Waschbären als Bildmotiv

Oberlandesgericht Frankfurt a. M.

Urteil vom 09.10.2014

Az.: 6 U 199/13

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 03.09.2013 verkündete Urteil der 6. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Frankfurt am Main wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar; die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 230.000,- € abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Parteien streiten über ein angeblich herabsetzendes Werbemotiv.

Die Parteien sind Telekommunikationsunternehmen und bieten Produkte und Dienstleistungen aus den Bereichen Festnetz, Mobilfunk und Breitband-Internet an. Die Beklagte warb in verschiedenen Tageszeitungen, darunter der A-Zeitung, der B-Zeitung und der C-Zeitung, mit dem Slogan „Was ist blau und günstiger als X?“. In der Anzeige war ein Waschbär abgebildet, der mit einer Spraydose eine ursprüngliche rote Wand mit

blauer Farbe übersprüht (Anlagen K3, K4):

(Auf die Darstellung des Bildes wird aus datenschutzrechtlichen Gründen verzichtet. Anm.d.Red.)

Die Klägerin hatte beim Landgericht Frankfurt eine einstweilige Verfügung vom 09.05.2012 erwirkt, mit der der Beklagten u.a. untersagt wurde, (1.) mit der Aussage „Was ist blau und günstiger als X?“ zu werben. Außerdem wurde ihr untersagt, (2.) einen Vergleich zu bewerben oder bewerben zu lassen, bei dem mittels eines Bildmotivs die den Unternehmensauftritt der Klägerin bestimmende Farbe „Rot“ mit der den Unternehmensauftritt der Beklagten bestimmenden Farbe „Blau“ übersprüht wird, wenn dies geschieht wie in der streitgegenständlichen Werbeanzeige. Der Verfügungsantrag zu 3. richtete sich gegen pauschale Günstigkeitsangaben und willkürlich ermittelte Einsparmöglichkeiten. Das Landgericht hat die einstweilige Verfügung auf den Widerspruch der Beklagten bestätigt. Auf die Berufung der Beklagten änderte der Senat das Urteil des Landgerichts mit Urteil vom 06.12.2012 (6 U 144/12) teilweise ab, hob die einstweilige Verfügung zu Ziff. 2. wegen fehlender Dringlichkeit auf und wies den Verfügungsantrag insoweit zurück. Im Übrigen wies er die Berufung zurück.

Die Beklagte erkannte mit Schreiben vom 15.01.2013 die einstweilige Verfügung vom 09.05.2012 zu Ziffer 1. und 3. als endgültige Regelung an. Die Klägerin mahnte die Beklagte mit anwaltlichem Schreiben vom 18.01.2013 wegen der streitgegenständlichen Werbung ab.

Die Klägerin hat behauptet, die Farbe Rot würde von den Verbrauchern als ihre Unternehmensfarbe erkannt. Sie ist der Auffassung, durch den Werbevergleich würden ihre Dienstleistungen unzulässig herabgesetzt. Sie hat beantragt, die Beklagte bei Meidung von Ordnungsmitteln zu verurteilen, es zu unterlassen,

1. im geschäftlichen Verkehr handelnd einen Vergleich zu bewerben oder bewerben zu lassen, bei dem mittels eines Bildmotivs die den Unternehmensauftritt der Klägerin bestimmende Farbe Rot mit der den Unternehmensauftritt der Beklagten bestimmenden Farbe Blau übersprüht wird, wenn dies geschieht wie in den Werbungen gemäß Anlagen K 3 und K4 zur Klageschrift ersichtlich;
2. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 2.380,80 € nebst Zinsen Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Sie hat behauptet, eine Verkehrsdurchsetzung der Farbe Rot als Unternehmenskennzeichen der Klägerin liege nicht vor. Die Farbe werde im Telekommunikationsmarkt auch von anderen Anbietern verwendet. Sie ist der Auffassung, dem Klageantrag stünde die Rechtskraft der endgültig erledigten einstweiligen Verfügung entgegen. Anknüpfungspunkt des Klagebegehrens sei allein die bildliche Darstellung ohne Textinhalt.

Im Übrigen wird auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 S. 1 ZPO).

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß zur Unterlassung und zur Erstattung der Abmahnkosten verurteilt. Dagegen wendet sich die Beklagte mit der Berufung. Im Berufungsrechtszug wiederholen und vertiefen die Parteien ihr Vorbringen.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil der 6. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Frankfurt am Main vom 03.09.2013 mit dem Aktenzeichen 3-6 0 35/13 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Wegen des weiteren Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst deren Anlagen Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung ist unbegründet.

1. Die Klage ist zulässig.

a) Der Unterlassungsantrag, der auf die konkrete Verletzungsform (Anlagen K3 und K4) Bezug nimmt, ist hinreichend bestimmt. Die abstrakte Formulierung des angestrebten Verbotsinhalts lässt dabei hinreichend erkennen, dass es um einen Werbevergleich geht, bei dem die Unternehmensfarbe „Rot“ mit „Blau“ übersprüht wird, und das Verbot nicht mit der – isolierten – Wettbewerbswidrigkeit anderer Elemente der Werbung, etwa des Slogans „Was ist blau und günstiger als X?“ begründet werden soll.

b) Der Klage steht nicht die Rechtskraft des Senatsurteils in der Sache 6 U 144/12 im Zusammenhang mit der Abschlusserklärung der Beklagten vom 15.01.2013 (Anlagen K7, K9) entgegen. Der Verfügungsantrag zu 2, dem das Landgericht mit Beschluss vom 09.05.2012 stattgegeben hat, entsprach dem hiesigen Klageantrag. Der Senat hat mit Urteil vom 06.12.2012 die einstweilige Verfügung in diesem Punkt mangels Verfügungsgrundes aufgehoben und den Antrag auf ihren Erlass zurückgewiesen. Die Zurückweisung des einstweiligen Verfügungsantrags hindert die Klägerin nicht daran, den Anspruch im Hauptsacheverfahren erneut geltend zu machen. Die Beklagte hat die einstweilige Verfügung in diesem Punkt auch nicht als endgültige Regelung anerkannt. Mit Schreiben vom 15.01.2013 erkannte sie die einstweilige Verfügung ausdrücklich nur bezüglich Ziffern 1 und 3 als endgültige Regelung an, nicht hingegen hinsichtlich der (ohnehin aufgehobenen) Ziff. 2.

Entgegen der Ansicht der Beklagten ist das mit der vorliegenden Klage erstrebte Verbot auch nicht von der

Abschlusserklärung der Beklagten zu Ziffern 1 und 3 der einstweiligen Verfügung mitumfasst. Zwar waren die Verfügungsanträge zu 1. und 3. teilweise auf die gleiche Verletzungsform bezogen. Gleichwohl beinhalten sie ein abweichendes Begehren. Die Anträge waren in der Weise gefasst, dass die beanstandete Handlung zunächst abstrakt beschrieben und sodann um eine Bezugnahme auf die konkrete Verletzungsform ergänzt wurde („wie geschehen in Anlage Ast 3 ...“). Dem Kläger steht es frei, mehrere in einer konkreten Verletzungsform verwirklichte Rechtsverletzungen im Wege der kumulativen Klagehäufung jeweils gesondert anzugreifen (BGH GRUR 2013, 401, Rn. 25 – Biomineralwasser). In einem solchen Fall kommt dem abstrakt beschreibenden Teil des Antrags maßgebliche Bedeutung für die Bestimmung des Streitgegenstands zu. Zwar ist bei der Prüfung des Antrags auch der weitere Inhalt der konkreten Verletzungsform zu berücksichtigen. Es können jedoch neben der im Antrag abstrakt beschriebenen Handlung nur solche weiteren Elemente der konkreten Verletzungsform in die Beurteilung einbezogen werden, die geeignet sind, die – nach Meinung des Klägers – von der abstrakt beschriebenen Handlung ausgehende Rechtsverletzung zu verdeutlichen oder zu verstärken. Vom Streitgegenstand eines derartigen Antrags sind dagegen nicht solche Vorwürfe erfasst, die sich unabhängig von der abstrakt beschriebenen Handlung gegen sonstige Elemente der konkreten Verletzungshandlung richten (Senat, Urt. v. 4.7.2013 – 6 U 137/12 – Combiotik, juris). Die Verfügungsanträge zu 1. und 3. bezogen sich nicht in erster Linie gegen das Übersprühen der Unternehmensfarbe der Klägerin. Der Verfügungsantrag zu 1 bezog sich auf den Slogan „Was ist blau und günstiger als X?“ unter dem Gesichtspunkt des unzutreffenden Pauschalvergleichs. Der Verfügungsantrag zu 3 richtete sich gegen pauschale Günstigkeitsangaben und willkürlich ermittelte Einsparmöglichkeiten.

2. Die Klage ist begründet.

a) Der Klägerin steht gegen die Beklagte ein Anspruch aus §§

3, 6 II Nr. 5, 8 I, III Nr. 1 UWG auf Unterlassung zu, einen Vergleich mit einem Bildmotiv zu bewerben, bei dem die Unternehmensfarbe „Rot“ der Klägerin durch die Unternehmensfarbe „Blau“ der Beklagten übersprüht wird, wie in den Werbeanzeigen Anlagen K3, K4 geschehen.

aa) Den Streitgegenstand der Klage bildet entgegen der Ansicht der Beklagten nicht allein das isolierte Bildmotiv der Anlagen K3 und K4. Wie oben dargelegt, hat in der vorliegenden Konstellation, in der andere Elemente der konkreten Verletzungsform bereits Gegenstand gesonderter Angriffe waren, der abstrakt beschreibende Teil des Antrags maßgebliche Bedeutung für die Bestimmung des Streitgegenstands. Daraus ergibt sich, dass ein Werbevergleich verboten werden soll, bei dem die den Unternehmensauftritt der Klägerin bestimmende Farbe „Rot“ übersprüht wird. Als Werbevergleich greift die Klägerin jedoch nicht allein das – textfreie – Bildmotiv an, das für sich genommen ohne Aussagegehalt ist. Erst aus dem Text der Werbeanzeige erschließt sich, dass Preise für die Leistungen zweier Telekommunikationsunternehmen verglichen werden sollen. Der Unlauterkeitsvorwurf soll sich allerdings – unabhängig vom konkreten Text – daraus ergeben, dass die Unternehmensfarbe „Rot“ übersprüht wird, wie in dem angegriffenen Bildmotiv dargestellt. Nicht zur Überprüfung steht die Frage, ob auch der in dem Slogan „Was ist blau und günstiger als X?“ liegende Werbevergleich für sich genommen unlauter ist. Diese Frage war bereits Gegenstand des rechtskräftig abgeschlossenen Verfügungsantrags zu 1. Letztlich möchte die Klägerin verhindern, dass mit dem gleichen Bildmotiv ähnliche Werbevergleiche mit abgeändertem Text geschaltet werden. Es ist also zu prüfen, ob sich die behauptete Herabsetzung unabhängig von dem konkreten Slogan bereits daraus ergibt, dass die den Unternehmensauftritt der Klägerin bestimmende Farbe „Rot“ übersprüht wird. In den Kernbereich des angestrebten Verbots können dabei nur solche Werbeanzeigen fallen, in denen Preise für Telekommunikationstarife der Parteien verglichen werden. Es

würde zu weit greifen, das Bildmotiv grundsätzlich für jede denkbare Art des Vergleichs zu untersagen. Dies ist mit der Bezugnahme auf die konkrete Verletzungsform sichergestellt.

bb) Nach § 6 Abs. 1 UWG ist vergleichende Werbung jede Werbung, die unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder die von einem Mitbewerber angebotenen Waren oder Dienstleistungen erkennbar macht. Der Begriff der vergleichende Werbung setzt bei richtlinienkonformer Auslegung neben dem Erkennbarmachen konkreter Wettbewerber zwingend einen Vergleich der von diesen angebotenen, hinreichend austauschbaren Produkte voraus (BGH RUR 2012, 74, Rn. 18 – Coaching-Newsletter). Das streitgegenständliche Bildmotiv in Verbindung mit einer Werbebotschaft, in der Preise für Telekommunikationstarife verglichen werden, macht sowohl die Parteien des Rechtsstreits als auch ihre Leistungen erkennbar. Nach den – insoweit unangegriffenen – Feststellungen des Landgerichts ist die Farbe „Blau“ die Unternehmensfarbe der Beklagten, die vom Verkehr im Zusammenhang mit Telekommunikationsleistungen als solche auch erkannt wird. Das Landgericht hat weiterhin zutreffend angenommen, dass es sich bei der Farbe „Rot“ um die Unternehmensfarbe der Klägerin handelt, die vom Verkehr im Zusammenhang mit der Bewerbung von Telekommunikationsdienstleistungen ebenfalls als solche erkannt wird. Diese Feststellung greift die Beklagte ohne Erfolg an.

(1) Die beworbenen Leistungen richten sich an den Endverbraucher. Maßgeblich ist deshalb die Auffassung eines angemessen gut unterrichteten und angemessen aufmerksamen und kritischen Durchschnittsverbrauchers. Diesem ist aus der Werbung bekannt, dass die Klägerin über ein rot gestaltetes Unternehmenslogo nebst Schriftzug verfügt. Dies kann der Senat, da seine Mitglieder selbst zu den angesprochenen Verkehrskreisen gehören, aus eigener Sachkunde beurteilen. Das von den Parteien angebotene Sachverständigengutachten musste nicht eingeholt werden. Ein Beispiel für das öffentliche

Erscheinungsbild der Klägerin ist ihr Internetauftritt, der über einen durchgehenden roten Balken verfügt (Anlage K1). Für die Kenntnis des Verkehrs von der Unternehmensfarbe der Klägerin spricht auch, dass die Tageszeitung „D-Zeitung“ bereits im Jahr 2000 titelte: „Düsseldorfer Mannesmann-Ufer strahlt jetzt in X-Rot“ (Anlage K1).

(2) Außerdem liegt der Sinn der Werbung der Beklagten gerade darin, dass die übersprühte rote Fläche dem Unternehmen der Klägerin zugeordnet wird. Die Beklagte setzt die bekannten Unternehmensfarben der großen Telekommunikationsunternehmen für ihre Werbekampagne gezielt ein. Eine in gleicher Weise aufgebaute Anzeige schaltete sie mit dem Slogan „Was ist blau und günstiger als die Y?“, wobei eine farbene Fläche blau übersprüht wird (Bl. 246 d.A.). Das Landgericht hat auch zu Recht festgestellt, dass sich die Beklagte mit ihrem Bestreiten zu ihrem eigenen Vorbringen in dem einstweiligen Verfügungsverfahren 3-06 0 68/12 in Widerspruch setzt, in dem sie zu der streitgegenständliche Werbung selbst das „Übersprühen der Hausfarbe der Antragstellerin“ vorgetragen hat. Ihre Begründung, sie habe ihre Ansicht nun eben wieder geändert, genügt nicht.

(3) Entgegen der Ansicht der Beklagten kommt es nicht darauf an, dass auch andere Telekommunikationsunternehmen wie U, V oder W die Farbe „rot“ verwenden. Entscheidend ist, dass der Verkehr vorrangig die Klägerin mit dieser Unternehmensfarbe verbindet und dass in der fraglichen Werbung gezielt Leistungen der Beklagten mit jenen der Klägerin verglichen werden. Es kommt auch nicht darauf an, ob die Voraussetzungen für eine Farbmarke erfüllt sind. Eine Farbmarke könnte die Klägerin allenfalls für ihre Dienstleistungen, nicht für ihr „Unternehmen“ erwerben. Voraussetzung wäre Verkehrsdurchsetzung, weil es der Farbe „rot“ an der originären Unterscheidungskraft fehlen bzw. ein Freihaltebedürfnis im Sinne des § 8 II Nr. 2 MarkenG bestehen dürfte. Für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung kommt es nur

darauf an, dass nicht unerhebliche Teile des angesprochenen Verkehrs im hier gegebenen Kontext auf die Unternehmensfarbe der Klägerin schließen. Dies ist der Fall. Die Werbung zielt gerade darauf ab.

cc) Das Landgericht hat zutreffend festgestellt, dass in dem vollständigen Übersprühen der Unternehmensfarbe „Rot“ der Klägerin eine unzulässige Herabsetzung liegt. Gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG handelt unlauter, wer vergleichend wirbt, wenn der Vergleich die Waren, Dienstleistungen, Tätigkeiten oder persönlichen oder geschäftlichen Verhältnisse eines Mitbewerbers herabsetzt oder verunglimpft.

(1) Herabsetzend im Sinne von § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG ist ein Vergleich nur, wenn zu den mit jedem Werbevergleich verbundenen (negativen) Wirkungen für die Konkurrenz besondere Umstände hinzutreten, die ihn als unangemessen abfällig, abwertend oder unsachlich erscheinen lassen. Maßgeblich ist, ob die angegriffene Werbeaussage sich noch in den Grenzen einer sachlichen Erörterung hält oder bereits eine pauschale Abwertung der fremden Erzeugnisse darstellt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Werbung zu einem nicht unerheblichen Teil von Humor und Ironie lebt und begleitet wird. Solange der Werbende mit ironischen Anklängen lediglich Aufmerksamkeit und Schmunzeln erzielt, mit ihnen aber – weil der Verkehr die Aussage nicht wörtlich und damit ernst nimmt – keine Abwertung des Mitbewerbers oder des konkurrierenden Angebots verbunden ist, liegt darin noch keine unzulässige Herabsetzung. Es ist weiterhin zu berücksichtigen, dass der Durchschnittsverbraucher zunehmend an pointierte Aussagen in der Werbung gewöhnt ist und sie als Ausdruck lebhaften Wettbewerbs empfindet. Ein humorvoller oder ironischer Werbevergleich kann daher auch dann zulässig sein, wenn er sich nicht auf feinen Humor und leise Ironie beschränkt. Eine humorvolle oder ironische Anspielung auf einen Mitbewerber oder dessen Produkte stellt vielmehr erst dann eine unzulässige Herabsetzung dar, wenn sie den Mitbewerber dem

Spott oder der Lächerlichkeit preisgibt oder von den Adressaten der Werbung wörtlich und damit ernst genommen und daher als Abwertung verstanden wird (BGH, GRUR 2010, 161, Rn. 16-20 – Gib mal Zeitung).

(2) Unter Berücksichtigung dieser Maßstäbe stellt sich die Werbung der Beklagten als Herabsetzung dar. Das Bild eines lächelnden oder grinsenden Waschbären, der eine rote Wand übersprüht, mag vom Verkehr durchaus als lustig empfunden werden. Von leiser Ironie oder feinem hintergründigen Humor, wie er etwa der BGH-Entscheidung „Gib mal Zeitung“ zugrunde lag, kann jedoch keine Rede sein. Vielmehr handelt es sich bei dem Übersprühen der Unternehmensfarbe der Klägerin eher um eine plumpe, aggressive Maßnahme. Die Unternehmensfarbe wird ausgelöscht und restlos durch jene der Beklagten ersetzt. Die Werbung erweckt den Eindruck, dass die Leistungen der Klägerin der Vergangenheit angehören, nicht mehr zeitgemäß sind und verschwinden werden. Sie werden damit pauschal abgewertet. Zwar nimmt der Verkehr die in dem Bild liegende Werbebehauptung nicht wörtlich. Jedoch gibt die Beklagte die Leistungen der Klägerin dem Spott und der Lächerlichkeit preis. Der Bereich der sachlichen Erörterung wird mit dieser Darstellung verlassen.

b) Das Landgericht hat der Klägerin zu Recht Abmahnkosten aus einem Streitwert von 200.000 € auf Basis einer 1,3-Gebühr zugesprochen.

aa) Die Abmahnung vom 18.01.2013 (Anlage K10) war nicht überflüssig. Die in dem Übersprühen liegende Herabsetzung war nicht bereits Gegenstand der Abmahnung vom 04.05.2012 (Anlage B3). Die Erforderlichkeit fehlt auch nicht deshalb, weil die Beklagte mit Anwaltsschreiben vom 15.01.2013 hinsichtlich des Verfügungsantrags zu 2 die Abgabe einer Abschlusserklärung abgelehnt hat. In dem Schreiben heißt es: „Hinsichtlich Ziff. 2 der einstweiligen Verfügung vom 09.05.2012 wird keine Abschlusserklärung abgegeben, nachdem das OLG Frankfurt am Main dieses Verbot nicht bestätigt hat.“ Damit hat die

Beklagte nur auf die Entscheidung des Senats Bezug genommen, mit der die einstweilige Verfügung wegen fehlenden Verfügungsgrundes in diesem Punkt aufgehoben wurde. Einer Abschlusserklärung konnte nach Aufhebung der einstweiligen Verfügung schon formal nicht abgegeben werden. Die Beklagte hat nicht der Sache nach eine Unterwerfung endgültig abgelehnt. Die Klägerin war deshalb gehalten, die Beklagte zur Vermeidung des Kostenrisikos nach § 93 ZPO abzumahnern.

bb) Entgegen der Auffassung der Beklagten ist die Erstattungsfähigkeit auch nicht auf eine 0,65 Gebühr beschränkt. Die Beklagte meint, das Bildmotiv sei bereits Streitgegenstand des Abmahnschreibens vom 04.05.2013 gewesen. Trotzdem sei im Kostenfestsetzungsbeschluss zum einstweiligen Verfügungsverfahren eine 1,3 Verfahrensgebühr festgesetzt worden und keine Anrechnung nach § 15a RVG i.V.m. Vorbem. 3 Abs. 4 zu Nr. 3100 VV RVG erfolgt. Somit sei die streitgegenständliche Geschäftsgebühr nunmehr auf eine 0,65 Gebühr zu halbieren. Diese Argumentation verfängt nicht. Wie oben dargelegt, war die in dem Übersprühen liegende Herabsetzung nicht bereits Gegenstand der Abmahnung vom 04.05.2012. Auch gebührenrechtlich liegt soweit ein eigener Gegenstand vor.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

4. Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 ZPO) sind nicht erfüllt. Grundsätzliche Rechtsfragen waren für die Entscheidung des Senats nicht tragend. Sie beruht auf einer Einzelfallbeurteilung der konkret angegriffenen Werbemaßnahme.