

Irreführende Werbung mit „das beste Netz“

Oberlandesgericht Köln

Beschluss vom 19.09.2017

Az.: 6 W 97/17

Tenor

Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Landgerichts Köln vom 18.08.2017 (Az. 84 O 184/17) in Gestalt der Nichtabhilfeentscheidung vom 28.08.2017 aufgehoben und wie folgt neu gefasst:

Der Antragsgegnerin wird bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen Ordnungsgeldes in Höhe von bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft – zu vollstrecken an den Geschäftsführern -, untersagt,

geschäftlich handelnd

1.

a) mit der Angabe „DAS BESTE NETZ GIBT´S BEI F“ zu werben und/oder werben zu lassen, wenn dies geschieht

aa) wie in der Printwerbung gemäß Anlage K1

und/oder

bb) wie in der Plakatwerbung gemäß Anlage K2

und/oder

cc) wie in der auf der als Anlage K6 beigelegten CD gespeicherten Internetwerbung gemäß Anlage K3a und/oder Anlage

K3b und/oder Anlage K3c

und/oder

dd) wie in dem auf der als Anlage K6 beigefügten CD gespeicherten Werbespot, der durch die wesentlichen Sequenzen gemäß Anlage K4 gekennzeichnet ist und in dem folgender Text gesprochen wird:

„Hallo, auch in diesem Jahr gibt’s wieder einen Sieger.

Beim härtesten Festnetztest Deutschlands.

Wie sich die Zeiten ändern.

F DE“.

und/oder

b) mit der Angabe „Internet und Telefon im besten Netz gibt es schon ab 9.99“ zu werben und/oder werben zu lassen, wenn dies geschieht, wie in dem auf der als Anlage K6 beigefügten CD gespeicherten Werbespot, der durch die wesentlichen Sequenzen gemäß Anlage K5 gekennzeichnet ist und in dem folgender Text gesprochen wird:

„Übrigens

Internet und Telefon im besten Netz gibt es schon ab 9.99

Heute bestellt, morgen da.

F DE“

und/oder

c) mit der Angabe „Bei F gibt’s das beste Netz“ zu werben und/oder werben zu lassen, wenn dies geschieht, wie in der Anlage K3d

und/oder

d) mit der Angabe „Jetzt ins beste Netz wechseln“ zu werben und/oder werben zu lassen, wenn dies geschieht, wie in dem auf der als Anlage K6 beigelegten CD gespeicherten Internetwerbung, gemäß Anlage K3a und/oder Anlage K3b und/oder Anlage K3c;

und/oder

2.

a)

das Zeichen U zu benutzen und/oder benutzen zu lassen, wenn dies geschieht,

aa) wie in der Printwerbung gemäß Anlage K1

und/oder

bb) wie in der Plakatwerbung gemäß Anlage K2

und/oder

cc) wie in der auf der als Anlage K6 beigelegten CD gespeicherten Internetwerbung gemäß Anlage K3a und/oder K3b und/oder K3c

und/oder

dd) wie in dem auf der als Anlage K6 beigelegten CD gespeicherten Werbespot, der durch die wesentlichen Sequenzen gemäß Anlage K4 gekennzeichnet ist

und/oder

b) die Farbe Magenta zu benutzen, und/oder benutzen zu lassen, wenn dies geschieht,

aa) wie in der Printwerbung gemäß Anlage K1

und/oder

bb) wie in der Plakatwerbung gemäß Anlage K2

und/oder

cc) wie in der auf der als Anlage K6 beigefügten CD gespeicherten Internetwerbung gemäß Anlage K3a und/oder K3b und/oder K3c

und/oder

dd) wie in dem auf der als Anlage K6 beigefügten CD gespeicherten Werbespot, der durch die wesentlichen Sequenzen gemäß Anlage K4 gekennzeichnet ist

und/oder

c) das Zeichen F zu benutzen und/oder benutzen zu lassen, wenn dies geschieht,

aa) wie in der auf der als Anlage K6 beigefügten CD gespeicherten Internetwerbung gemäß Anlage K3a und/oder K3b und/oder K3c

und/oder

bb) wie in dem auf der als Anlage K6 beigefügten CD gespeicherten Werbespot, der durch die wesentlichen Sequenzen gemäß Anlage K4 gekennzeichnet ist

und/oder

d) das Zeichen N zu benutzen und/oder benutzen zu lassen, wenn dies geschieht,

aa) wie in der auf der als Anlage K6 beigefügten CD gespeicherten Internetwerbung gemäß Anlage K3a und/oder K3b und/oder K3c

und/oder

bb) wie in dem auf der als Anlage K6 beigefügten CD

gespeicherten Werbespot, der durch die wesentlichen Sequenzen gemäß Anlage K4 gekennzeichnet ist

und/oder

e) das Zeichen „Erleben was verbindet“ zu benutzen und/oder benutzen zu lassen, wenn dies geschieht,

aa) wie in der auf der als Anlage K6 beigefügten CD gespeicherten Internetwerbung gemäß Anlage K3a und/oder K3b und/oder K3c

und/oder

bb) wie in dem auf der als Anlage K6 beigefügten CD gespeicherten Werbespot, der durch die wesentlichen Sequenzen gemäß Anlage K4 gekennzeichnet ist.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Der Streitwert wird auf 500.000 € festgesetzt.

Gründe

I.

Die Parteien sind Wettbewerber auf dem Markt der Telekommunikationsdienstleistungen. Die Zeitschrift „D“ führt jährlich einen Breitband- und Festnetztest durch. In den Jahren bis einschließlich 2014 war die Antragstellerin jeweils als Sieger aus diesem Test hervorgegangen. Sieger des im Heft 8/2015 veröffentlichten Test wurde die Antragsgegnerin. Sie wurde in dem Testbericht als „Überraschungssieger“ bezeichnet. Im Rahmen des Tests aus dem Jahr 2016 wurde die Antragstellerin zum Sieger erklärt.

Für den im Jahr 2017 durchgeführten Test der Zeitschrift „D“ unterschied diese zwischen regionalen und überregionalen Anbieter und führte unterschiedliche Tests für unterschiedliche vom jeweiligen Kunden beauftragte

Maximalgeschwindigkeiten ein. Das insgesamt beste Ergebnis erreichte der regionale Festnetzanbieter M-Net aus München mit einer Gesamtpunktzahl von 439 Punkten, was einer Testnote „sehr gut“ entsprach. Von den bundesweiten Festnetzanbietern erzielte die Antragsgegnerin mit 428 Punkten (ebenfalls Testnote „sehr gut“) die höchste Gesamtpunktzahl und wurde Testsieger in diesem Bereich. Die Antragstellerin folgte mit einem Ergebnis von 420 Punkten (Testnote „gut“). Die restlichen Anbieter erzielten weniger Punkte. An die Antragsgegnerin wurde ein Siegel mit den Angaben „D Testsieger Festnetztest bundesweite Anbieter F Heft 8/2017“ vergeben. Auf den als Anlage eingereichten Testbericht wird wegen der weiteren Einzelheiten auch im Hinblick auf das Prüfverfahren Bezug genommen.

Die Antragsgegnerin schaltete daraufhin die aus den im Tenor des Beschlusses genannten Anlagen ersichtlichen Werbemaßnahmen.

Die Antragstellerin hat die Antragsgegnerin erfolglos abgemahnt.

Die Antragstellerin hat die Werbung der Antragsgegnerin mit der Aussage „Das beste Netz gibt's bei F“, „Internet und Telefon im besten Netz gibt es schon ab 9.99“, „Bei F gibt's das beste Netz“, „Jetzt ins beste Netz wechseln“ als irreführend angegriffen. Darüber hinaus ist sie der Auffassung gewesen, die Verwendung der zugunsten der U AG unstreitig geschützten Marken, hinsichtlich derer die Antragstellerin zur Geltendmachung ermächtigt wurde, sei unzulässig.

Die Antragstellerin hat beantragt, wie erkannt.

Die Antragsgegnerin hat die Zurückweisung des Antrages beantragt.

Die Antragsgegnerin hat angenommen, die Werbung sei nicht unlauter. Insbesondere ergebe sich aus dem Test der Zeitschrift „D“, dass der Test das beste Netz ermittelt habe.

Daher dürfe die Antragsgegnerin mit dieser Aussage werben.

Das Landgericht hat den Antrag mit Beschluss vom 18.08.2017 zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluss wendet sich die Antragsgegnerin mit ihrer sofortigen Beschwerde vom 22.08.2017, der das Landgericht nicht abgeholfen hat.

Die Antragstellerin beantragt,

wie erkannt.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

II.

Die nach § 567 Abs. 1 Nr. 2, § 569 ZPO zulässige, insbesondere fristgerecht eingelegte sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Landgerichts Köln vom 18.08.2017, mit dem das Landgericht Köln ihren Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zurückgewiesen hat, hat in der Sache Erfolg und führt zum Erlass der beantragten einstweiligen Verfügung.

1. Ein Unterlassungsanspruch der nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG klagebefugten sowie anspruchsberechtigten Antragstellerin ergibt sich hinsichtlich der Klageantrages Ziffer 1 aus § 8 Abs. 1, § 3 Abs. 1, § 5 Abs. 1 Nr. 1 UWG.

a) Eine geschäftliche Handlung ist gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Nr. 1 UWG irreführend, wenn sie zur Täuschung geeignete Angaben über wesentliche Merkmale der Ware enthält. Dazu gehören auch die Ergebnisse von Warentests. Für die Beurteilung, ob eine geschäftliche Handlung irreführend ist, kommt es darauf an, welchen Gesamteindruck sie bei den maßgeblichen Verkehrskreisen hervorruft. Sie ist irreführend, wenn das Verständnis, das sie bei den angesprochenen Verkehrskreisen erweckt, mit den tatsächlichen Verhältnissen nicht übereinstimmt (vgl. BGH, Urteil vom 05.02.2015 – I ZR

136/13, GRUR 2015, 906 – TIP der Woche, mwN).

b) Die Frage, ob eine Angabe irreführend ist, richtet sich nach dem Verständnis des situationsadäquat aufmerksamen, durchschnittlich informierten und verständigen Mitglied des angesprochenen Verkehrskreises (BGH, Urteil vom 02.10.2003 – I ZR 150/01, BGHZ 156, 250 – Marktführerschaft; Urteil vom 07.07.2005 – I ZR 253/02, GRUR 2005, 877 – Werbung mit Testergebnis). Dabei muss sich die Irreführungsgefahr nicht bei der Gesamtheit des Verkehrs realisieren. Ausreichende, aber zugleich notwendige Voraussetzung ist vielmehr der Eintritt der Gefahr der Irreführung bei einem erheblichen Teil des von der Werbeaussage angesprochenen Verkehrskreises. Das ist im Wege einer Prognoseentscheidung anhand der normativ zu bewertenden Umstände des Einzelfalls zu beurteilen (vgl. BGH, Urteil vom 08.03.2012 – I ZR 202/10, GRUR 2012, 1053 – Marktführer Sport, mwN).

Vor diesem Hintergrund kommt es bei der Frage, ob eine Angabe irreführend ist, nicht auf den objektiven Wortsinn und auch nicht darauf an, wie der Werbende seine Aussage über die Ware verstanden wissen will (vgl. Bornkamm/Feddersen in Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl., § 5 Rn. 1.57, mwN).

Adressaten der streitgegenständlichen Werbung sind (potentielle) Kunden eines Telekommunikationsunternehmens, die einen Telefonanschluss nebst zugehörigem Internetzugang nutzen möchten. Zu diesen Verkehrskreisen gehören auch die Mitglieder des zur Entscheidung berufene Senats, so dass der Senat die Verkehrsauffassung selbst beurteilen kann (vgl. BGH, GRUR 2012, 1053 – Marktführer Sport).

Bei der Frage, wie die angesprochenen Verkehrskreise eine Aussage verstehen, ist davon auszugehen, dass der Werbende im Fall der Mehrdeutigkeit seiner Werbeaussage die verschiedenen Bedeutungen gegen sich gelten lassen muss (vgl. BGH, Urteil vom vgl. BGH, Urteil vom 08.03.2012, GRUR 2012, 1053 – Marktführer Sport; Urteil vom 15.09.1999 – I ZR 131/97, GRUR

2000, 436, 438 – Ehemalige Herstellerpreisempfehlung; Bornkamm/Feddersen in Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl., § 5 Rn. 1.108 mwN).

Nach diesen Grundsätzen liegt in der Angabe, bei der Antragsgegnerin gebe es das beste Netz zumindest eine mehrdeutige Aussage vor. Diese kann im Rahmen des Gesamtkontextes auch dahin verstanden werden, dass die Antragsgegnerin selbst Inhaberin eines eigenen, vom Netz der Antragstellerin und anderen Anbietern im Wesentlichen unabhängigen Netzes ist.

Der Senat hat bislang offengelassen, ob vergleichbare Werbeaussagen der Antragsgegnerin irreführend sind, weil die Antragsgegnerin nicht über ein eigenes Netz verfügt (vgl. Urteil vom 03.02.2017, 6 U 115/16). Der Senat geht allerdings davon aus, dass die Aussage jedenfalls im Rahmen der konkret angegriffenen Werbemaßnahmen irreführend ist.

Die konkret angegriffenen Werbehandlungen greifen jeweils eine vermeintliche Werbung der Antragstellerin auf und überdecken diese, wobei auf das beste Netz hingewiesen wird. Damit wird ein Vergleich der Leistungen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin vorgenommen, der von den angesprochenen Verkehrskreisen dahin verstanden werden kann, dass die Leistungen der Antragsgegnerin bezogen auf das Netz diejenigen der Antragstellerin übertreffen. Gerade im Rahmen des Vergleiches kann die Aussage daher so verstanden werden, dass die Antragsgegnerin über ein eigenes Netz verfügt. Denn der angesprochene Verkehr kann die Aussage dahin verstehen, dass es bereits im Rahmen der Netze der Beteiligten wesentliche Unterschiede gibt.

Hiergegen spricht nicht der Wortlaut, bei der Antragsgegnerin gebe es das beste Netz. Denn der Verkehr wird den Begriff dahin verstehen, dass die Antragsgegnerin selbst über das beste Netz verfüge, was sie zu anderen Anbietern abgrenzt. Eine solche Abgrenzung kommt tatsächlich jedoch nicht in

Betracht, wenn die Antragstellerin letztlich wesentlich auf die Netze anderer Anbieter, auch der Antragstellerin, zurückgreift und diese nutzt.

Die Aussage ist auch nicht als Testsiegerwerbung zulässig. Denn der Test hat festgestellt, welcher Anbieter unter Berücksichtigung der festgelegten Kriterien insgesamt nach Auffassung der Zeitschrift die besten Leistungen für ihre Kunden im Rahmen der jeweiligen Verträge und insbesondere vertraglich festgelegten Geschwindigkeiten erbringt. Der Test hat – wie die Zeitschrift umfassend selbst erläutert, indem auch dargestellt wird, welche Netzstruktur die Antragsgegnerin nutzt – folglich letztlich keinen Test des Netzes als solches durchgeführt. Auch wenn die Zeitschrift „D“ den Test als Festnetztest bezeichnet, sollten die Gesamtleistungen, die der Kunde unter Berücksichtigung der Hardware pp. letztlich erhält, auf Basis des jeweils abgeschlossenen Vertrages verglichen werden. Diesen Vergleich hat die Zeitschrift „D“ als „Festnetztest“ bezeichnet und im Rahmen des Tests auch im Einzelnen erläutert.

Wenn die Antragsgegnerin nunmehr nicht mit dem Testsieg des Tests der Zeitschrift „D“ als solchem wirbt, sondern – unter Berufung auf diesen Test – die Aussage trifft, über das beste Netz zu verfügen, ohne dass die Erläuterungen vom Inhalt des Tests deutlich werden, so liegt keine Werbung mit einem Testsieg vor, die im Grundsatz zulässig wäre. Vielmehr stellt die Antragsgegnerin eine eigene Aussage dar, die jedenfalls mehrdeutig ist und die – wie dargelegt – von wesentlichen Teilen des angesprochenen Verkehrs missverstanden werden kann.

2. Der Antrag Ziffer 2 ist ebenfalls begründet. Die Antragstellerin kann von der Antragsgegnerin Unterlassung der beanstandeten Werbung gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 5 MarkenG verlangen, wobei die Antragstellerin aufgrund der Ermächtigung der Deutschen U AG als Lizenznehmerin zur Rechtsverfolgung autorisiert worden ist.

a) Der Inhaber einer eingetragenen Marke ist zwar nicht berechtigt, einem Dritten die Benutzung eines mit seiner Marke identischen oder ihr ähnlichen Zeichens in einer zulässigen vergleichenden Werbung zu verbieten, wenn diese die in Art. 4 der Richtlinie 2006/114/EG genannten Zulässigkeitsbedingungen erfüllt (BGH, Urteil vom 01.10.2009 – I ZR 134/07, GRUR 2010, 161 Rn. 35 – Gib mal Zeitung; Urteil vom 02.04.2015 – I ZR 167/13, GRUR 2015, 1136 Rn. 16 – Staubsaugerbeutel im Internet). Dies gilt auch für bekannte Marken (BGH, GRUR 2010, 161 Rn. 35 – Gib mal Zeitung).

Ob diese Voraussetzungen im vorliegenden Fall erfüllt sind und ein Verstoß gegen die in § 6 Abs. 2 UWG enthaltenen Zulässigkeitsbedingungen vergleichender Werbung erfolgt ist, kann offenbleiben. Art. 4 lit. a) der Richtlinie 2006/114/EG enthält nämlich als weitere Bedingung zulässiger vergleichender Werbung die Bestimmung, dass die Werbung nicht irreführend (unter anderem) im Sinne der Art. 6 und 7 der Richtlinie 2005/29/EG ist, wobei diese Einschränkung in § 6 Abs. 2 UWG keinen Niederschlag gefunden hat. In richtlinienkonformer Anwendung des deutschen Rechts ist es aber dahingehend auszulegen, dass auch eine irreführende (da inhaltlich unzutreffende) vergleichende Werbung unzulässig ist (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm aaO, § 6 Rn. 23).

Eine entsprechende Irreführung liegt – wie hinsichtlich des Klageantrages Ziffer 1 dargelegt – vor. Die Antragstellerin muss eine Beeinträchtigung ihrer Marke nur dann hinnehmen, wenn diese durch die Verwendung der Marke in einer zulässigen vergleichenden Werbung gerechtfertigt ist. Genügt die Werbung nicht den Anforderungen zulässiger vergleichender Werbung unter Einschluss des Art. 4 lit. a) der Richtlinie 2006/114/EG, so entfällt diese Rechtfertigung.

b) Eine zeichenmäßige Benutzung der Marke der Antragstellerin in der beanstandeten Anzeige ist anzunehmen. Die Benutzung eines mit der Marke eines Mitbewerbers identischen oder ihr ähnlichen Zeichens durch einen Werbenden in einer

vergleichenden Werbung zu dem Zweck, die von ihm angebotenen Waren oder Dienstleistungen zu identifizieren, ist als eine Benutzung im Sinn von Art. 5 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2008/95/EG für die eigenen Waren und Dienstleistungen des Werbenden anzusehen. Eine solche Benutzung kann daher gegebenenfalls gemäß diesen Bestimmungen verboten werden (EuGH, Urteil vom 12.06.2008 – C-533/06, GRUR 2008, 698 Rn. 36 f. – 02 und 02 (UK)/H3G; Urteil vom 18.06.2009 – C-487/07, GRUR 2009, 756 Rn. 53 – L'Oréal/Bellure, beide noch zu Art. 5 der Richtlinie 89/104/EWG).

c) Die Antragsgegnerin hat hinsichtlich aller von der Antragstellerin geltend gemachter Marken jeweils ein mit den Marken der Antragstellerin identisches Zeichen in den beanstandeten Werbemaßnahmen verwendet und damit Telekommunikationsleistungen beworben, wie sie auch von der Antragstellerin unter dieser Marke angeboten werden. Durch die konkrete Ausgestaltung der Werbung wird der Eindruck erweckt, das Produkt der Antragsgegnerin sei hinsichtlich einer zentralen Eigenschaft – des Netzes – dem unter den Marken der Antragstellerin vertriebenen Produkt überlegen. Hierin liegt eine Beeinträchtigung der Werbefunktion der Marken der Antragstellerin.

d) Ob daneben auch ein Verstoß gegen § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG vorliegt, braucht daher nicht mehr geprüft zu werden

e) Dementsprechend waren die beanstandeten Werbemaßnahmen auf der Grundlage markenrechtlichen Anspruchs entsprechend dem Antrag zu 2 zu untersagen.

[zahlreiche Abbildungen]