

Werbung mit Testergebnis muss konkreten Quellen-Hinweis enthalten

Oberlandesgericht Köln

Urteil vom 07.04.2017

Az.: 6 U 135/16

Tenor

Auf die Berufung der Antragsgegnerin wird das am 29.06.2016 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln – 84 0 65/16 unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen abgeändert und insgesamt wie folgt neugefasst:

Der Beschluss des Landgerichts Köln vom 12.04.2016, Az. 84 0 65/16, wird hinsichtlich der Ziffern 3, 6 und 7 aufgehoben und der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung insoweit zurückgewiesen.

Im Übrigen wird die einstweilige Verfügung des Landgerichts Köln vom 12.04.2016, Az. 84 0 65/16 bestätigt.

Die Kosten des Verfahrens tragen die Antragstellerin und 6/7 und die Antragsgegnerin zu 1/7.

Entscheidungsgründe

I.

Die Parteien sind Wettbewerber auf dem Markt der Telekommunikationsdienstleistungen.

Die Zeitschrift „Q-Magazin“ ließ durch die Firma X GmbH eine Kundenumfrage durchführen, in deren Rahmen die Befragten Stellung zu den Leistungen ihres Telefon- und Internetdienstleisters nehmen sollten. Die Zeitschrift „Q Magazin“ hat der Antragsgegnerin die Auszeichnung „Bester Internet-Provider 2016“ verliehen und ihr auch ein entsprechendes Logo zur Nutzung auch in der Werbung zur Verfügung gestellt. Das Ergebnis der Befragung ist in der Ausgabe des „Q Magazin“ 04/2016 veröffentlicht.

Diese Veröffentlichung hat die Antragsgegnerin zum Anlass genommen, die aus der einstweiligen Verfügung des Landgerichts Köln vom 12.04.2016 ersichtliche Werbung zu schalten.

Die Antragstellerin hat die angegriffene Werbung hinsichtlich der Anträge Ziffern 1 bis 4, 6 und 7 der Antragsgegnerin für irreführend gehalten. Der Antrag Ziffer 5 sei begründet, weil die Fundstelle des für die Werbung genutzten Testergebnisses nicht ersichtlich sei.

Auf Antrag der Antragstellerin hat das Landgericht, 4. Kammer für Handelssachen, der Antragsgegnerin mit Beschluss vom 12.04.2016 bei Meidung der üblichen Ordnungsmittel untersagt, geschäftlich handelnd,

1.
mit der Aussage „Jetzt zum Besten wechseln“ zu werben und/oder werben zu lassen,

– wenn dies geschieht wie in Anlage K2 und /oder Anlage K4;

und/oder

2.
mit der Aussage „Wechseln Sie jetzt zum besten Anbieter“ zu werben und/oder werben zu lassen

– wenn dies geschieht wie in Anlage K5;

und/oder

3.

mit der Aussage „X&X ist bester Internetprovider“ zu werden und/oder werben zu lassen

– wenn dies geschieht wie in Anlage K6;

4.

mit nachstehend eingeblendeten Logo zu werben und/oder werben zu lassen:

Hinsichtlich des Logos wird Bezug genommen auf das Urteil Bl.

wenn dies geschieht wie Anlage K2 und/oder Anlage K3 und/oder Anlage K4 und/oder Anlage K5 und/oder Anlage K6 und/oder Anlage K7 und /oder Anlage K8 und/oder Anlage K11;

und/oder

5.

mit einem Untersuchungsergebnis zu werben und/oder werben zu lassen, ohne die Fundstelle der Veröffentlichung der zugrundeliegenden Untersuchung anzugeben

– wenn dies geschieht wie Anlage K2 und/oder Anlage K3 und/oder Anlage K4 und/oder Anlage K5 und/oder Anlage K6 und/oder Anlage K7;

und/oder

6.

mit der Aussage zu werben und/oder werben zu lassen:

„Der DSL-Anbieter gewinnt das Rennen mit deutlichem Abstand als der beste und zuverlässigste Anbieter von Internet- und

Festnetzanschlüssen“

– wenn dies geschieht wie in Anlage K6 und/oder Anlage K11
und/oder

7.

mit der Aussage zu werben und/oder werben zu lassen:

„Bestes Leistungspaket und beste Preise!“

– wenn dies geschieht wie in Anlage K7.

Dabei hat das Landgericht auf die im Rahmen des Tenors genannten Anlagen, die fest mit dem Beschluss verbunden sind, Bezug genommen. Auf diese Anlagen wird ebenfalls Bezug genommen.

Nach Widerspruch hat die Antragstellerin beantragt, die einstweilige Verfügung zu bestätigen.

Die Antragsgegnerin hat beantragt, die einstweilige Verfügung der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln vom 12.04.2016 aufzuheben und den auf ihren Erlass gerichteten Antrag zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin hat die Ansicht vertreten, es handele sich bei den Aussagen, die den Anträgen 1 bis 4, 6 und 7 zugrunde lagen, um eine zulässige Werbung mit einem Testsieg. Der Antrag Ziffer 5 sei begründet, weil ein Hinweis auf eine Fundstelle erforderlich, aber unterblieben sei.

Das Landgericht hat die einstweilige Verfügung durch Urteil, auf das Bezug genommen wird, bestätigt.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Antragsgegnerin mit ihrer Berufung. Die Antragstellerin habe die Vermutung der Dringlichkeit (§ 12 Abs. 2 UWG) selbst widerlegt. Denn die Antragstellerin habe die erlassene einstweilige Verfügung nicht ausgenutzt, weil sie erst am 15.07.2016 und somit nach

Abschluss des Widerspruchsverfahrens einen Antrag auf Verhängung von Ordnungsmitteln gestellt habe, obwohl sie darin angebliche Verstöße der Antragsgegnerin gegen die einstweilige Verfügung vom 21.04.2016, 25.04.2016 und zahlreiche weitere Verstöße rüge. Die Antragstellerin habe daher mehr als drei Monate zugewartet und von der einstweiligen Verfügung keinen Gebrauch gemacht. Damit habe sie die Dringlichkeit selbst widerlegt.

Aufgrund des Zuwartens bis zur Einleitung eines Ordnungsmittelverfahrens sei das Verhalten der Antragstellerin jedenfalls rechtsmissbräuchlich.

In der Sache sei die einstweilige Verfügung ebenfalls zu Unrecht ergangen. Hinsichtlich des Tenors Ziffer 5 weiche das Landgericht von den Vorgaben des EuGH ab. Denn es genüge die Überprüfbarkeit der Aussage. Auch sei der Hinweis auf das „Q Magazin“ ausreichend, weil mit dieser Angabe der Text sofort im Internet habe aufgefunden werden können.

Der Prozessbevollmächtigte der Antragstellerin hat im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Oberlandesgericht Köln den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung hinsichtlich der Ziffern 1, 2 und 4 des Antrages zurückgenommen.

Die Antragsgegnerin beantragt nunmehr, soweit der Verfügungsantrag nicht zuvor teilweise zurückgenommen worden ist,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Köln vom 29.06.2016, Az.: 84 O 65/16 den Beschluss des Landgerichts Köln gleichen Aktenzeichens vom 12.04.2016 aufzuheben und den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Die Antragstellerin beantragt, soweit sie den Verfügungsantrag nicht teilweise zurückgenommen hat,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Antragstellerin ist der Auffassung, die Dringlichkeit sei nicht widerlegt. Jedenfalls komme eine Widerlegung nur in Betracht, soweit die Antragsgegnerin gegen die einstweilige Verfügung verstoßen habe. Verstöße lägen nur vor, soweit der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung nicht zurückgenommen worden sei, nachdem der Ordnungsgeldantrag sich lediglich auf die Ziffer 1, 2 und 4 der einstweiligen Verfügung bezöge.

In dem Zuwarten könne ein Verzicht auf die Vollstreckung nicht gesehen werden. Vor diesem Hintergrund liege auch kein Rechtsmissbrauch vor. Im Übrigen verteidigt die Antragstellerin das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrages.

II.

Die zulässige Berufung der Antragsgegnerin hat in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg und führt insoweit zur Aufhebung des Urteils des Landgerichts sowie des Beschlusses des Landgerichts vom 12.04.2016 und zur Zurückweisung des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, weil ein Verfügungsgrund hinsichtlich der Anträge 3, 6 und 7 nicht (mehr) besteht. Im Übrigen (Antrag Ziffer 5) hat das Landgericht die einstweilige Verfügung mit Recht bestätigt.

1. Die einstweilige Verfügung ist aufzuheben, soweit die Antragsgegnerin mit den Anträgen Ziffern 3, 6 und 7 zur Unterlassung verpflichtet worden ist, weil die Antragstellerin durch ihr Verhalten die Dringlichkeit hinsichtlich dieser Anträge, die im Grundsatz gemäß § 12 Abs. 2 UWG vermutet wird, selbst widerlegt hat und daher kein Verfügungsgrund vorliegt.

a) Im Grundsatz ist anerkannt, dass die Dringlichkeit verloren geht, wenn der Antragsteller mit der Rechtsverfolgung zu lange zuwartet oder das Verfahren schleppend betreibt (vgl. Feddersen in Teplitzky, Wettbewerbliche Ansprüche und Verfahren, 11. Aufl., Kap. 54 Rn. 24, mwN). Die Notwendigkeit,

ein begonnenes Verfahren zügig zu betreiben, besteht – nach Sinn und Zweck der Dringlichkeit – allerdings nur so lange fort, bis der Antragsteller im Besitz eines vollstreckbaren Verfügungstitels ist, von dem er Gebrauch machen kann und auch unverzüglich Gebrauch macht. Verzichtete er ohne einleuchtenden Grund auf die Vollstreckung, so geht die Dringlichkeit nachträglich verloren (vgl. Feddersen in Teplitzky aaO, Kap. 54 Rn. 24a, mwN).

Die einstweilige Verfügung muss gemäß §§ 936, 929 Abs. 2 ZPO binnen eines Monats vollzogen werden. Dabei kann die Vollziehung durch jede Maßnahme der Zwangsvollstreckung erfolgen (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl., § 12 Rn. 3.61; Feddersen in Teplitzky aaO, Kap. 55 Rn. 40, 41). Für die Vollziehung kann, um eine solche auch bei Wohlverhalten des Schuldners zu ermöglichen, eine Zustellung im Parteiwege ausreichen (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm aaO, § 12 Rn. 3.62; Feddersen in Teplitzky aaO, Kap. 55 Rn. 41 mwN). Durch die Vollziehung soll sichergestellt werden, dass die Vollstreckung nicht nach längerer Zeit und unter veränderten Umständen möglich ist (vgl. BGH, Urteil vom 13.04.1989 – IX ZR 148/88, WRP 1989, 514). In diesem Fall wirkt die einstweilige Verfügung auch über die Monatsfrist hinaus.

b) Vorliegend hat die Antragstellerin die mit Beschluss vom 12.04.2016 erlassene einstweilige Verfügung am 19.04.2016 im Parteibetrieb zugestellt, so dass die Vollziehungsfrist im Grundsatz gewahrt ist. Allerdings will die Antragstellerin bereits am 21.04.2016 einen Verstoß gegen die einstweilige Verfügung festgestellt haben. Sie will zahlreiche weitere Verstöße in der Zeit bis zur Verkündung des Urteils erster Instanz festgestellt haben. Einen Ordnungsmittelantrag hat die Antragstellerin jedoch erst am 15.07.2016 gestellt, nachdem mehr als drei Monate seit Erlass der einstweiligen Verfügung und nahezu drei Monate seit der ersten Feststellung eines vermeintlichen Verstoßes vergangen waren.

c) Damit hat die Antragstellerin die Vermutung der

Dringlichkeit des § 12 Abs. 2 UWG selbst widerlegt. Wie dargelegt kann von einer Selbstwiderlegung der Dringlichkeit auszugehen sein, wenn die Vollstreckung nicht zeitnah betrieben wurde. Hier ist die einstweilige Verfügung zwar vollzogen worden, indem eine Zustellung im Parteibetrieb erfolgt ist. Diese Vollziehung ersetzt aber letztlich lediglich die Maßnahmen der Zwangsvollstreckung für den Fall, dass eine Zuwiderhandlung nicht erfolgt. Erfolgt die Zuwiderhandlung, muss auch zeitnah nach dieser ein Ordnungsmittelverfahren eingeleitet werden. Denn anderenfalls macht die Antragstellerin durch ihr Verhalten deutlich, dass die Sache nicht eilig durchgesetzt werden sollte. Die Frist von fast drei Monaten stellt eine Überschreitung der Überlegungsfrist dar, die der Antragstellerin einzuräumen ist.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin kommt es dabei nicht darauf an, ob diese überhaupt aus der Verfügung vorgehen möchte oder dies nicht beabsichtigt. Hiergegen spricht insbesondere nicht, dass die Frist der Vollstreckungsverjährung gemäß Art. 9 Abs. 1 S. 2 EGStGB zwei Jahre beträgt. Denn die Verjährung steht – anders als die Erforderlichkeit, die Verfügung zu vollstrecken – nicht in einem Zusammenhang mit der Dringlichkeit. Vielmehr gilt die Verjährung für die Zuwiderhandlung unabhängig davon, ob diese einen Verstoß gegen eine Verfügung oder einen vollstreckbaren Titel nach Hauptsacheverfahren darstellt.

Soweit das Ordnungsmittelverfahren selbst kein Eilverfahren ist – insoweit ist beispielsweise der Vollbeweis zu erbringen, wenn die Verletzungshandlung streitig ist – führt dies zu keinem anderen Ergebnis. Denn der Antragsteller muss im Rahmen des gesamten Verfahrens zu erkennen geben, dass für ihn die zeitnahe Beendigung der beanstandeten Handlung von Bedeutung ist.

Soweit die Antragstellerin und die Antragsgegnerin zahlreiche obergerichtliche Entscheidungen (OLG Dresden, Urteil vom 29.09.1998 – 14 U 433/98, OLGR 1999, 35; OLG Frankfurt, Urteil

vom 25.03.2010 – 6 U 219/09, ZLR 2010, 458; KG, Urteil vom 11.05.2010 – 5 U 64/09, Magazindienst 2010, 951; KG, Urteil vom 08.04.2011 – 5 U 140/10, juris; KG, Urteil vom 17.10.2014 – 5 U 63/14, GRUR-RR 2015, 181) zitieren, bestätigen diese die Auffassung des Senats. Zwar war in diesen Entscheidungen nicht fraglich, ob das Unterlassen eines Ordnungsgeldantrages über einen erheblichen Zeitraum dringlichkeitsschädlich ist. Allerdings kommt in den Entscheidungen zum Ausdruck, dass im Grundsatz auch das Verhalten nach Erlass und Zustellung der einstweiligen Verfügung zu berücksichtigen ist.

Etwas anderes ergibt sich nicht daraus, dass die Antragstellerin lediglich Verstöße gegen die Ziffer 1, 2 und 4 der einstweiligen Verfügung des Landgerichts festgestellt und letztlich zum Gegenstand ihres Ordnungsmittelantrages gemacht hat. Denn durch die Nichtvollstreckung hat die Antragstellerin auch hinsichtlich der übrigen Anträge – mit Ausnahme des Antrages Ziffer 5 – gezeigt, dass eine Dringlichkeit nicht vorliegt.

Die Dringlichkeit für den Erlass einer einstweiligen Verfügung fehlt, wenn der Verletzte gegen einen früheren Verstoß nicht vorgegangen ist, auch für einen neuerlichen Verstoß, jedenfalls wenn die Qualität der Verletzungshandlung vergleichbar ist (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm aaO, § 12 Rn. 3.19; Feddersen in Teplitzky aaO, Kap. 54 Rn. 24, jeweils mwN). Dies beruht auf der Erwägung, dass der Anspruchsinhaber durch die Nichtgeltendmachung seiner (vergleichbaren) Ansprüche im Rahmen eines Eilverfahrens gezeigt hat, dass ein besonderes Eilbedürfnis nicht vorliegt.

So liegt der Fall auch hier. Denn die Antragstellerin ist – wie dargelegt – nicht gegen die Verstöße gegen die einstweilige Verfügung (Ziffern 1, 2 und 4) vorgegangen. Diese Verstöße sind indes inhaltlich und von der Qualität vergleichbar mit den Verstößen, die dem Erlass der einstweiligen Verfügung zugrundelagen und zu dem Verbot unter den weiteren Ziffern geführt haben. Entsprechend der Anträge

hat das Landgericht der Antragsgegnerin jeweils im Rahmen unterschiedlicher konkreter Verletzungshandlungen untersagt, sich auf der Grundlage des Q Magazin als „bester Internet-Provider“ zu bezeichnen.

d) Nach den vorstehend dargelegten Grundsätzen ist die Dringlichkeit indes für den Antrag Ziffer 5 nicht widerlegt. Denn Gegenstand des Unterlassungsanspruchs Ziffer 5 ist allein die Frage, ob die Antragsgegnerin die Fundstelle der Veröffentlichung des Testergebnisses angeben musste und hinreichend angab. Insoweit handelt es sich um eine andere Verletzungshandlung, die mit den Verletzungshandlungen in den Ziffern 1 bis 4 sowie 6 und 7 nicht vergleichbar ist.

Verstöße gegen Ziffer 5 der Unterlassungsverfügung sind weder dargelegt, noch sonst ersichtlich. Aus dem Antrag auf Ordnungsgeld der Antragstellerin, den die Antragsgegnerin vorgelegt hat, ergibt sich vielmehr, dass die Antragsgegnerin insoweit nicht gegen die einstweilige Verfügung verstoßen hat, sondern die Fundstelle nunmehr nannte.

Da eine Vollstreckungsmaßnahme der Antragstellerin auch hinsichtlich vergleichbarer Verstöße nicht möglich gewesen ist, konnte die Vermutung der Dringlichkeit hinsichtlich des Antrages Ziffer 5 nicht entfallen.

2. Hinsichtlich des Antrages Ziffer 5 besteht auch ein Verfügungsanspruch, wie das Landgericht mit Recht und mit zutreffender Begründung, auf die Bezug genommen wird, angenommen hat.

Denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteil vom 16.07.2009 – I ZR 50/07, GRUR 2010, 248 – Kamerakauf im Internet), der sich der Senat anschließt, ist erforderlich, dass bei einer Werbung für ein Produkt mit einem Testergebnis im Internet die Fundstelle entweder bereits deutlich auf der ersten Bildschirmseite dieser Werbung angegeben wird oder jedenfalls ein deutlicher Sternchenhinweis

den Verbraucher ohne weiteres zu der Fundstellenangabe führt. Für die Gestaltung dieses Hinweises gelten dieselben Grundsätze, wie sie der Senat zu § 1 Abs. 6 PAngV entwickelt hat (BGH, GRUR 2010, 248 – Kamerakauf im Internet).

Im vorliegenden Fall muss damit eine leichte Erreichbarkeit zur Fundstelle führen. Die Bezeichnung „Q Magazin“ ohne weitere Angabe des Erscheinungsjahres oder der Ausgabe ist hierfür nicht ausreichend. Denn eine Überprüfbarkeit der Testsiegerwerbung und damit auch die Möglichkeit für den Verbraucher, selbst festzustellen, was Inhalt des Tests war, sind nur dann anzunehmen, wenn der Verbraucher ohne weitere Zwischenschritte zu der Fundstelle gelangen kann. Ihm soll die Suche nach der Fundstelle erspart bleiben. Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, wenn der Verbraucher mithilfe einer Onlinesuche über eine gängige Suchmaschine die Fundstelle selbst einfach ermitteln kann. Hier wird vorausgesetzt, dass der Verbraucher eine Suchmaschine verwendet. Auch muss der Verbraucher sich für die passenden Suchbegriffe entscheiden und diese sodann eingeben. Es kommt hinzu, dass nicht lediglich ein Ergebnis präsentiert wird und der Verbraucher sich entscheiden muss, welches der Ergebnisse am ehesten zu seiner tatsächlichen Suche passt und dieses aufrufen. Diese Anzahl der vom Verbraucher vorzunehmenden Zwischenschritte soll aber gerade vermieden werden.

3. Die Kostenentscheidung folgt auf §§ 91, 97 ZPO. Das Urteil ist mit seiner Verkündung rechtskräftig.⁴

4. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird wie folgt festgesetzt:

bis zum 17.03.2017: 125.000 €,

danach: bis 80.000 €