



HANSEATISCHES OBERLANDESGERICHT
URTEIL IM NAMEN DES VOLKES

Geschäftszeichen:
5 U 53/08,
407 O 274/07

Verkündet am:
11. November 2009
S
als Urkundsbeamtin der
Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

...

- Klägerin und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte: ...

g e g e n

...

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte: ...

hat das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg, 5. Zivilsenat, durch die Richter

B R Dr. K

nach der am 28 Oktober 2009 geschlossenen mündlichen Verhandlung für Recht
erkannt:

Auf die Berufung der Antragsgegnerin wird das Urteil des Landgerichts Hamburg, Kammer 7 für Handelssachen, vom 29.01.2008 abgeändert.

Die einstweilige Verfügung vom 18.10.2007 wird unter Zurückweisung des auf ihren Erlass gerichteten Antrags aufgehoben.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen.

Gründe

Die Parteien sind Wettbewerber bei dem Angebot von Telekommunikationsdienstleistungen. Die Antragsgegnerin - die als Kabelfernsehanbieter bekannt geworden ist - realisiert auch ihre Telekommunikationsdienstleistungen unter anderem über Fernsehkabel. Sie ist mit ihrem Angebot in weiten Teilen Deutschlands, allerdings nicht bundesweit vertreten (Anlage K 1).

Unter der Bezeichnung „X“ bietet die Antragsgegnerin ein Leistungspaket an, das neben einem Internet-Zugang auch einen Telefonanschluss sowie entsprechende Flatrates zu einem Preis von € 29,90 pro Monat enthält (Anlage K 2). Sofern der Kunde daneben auch Fernsehdienstleistungen der Antragsgegnerin in Anspruch nehmen möchte, entstehen hierfür zusätzliche Kosten (Anlage K 3), die nicht im Angebot „X“ enthalten sind.

In der Zeitung „S“ vom 30.09.2007 bewarb die Antragsgegnerin das Produkt „X“ unter Herausstellung des Prädikats „Erster!“ in folgender Weise (Anlage K 4):

Erster!

Paket mit bis zu 10 Mbit/s

29,90

bis zu 4 Mbit/s 34,90 €

bis zu 6 Mbit/s 39,95 €

bis zu 8 Mbit/s 39,98 €

bis zu 6 Mbit/s 42,34 € inkl. T-Home-Angebotsbuch für 16,37 €

bis zu 6 Mbit/s 44,95 €

Legende

Internet-Flatrate

Telefon

Die Angebote sind mit Einschränkungen verbunden. Bitte lesen Sie die Allgemeinen Geschäftsbedingungen sorgfältig durch. Die Preise sind in Euro angegeben und verstehen sich inkl. gesetzlicher Steuern. Die Preise sind in Euro angegeben und verstehen sich inkl. gesetzlicher Steuern. Die Preise sind in Euro angegeben und verstehen sich inkl. gesetzlicher Steuern.



Internet-Flat mit bis zu 10 Mbit/s



Ein Leben lang gratis* telefonieren

DAS FACHSCHWERT FÜR TELEKOMMUNIKATION

Telefon für das aktive Alter werden

Gründlich und kompetent. Ihr Ansprechpartner für alle Fragen zum Thema Telekommunikation.

27757 Brühl, Tel. 0224 172 166 66

Ihr Kabelanschluss für Fernsehen, Internet und Telefon.

*Bedingung: Abschluss bei Buchung von Paket Connext bis zum 31.12.2007 und Vorliegen der notwendigen Voraussetzungen für den Anschluss an das Festnetz. Die Preise sind in Euro angegeben und verstehen sich inkl. gesetzlicher Steuern. Die Preise sind in Euro angegeben und verstehen sich inkl. gesetzlicher Steuern. Die Preise sind in Euro angegeben und verstehen sich inkl. gesetzlicher Steuern.

Dieses Verhalten beanstandet die Antragstellerin als irreführende Werbung und damit als wettbewerbswidrig.

Die Antragstellerin mahnte die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 08.10.2007 wegen des von ihr gerügten Wettbewerbsverstößes ab und forderte sie zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung auf (Anlage K 10) auf.. Die Antragsgegnerin ließ diese Aufforderung mit Schreiben vom 10.10.2007 zurückweisen (Anlage K 11).

Die Antragstellerin hat vorgetragen,

die Antragsgegnerin nehme zu Unrecht eine umfassende preisliche und leistungsbezogene Alleinstellung für sich in Anspruch. Die Angabe „Erster!“ beziehe der Verkehr nicht auf bestimmte Anbieter und deren Produkte, sondern uneingeschränkt auf alle vergleichbaren Angebote, die auf dem Markt erhältlich seien. Tatsächlich hielten alle größeren Telekommunikationsanbieter entsprechende Tarife bzw. Paketangebote vor (Anlagen K 5 bis K 9). Die Dienstleistungsangebote auf den Telekommunikationsmärkten unterlägen sowohl in preislicher als auch in technischer Hinsicht einem steten Wandel. Deshalb könne die Antragsgegnerin für sich auch weder einen deutlichen Abstand noch einen dauerhaften Vorsprung in Anspruch nehmen.

Zudem stelle sich die Antragsgegnerin in dem Vergleich bezüglich der Verfügbarkeit zu Unrecht auf eine Stufe mit ihr, der Antragstellerin, sowie anderen Wettbewerbern. Die Antragsgegnerin biete ihre Leistungen nur regional begrenzt an (Anlage K 1). Aufgrund der Werbung müsse der Verbraucher aber zu Unrecht annehmen, er könne das Angebot der Antragsgegnerin auch überall dort in Anspruch nehmen, wo die Angebote der genannten Wettbewerber verfügbar seien. Auch dies sei irreführend.

Die Antragstellerin hat in erster Instanz beantragt,

die Antragsgegnerin zu verurteilen, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu € 250.000.-, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, diese zu vollziehen an dem Geschäftsführer, zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs

mit der in Anlage beigefügten Werbung zu werben und/oder werben zu lassen.

<es folgt Einblendung von Anlage K 4>

Auf der Grundlage dieses Antrags hat das Landgericht Hamburg mit Beschluss vom 18.10.2007 eine einstweilige Verfügung gegen die Antragsgegnerin erlassen. Hiergegen richtet sich der Widerspruch der Antragsgegnerin, mit dem diese in erster Instanz begehrt hat,

die einstweilige Verfügung aufzuheben und den Verfügungsantrag zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin macht geltend,

ihre Werbung sei zutreffend. Sie stelle in nicht irreführender Weise ein Ranking gegenüber einigen namhaften und etablierten Anbietern von Telefon- sowie Internetanschlüssen dar, mit denen sie sich vergleiche und auch zulässigerweise vergleichen könne. Der angesprochene Verkehr könne schon aufgrund der Gestaltung der Anzeige nicht im Zweifel sein, dass eine Allein- bzw. Spitzenstellung in Bezug auf dem gesamten Markt der Telekommunikationsdienstleistungen nicht behauptet werde. In der gegenwärtig frühen Phase des Wettbewerbs mit einem Anbieter von Telefon- sowie Internetanschlüssen über Fernsehkanal würden die angesprochenen Verbraucher nicht davon ausgehen, dass ihr Angebot eine auch nur annähernd vergleichbar hohe örtliche Netzabdeckung wie das der Antragstellerin erreiche, ihnen sei bewusst, dass Anbieter in dem ehemals monopolisierten Markt häufig nur mit einem beschränkten Angebot vertreten sein könnten. Eine Irreführung über die räumliche Verfügbarkeit liege deshalb ebenfalls nicht vor.

Die Antragstellerin hat beantragt,

den Widerspruch abzuweisen und die einstweilige Verfügung zu bestätigen.

Das Landgericht Hamburg hat mit dem angegriffenen Urteil vom 29.01.2008 die einstweilige Verfügung bestätigt und den hiergegen gerichteten Widerspruch zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Antragsgegnerin. Die Antragsgegnerin verfolgt in zweiter Instanz ihr Antragsabweisungsbegehren unter Vertiefung ihres erstinstanzlichen Sachvortrags weiter.

Die Antragsgegnerin beantragt nunmehr,

das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 29.01.2008 abzuändern und die einstweilige Verfügung unter Zurückweisung des auf ihren Erlass gerichteten Antrags aufzuheben.

Die Antragstellerin beantragt, die

Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das landgerichtliche Urteil auf der Grundlage der bereits erstinstanzlich gestellten Anträge.

Wegen der tatsächlichen Feststellungen im Übrigen wird auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils sowie auf die von den Parteien zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung ist auch begründet. Der Antragstellerin steht der geltend gemachte Unterlassungsanspruch aus §§ 5 Abs. 1, 8 UWG nicht zu, und zwar weder nach dem früheren, zur Zeit der Verletzungshandlung geltenden UWG noch nach der gegenwärtig bestehenden Rechtslage. Der gegenteiligen Auffassung des Landgerichts vermag der Senat nicht zu folgen.

1. Der Senat teilt bereits die Auffassung des Landgerichts nicht, der Verkehr beziehe des Prädikat „Erster!“ nicht lediglich auf die in der angegriffenen Anzeige ausdrücklich genannten Konkurrenten, sondern entnehme der Werbung, die Antragsgegnerin wolle eine umfassende Vorrangstellung auf dem gesamten Markt der Telekommunikationsdienstleistungen auch gegenüber nicht ausdrücklich genannten Anbietern geltend machen. Eine derartige Annahme ist erfahrungswidrig. Hierfür sprechen auch keine ausreichenden Anhaltspunkte.

a. Gegenstand des Verfügungsantrags ist eine konkrete vergleichende Werbung gegenüber 5 namentlich genannten Konkurrenten. Schon vor diesem Hintergrund hat der Verkehr keine Veranlassung zu der Annahme, die Antragsgegnerin wolle sich auch mit dem gesamten übrigen Markt, insbesondere allen denkbaren, nicht genannten Anbietern vergleichen. Ein derartiges Verständnis ist vor dem Hintergrund der Angebotsvielfalt auf dem relevanten Markt fernliegend. Die angesprochenen Verkehrskreise wissen, dass auf dem Markt der Telefon- und Internetdienstleistungen eine große Zahl weiterer Anbieter präsent ist, selbst wenn sie hierzu keine weitergehenden Erkenntnisse haben. Der Verkehr hat keine Veranlassung zu der Annahme, die genannten Firmen würden zwar "lediglich

exemplarisch verstanden", gleichwohl beziehe sich das Ranking selbstverständlich auf den (ungenannten) Gesamtmarkt. Eine derartige Annahme ist lebensfremd. Diese sowie die übrigen Feststellungen zum Verkehrsverständnis kann der Senat aus eigener Sachkunde treffen, denn seine Mitglieder gehören zu den angesprochenen Verkehrskreisen der Abnehmer von Telekommunikationsdienstleistungen.

b. Zwar trifft es zu, dass das Prädikat „Erster!“ in der Regel eine Spitzenstellung bezeichnen soll. Dieser Umstand allein macht die Werbung jedoch nicht irreführend.

aa. Ihm entnimmt der angesprochene Verkehr nicht ohne Weiteres, dass sich dieses Prädikat immer nur auf eine gesamten Branche beziehen kann. Vielmehr sind die angesprochenen Verkehrskreise aus vielfachen Zusammenhängen unterschiedliche Erscheinungsformen der (vergleichenden) Werbung mit derartigen Aussagen gewöhnt.

aaa. Sie können unterscheiden, ob ein Anbieter pauschal eine Marktüberlegenheit behaupten oder sich von bestimmten (Haupt-)Konkurrenten abgrenzen will. Auf ein unzutreffendes Verständnis derjenigen Verkehrskreise, die in einem konkreten Werbevergleich trotz unmissverständlicher Hinweise auf die Bezugsangebote stets zu Unrecht einen Marktvergleich sehen, kann es bei der Beurteilung einer irreführenden Werbung i. S. v. § 5 UWG nicht ankommen. Die gegenteilige Auffassung der Antragstellerin, die meint, allein der Begriff „Erster!“ könne sich nur auf dem gesamten Markt beziehen, ist ebenso lebensfremd wie es z.B. die Annahme wäre, der als „Erster“ bei einem beliebigen Laufwettbewerb unter 10 namentlich genannten Teilnehmern ermittelte Sieger sei deshalb die schnellste Person in Deutschland in dieser Disziplin.

bbb. Durch die unterschiedliche Länge der „Balken“ bei den jeweiligen Mitbewerbern stellt die Antragsgegnerin zutreffend das ihrem „Ranking“ zugrundegelegte Preisgefüge der Vergleichsprodukte dar. Die angesprochenen Verkehrskreise erkennen damit ohne Weiteres, dass die Länge der Balken mit den in ihnen eingedruckten Preisen und der vorgenommenen „Sortierung“ die Reihenfolge des Vergleichs wiedergeben soll. Hierzu bedarf es - entgegen der Annahme der Antragstellerin - keiner analytischen Untersuchung der Anzeige. Derartige Darstellungen sind den angesprochenen Verkehrskreisen z. B. aus der Demoskopie bei der Wiedergabe der Prozentanteile von Antwortalternativen oder aus der Wahlberichterstattung über die Kräfteverhältnisse von Parteien geläufig. Auch dieser Umstand macht deutlich, dass sich das Prädikat nur auf den Vergleich mit den genannten Unternehmen beziehen soll.

ccc. Die Tatsache, dass die in den Vergleich einbezogenen Angebote nicht vollständig identisch sind, sondern insbesondere in der Übertragungsgeschwindigkeit nicht unerhebliche Unterschiede aufweisen, steht der Zulässigkeit eines derartigen Vergleichs nicht entgegen. Denn die Antragsgegnerin weist auf derartige Unterschiede in ihrer angegriffenen Werbung unmissverständlich hin, so dass die angesprochenen Verkehrskreise nicht im Zweifel darüber sein können, dass eine Leistungsidentität gerade nicht besteht.

bb. Der Antragsgegnerin stand es auch frei, sich in der geschehenen Weise gegenüber bestimmten Kernanbietern zu vergleichen.

aaa. Eine Verpflichtung, in einen Werbevergleich stets alle auf dem Markt tätigen Anbieter einzubeziehen, besteht wettbewerbsrechtlichen nicht. Die von einem Wettbewerber vorgenommenen Werbevergleiche müssen weder vollständig sein noch alle denkbaren Preise bzw. Leistungen umfassen. Ein Anbieter kann vielmehr zulässigerweise seinen Vergleich auf eine Auswahl von Hauptkonkurrenten beziehen, soweit er diese Beschränkung unmissverständlich deutlich macht und die Auswahl nicht aus sonstigen Gründen zu einem schiefen Bild führt. Selbst wenn andere Anbieter in preislicher Hinsicht vergleichbare Angebote offerieren, müssen diese nicht notwendigerweise in einen zulässigen Vergleich mit einbezogen werden. Die Frage, ob durch eine Beschränkung ein unzutreffender Eindruck erweckt wird, ist stets nur unter umfassender Würdigung aller Umstände des Einzelfalls zu beurteilen.

bbb. Etwas anderes mag dann gelten, wenn der Anbieter sich lediglich mit nicht oder nicht hinreichend relevanten Konkurrenten vergleicht bzw. in seinen Vergleich große Anbieter mit günstigeren Angeboten nicht einbezieht, so dass die Auswahl als willkürlich zu betrachten ist. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn durch die Auswahl eine relevanten Verzerrung der Marktverhältnisse zu befürchten ist. Auch eine derartige Situation ist vorliegend aber nicht gegeben. Bei den in den Vergleich mit einbezogenen Konkurrenten handelt es sich - neben der Antragstellerin und ihrem Tochterunternehmen C - um durchaus namhafte Anbieter im Kampf um den Kunden mit preisgünstigen Angeboten. Dies trifft insbesondere für die Anbieter „B“ und „C“ zu. Die von der Antragstellerin konkret genannten anderen Anbieter, die nicht in den Vergleich mit einbezogen worden sind, sind entweder wenig bekannt (U), nur regional tätig (W) oder zwar ebenfalls groß, in der Wahrnehmung der Verkehrskreise aber jedenfalls nicht bedeutend marktrelevant als die ausdrücklich genannten (D).

cc. Die Antragstellerin weist zutreffend darauf hin, dass die Zulässigkeit einer Spitzen- oder Alleinstellungsbehauptung - einer derartigen Werbeaussage liegt zumeist eine Selbsteinschätzung des werbenden Unternehmens zu Grunde - wegen der andernfalls bestehenden Gefahr einer Irreführung des Publikums voraussetzt, dass die Werbebehauptung wahr ist, der Werbende einen deutlichen Vorsprung gegenüber seinen Mitbewerbern vorzuweisen hat und der Vorsprung die Aussicht auf eine gewisse Stetigkeit bietet (BGH GRUR 03, 800, 802 - Schachcomputerkatalog; BGH WRP 02, 74, 77 - Das Beste jeden Morgen; BGH WRP 91, 717 - Spielzeug-Autorennbahn; BGH WRP 96, 729 - Der meistverkaufte Europas; BGH WRP 98, 861 - Die große deutsche Tages- und Wirtschaftszeitung). Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

aaa. Es versteht sich von selbst, dass sich diese Voraussetzungen stets nur auf diejenige Bezugsgruppe zu beziehen haben, gegenüber der zulässigerweise mit einer derartigen Behauptung geworben wird. Gegenüber zulässigerweise und ersichtlich nicht in einen Werbevergleich mit einbezogenen Mitbewerbern gelten diese Voraussetzungen deshalb nicht. Vor diesem Hintergrund mag man die Grundsätze dieser Rechtsprechung auch auf ein „Ranking“ im Vergleich mit ausgewählten Mitbewerbern der hier streitgegenständlichen Art beziehen. Auch insoweit erscheint dem Senat die Werbung der Antragsgegnerin aber nicht zu beanstanden.

bbb. Der von der Antragstellerin vorgetragene Umstand, dass der Markt für Telekommunikationsdienstleistungen einem ständigen Wechsel unterworfen ist, macht die Aufstellung

einer Spitzenstellungsbehauptung der angegriffenen Art nicht unzulässig. Zu einer ähnlichen Situation hatte der Senat in einer früheren Entscheidung ausgeführt (Senat GRUR-RR 07, 369, 370 - Der beste Preis der Stadt):

„c) Bei dieser Beurteilung hat der *Senat* in seine Betrachtung mit einbezogen, dass gerade der Handy-Markt durch eine große Vielfalt unterschiedlicher Leistungsangebote, Tarifmodelle, Laufzeitbindungen usw. geprägt ist, die unterschiedlichen Nutzergewohnheiten entgegenkommen sollen. Zudem ist der Mobilfunkmarkt nicht nur in Bezug auf die Handymodelle, sondern auch auf die Vertragsangebote, die Tarife und Leistungsmerkmale einem stetigen Wechsel unterworfen. Dementsprechend ist es bei diesen Rahmenbedingungen naturgemäß schwer, für einen bestimmten Zeitpunkt einen „deutlichen Vorsprung“ zu ermitteln bzw. in einem Markt, der nicht „statisch“ ist den Anspruch auf „eine gewisse Stetigkeit“ zu erheben. Diese tatsächlichen Schwierigkeiten können nach Auffassung des Senate indes nicht dazu führen, dass für diese Produkte von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen für Allein- bzw. Spitzenstellungsberühmungen abzuweichen ist. Vielmehr hat es der Werbende selbst in der Hand, dass bzw. ob er seine Behauptung durch ergänzende Angaben in einer Weise konkretisiert, aus denen z.B. deutlich wird, für welche konkrete Nutzergruppe (z.B. „Der beste Preis der Stadt für Vieltelefonierer“) bzw. für welchen Zeitraum er einen Vorrang für sich in Anspruch nimmt. Tut er dies nicht, hat er sich an den allgemeinen Voraussetzungen messen zu lassen und muss die genannten Kriterien erfüllen, ohne sich auf die Vielfalt bzw. Veränderung des Markts berufen zu können.“

ccc. Diesen Anforderungen ist die Antragsgegnerin indes gerecht geworden, indem sie ihre Behauptung auf konkrete Angebote namentlich genannter Mitbewerber bezogen und beschränkt hat. Den Abstand hat die Antragsgegnerin zusätzlich durch die unterschiedliche Länge der Balken visualisiert. Die Antragstellerin hat nicht dargelegt, dass die in Anspruch genommene Spitzenstellung auch insoweit unrichtig sein könnte. Sie hat insbesondere nicht behaupten können, dass es sich hierbei nur um eine unzulässige „Momentaufnahme“ gehandelt hat, die bereits kurze Zeit danach unrichtig geworden ist.

ddd. Soweit die Antragstellerin vorgetragen hat, der Konkurrent "A" zu habe seinen Monatspreis ca. 2 Wochen nach der beanstandeten Anzeige um € 5.- gesenkt, hat dies nicht ohne Weiteres zur Folge, dass die aufgestellte Stellungsbehauptung damit unrichtig geworden ist.

(1) Zum einen ist bereits ein Zeitraum von 2 Wochen nicht so kurz, dass dieser in dem konkreten Markt keine „gewisse Stetigkeit“ mehr andeutet, im Übrigen konkretisiert dieses Erfordernis nur eine „Aussicht“ hierauf, so dass in jedem konkreten Einzelfall zu überprüfen ist, ob diese Aussicht schon von vornherein unbegründet sein musste. Hierfür hat die Antragstellerin indes nichts vorgetragen. Schließlich liegt selbst das gesenkte Angebot von A preislich nicht nur weiterhin (wenngleich äußerst geringfügig) unterhalb des Angebots der Antragsgegnerin. Entscheidend ist vielmehr, dass das Leistungsspektrum der Antragsgegnerin weiterhin deutlich höher ist (Übertragungsgeschwindigkeit von bis zu 2 MB/s gegenüber bis zu 10 MB/s). Entsprechendes gilt für den Anbieter C (Anlage KB 6).

(2) Dementsprechend sind keine zureichenden Anhaltspunkte dafür vorgetragen, dass die Antragsgegnerin zu dem beanstandeten Zeitpunkt nicht die von ihr formulierte Spitzenstellung jedenfalls unter den konkret Vergleichenen in Anspruch nehmen durfte. Die Antragsgegnerin selbst musste hierzu nach Auffassung des Senats auch keine näheren Angaben machen. Zwar weist die Antragstellerin zutreffend darauf hin, dass insoweit grundsätzlich der Antragsgegnerin die Darlegungslast obliegt. Indes ergibt sich der „Abstand“ bereits aus der Anzeige selbst. Angaben zu einer „Aussicht auf eine gewisse Stetigkeit“ lassen sich im Regelfall schon aus der Natur der Sache nicht abstrakt, sondern nur in Bezug auf konkret vorgehaltene abweichende Marktverhältnisse machen. Die von dem Senat in der Entscheidung „Der beste Preis der Stadt“ entschiedenen Situation war eine grundlegend andere, weil der Wettbewerber dort offensichtlich „ins Blaue hinein“ eine Spitzenposition für sich in Anspruch genommen hatte. Hier

zeigt bereits die beanstandete Anzeige eine umfassende Marktrecherche der Antragsgegnerin bei Wettbewerbern nach Preis, Leistung und Unterschieden. Weitere Substantiierungen sind der Antragsgegnerin nur auf konkreten Vorhalt abzuverlangen.

eee. Auch die Tatsache, dass andere Wettbewerber z. B. höhere Übertragungsgeschwindigkeiten anbieten, ist nicht geeignet, dem Werbevergleich der Antragsgegnerin seine Zulässigkeit zu nehmen. Denn ein Unternehmen kann mit Preisvorteilen bestimmter Leistungen bzw. Pakete selbst dann - auch vergleichend - werben, wenn die Konkurrenz leistungsstärkere Produkte anbietet. Unzulässig wird eine Werbung in der Regel erst dann, wenn der Anbieter den unzutreffenden Anschein hervorruft, sein Angebot sei auch leistungsmäßig nicht zu überbieten. Diesen Anschein erweckt die Werbung der Antragsgegnerin hingegen nicht. Ihre Angaben beschränken sich vielmehr darauf, dass von ihr bestimmte Leistungen zu einem bestimmten Preis angeboten werden und insoweit den ausdrücklich genannten Konkurrenzangeboten überlegen sind. Ein Verständnis dergestalt, dass eine höhere Übertragungsgeschwindigkeit als die von der Antragsgegnerin angebotene auf dem Markt nicht verfügbar sei, ist erfahrungswidrig.

c. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin macht sich die Antragsgegnerin mit ihrer Werbung auch nicht eine wettbewerbswidrige Anlockwirkung zu nutze, indem sie in den Blickfang der Werbeanzeige eine unzutreffende Behauptung stellt. Es ist bereits ausgeführt worden, dass die angesprochenen Verkehrskreise erkennen, dass sich der Vergleich und das Prädikat „Erster!“ auf die genannten Wettbewerber beziehen. Soweit davon eine Anlockwirkung in der Weise ausgeht, sich mit diesem Vergleich näher zu befassen, ist diese wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden. Um Fehlvorstellungen, die erst bei näherer Lektüre des Kleingedruckten aufgelöst werden, geht es vorliegend nicht.

d. Auch der Umstand, dass die Antragsgegnerin am Fuß der Werbeanzeige links neben ihrer Unternehmensbezeichnung die Angabe *"Ihr Kabelanschluss für Fernsehen, Internet und Telefon"* aufgeführt hat, macht die Werbung nicht irreführend und damit unlauter.

aa. In Bezug auf das Unternehmen der Antragsgegnerin ist diese Aussage unzweifelhaft richtig. Die Annahme der Antragstellerin, die angesprochenen Verkehrskreise bezögen diese - unternehmensbezogene - Angabe gleichwohl auch unmittelbar auf die konkrete Vergleichssituation, ist erfahrungswidrig. Hierzu haben die angesprochenen Verkehrskreise keine Veranlassung. Die Angabe steht schon nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der übrigen Werbebehauptung. Sie erscheint vielmehr deutlich abgesetzt bei „allgemeinen“ Unternehmensangaben, und zwar noch nicht einmal unmittelbar bei der Unternehmensbezeichnung der Antragsgegnerin, sondern räumlich getrennt unterhalb der Werbeanzeige eines Serviceunternehmens in B („V - Das Fachgeschäft für Telekommunikation“). Deshalb wäre diese Angabe bei unbefangener Betrachtung sogar eher der Werbeanzeige dieses Unternehmens als der Antragsgegnerin zuzuordnen. Jedenfalls hat der Verkehr keine Veranlassung, ohne sonstige Anhaltspunkte diese Beschreibung auf die weiter oben stehenden, über den Preis verglichenen Leistungspakete zu beziehen.

bb. Dies auch deshalb nicht, weil der Abschnitt der Anzeige, der sich mit dem konkreten Vergleich befasst, auffällig vor einem gelben Hintergrund abgesetzt ist. Im Übrigen hat die Antragsgegnerin am Fuß dieses Vergleichsbereichs im Rahmen des „Kleingedruckten“ ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sich der Vergleich lediglich auf die Leistungen „Telefon“ und „Internet“ bezieht. Die Leistungsbeschreibung ist - wenngleich in kleiner Schrift gehalten - insbesondere wegen ihrer Platzierung unmittelbar unter der verglichenen Leistungen im Rahmen einer Gesamtbeurteilung des konkreten Verwendungszusammenhangs auch ausreichend, um den Vergleichsaufbau zu erläutern und etwaigen entscheidungsrelevanten Fehlvorstellungen entgegenzuwirken.

cc. Einer etwaigen Fehlvorstellung wird zusätzlich dadurch entgegengewirkt, dass die Antragsgegnerin unterhalb des Vergleichs mit den Symbolen weitere Anhaltspunkte dafür gegen hat, worauf sich ihre Angaben beziehen.



aaa. Die Frage, ob dieser Hinweis allein ausreichen könnte, um einer ansonsten gegebenen Fehlvorstellungen entgegenwirken zu können, braucht der Senat aus Anlass dieses Rechtsstreits nicht zu entscheiden. Vor dem streitgegenständlichen Hintergrund haben die angesprochenen Verkehrskreise aber jedenfalls keine Veranlassung zu der Annahme, sie erhielten zusätzlich auch Leistungen „für Fernsehen“. Auch eine objektive Mehrdeutigkeit der Aussage ist - entgegen der Behauptung der Antragstellerin - nicht gegeben. Zudem hat die Antragsgegnerin unter Bezugnahme auf ihre Anlagen K1 dargelegt, dass sie ab Anfang Juni 2007 Leistungen für Internet und Telefon auch unabhängig von ihren Leistungen im Bereich Fernsehen anbietet. Dementsprechend liegt ein zwingendes Koppelungsangebot mit erheblichen Zusatzkosten - wie dies die Antragstellerin beanstandet - nicht (mehr) vor. Der Umstand, dass dieses Angebot zunächst zeitlich begrenzt war, sodann jedoch immer neu verlängert worden ist, entspricht einer üblichen Werbepaxis im Telekommunikationsbereich, wie sie z. B. auch bei dem Fortfall von Grund- bzw. Umstellungsgebühren zu beobachten ist.

bbb. Zwar hatte die Antragsgegnerin diese Praxis zunächst nicht belegt. Insbesondere die eidesstattliche Versicherung von P besagt hierzu nichts, sondern verhält sich nur zu dem Zeitpunkt 01.06.2007 (Anlage K 2). Die Werbung ist aber jedenfalls mit eidesstattlicher Versicherung von P vom 24.01.2008 (Anlage AG 1) im Sinne der Behauptung der Antragsgegnerin glaubhaft gemacht worden. Gleichwohl bestreitet die Antragstellerin weiterhin ohne inhaltliche Begründung nicht nur den Inhalt, sondern auch die „Authentizität“ dieser eidesstattlichen Versicherung. Dieses Bestreiten ist unverständlich und ersichtlich unsubstantiiert. Die Tatsache, dass die eidesstattliche Versicherung bislang nur als Telefax vorliegt, hindert ihre Verwertung nicht. Eidesstattliche Versicherungen sind nicht formbedürftig. Sie können auch per Telefax abgegeben werden. Denn die Glaubwürdigkeit der Erklärenden hängt nicht entscheidend davon ab, ob das Gericht ihre Bekundungen als eidesstattliche Versicherungen oder als schriftliche Erklärungen von Zeugen gem. § 377 Abs. 3 ZPO bewertet (BGH GRUR 02, 915 ff - Wettbewerbsverbot in Realteilungsvertrag).

e. Eine relevante Irreführung i.S.v. § 5 Abs. 1 UWG ergibt sich auch nicht daraus, dass die Leistungen der Antragsgegnerin unstreitig nur regional begrenzt und nicht in gleichem Umfang wie diejenigen der verglichenen Konkurrenten verfügbar sind. Gleiches gilt für eine Irreführung, die sich unter Umständen als Hinweis auf eine bundesweiten Verbreitung aus der Firmierung der Antragsgegnerin mit „...Deutschland“ ergeben könnte. Denn im vorliegenden Fall geht es - anders als bei weiteren vor dem Senat zur Entscheidung stehenden Rechtsstreitigkeiten zwischen den Parteien - ersichtlich allein um eine regionale Werbemaßnahme, mit der kein unmittelbarer Bezug zu einem einzelnen, bundesweit agierenden Konkurrenten hergestellt wird.

aa. Die streitgegenständliche Werbeanzeige ist ausweislich eines handschriftlichen Zusatzes auf der Anlage K 4 am 30.09.2007 im „S“ erschienen. Hier handelt es sich offenbar - nähere Angaben konnte hierzu auch die Antragstellerin nicht machen - um eine im Norddeutschen Raum nur regional erscheinende Publikation. Hierfür spricht unter anderem der ebenfalls handschriftlich zugesetzte Vermerk „Herbst + Erntefest“, der nach Sachlage darauf hindeuten soll, an welchem Ort und bei welcher Gelegenheit die Publikation, in der die Anzeige enthalten war, verteilt bzw. veröffentlicht worden ist. Auch wenn hierzu keine letztverbindlich Feststellungen getroffen werden konnten, ist bereits aufgrund dieser Umstände nichts dafür ersichtlich, dass die Antragsgegnerin in einem bundesweit erscheinenden bzw. zur bundesweiten Verbreitung bestimmten Presseerzeugnis ihre Anzeige geschaltet hat. Vielmehr spricht alles für einen eng begrenzten regionalen Bezug der Werbung. Gegenteiliges hat auch die Antragstellerin nicht glaubhaft machen können.

bb. Für einen nur auf die konkrete Region gerichteten Bezug spricht auch der sonstige Inhalt der Werbeanzeige. Dort ist unter dem Vergleich und neben der Unternehmensbezeichnung der Antragsgegnerin unübersehbar die graphisch gestaltete Werbung eines anderen Anbieters abgedruckt, nämlich des Dienstleisters „V - Das Fachgeschäft für Telekommunikation“ in B. Eine derartige Werbung eines - offenbar eher kleinen - regionalen Anbieters in einer bundesweit ausgerichteten Werbung eines großen Telekommunikationsanbieters wäre nicht nur ineffektiv, sondern auch ersichtlich so ungewöhnlich, dass hiervon nicht ausgegangen werden kann. Auch dieser Umstand belegt die Annahme, dass Anlass und Verbreitung der konkret angegriffenen Werbung regional eng beschränkt war.

cc. Vor diesem Hintergrund ist die von dem Senat im Rahmen anderer Rechtsstreitigkeiten erörterte Frage einer etwaigen Irreführung wegen der regional eingeschränkten Verbreitung der Antragsgegnerin zumindest im vorliegenden Rechtsstreit nicht relevant. Denn unstreitig war die Antragsgegnerin in dem hier infrage stehenden Verbreitungsgebiet mit ihren Dienstleistungen vertreten.

dd. Die Antragsgegnerin hat sich auch nicht mit einem ganz bestimmten, bundesweit vertretenen Konkurrenten - wie der Antragstellerin - verglichen und etwa dessen Kunden pauschal aufgefordert, die bestehenden Geschäftsbeziehungen zu beenden oder zu ihr zu wechseln. Dazu enthält der vorliegend angegriffene Vergleich gerade keine Aussage. Er bietet dem angesprochenen Verkehr auch ansonsten keine Anhaltspunkte dafür, dass sich die Antragsgegnerin mit bundesweit vertretenen Wettbewerbern auf eine Stufe stellen wolle. Gegen eine derartige Absicht spricht z.B. auch der Vergleich mit dem Anbieter „A“ als Zweitplatziertem. Dieses Unternehmen ist in der Wahrnehmung nicht unerheblicher Teile der

angesprochenen Verkehrskreise als Anbieter bekannt, der bestrebt ist, Stück für Stück in bestimmten Regionen ein eigenes Kabelnetz aufzubauen, so dass die Verfügbarkeit der angebotenen Leistungen - jedenfalls in der Vergangenheit - davon abhing, ob eine bestimmte Region bereits erschlossen war oder nicht. Selbst wenn der Anbieter „A“ heutzutage seine Leistungen bundesweit anbieten kann, ändert dies nichts daran, dass dieses Unternehmen von breiten Teilen der angesprochenen Verkehrskreise noch als Anbieter mit einer regional bezogenen Ausrichtung bzw. Verbreitung gesehen wird. Diese Feststellungen zum Verkehrsverständnis vermag der Senat aufgrund der eigenen Sachkunde seiner Mitglieder zu treffen, die zu den angesprochenen Verkehrskreisen gehören.

ee. Vor dem Hintergrund dieser lokal ausgerichteten Gesamtumstände der Werbung vermag auch die Geschäftsbezeichnung der Antragsgegnerin mit dem in ihr enthaltenen Begriff „Deutschland“ zumindest in der konkreten Verwendungssituation kein relevantes Irreführungspotential bieten.

2. Auch nach den von der Antragstellerin genannten weiteren Anspruchsgrundlagen liegt ein wettbewerbswidriges Verhalten nicht vor. Insbesondere handelt es sich nicht um einen unzulässiges Abfangen von Kunden gem. §§ 3, 4 Nr. 10 UWG. Insoweit wird auf die obigen Ausführungen Bezug genommen. Diese gelten entsprechend auch im Rahmen von §4 Nr. 10 UWG.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

B

R

Dr. K