
Datum: 09.01.2009
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 99/08
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2009:0109.6U99.08.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 84 O 149/07

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 10. April 2008 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln – 84 O 149/07 – wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat auch die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung des Kostenerstattungsanspruchs durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

Die Klägerin, die bis Ende 1997 einzige deutsche Telefondiensteanbieterin und bis heute führende Telefonnetzbetreiberin, nimmt die vormals als iese Hessen GmbH & Co. KG firmierende Beklagte, die als Betreiberin eines TV-Kabelnetzes seit einiger Zeit auch

1

2

3

Telefondienste (und Internetdienste) anbietet, unter wettbewerbs- und kennzeichenrechtlichen Gesichtspunkten auf Unterlassung der Angaben „Kein Telekom-Anschluss nötig“ und/oder „Kein Telekom-Telefonanschluss mehr nötig“ in einer Anfang Januar 2007 erschienenen, nachfolgend wiedergegebenen Werbung in Anspruch.

4

742-14.2.07
ANLAGE Kkt.fon

2play

NUR BIS 28.02.07:
30,- € mtl.*
Der reduzierte Preis gilt während der gesamten Mindestvertragszeit.

Telefon-Flatrate
ins dt. Festnetz

Internet-Flatrate

Alle Grundgebühren
*** Telefon- & Internetanschluss

Kein Telekom-Anschluss nötig

NEU: jetzt auch mit 16.000 kbit!

Computer Bild
NEU: 2006
COMPUTERBILD:
lesy zählt mit
zu den Gewinnern
des Jahres 2006.

Ihr Kabel gibt mehr.

lesy

5

reden, surfen, sparen.
rund um die Uhr.

Telefonanschluss + Flatrate

Unbegrenzt ins deutsche Festnetz telefonieren

- ✓ Vollwertiger Telefonanschluss, keine Internettelefone
- ✓ Behalten Sie Ihre jetzige Rufnummer und nutzen Sie Ihr analoges Telefon weiter – wir übernehmen die Kündigung bei Ihrem bisherigen Anbieter
- ✓ Kostenlos in alle deutschen Festnetze telefonieren

2Mbit-Internetanschluss + Flatrate

Internet-Surfen ohne Limit

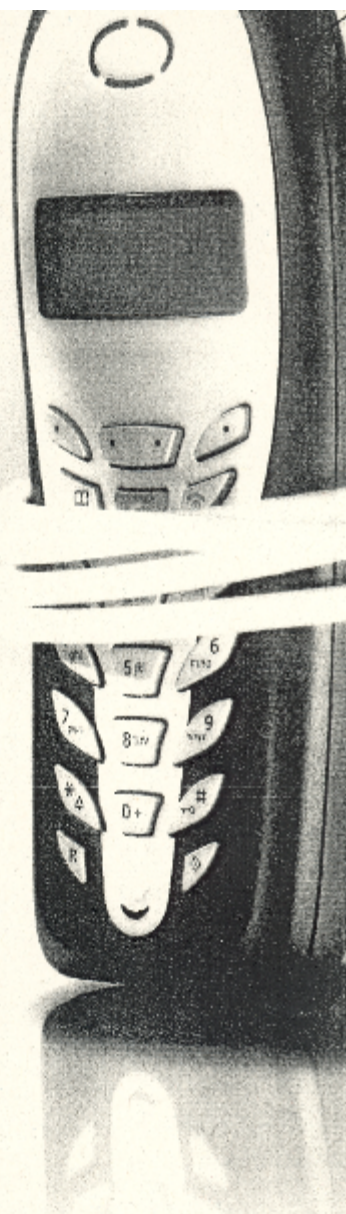
- ✓ HighSpeed 2000
(Download bis zu 2.048 kbit/s, Upload bis zu 256 kbit/s)
- ✓ Wireless-LAN-Router gratis
Mit Ablauf der Mindestvertragslaufzeit gehört der Wireless-LAN Router Ihnen.
- ✓ HighSpeed-Modem wird kostenlos zur Verfügung gestellt

nur bei Bestellung bis 28.02.2007.

2play

2play2000 statt 36,- € mtl.

30-[€]
mtl.*



99

Kein Telekom-
Telefonanschluss
mehr nötig!

Lieber Kabelkunde, wie viel % können Sie sparen?

Anbieter	tesy	Ihr Anbieter
Tarife	2play net.ton	T-Com/T-Online? T-Com/ADL? Arcor?
Mindestvertragslaufzeit	12 Monate	
Telefonanschluss		
Telefon-Flatrate	30,00 €	
Internetanschluss		
Internet-Flatrate		
Monatlicher Gesamtpreis*	30,00 €	

**Sparen kann
so einfach sein:**

1. Nehmen Sie Ihre
alten Rechnungen.
2. Vergleichen Sie
die Preise.
3. Rufen Sie uns an.
01805/663 151

**Bis zum 28.02.2007 bestellen
und bares Geld sparen.**



1play net.

- ✓ Internetanschluss + Flatrate
- ✓ Kein Telefonanschluss notwendig

1play2000

20,- € mtl.



2play net.fon

- ✓ Internetanschluss + Flatrate
- ✓ Telefonanschluss
- ✓ Telefon-Flatrate ins dt. Festnetz

2play2000

30,- € mtl.

30,- € mtl.

Oder
2play6000 für 35,- € mtl.
2play16000 für 45,- € mtl.

1) Der Preis gilt während der gesamten Mindestvertragslaufzeit.



3play net.fon.tv

- ✓ Internetanschluss + Flatrate
- ✓ Telefonanschluss + Flatrate ins dt. Festnetz
- ✓ tividi - Digitales Fernsehen
- ✓ arena - Bundesliga live

3play6000

50,- € mtl.

50,- € mtl.

Oder
3play16000 für 60,- € mtl.

2) Der Preis gilt bei Bestellung bis zum 28.02.07 für die ersten 6 Monate.

Zusätzlich bis zum 28.02.2007:

- + Keine Bereitstellungsgebühren
- + HighSpeed-Modem wird gestellt und bei Bedarf von iesy installiert
- + Wireless-LAN-Router gratis

Nur für Kunden, die in den letzten 3 Monaten keinen iesy Internetanschluss hatten. Mit Ablauf der Mindestvertragslaufzeit gehört der WLAN-Router Ihnen.

Jetzt bestellen:

01805/663 151 oder www.iesy.de

0,14 €/Min. aus dem dt. Festnetz

Infos zu weiteren Produkten und zur Verfügbarkeit

1000 23.0000 2007

Nachdem das Landgericht die Klage abgewiesen hat, verfolgt die Klägerin ihr Begehren mit der Berufung weiter; die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil.

8

II.

9

Die zulässige Berufung bleibt in der Sache ohne Erfolg. Zu Recht und mit zutreffenden Erwägungen hat das Landgericht einen Unterlassungsanspruch der Klägerin aus §§ 3, 4 Nr. 10, 5, 6 Abs. 2 Nr. 2 und 4, 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 UWG oder §§ 5, 15 MarkenG verneint. Das Berufungsvorbringen rechtfertigt keine andere Beurteilung.

10

1. Die Klägerin hält die angegriffenen Werbeaussagen zu Unrecht für irreführend (§ 5 UWG).

11

12

Weil ein auf Wiederholungsgefahr gestütztes Unterlassungsgebot nur hätte ergehen können, wenn die Werbung sowohl zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung noch wettbewerbswidrig ist als auch zur Zeit ihrer Veröffentlichung wettbewerbswidrig war (st. Rspr.: BGH, WRP 2008, 661 = GRUR 2008, 438 [Rn. 14] – Oddset m.w.N.), kommt es für die Beurteilung der Werbung maßgeblich darauf an, wie sie Anfang 2007 von einem durchschnittlich informierten und situationsadäquat aufmerksamen Verbraucher verstanden wurde. Dieses Verbraucherverständnis kann der Senat selbst beurteilen. Soweit die konkrete Prospektwerbung sich nur an Verbraucher in Hessen richtete, sind besondere Vorkenntnisse dieses Adressatenkreises nicht ersichtlich und (wie der uneingeschränkte Klageantrag zeigt) auch nicht geltend gemacht.

Zum Zeitpunkt der Werbung waren dem Verbraucher neben Telefonanschlüssen der Klägerin 13 nur solche Telefonanschlüsse von Drittanbietern bekannt, die im Wesentlichen auf dem von der Klägerin zur Zeit ihres Monopols installierten Leitungsnetz basierten. Einige Drittanbieter übernahmen Leitungen der Klägerin und bauten in der Folgezeit ein eigenes, für den Verbraucher technisch nicht davon zu unterscheidendes Netz auf. Andere boten Telefondienstleistungen im Wege des „Call-by-call“- oder „Preselection“-Verfahrens an, wofür der Verbraucher bekanntlich (BGH, WRP 2008, 928 = GRUR 2008, 729 [Rn. 16] – Werbung für Telefondienstleistungen) zunächst einen Anschluss (der Klägerin) benötigte, für den eine besondere Grundgebühr zu zahlen war. Soweit Internettelefonie („Voice over IP“) angeboten wurde, erforderte auch diese in der Regel einen Anschluss der Klägerin.

Angesichts dieser Sachlage stellen sich die angegriffenen Werbeaussagen in ihrem 14 jeweiligen Kontext – wie das Landgericht richtig ausgeführt hat – lediglich als Hinweis darauf dar, dass das Angebot der Beklagten auf anderen technischen und tariflichen Voraussetzungen beruht: Dem Verbraucher wird (auf der ersten und dritten Seite des Prospekts mit jeweils unterschiedlicher Akzentuierung) erklärt, dass er über das vormals nur für Kabel-TV genutzte Leitungsnetz der Beklagten einen „vollwertigen“ Telefonanschluss (in Abgrenzung zur Internettelefonie, vgl. die zweite Seite des Prospekts) erhält, der einen Telefonanschluss, wie ihn der Verbraucher von der Klägerin und den erwähnten anderen Anbietern kennt, nicht voraussetzt; er sei also technisch „nicht mehr“ (wie bisher) auf die Existenz eines herkömmlichen Telefonanschlusses angewiesen und könne so das dafür (bei anderen Anbietern zusätzlich) anfallende tarifliche Entgelt sparen.

Diesen Aussagegehalt der Werbung betonen auch der Satz „Ihr Kabel kann mehr“ auf der 15 ersten Prospektseite und die werbliche Darstellung eines typischen TV-Kabels der Beklagten mit der zugehörigen Anschlussbuchse, das nun auch – so die Bildsprache – die Möglichkeit des Telefonierens und der Internetnutzung umschließe.

Der werbliche Hinweis auf ihr neues – jedenfalls dem breiten Publikum noch wenig bekanntes 16 (vgl. Anlage B 7, Bl. 134 d.A.; Anlage BE 8. Bl. 619 d.A.) – Angebot muss der Beklagten erlaubt sein. Dass der Verbraucher annehmen könnte, Angebote (nicht nur dritter Telefonanbieter, sondern auch) der Beklagten hätten früher einen Telefonanschluss der Klägerin vorausgesetzt, liegt im konkreten Zusammenhang fern. Soweit die Berufung beanstandet, dass ein zutreffender technischer Hinweis auch die Entbehrlichkeit von Anschlüssen konkurrierender Telefonnetzanbieter hätte einbeziehen müssen, kann sie damit unter Irreführungsaspekten (die aufgezeigte Alternativmöglichkeit eines Hinweises ohne ausdrückliche Nennung der Klägerin betrifft den nachfolgend zu erörternden Vorwurf der Kennzeichenverletzung) nicht durchdringen, denn die richtige Aussage, dass das Angebot der Beklagten keinen Telefonanschluss der Klägerin voraussetzt, enthält keine relevante Unvollständigkeit (§ 5 Abs. 2 S. 2 UWG): Dass das Angebot statt des Anschlusses der

Klägerin (und der Beklagten) einen Telefonanschluss Dritter erfordere, wird kein verständiger Verbraucher annehmen.

Die Klägerin hält es vor allem für irreführend, dass die Beklagte ihr Angebot als Kaufalternative zum „Telekom-Anschluss“ darstelle, obwohl es diesem mangels eines möglichen „Call-by-call“- oder „Preselection“-Verfahrens wirtschaftlich nicht gleichwertig sei. Indem die Beklagte ihr Leistungsangebot als vollwertigen Ersatz eines Telefonanschlusses der Klägerin bewirbt, erweckt sie jedoch gerade nicht den Eindruck eines in jeder Hinsicht gleichartigen und gleichwertigen Angebots. Der Verbraucher ist gewohnt, auf dem stark umkämpften Telekommunikationsmarkt mit unterschiedlichen Leistungs- und Tarifmerkmalen konfrontiert zu werden und auf deren jeweilige Vor- und Nachteile zu achten, so dass er insbesondere zwischen einer (dem „Call-by-call“-Verfahrens allenfalls zugänglichen) Abrechnung von Einzelverbindungen und einem pauschalen Verbindungsentgelt („Flatrate“) zu unterscheiden vermag, welches die Beklagte in ihrer Werbung anbietet. Er erwartet nicht, dass ein Telefonanbieter, der die technische Gleichwertigkeit seines Angebots mit dem der Klägerin werbend herausstellt, auch die gleichen tariflichen Möglichkeiten wie die Klägerin bietet, die als ehemalige Monopolistin gezwungen ist, ihre Telefonanschlüsse solchen Drittanbietern für Einzelverbindungen („call by call“) oder ständig nach Vorauswahl („preselection“) zur Verfügung zu stellen. Mangels entsprechender Verkehrserwartung (und einer daraus folgenden Aufklärungspflicht, vgl. Hefermehl / Köhler / Bornkamm, UWG, 26. Aufl., § 5 Rn. 2.44 ff. m.w.N.) kann der Beklagten aber nicht zur Last gelegt werden, die Verbraucher durch das Verschweigen des angesprochenen möglichen Nachteils ihres Angebots (unabhängig von dessen sonstiger Erheblichkeit) irregeführt zu haben.

2. Eine wegen fehlender Objektivität unlautere vergleichende Werbung der Beklagten (§ 6 Abs. 1 und 2 Nr. 2 UWG) liegt ebenfalls nicht vor.

Dabei kann im Ergebnis offen bleiben, ob es – wie das Landgericht gemeint hat – bereits an einem Werbevergleich fehlt, weil zwar die Klägerin als Mitbewerberin erkennbar gemacht, aber keine vergleichende Beziehung zwischen den Parteien oder deren Leistungen hergestellt wird (vgl. BGH, GRUR 1999, 1100 [1101] = WRP 1999, 1141 – Generika-Werbung; GRUR 2002, 75 [76] = WRP 2001, 1291 – SOOOO ... BILLIG!?!; GRUR 2005, 163 [165] = WRP 2005, 219 – Aluminiumräder; Hefermehl / Köhler / Bornkamm, a.a.O., § 6 Rn. 18 m.w.N.). Denn selbst wenn man für eine vergleichende Werbung angesichts deren vom europäischen Richtliniengeber sehr weit gefassten Begriffs (vgl. EuGH, GRUR 2002, 354 [Rn. 30 f.] – Toshiba Europe; GRUR 2003, 533 [Rn. 35] – Pippig Augenoptik; GRUR 2007, 511 [Rn. 16] – De Landsheer / CIVIC; GRUR 2008, 698 [Rn. 42 f.] – O2 / H3G) den Umstand ausreichen lässt, dass die Werbung der Beklagten einen Telefonanschluss der Klägerin vollständig zu ersetzen verspricht, ist sie deshalb noch nicht unzulässig.

Da nämlich vergleichende Werbung europarechtlich grundsätzlich erwünscht und in dem für sie günstigsten Sinn auszulegen ist (EuGH, GRUR 2002, 354 [Rn. 37] – Toshiba Europe; GRUR 2003, 533 [Rn. 42] – Pippig Augenoptik; GRUR 2007, 69 [Rn. 22] – LIDL Belgium/Colruyt; GRUR 2007, 511 [Rn. 35] – De Landsheer / CIVC), kann im Streitfall entgegen der Auffassung der Berufung kein unzulässiger Eigenschaftsvergleich angenommen werden.

Ein Leistungsvergleich ist objektiv, wenn gerade diejenigen Eigenschaften sämtlichen Lauterkeitskriterien (der Wesentlichkeit, Relevanz, Nachprüfbarkeit und Typizität) genügen, in Bezug auf die der Vergleich angestellt wird (EuGH, GRUR 2007, 69 [Rn. 44] – LIDL Belgium/Colruyt). Im Streitfall werden – wenn überhaupt – der gesondert zu vergütende, selbständig nutzbare Telefonanschluss der Klägerin und der mit der angebotenen

Pauschalvergütung abgegoltene selbständig nutzbare Telefonanschluss der Beklagten verglichen. Die in technischer Hinsicht keinen weiteren Anschluss voraussetzende selbständige Nutzbarkeit zum Führen von Telefongesprächen und die mit der Einrichtung des Anschlusses entstehenden unmittelbaren Kosten sind wesentliche, relevante, nachprüfbare und typische Eigenschaften der beiden Anschlüsse. Welche tariflichen Vor- oder Nachteile sie sonst noch bieten mögen, ist dagegen gerade nicht Gegenstand des Vergleichs, wie sich im Einzelnen aus den vorstehenden Ausführungen zu Nr. 1 ergibt.

3. Mit ihrer Ansicht, dass die Klägerin durch die Werbung der Beklagten gezielt behindert werde (§ 4 Nr. 10 UWG), kann die Berufung ebenso wenig durchdringen. 22

Eine Beeinträchtigung der Mitbewerber ist jedem Wettbewerb eigen und genügt daher nicht für eine unzulässige individuelle Behinderung. Unlauter wird das Verhalten, wenn es nicht in erster Linie auf die Förderung des eigenen Wettbewerbs, sondern – ohne Rücksicht auf subjektive Erfordernisse auf Grund einer Gesamtwürdigung aller objektiven Umstände (BGH, WRP 2008, 951 = GRUR 2007, 800 [Rn. 22] – Außendienstmitarbeiter) – zielgerichtet auf die Störung der fremden wettbewerblichen Entfaltung gerichtet ist (BGH, WRP 2005, 881 = GRUR 2005, 581 [582] – „The Colour of Élégance“), so dass der Mitbewerber auf Grund der Behinderung seine Leistung am Markt durch eigene Anstrengung nicht mehr in angemessener Weise zur Geltung bringen kann (BGHZ 148, 1 [5] = GRUR 2001, 1061 [1062] – Mitwohnzentrale.de; BGH, GRUR 2002, 902 [905] – Vanity-Nummern; GRUR 2004, 877 [879] – Werbeblocker; Senat, NJOZ 2008, 179 [180 f.] – Switch & Profit). Das gilt insbesondere für ein Abfangen von Kunden, auf das sich die Berufung hier meint stützen zu können, denn der Mitbewerber hat kein geschütztes Recht auf Erhaltung seiner Kundschaft und das Abwerben von Kunden, auch wenn es zielbewusst und systematisch geschieht, liegt im Wesen des Wettbewerbs (BGH, GRUR 2002, 548 [549] – Mietwagenkostenersatz). 23

Von einer zielgerichteten Behinderung der Klägerin in diesem Sinn kann hier keine Rede sein. Die Werbeaussage „Kein Telekom-Anschluss (mehr) nötig“ ist – unabhängig von der Frage des Vorrangs kennzeichenrechtlicher Ansprüche (Hefermehl / Köhler / Bornkamm, a.a.O., UWG § 4 Rn. 10.76 ff.) – insbesondere nicht wegen des verwendeten Firmenschlagworts vorrangig auf eine Störung der wettbewerblichen Entfaltung der Klägerin ausgerichtet. Auch der Vorwurf der Berufung, die Beklagte benutze die Leistungen der Klägerin als „Vorspann“ für ihre Werbung und werbe „auf deren Rücken“, verfängt nicht. Denn im Licht des (oben zu Nr. 1 dargestellten) Verbraucherverständnisses stellte sich die angegriffene Werbeaussage nicht etwa als unlautere gezielte Abwerbung von Kunden der Klägerin (im Unterschied zu den Kunden aller anderer Mitbewerber) dar, sondern als ein ihrer führenden Marktstellung als vormaliger Monopolistin geschuldeter „abgekürzter“ Hinweis auf den technischen Sachverhalt, der das eigene Angebot der Beklagten besonders auszeichnet. Aus objektiver Sicht erfolgte die Nennung der Klägerin in der Werbung der Beklagten nicht, um ihr gezielt zu schaden (und auch nicht, um sich ihr Image nutzbar zu machen), sondern weil die Mehrzahl der Verbraucher jedenfalls noch Anfang 2007 geneigt war, jeden herkömmlichen Telefonanschluss „von Hause aus“ der Klägerin zuzuordnen, die solche Anschlüsse zu Zeiten ihres Monopols bundesweit installiert hatte. 24

4. Ein Anspruch der Klägerin wegen unbefugter Benutzung ihres (bekannten) Unternehmenskennzeichens gemäß §§ 5, 15 Abs. 2 oder 3 MarkenG besteht ebenso wenig wie ein Anspruch wegen unlauterer Ausnutzung oder Beeinträchtigung ihres Kennzeichens gemäß §§ 3, 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG, ohne dass es in diesem Zusammenhang einer näheren Erörterung der Probleme des rechtsverletzenden Kennzeichengebrauchs in vergleichender Werbung bedarf (vgl. dazu EuGH, GRUR 2008, 698 [Rn. 33 ff., 57 ff., 67] – O2 / H3G mit 25

Denn selbst wenn im Streitfall die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Unternehmenskennzeichenverletzung zu bejahen wären, wäre die Klägerin – wie schon das Landgericht angenommen hat – durch die Schutzschranke des § 23 Nr. 2 MarkenG gehindert, der Beklagten die beschreibende Verwendung des Kürzels „Telekom“ zu verbieten. Eine (auch) beschreibende Verwendung des Kürzels – nämlich als Angabe über technische Merkmale des Angebots der Beklagten im Unterschied zu den Angeboten dritter Telefonanbieter – liegt hier vor, so dass ein Verbot nur ausgesprochen werden könnte, wenn diese Art der Verwendung unter Berücksichtigung aller Umstände den anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe oder Handel widerspräche und – was inhaltlich dasselbe ist – gegen die guten Sitten verstieße (BGH, WRP 2008, 1202 = GRUR 2008, 798 [Rn. 17] – Post; zum Ganzen vgl. HK-MarkenR / von Hellfeld, 2. Aufl., § 23 MarkenG, Rn. 14 ff. m.w.N.). Nur dann könnte auch von einer unzulässigen vergleichenden Werbung nach § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG ausgegangen werden.

26

Nach Lage der Dinge ist dies jedoch nicht der Fall: Die Angabe, dass für das Leistungsangebot der Beklagten kein Telekom-Anschluss (mehr) nötig sei, zielt nach ihrem Kontext nicht (schon gar nicht blickfangmäßig) darauf ab, die Herkunftsfunktion oder Wertschätzung des Unternehmenskennzeichens der Klägerin zu beeinträchtigen (oder auszunutzen), sondern umschreibt in (wenn auch werbewirksam) abgekürzter Form einen vorwiegend technischen Sachverhalt.

27

III.

28

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

29

Der maßgeblich auf tatrichterlichem Gebiet liegenden Sache kommt weder grundsätzliche Bedeutung zu, noch erfordert die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung durch den Bundesgerichtshof, so dass gemäß § 543 Abs. 2 ZPO kein Anlass bestand, die Revision zuzulassen.

30