

1 U 36 / 13

7 HK O 7 / 13

Landgericht Saarbrücken



Verkündet am: 18.12.2013

gez. Bulle

Justizbeschäftigter

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

SAARLÄNDISCHES OBERLANDESGERICHT

URTEIL

Im Namen des Volkes

In dem einstweiligen Verfügungsverfahren

Verfügungsklägerin und Berufungsklägerin,

- Prozessbevollmächtigte: Anwaltsbüro

g e g e n

Verfügungsbeklagte und Berufungsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte

hat der 1. Zivilsenat des Saarländischen Oberlandesgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 27.11.2013
durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht H.-P. Schmidt, die
Richterin am Oberlandesgericht Feltes und die Richterin am

Oberlandesgericht Fritsch-Scherer

für **R e c h t** erkannt:

I. Auf die Berufung der Verfügungsklägerin wird die Verfügungsbeklagte unter Aufrechterhaltung des am 27.03.2013 verkündeten Urteils des Landgerichts Saarbrücken in dem einstweiligen Verfügungsverfahren 7HK O 7/13, Verfügungsantrag zu 1), in Abänderung und Ergänzung weiter verurteilt, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr Werbeanzeigen für Energielieferleistungen

2. wie nachfolgend dargestellt, Verfügungsantrag zu 3)

zu veröffentlichen und/oder veröffentlichen zu lassen.

Für jeden Fall der Zuwiderhandlung wird der Verfügungsbeklagten ein Ordnungsgeld bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, diese zu vollstrecken an dem jeweiligen Vorstandsvorsitzenden, angedroht.

II. Die weitergehende Berufung der Verfügungsklägerin und die Anschlussberufung der Verfügungsbeklagten werden zurückgewiesen.

III. Von den Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen tragen die Verfügungsbeklagte 2/3 und die Verfügungsklägerin 1/3.

IV. Das Urteil ist vollstreckbar.

Begründung

A.

Die Verfügungsklägerin nimmt die Verfügungsbeklagte im Wege der einstweiligen Verfügung auf Unterlassung ihrer Meinung nach irreführender Werbung in Anspruch, und zwar:

1. Werbung mit einem anonymisierten Auszug aus der Jahresabrechnung der Verfügungsklägerin mit der Mitteilung über eine Preiserhöhung zum 31.02.2013 und dem weiteren, mit einem Häkchen versehenen Zusatz: "Hat Ihr Energieversorger in ihrer aktuellen Jahresabrechnung eine Preiserhöhung versteckt?"

2. Werbung mit dem Slogan "Wir haben die bessere Energie!" und dem daneben stehenden Firmenlogo der Verfügungsbeklagten

3. Werbung mit einer beide Teile enthalten Anzeige

Durch Beschluss vom 01.02.2013 (GA 26 ff.) hat das Landgericht die beantragte ordnungsmittelbewehrte einstweilige Verfügung erlassen. Auf den Widerspruch der Verfügungsbeklagten hat es durch Urteil vom 27.03.2013 (GA 105 ff.), auf dessen tatsächliche und rechtliche Feststellungen vollumfänglich gemäß § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen wird, den Beschluss vom 01.02.2013 lediglich hinsichtlich des mit dem ersten Antrag verfolgten Unterlassungsbegehrens bestätigt und im Übrigen die einstweilige Verfügung aufgehoben.

Die Verfügungsbeklagte hat am 05.04.2013 eine Abschlusserklärung (GA 181) abgegeben, in der sie die teilweise bestätigte einstweilige Verfügung als endgültige und zwischen den Parteien materiell-rechtlich verbindliche Regelung anerkannt und auf die Rechtsbehelfe der Fristsetzung zur Erhebung der Hauptsacheklage und des Antrags auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung wegen veränderter Umstände

sowie auf die Einrede der Verjährung verzichtet hat.

Mit ihrer Berufung verfolgt die Verfügungsklägerin ihre erstinstanzlich erfolglos gebliebenen Unterlassungsansprüche weiter. Sie meint, mit der beanstandeten Werbung unter 2) nehme die Klägerin ein tatsächlich nicht zutreffendes Alleinstellungsmerkmal für das von ihr beworbene Produkt in Anspruch. Dies ergebe sich auch aus der Gestaltung des Werbeslogans. Aus dem Gesamtzusammenhang folge, dass er sich insbesondere auf die Auswahl des zu liefernden Stroms – Stromgewinnung und deren Emissionen, erneuerbare Energien – beziehe und bei der umweltfreundlichen Auswahl eine Alleinstellung der Verfügungsbeklagten suggeriere. Es liege deshalb ein Verstoß gegen § 5 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 UWG vor. Zudem handele es sich um eine unzulässige vergleichende Werbung im Sinne des § 6 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 5 UWG. Besonders deutlich werde dies auch bei der mit dem Antrag zu 3) beanstandeten Werbung, denn durch die Verwendung der Jahresabrechnung der Verfügungsklägerin werde ein Bezug zu dieser hergestellt und diese herabgemindert. Die Werbeanzeigen, die die Verfügungsbeklagte im Wesentlichen in und geschaltet habe, wendeten sich in erster Linie an die dort in erheblicher Zahl vorhandenen Bestandskunden der Verfügungsklägerin.

Die Verfügungsklägerin beantragt (GA 126, 127, 279),

die Verfügungsbeklagte unter Aufrechterhaltung des am 27.03.2013 verkündeten Urteils des Landgerichts Saarbrücken in dem einstweiligen Verfügungsverfahren 7HK O 7/13, Verfügungsantrag zu 1), in Abänderung und Ergänzung weiter zu verurteilen,

es bei Androhung eines von dem Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeld bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft oder der Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, diese zu vollstrecken an den jeweiligen Vorstandsvorsitzenden,

zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr
Werbeanzeigen für Energielieferleistungen

2. wie nachfolgend dargestellt, Verfügungsantrag zu 2)

3. wie nachfolgend dargestellt, Verfügungsantrag zu 3)

zu veröffentlichen und/oder veröffentlichen zu lassen.

Die Verfügungsbeklagte beantragt (GA 142, 143, 153, 154, 280),

die Berufung der Verfügungsklägerin zurückzuweisen
und auf die Anschlussberufung das Urteil des
Landgerichts Saarbrücken vom 27.03.2013 – 7HK O
7/13 – dahingehend abzuändern, dass die einstweilige
Verfügung vom 01.02.2013 aufgehoben und der Antrag
auf Erlass einer einstweiligen Verfügung insgesamt
zurückgewiesen wird.

Wegen des zurückgewiesenen Verfügungsantrags verteidigt sie das
angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres früheren
Vorbringens. Mit ihrer Anschlussberufung macht die Verfügungsbeklagte
geltend, eine Herabsetzung der Verfügungsklägerin durch das
beanstandete Werbeschreiben i. S. d. § 4 Nr. 7 UWG liege nicht vor, denn
dass es sich um ein Abrechnungsschreiben der Verfügungsklägerin
handele, sei für die angesprochenen Verkehrskreise wegen der Vielzahl der
vorhandenen Energielieferanten nicht erkennbar. Zudem werde auch keine
unwahre Tatsachenbehauptung aufgestellt. Vielmehr solle nur ein
Denkanstoß geliefert werden, die erhaltene Jahresrechnung zu überprüfen.
Im Übrigen entspreche eine solche Behauptung auch den Tatsachen.

Die Verfügungsklägerin beantragt (GA 167/174, 279),

und die Anschlussberufung zurückzuweisen.

Sie hält die Anschlussberufung schon im Hinblick auf die von der Verfügungsbeklagten abgegebene Abschlusserklärung für unbegründet. Im Übrigen verteidigt sie insoweit das angefochtene Urteil.

Wegen des Sach- und Streitstandes im Übrigen wird auf die zwischen den Parteien zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Sitzungsniederschrift vom 27.11.2013 (GA 279 ff.) Bezug genommen.

B.

I. Die gemäß den §§ 511, 513, 517, 519 und 520 ZPO zulässige Berufung der Verfügungsklägerin hat in der Sache lediglich hinsichtlich des Verfügungsantrags zu 3) Erfolg. Im Übrigen beruht sie weder auf einer kausalen Rechtsverletzung im Sinne des § 546 ZPO noch rechtfertigen die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung (§ 513 ZPO).

1. Das Landgericht hat rechtsfehlerfrei hinsichtlich des beanstandeten Werbeslogans „Wir haben die bessere Energie“ einen Unterlassungsanspruch der Verfügungsklägerin aus §§ 3, 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 6 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 5, 8 UWG verneint.

a) Der Werbeslogan „Wir haben die bessere Energie“ beinhaltet keine zur Irreführung geeignete Spitzen- oder Alleinstellungsbehauptung.

aa) Voraussetzung jeder Irreführung ist das Vorliegen einer Tatsachenbehauptung, weshalb sich die Werbeaussage nicht auf reklamehafte Übertreibungen beschränken darf, denen ein klarer Aussagegehalt regelmäßig fehlt. Nicht zu einer Irreführung geeignet ist deshalb eine Werbung, die sich auf nichtssagende Aussagen und sonstige,

für die angesprochenen Verkehrskreise leicht erkennbare Zuspitzungen beschränkt (Link in Ullmann jurisPK-UWG, 3. Aufl. 2013, § 5 Rn. 112, 205). Ob eine Werbung irreführende Angaben enthält, bestimmt sich maßgeblich danach, wie der angesprochene Verkehr die beanstandete Werbung aufgrund ihres Gesamteindrucks versteht. Dabei ist auf das Verständnis eines durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers abzustellen, der der Werbung die der Situation angemessene Aufmerksamkeit entgegenbringt (BGH, Urteil vom 07. April 2005 – I ZR 314/02 – Internet-Versandhandel, GRUR 2005, 690 ff., zit. nach jurisRn. 15; Link a. a. O. § 5 UWG Rn. 131 f.).

bb) Ausgehend von diesen Grundsätzen stellt der von der Verfügungsbeklagten verwendete Werbeslogan keine irreführende Werbung dar.

Zwar steht der von der Verfügungsbeklagten vorliegend benutzte (positive) Komperativ der Annahme einer Spitzen- oder Alleinstellungswerbung noch nicht maßgeblich entgegen, obwohl für diese Art der Werbung die Verwendung des Superlativs charakteristisch ist. Der durchschnittlich informierte und verständige Verbraucher misst jedoch der bloßen Aussage eines Energielieferanten, „die bessere Energie“ zu haben, keinen objektiven Aussagegehalt zu. Ohne nähere Erläuterung, weshalb die Energie denn eigentlich "besser" sein soll, kann er mit der Aussage nichts anfangen und ihr keinen konkreten Tatsachekern entnehmen. Es fehlt der konkrete Hinweis auf eine Beschaffenheit, die für den Durchschnittsverbraucher objektivierbar ist. Denn „Energie“, etwa in Form von Strom, weist unabhängig vom Erzeuger oder Lieferanten keine technischen Qualitätsunterschiede auf. Vielmehr spricht die Bezeichnung „bessere Energie“ mangels objektiven Aussagegehalts nur subjektive Empfindungen eines Verbrauchers an. Ein Alleinstellungsmerkmal in Bezug auf die Verfügungsbeklagte oder die von ihr gelieferte Energie liegt hierin mangels ausreichend identifizierbarer unternehmensbezogener oder produktspezifischer Merkmale nicht (BGH, Urteil vom 3. 5. 2001 - I ZR 318/98 (Hamburg) *Das Beste jeden Morgen*, GRUR 2002, 182, 184; OLG Rostock, Urteil vom 19-04-1995 - 2 U 13/95 - NJW-RR 1995, 1194, 1195;

OLG Bamberg, Beschluss vom 19. 5. 2003 - 3 W 48/03 - *Deutschlands bestes Einrichtungshaus*, GRUR-RR 2003, 344).

Auch wenn dem informierten Durchschnittsverbraucher klar ist, dass Strom aus unterschiedlichen Quellen gewonnen wird (OLG Hamm, Urteil vom 27. September 2012 – 4 U 3/12 –, GRUR-RR 2013, 118 f, zit. nach juris Rn. 31), so wird er auch nach der sog. „Energiewende“ nicht davon ausgehen, dass der von einem sehr großen Marktanbieter gelieferte Strom nur aus erneuerbaren Energien stammt. Mit der Werbebehauptung eines Anbieters, er befinde sich im Besitz der "besseren Energie", verbindet der durchschnittlich informierte Verbraucher nicht ohne weiteres die Vorstellung, dass die Energie dieses Bewerbers deshalb "besser" sein soll, weil sie ökologisch verträglicher erzeugt wird als die anderer Energielieferanten. Er wird den Slogan vielmehr als eine der üblichen substanzarmen Werbeanpreisungen werten und erkennen. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Beklagte in anderem Zusammenhang mit "sauberer Energie" und "Ökostrom" wirbt, zumal offen ist, ob es sich aus Sicht der Verbraucher deshalb wirklich um die bessere Energie handelt. Denn nicht wenige Verbraucher nehmen beispielsweise an Windkraftanlagen oder Solarparks Anstoß, weil diese nach ihrer Ansicht die Landschaft „verschandeln“. Das Ansehen von sog. "Öko-Strom" hat bei vielen Verbrauchern gerade in jüngster Zeit auch deshalb Schaden genommen, weil diese Art der Stromerzeugung subventioniert wird und für sie zu höheren Stromkosten führt.

Zudem ist mangels eines in der Aussage enthaltenen Bezugspunktes vollkommen offen, ob sich die Aussage „die bessere Energie“ gerade auf die Herkunft der Energie bezieht. Vielmehr handelt es sich um eine allgemein gehaltene nichtssagende Aussage, denn welche Umstände die Energie zu einer „besseren“ machen, hängt von den Wünschen und Vorstellungen des einzelnen Verbrauchers ab. Aufgrund der Substanzlosigkeit der Aussage versteht der Verkehr sie nicht als Behauptung einer alle andere Konkurrenzunternehmen deutlich überragenden Spitzenposition. Vielmehr sieht er in dem Slogan eine allgemeine suggestive Anpreisung mit erkennbar subjektivem Gepräge

(OLG Bamberg a. a. O.). Damit fehlt es an einer irreführenden Spitzen- oder Alleinstellungsbehauptung.

Die Auffassung der Verfügungsklägerin wird auch nicht durch die Entscheidung des Hanseatischen Oberlandesgerichts vom 28.06.2001 (3 U 40/01, BeckRS 2001 30189790 – *Der bessere Anschluss*) gestützt. Soweit das OLG im Zusammenhang mit dem Webeslogan „*Der bessere Anschluss*“ nicht von einer allgemeinen Werbeanpreisung ausgegangen ist, hat es das damit begründet, dass die Aussage von erheblichen Teilen der angesprochenen Verbraucher auf den technisch besseren Anschluss bezogen werde. Im Gegensatz zu dem vorliegenden Fall gibt es aber bei Telefonanschlüssen abhängig von dem jeweiligen Anbieter Unterschiede in der technischen Qualität des Anschlusses, so dass es nahe liegt, die Aussage „*der bessere Anschluss*“ hierauf zu beziehen. Eine solch naheliegende Bezugsgröße drängt sich aber bei Energie/Strom nicht auf, weil er technisch immer gleich ist. Vielmehr bleibt die Antwort auf die Frage, aus welchen Gründen die Energie der Verfügungsbeklagten „besser“ sein sollte, nach der Gestaltung des Werbeslogans der subjektiven Einschätzung jedes Verbrauchers überlassen.

b) Ebenso wenig liegt eine unzulässige vergleichende Werbung i. S. d. § 6 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 5 UWG vor, wie das Landgericht mit zutreffender Begründung, auf die Bezug genommen wird, festgestellt hat. Die Voraussetzung, dass die Werbung einen Mitbewerber oder die von einem Mitbewerber angebotenen Waren oder Dienstleistungen unmittelbar oder mittelbar erkennbar macht (Müller-Bidinger in: Ullmann jurisPK-UWG, 3. Aufl. 2013, § 6 UWG Rn. 66), ist hier nicht gegeben, denn der Werbeslogan „Wir haben die bessere Energie“ zielt nicht auf einen bestimmten Mitbewerber ab. Er ist vielmehr völlig allgemein gehalten und bezieht sich in Anbetracht der Vielzahl von Stromanbietern nicht, auch nicht mittelbar, auf einen konkreten Mitbewerber.

Soweit die Verfügungsklägerin eine solch mittelbare Erkennbarkeit aus der Verwendung eines Auszugs aus ihrer Jahresabrechnung herleitet, ist ein solcher Bezug in dem allein zu beurteilenden Werbeslogan „*Wir haben*

die bessere Energie“ nicht enthalten, so dass in diesem allein keine unzulässige vergleichende Werbung liegt.

2. Erfolg hat die Berufung der Verfügungsklägerin dagegen, soweit mit dem Antrag zu 3) die Werbung mit beiden Teilen, d. h. sowohl mit dem Auszug aus dem Abrechnungsschreiben der Verfügungsklägerin als auch mit dem Slogan „Wir haben die bessere Energie“ beanstandet wird. Denn diese ist schon deshalb unzulässig, weil die Verwendung des Auszugs aus dem Abrechnungsschreiben der Verfügungsbeklagten mit dem Antrag zu 1) zu Recht untersagt wurde. Unabhängig davon, ob durch die Verwendung des Auszugs aus dem Abrechnungsschreiben der Verfügungsbeklagten zumindest ein mittelbarer Bezug zu einem Mitbewerber hergestellt wird, und deshalb möglicherweise auch die Verwendung des Werbeslogans unzulässig wäre, hat die Verfügungsklägerin die Werbung schon deshalb zu Recht beanstandet, weil der erste Teil nicht mehr verwendet werden darf.

II. Die Anschlussberufung der Verfügungsbeklagten ist zwar zulässig (1.), jedoch bleibt sie in der Sache ebenfalls ohne Erfolg (2.).

1. Die Anschlussberufung der Verfügungsbeklagten ist nach § 524 ZPO form- und fristgemäß eingelegt worden.

Sie ist auch nicht deshalb als unzulässig zu verwerfen, weil die Verfügungsbeklagte in der Abschlusserklärung vom 05.04.2013 (GA 181) auf die Berufung verzichtet hat. Zwar hat sie darin die in dem jetzt angefochtenen Urteil getroffene Regelung als materiell-rechtlich verbindliche Regelung anerkannt und damit zum Ausdruck gebracht, dass sie ein Rechtsmittel nicht einlegen will. Selbst wenn man hierin einen konkludent erklärten Verzicht auf die Berufung sehen wollte, wäre die Verfügungsbeklagte nicht gehindert, dennoch Anschlussberufung einzulegen. Denn nach § 524 Abs. 2 S. 1 ZPO ist die Anschlussberufung auch dann statthaft, wenn der Berufungsbeklagte auf die Berufung verzichtet hat. Ein solcher Verzicht auf die Anschlussberufung ist nämlich erst nach Einlegung des Hauptrechtsmittels wirksam möglich (Zöller/Herget, ZPO, 29. Aufl., § 524 Rn. 30). Etwas anderes gilt auch nicht für einen in der

Abschlussklärung liegenden Verzicht auf die Berufung.

2. In der Sache hat sie jedoch unabhängig von der Frage, ob sie im Hinblick auf das in der Abschlussklärung möglicherweise liegende Anerkenntnis bereits unbegründet ist, keinen Erfolg, denn das Landgericht hat zu Recht angenommen, dass die mit dem Auszug aus dem Abrechnungsschreiben der Verfügungsklägerin versehene Werbung gegen § 4 Nr. 7 und § 4 Nr. 8 UWG verstößt.

Die Werbung ist nämlich nach ihrer Gesamtaufmachung, insbesondere weil in dem Auszug aus dem Abrechnungsschreiben die darin mitgeteilten Preiserhöhungen rot markiert sind und in dem darunter stehenden Satz die Frage aufgeworfen wird: „Hat Ihr Energieversorger in ihrer aktuellen Jahresrechnung eine Preiserhöhung versteckt?“, wobei die letzten beiden Wörter ebenfalls rot geschrieben sind und das daneben befindliche Kästchen mit einem roten Haken versehen ist, geeignet, einen durchschnittlich informierten und verständigen Verbraucher zu der Fehlvorstellung zu verleiten, der durch das verwendete Abrechnungsschreiben in Bezug genommene Bewerber handele unredlich und verstecke in seinem Abrechnungsschreiben eine Preiserhöhung bzw. er informiere Verbraucher nicht ordnungsgemäß über eine bevorstehende Preiserhöhung, auch wenn vordergründig nur die neutrale Frage gestellt wird, ob in der aktuellen Jahresrechnung eine Preiserhöhung versteckt ist, und der Verbraucher aufgefordert wird, seine Abrechnung hierauf zu überprüfen. Dies ist geeignet, die Konkurrenz – die Verfügungsklägerin und die Mitbewerber – herabzusetzen i. S. d. § 4 Nr. 7 UWG, weil ihr unlautere Informationsmethoden unterstellt werden. Dass aus dem abgedruckten anonymisierten Abrechnungsschreiben nicht eindeutig hervorgeht, wer dessen Urheber ist, steht dieser Beurteilung nicht entgegen, denn der betroffene Mitbewerber muss nicht erkennbar gemacht werden (Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 31. Auflage 2013, § 4 Rn. 7.11; OLG Hamburg, Urteil vom 28. 10. 2009 - 5 U 204/07 - NJOZ 2010, 1122, 1126). Es kommt deshalb auf die Frage, ob der Auszug aus dem Abrechnungsschreiben für die Kunden der Verfügungsklägerin erkennbar ist, und den Umstand, dass sich die Werbung im Wesentlichen an die Kunden der Verfügungsklägerin

in und – hier hat die Verfügungsklägerin nach ihrem unbestrittenem Vortrag einen Marktanteil von 70 % – richtet, nicht an.

Die Behauptung der Verfügungsbeklagten ist zudem unwahr, wie das Landgericht zutreffend angenommen hat. In dem Abrechnungsschreiben wird keine Preiserhöhung versteckt, sondern es wird ausdrücklich und drucktechnisch hervorgehoben darauf hingewiesen, dass sich die Preise ab dem 01.04.2013 erhöhen werden. Dieser Hinweis ist so deutlich, dass er jedem durchschnittlich aufmerksamen Stromkunden ins Auge springen muss. Allein der Umstand, dass die Preiserhöhung zusammen mit der Abrechnung mitgeteilt wird, rechtfertigt es nicht, von einer in der Jahresabrechnung versteckten Preiserhöhung zu sprechen. Genau diesen Eindruck will die Verfügungsbeklagte aber mit der Gestaltung ihrer Werbung erreichen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO.

Da das vorliegende Urteil als zweitinstanzliche Entscheidung im Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung einem Rechtsmittel nicht mehr unterliegt (§ 542 Abs. 2 Satz 1 ZPO), ist dieses nicht nur vorläufig, sondern endgültig vollstreckbar.

Gegen Urteile, durch die im Verfahren der einstweiligen Verfügung entschieden worden ist, findet die Revision nicht statt (§ 542 Abs. 2 ZPO).

gez. Schmidt

Fritsch-Scherer

Feltes

Ausgefertigt:

(Martin) Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle