

Fall (100 Punkte):

Sowohl das K-Unternehmen (K) als auch das B-Unternehmen (B) bieten deutschlandweit Telekommunikationsdienstleistungen an. Im Gegensatz zu K betreibt B kein eigenes Festnetz, sondern kauft Netzkapazitäten bei anderen Anbietern ein und vermarktet diese unter eigenem Namen. 2022 erklärte die Zeitschrift „X“ das B-Unternehmen zum Sieger ihres Festnetztests in den Kategorien „Sprachtelefonie“, „Uploads und Downloads“, „Webseiten und Gaming“ und „Web TV“ und verlieh ihr in dem Heft 09/2022 das folgende Siegel:

„X
Testsieger
K-Unternehmen
Festnetztest 09/2022“

Laut Testbericht schnitt K aufgrund eines schwächeren Routers und wegen Softwareproblemen schlechter ab als B. Im Einzelnen wird dies in dem Testbericht näher wie folgt erläutert:

„Die Gründe dafür, dass es diesmal für K nicht für Platz 1 gereicht hat, liegen an verschiedenen Stellen: Offenbar kann der von K standardmäßig gelieferte Router ‚Speedport W724V‘ bei Volllast nicht ganz mit der stärkeren Fritzbox 7490 mithalten, die B in seiner eigenen Version einsetzt. Hinzukommt, dass die Anbindung der zum Test verwendeten ISDN-Telefonschnittstelle an den Testanschlüssen über den neuen externen ISDN Adapter (...) erfolgte, der im Testzeitraum noch mit Problemen zu kämpfen hatte. Eine neue, fehlerbereinigte Firmware-Version konnte K erst kurz vor Testende liefern.“

Unter Hinweis auf das Testergebnis und die zugrunde liegenden Prüfkriterien bewarb B ihre Festnetzdienstleistungen mit der Aussage, bei ihr gebe es „das beste Netz“.

K hält die Aussage für wettbewerbswidrig, da sie falsche Vorstellungen hervorrufe und im Übrigen die eigenen Leistungen herabsetze. K möchte von Ihnen wissen, ob ein Unterlassungsanspruch gegen B besteht?

Lösungshinweise:

A. Unterlassungsanspruch aus §§ 8 I, 3 I UWG

K könnte gegen B einen Anspruch auf Unterlassung aus §§ 8 I, 3 I UWG haben.

I. Aktivlegitimation

Dann müsste K zunächst aktivlegitimiert sein. Die Aktivlegitimation könnte aus § 8 III Nr. 1 UWG folgen. Dann müsste eine Mitbewerber-eigenschaft vorliegen. Diese ist in § 2 I Nr. 4 UWG definiert. Folglich müsste zwischen K und B ein **konkretes** Wettbewerbsverhältnis be-

stehen. Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis liegt vor, wenn gleiche Waren oder Dienstleistungen gegenüber dem gleichen Endverbraucherkreis angeboten werden. K und B bedienen den gleichen räumlichen und sachlichen Markt, so dass ein konkretes Wettbewerbsverhältnis gegeben ist. K ist demzufolge aktivlegitimiert nach § 8 III Nr. 1 UWG.

II. Passivlegitimation

B müsste passivlegitimiert sein. B hat die Aussage getroffen, dass das Unternehmen über das beste Netz verfüge. B ist folglich als Täter passivlegitimiert.¹

III. Vorliegen einer unlauteren geschäftlichen Handlung

Es müsste eine geschäftliche Handlung vorliegen, die nach der Wertung des UWG unlauter ist. Die geschäftliche Handlung ist in § 2 I Nr. 2 UWG. Für die Annahme kommt es darauf an, ob die beanstandete Maßnahme der Absatzförderung dient. Dies trifft für die Aussage, dass das beste Netz vorliege, zu. Im Übrigen wird bei unternehmerischem Handeln eine Absatzförderung vermutet.

1. Unlauterkeit nach § 6 II Nr. 2 UWG

Eine Unlauterkeit könnte zunächst wegen eines Verstoßes gegen § 6 II Nr. 2 UWG vorliegen. Dann müsste zunächst ein Vergleich nach § 6 I UWG vorliegen. Dies ist jede Werbung, die unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder die von einem Mitbewerber angebotenen Waren oder Dienstleistungen erkennbar macht. Aus dem Text sowie der Aussage von B wird deren Leistung in Vergleich gesetzt zu denen des K-Unternehmens, welches diesmal nur den zweiten Platz erreicht hat. Ein Vergleich nach § 6 I UWG liegt demzufolge vor.

Nach § 6 II Nr. 2 UWG ist ein Vergleich unlauter, der nicht objektiv auf eine oder mehrere wesentliche, relevante, nachprüfbar und typische Eigenschaften oder den Preis dieser Waren oder Dienstleistungen bezogen ist. Der angesprochene Verkehr (Durchschnittsverbraucher) sieht in der Aussage einen Vergleich der Qualität der von den Parteien angebotenen Telekommunikationsdienstleistungen. Der Vergleich ist damit objektiv auf eine wesentliche, relevante, nachprüfbar Eigenschaft der jeweiligen Produkte bezogen und ist daher letztlich auch nicht unsachlich. Somit liegt kein Verstoß gegen § 6 II Nr. 2 UWG vor.

2. Unlauterkeit nach § 6 II Nr. 5 UWG

Eine Unlauterkeit könnte aber wegen eines Verstoßes gegen § 6 II Nr. 5 UWG gegeben sein. Für die Beurteilung des Tatbestands der Herabsetzung i.S.d. § 6 II Nr. 5 UWG ist entscheidend, ob die angegriffene

¹ Im Übrigen würde die Passivlegitimation aus § 8 II UWG folgen.

Werbeaussage sich noch in den Grenzen einer sachlichen Erörterung hält oder bereits eine pauschale Abwertung der fremden Produkte des Mitbewerbers oder seiner persönlichen oder geschäftlichen Verhältnisse darstellt. Herabsetzend i.S.d. § 6 II Nr. 5 UWG ist ein Vergleich daher nur, wenn zu den mit jedem Werbevergleich verbundenen (negativen) Wirkungen für die Konkurrenz besondere Umstände hinzutreten, die ihn als unangemessen abfällig, abwertend oder unsachlich erscheinen lassen. Bei der Beurteilung ist auf die mutmaßliche Wahrnehmung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers abzustellen (§ 3 IV UWG). Dieser Durchschnittsverbraucher ist zunehmend an pointierte Aussagen in der Werbung sowie daran gewöhnt, dass Werbung zu einem nicht unerheblichen Teil von Humor und Ironie lebt und begleitet wird.²

Der zuvor beschriebene Durchschnittsverbraucher entnimmt der Aussage keine Herabsetzung. Es liegt vielmehr ein hinreichender sachlicher Zusammenhang zwischen der gewählten Darstellungsform und dem in Gestalt des Testergebnisses kommunizierten Vergleich vor, weil die ironisch übersteigerte voreilige Siegesgewissheit auf den besonderen tatsächlichen Umstand hinweist, dass – anders als in früheren Jahren, in denen stets K Testsiegerin geworden war – dieses Mal das Angebot der B den Testsieg errungen hat. Hierbei handelt es sich um einen tatsächlichen Umstand, der für die Qualität der Dienstleistungen der Parteien von Bedeutung ist und dessen werbliche Hervorhebung durchaus der Verbraucherinformation und Markttransparenz dient.³ Somit liegt kein Verstoß gegen § 6 II Nr. 5 UWG vor.

3. Unlauterkeit nach § 4 Nr. 2 UWG

Es könnte ein Verstoß gegen § 4 Nr. 2 UWG vorliegen. Erfolgt die Äußerung allerdings im Rahmen einer *vergleichenden Werbung*, so werden § 4 Nr. 1 und Nr. 2 UWG durch die vorrangig anzuwendenden Vorschriften über die vergleichende Werbung verdrängt.⁴ Daher scheidet ein Verstoß gegen § 4 Nr. 2 UWG aus.⁵

4. Unlauterkeit nach § 5 I Nr. 1 UWG

Es könnte ein Verstoß gegen den Irreführungstatbestand des § 5 I UWG vorliegen. Fraglich ist insoweit, ob die Aussage „das beste Netz“ im Widerspruch steht bzw. täuschend wirkt gegenüber der offiziellen Bezeichnung des Testergebnisses. Denn dieses Prädikat (beste Netz) wurde im Test *nicht* vergeben. Eine Werbung, mit der der Werbende das Testergebnis nicht in der wörtlich verliehenen Form nutzt, sondern mit eigenen Worten umschreibt, ist aber (nur) dann irrefüh-

² Vgl. BGH GRUR 2010, 166 – Gib mal Zeitung.

³ Ebenso abzulehnen ist ein Verstoß gegen § 6 II Nr. 4 UWG.

⁴ So bereits BGH WRP 2012, 77 Rn. 17 – Coaching-Newsletter; BGH GRUR-RR 2016, 410 Rn. 18.

⁵ Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass in der Sache auch kein Verstoß gegen den Tatbestand des § 4 Nr. 2 UWG vorliegt, da es sich hier um eine erweislich *wahre* Tatsache handelt.

rend, wenn der Werbende die Aussage des Testergebnisses zu seinen Gunsten verändert. Die Angaben zum „besten Netz“ umschreiben das Testergebnis „Testsieger – Festnetztest“, ohne die Aussage des Testergebnisses zugunsten von B zu verändern. Das Ergebnis des von der Zeitschrift „X“ durchgeführten Tests wird durch das von ihr verliehene Testsiegel zum Ausdruck gebracht. Dieses Testsiegel besagt wörtlich, dass „B“ der „Testsieger“ im „Festnetztest Heft 9/2022“ ist. Dieses im Testsiegel zum Ausdruck gebrachte Testergebnis wird durch die von B in der Werbung verwendete Angabe, nach dem Ergebnis des „Festnetztests“ verfügten sie über „Das beste Netz“, mit eigenen Worten umschrieben, ohne die Aussage des Testergebnisses zu ihren Gunsten zu verändern. Eine Irreführung liegt daher nicht vor.⁶

5. Unlauterkeit nach § 5a UWG

Schließlich könnte noch ein Verstoß gegen § 5a UWG in Frage kommen. Bei der Werbung mit „Testergebnissen“ oder als „Testsieger“ ist dies der Fall, wenn wesentliche Informationen vorenthalten wurden. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die zugrunde liegenden Prüfkriterien nicht zugänglich gemacht werden.⁷ Letzteres hat B aber gemacht, so dass auch kein Verstoß gegen § 5a UWG vorliegt.

B. Ergebnis

K hat gegen B keinen Anspruch auf Unterlassung aus §§ 8 I, 3 I UWG.

⁶ Mit entsprechender Begründung ist eine andere Ansicht vertretbar. Zu prüfen wäre dann noch eine Wiederholungsgefahr.

⁷ Vgl. BGH GRUR 2019, 631 – Das beste Netz.