

Professor Dr. Peter Krebs

10. Übungsklausur im Wettbewerbsrecht – WS 2018/19

Behandelte Gebiete: Löschung einer eingetragenen Marke, Absolute Schutzhindernisse für die Markeneintragung, Verkehrsdurchsetzung, Unterlassungsansprüche im MarkenG/UWG, Untersagung unlauterer Werbung

Lösungsvorschlag:

1. Teil: Löschung der Farbmarke „Rot“ HKS 13 auf Antrag von Santander

Hinweis: Ein Widerspruch gemäß § 42 MarkenG, der auch zu einer Löschung führt, kommt nicht in Betracht, da die dreimonatige Frist für den Widerspruch nach Veröffentlichung der Eintragung (2007) verstrichen ist (§ 42 Abs. 1 MarkenG). Dies gilt ungeachtet der Frage, ob Santander Markeninhaber ist (die Farbe „Rot“ HKS 14 wird lediglich genutzt). Die Voraussetzungen für § 42 MarkenG liegen insgesamt nicht vor.

A. Lösungsverfahren aufgrund Nichtigkeit wegen absoluter Schutzhindernisse, §§ 54, 50 MarkenG

Santander kann die Löschung der eingetragenen Farbmarke „Rot“ HKS 13 beim DPMA gemäß §§ 54, 50 MarkenG veranlassen.

I. Antragsberechtigung

Dazu muss Santander berechtigt sein, Löschungsantrag beim DPMA zu stellen. Antragsberechtigt ist gemäß § 54 Abs. 1 S. 2 MarkenG jedermann. Somit kann Santander den Löschungsantrag stellen.

II. Lösungsgrund

Die Farbmarke „Rot“ HKS 13 wird gelöscht, wenn einer der Nichtigkeitsgründe aus § 50 Abs. 1 MarkenG vorliegt. Bei diesen Nichtigkeitsgründen handelt es sich um die absoluten Schutzhindernisse der §§ 3, 7, 8 MarkenG.

1. Fehlende Markenfähigkeit, § 3 MarkenG

Ein Lösungsgrund ist z.B. dann gegeben, wenn die Marken trotz fehlender Markenfähigkeit (§ 3 MarkenG) eingetragen worden wären. Markenfähig sind alle Zeichen, die zumindest abstrakt zur Herkunftsunterscheidung geeignet sind. Hierzu zählen insbesondere Wörter und Wortzusammenstellungen. Insofern stellt die vorliegend eingetragene Farbmarke (eher) eine Besonderheit dar. Wie sich aus § 3 Abs. 1 MarkenG ergibt, können allerdings auch Farben und Farbzusammenstellungen geschützt werden, wenn diese geeignet sind, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Zur Konkretisierung erfolgt die Darstellung bzw. die Abgrenzung anhand einer Farbpalette bzw. Farbskala, vorliegend im Rahmen des HKS-Farbsystems (siehe in diesem Zusammenhang auch zum Erfor-

dernis der graphischen Darstellbarkeit gemäß § 8 Abs. 1 MarkenG unter 1. Teil: A. II. 3a)). Der Farbmarke kommt zumindest eine abstrakte Unterscheidungseignung zu; sie ist damit markenfähig. Da auch die Ausschlussgründe des § 3 Abs. 2 MarkenG (durch Art der Ware bedingt; für technische Wirkung erforderlich; verleiht wesentlichen Wert) vorliegend nicht gegeben sind, scheidet ein Löschungsgrund nach § 3 MarkenG aus.

Hinweis: Die abstrakte Unterscheidungseignung des § 3 MarkenG hat so niedrige Voraussetzung, dass diese praktisch immer gegeben ist. Ob die Farbmarke nicht nur abstrakt unterscheidungsgeeignet ist, sondern in Bezug auf die Waren oder Dienstleistungen des DSGV bzw. der Sparkassen konkrete Unterscheidungskraft aufweist, ist hingegen eine Frage von § 8 MarkenG (ggf. fehlende Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG) und ist daher dort zu prüfen.

2. Fehlende Markeninhaberfähigkeit, § 7 MarkenG

Ein Löschungsgrund kann auch darin liegen, dass der DSGV nicht als Inhaber einer Marke in Frage kommt. Markeninhaber können gemäß § 7 MarkenG natürliche Personen (Nr. 1), juristische Personen (Nr. 2) oder Personengesellschaften (Nr. 3) sein, sofern sie mit der Fähigkeit ausgestattet sind, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen. Vorliegend ist der DSGV ein eingetragener Verein und als solcher eine juristische Person i.S.v. § 7 Nr. 2 MarkenG. Es fehlt daher nicht an der Markeninhaberschaft.

3. Vorliegen absoluter Schutzhindernisse, § 8 MarkenG

Eine Löschung kann jedoch aufgrund des Vorliegens eines absoluten Schutzhindernisses nach § 8 MarkenG möglich sein.

a) Graphische Darstellbarkeit, § 8 Abs. 1 MarkenG

Nach § 8 Abs. 1 MarkenG muss das entsprechende Zeichen anhand der Darstellung genau identifizierbar, leicht zugänglich und verständlich, dauerhaft sowie eindeutig und objektiv wiederzugeben sein. Nicht (zwingend) notwendig ist die graphische Darstellbarkeit bzw. visuelle Wiedergabe der Marke selbst, wenn sich diese mit hinreichend eindeutigen Symbolen umschreiben lässt. Im Hinblick auf relativ neue Markenformen wie Farbmarken genügt etwa die Bezugnahme auf ein Farbklassifikationssystem. Dies ist hier durch die HKS-Farbpalette (konkret „Rot“ HKS 13) gewährleistet. Die graphische Darstellbarkeit der Farbmarke liegt daher gemäß § 8 Abs. 1 MarkenG vor.

b) Fehlende Unterscheidungskraft, § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG

Die Farbmarke „Rot“ HKS 13 darf auch dann nicht eingetragen werden, wenn ihr in Bezug auf die Waren oder Dienstleistungen jegliche Unterscheidungskraft fehlt (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG). Dabei reicht jede auch noch so geringe Unterscheidungskraft aus. Die rote Farbmarke wird vorliegend sowohl für das Sparkassensparbuch als auch in Zusammenhang mit dem Sparkassenlogo verwendet und ist im nötigen Umfang unterscheidungskräftig. Das Schutzhindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG besteht somit nicht (a.A. mit intensiver Begründung vertretbar).

c) Freihaltebedürfnis, § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG

Es kann jedoch das Schutzhindernis eines Freihaltebedürfnisses gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG vorliegen.

aa) Beschreibende Angabe

Ein Freihaltebedürfnis i.S.v. § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG besteht bei Zeichen, die ausschließlich aus Angaben bestehen, die im Verkehr zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Menge, der Bestimmung, des Wertes, der geographischen Herkunft, der Zeit der Herstellung der Waren oder der Erbringung der Dienstleistungen oder zur Bezeichnung sonstiger Merkmale der Waren oder Dienstleistungen dienen können. Hier kommen noch am ehesten beschreibende Angaben im Hinblick auf sonstige Merkmale der Waren oder Dienstleistungen (letzter Fall von § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG) in Betracht. Konkret geht es um die Verwendung von Farben als Angaben über Merkmale einer Ware, was ein Freihaltebedürfnis begründen kann. Bei beschreibenden Farbmarken kommt es für die Beurteilung des Freihaltebedürfnisses unter anderem auf die üblichen Verwendungsgewohnheiten für die relevante Farbe an.

Im vorliegenden Fall ordnen immerhin 35,5 % der deutschen Bankkunden den roten Farbton den Sparkassen zu, bei einem Bezug zu deren Sparbuch gar 67,9 %. Die „Farbe Rot“ findet auch im Rahmen des Sparkassenlogos Verwendung. Dabei ist zu berücksichtigen, dass nicht die Farbe „Rot“ (an sich) geschützt wird, sondern nur ein Farbton aus einer bestimmten Farbskala (hier HKS 13), sodass dem Bedürfnis anderer an der Verwendung der Farbe durch eine sachgerechte Handhabung der Verwechslungsgefahr begegnet werden könnte (wenn sich die fraglichen Farbtöne genügend abheben). Letzteres spricht jedoch für ein Freihaltebedürfnis, da der Farbton „Rot“ HKS 13 dem „Rot“ von Santander (HKS 14) zum Verwechseln ähnlich ist. Gerade dann, wenn andere Marktteilnehmer sich der betrieblichen Herkunft der entsprechend (nur mit rotem Farbton) gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen nicht gewiss sein können, spricht vieles dafür, dieses Zeichen nicht zu schützen, sondern für die Allgemeinheit freizuhalten. Dieses Bedürfnis ist insbesondere aus Sicht von Konkurrenten im Wettbewerb um Kunden wie vorliegend im Verhältnis der Sparkassen und Santander stark ausgeprägt (a.A. mit Begründung vertretbar).

bb) Zwischenergebnis

Es besteht ein Freihaltebedürfnis gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG, womit das „Rot“ HKS 13 von der Eintragung als Marke ausgeschlossen wäre.

d) Verkehrsdurchsetzung, § 8 Abs. 3 MarkenG

Nach § 8 Abs. 3 MarkenG findet (unter anderem) § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG keine Anwendung, wenn die Marke sich vor dem Zeitpunkt der Entscheidung über die Eintragung infolge ihrer Benutzung für die Waren oder Dienstleistungen, für die sie angemeldet worden ist, in den beteiligten Verkehrskreisen durchsetzt bzw. zur betrieblichen Herkunftsangabe wandelt. Ob sich ein Zeichen durchgesetzt hat, ist anhand aller denkbaren objektiven Umstände zu beurteilen, insbesondere unter Berücksichtigung des Bekanntheitsgrades und der Dauer und Intensität der Benutzung. Zur Beurteilung ist die Verkehrsauffassung innerhalb der beteiligten Verkehrskreise maßgeblich, vorliegend also im Verkehr mit inländischen Bankkunden (bezogen auf das gesamte Bundesgebiet). Für eine Durchsetzung spricht, dass die vorliegende Farbmarke sowohl produktbezogen (Sparkassensparbuch) als auch im Hinblick auf den Inhaber (Bestandteil des Sparkassenlogos) genutzt wird. Ebenfalls zu beachten ist, dass die Sparkassen ihr „Rot“ bereits seit 1972 über einen Zeitraum von mehr als 40 Jahren als einheitliche Geschäftsfarbe verwenden.

Das konkrete Zeichen erlangt allerdings nur dann eine Bedeutung, die nicht mehr nur beschreibend ist, wenn es sich in erheblichem Umfang innerhalb der beteiligten Verkehrskreise durchgesetzt hat. Auch wenn keine festen Prozentsätze auszumachen sind, ab wann sich ein Zeichen im Verkehr durchsetzt, wird man kaum von Verkehrs-

durchsetzung bei Durchsetzungsgraden unterhalb von 50 % ausgehen können. Angesichts der Nutzung für das Sparkassensparbuch und in Zusammenhang mit dem Sparkassenlogo bringen 67,9 % der deutschen Bankkunden die Farbe „Rot“ mit den Sparkassen in Verbindung, was eine Verkehrsdurchsetzung begründen könnte. Der hohe Assoziationsanteil resultiert hier aber zumindest auch daraus, dass die Sparkassen den roten Farbton mit ihren Produkten (Sparbuch) und (anderen) Marken (Sparkassenlogo) verbinden. Stellt man (isoliert) auf den Farbton „Rot“ ab, also ohne ergänzende Zeichen oder Hinweise auf die Sparkassen, ordnen nur 52,6 % der Befragten diesen überhaupt dem Bereich „Finanzdienstleistungen“ (im Allgemeinen, also auch als Abgrenzung gegenüber anderen Dienstleistungsklassen) zu. Speziell im Verhältnis zu den Sparkassen beträgt der Zuordnungsgrad sogar nur 35,5 % der beteiligten Verkehrskreise, die dieses Zeichen den Sparkassen zuweisen. In Bezug auf eine Verkehrsdurchsetzung der Farbmarke „Rot“ zugunsten des DSGV bzw. der Sparkassen ist letzteres entscheidend, was nicht ausreicht (deutlich unterhalb von 50 %). Dies gilt umso mehr, als die Konkurrenzsituation mit Santander ein gesteigertes Freihaltebedürfnis und daher einen besonders hohen Grad der Verkehrsdurchsetzung erfordert. Die Bestimmung des § 8 Abs. 3 MarkenG rechtfertigt somit keine Eintragung trotz Vorliegens des Schutzhindernisses gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG (a.A. vertretbar).

III. Ergebnis

Hinsichtlich der Farbmarke „Rot“ HKS 13 gibt es ein Schutzhindernis in Form eines Freihaltebedürfnisses, womit das Verfahren gemäß §§ 54, 50 MarkenG zur Löschung der Marke durch das DPMA führen wird.

B. Lösungsverfahren aufgrund Nichtigkeit wegen Bestehens älterer Rechte, §§ 55, 51 MarkenG

Santander könnte weiterhin im Lösungsverfahren nach §§ 55, 51 MarkenG die Löschung der Farbmarke „Rot“ HKS 13 erreichen.

Hinweis 1: Gemäß § 51 Abs. 1 MarkenG wird die Eintragung einer Marke auf Klage wegen Nichtigkeit gelöscht, wenn ihr ein Recht im Sinne der §§ 9 bis 13 MarkenG mit älterem Zeitrang (Priorität) entgegensteht. Umfasst sind angemeldete oder eingetragene Marken (§ 9 MarkenG), notorisch bekannte Marken (§ 10 MarkenG), Agentenmarken (§ 11 MarkenG), durch Benutzung erworbene Marken mit älterem Zeitrang (§ 12 MarkenG) und sonstige ältere Rechte gemäß § 13 MarkenG. Da Santander nicht selbst Markeninhaber ist, vielmehr die Farbe HKS 14 bloß im Verkehr benutzt, kann allenfalls ein Recht i.S.v. § 12 MarkenG der Eintragung der Farbmarke des DSGV entgegenstehen, welches von Santander gemäß § 55 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG geltend zu machen wäre.

Hinweis 2: Hier fehlt es bereits an einem prioritätsälteren Recht zugunsten von Santander. Die weltweite Benutzung des roten Farbtons durch die Banco Santander S.A. erfolgt seit den 80er-Jahren. Die Sparkassen nutzen hingegen das Rot bereits ab dem Jahr 1972 und somit früher als Santander. Priorität könnte ein etwaiges Markenrecht von Santander kraft Benutzung nur gegenüber der eingetragenen Marke des DSGV (im Jahr 2007) aufweisen. Da es hier um die Löschung einer eingetragenen Marke geht, hätte eine ältere Benutzungsmarke von Santander Vorrang im Verhältnis zu der später eingetragenen Sparkassen-Farbmarke. Ob hier ein solches Recht i.S.v. § 4 Nr. 2 MarkenG (Verkehrsgeltung) zugunsten von Santander besteht, kann jedoch dahinstehen, wenn die Löschung aus anderen Gründen nicht zu prüfen wäre (siehe Hinweis 3).

Hinweis 3: Nach §§ 55 Abs. 1, 51 Abs. 1 MarkenG wird die wegen bestehender älterer Rechte beanstandete Marke auf Klage vor *ordentlichen Gerichten* gelöscht. Eine Löschung im Verfahren vor dem DPMA (siehe Aufgabenstellung) ist hier nicht möglich. Mit kurzem Hinweis hierauf hätte die (aus didaktischen Gründen erfolgende) Darstellung von §§ 55, 51 MarkenG deutlich gekürzt werden können.

2. Teil: Anspruch des DSGVO auf Unterlassung der Nutzung der roten Farbe seitens Santander

A. Anspruch gemäß § 14 Abs. 5 MarkenG

I. Anspruchsberechtigung

Der DSGVO muss berechtigt sein, einen Unterlassungsanspruch gemäß § 14 Abs. 5 MarkenG geltend zu machen. Anspruchsberechtigt ist der Markeninhaber, zu dessen Gunsten die Vermutungswirkung der Eintragung ins Markenregister wirken kann (vgl. § 28 Abs. 1 MarkenG). Vorliegend ist der DSGVO Inhaber der vom DPMA im Jahr 2007 eingetragenen Farbmarke „Rot“ HKS 13. Die Marke konnte hier auch nicht gelöscht werden bzw. es ist zu unterstellen, dass diese weiterhin Bestand hat (vgl. auch die Tatbestandswirkung der Eintragung). Der DSGVO ist daher anspruchsberechtigt.

II. Anspruchsgegner

Richtiger Anspruchsgegner ist der (mutmaßliche) Verletzer, wobei juristische Personen für ihre Organe haften (§§ 31, 89 BGB). Hier geht es um die (fortgesetzte) Benutzung des roten Farbtons (HKS 14) im Auftritt der Santander Bank, welche als potenzielle Verletzerin des Markenrechts des DSGVO richtiger Anspruchsgegner ist.

III. Markenverletzung, § 14 Abs. 2 MarkenG

1. Allgemeine Voraussetzungen

Voraussetzung ist zunächst, dass die Marke im räumlichen Schutzbereich verwendet wird. Schutzbereich ist grundsätzlich das gesamte Bundesgebiet. Santander tritt über seine Tochtergesellschaft Santander Consumer Bank AG in Deutschland in Erscheinung. Eine Benutzung im räumlichen Schutzbereich liegt demnach vor. Weiterhin muss Santander im geschäftlichen Verkehr handeln. Das Auftreten von Santander unter roter Farbkennzeichnung zur Förderung von Geschäftszwecken im Bereich der Finanzdienstleistungen begründet ein Handeln im geschäftlichen Verkehr. Der DSGVO hat jedenfalls der Benutzung seiner Farbmarke durch Santander auch nicht zugestimmt (vgl. auch § 30 MarkenG). Schließlich muss eine kennzeichenmäßige Verwendung vorliegen. Das bedeutet, dass die Marken als Kennzeichen, also zur Unterscheidung und Identifizierung von Unternehmensleistungen, verwendet werden müssen. Der Begriff der kennzeichenmäßigen Benutzung ist weit zu verstehen und umfasst jede Verwendung, die in irgendeiner Weise einen Bezug auch zu den Leistungen des Verletzers herstellt. Hier nutzt Santander den Farbton „Rot“ insgesamt für seinen geschäftlichen Auftritt, also sowohl zur Identifizierung des Unternehmens als auch der Produkte. Eine kennzeichenmäßige Verwendung ist gegeben.

2. Verbotstatbestände, § 14 Abs. 2 Nr. 1-3 MarkenG

Santander muss einen der Verbotstatbestände aus § 14 Abs. 2 MarkenG erfüllen. Hierzu gehören die Identität von Zeichen sowie Waren oder Dienstleistungen (Nr. 1), die Verwechslungsgefahr (Nr. 2) und die Rufausnutzung bzw. -beeinträchtigung (Nr. 3).

Eine vollständige Zeichenidentität besteht nicht, sodass § 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ausscheidet. Allerdings sind die Farbtöne „Rot“ HKS 13 und HKS 14 einander zum Verwechseln ähnlich (siehe auch oben 1. Teil: A. II. 3c), aa)). Da dieser zumindest auch für ähnliche (Finanz-)Dienstleistungen verwendet wird, liegt ein Fall der Verwechslungsgefahr vor. Dadurch ist der Verbotstatbestand des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG erfüllt.

3. Umfasste Verbotshandlungen, § 14 Abs. 3, 4 MarkenG

Als Verbotshandlung wird jegliche Benutzung im geschäftlichen Verkehr erfasst, wobei die in § 14 Abs. 3 MarkenG genannten Handlungen beispielhaft sind. Hierzu zählen das Anbringen der Marken auf den Waren, auf Aufmachungen oder Verpackungen (Nr. 1), das Anbieten von Waren unter den Marken, das diesbezügliche Inverkehrbringen oder Besitzen von solchen Waren (Nr. 2), das Anbieten oder Erbringen von Dienstleistungen (Nr. 3), die Ein- oder Ausfuhr von Waren (Nr. 4) sowie das Verwenden von Marken in den Geschäftspapieren oder in der Werbung (Nr. 5). Die geschäftlichen Handlungen von Santander werden von § 14 Abs. 3 Nr. 3 MarkenG (Anbieten oder Erbringen von Dienstleistungen) und § 14 Abs. 3 Nr. 5 MarkenG (Benutzen in den Geschäftspapieren oder in der Werbung) erfasst.

IV. Einwendungen

Dem markenrechtlichen Unterlassungsanspruch des DSGV können jedoch Einwendungen von Santander entgegenstehen.

1. Berechtigter Drittgebrauch, § 23 MarkenG

Eine mögliche Einschränkung kann gemäß § 23 Nr. 2 MarkenG daraus resultieren, dass der Markeninhaber Dritten nicht untersagen darf, im geschäftlichen Verkehr mit der Marke ähnliche Zeichen als Angabe über Merkmale oder Eigenschaften von Dienstleistungen, wie insbesondere ihre Art, ihre Beschaffenheit, ihre Bestimmung, ihren Wert, ihre geographische Herkunft oder die Zeit ihrer Erbringung zu verwenden. Wie aus der Formulierung „insbesondere“ hervorgeht, erfasst § 23 Nr. 2 MarkenG auch sonstige nicht aufgezählte Merkmale, denen auch beschreibende Farbmarken unterfallen. Gerade hier besteht ein Interesse nicht nur von Santander, sondern der Allgemeinheit an einer Freihaltung (vgl. schon 1. Teil: A. II. 3c), aa)). Da in diesem Teil jedoch zu unterstellen ist, dass die Farbmarke des DSGV nicht gelöscht werden kann, bedeutet dies im Umkehrschluss, dass entweder von vornherein keine bloß beschreibende Angabe oder aber eine Verkehrsdurchsetzung als Marke zugunsten der Sparkassen anzunehmen ist (andernfalls hätte die Löschung erfolgen müssen, siehe 1. Teil). Hier geht es dagegen gerade um die kennzeichenmäßige Verwendung der Marke, was eine Anwendung von § 23 Nr. 2 MarkenG und folglich einen berechtigten Drittgebrauch durch Santander ausschließt (a.A. mit Begründung vertretbar, wobei Wertungswidersprüche zur vorherigen Prüfung zu vermeiden sind).

2. Niederlassungsfreiheit, Art. 49 ff. AEUV

Weiterhin beruft sich Santander auf die Niederlassungsfreiheit i.S.v. Art. 49 ff. AEUV. Nach Art. 54 Abs. 1 AEUV stehen Gesellschaften, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Union haben, den natürlichen Personen gleich, die Angehörige der Mitgliedstaaten sind. Als Gesellschaften gelten dabei die Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts einschließlich der Genossenschaften und die sonstigen juristischen Personen des öffentlichen und privaten Rechts mit Ausnahme derjenigen, die keinen Erwerbszweck verfol-

gen (Art. 54 Abs. 2 AEUV). Vorliegend ist die Muttergesellschaft Banco Santander S.A. in Spanien ansässig und verfügt über eine Tochtergesellschaft (Santander Consumer Bank AG), welche in Deutschland und somit in einem anderen Mitgliedstaat der EU tätig ist. Bei beiden Gesellschaften handelt es sich um juristische Personen des Privatrechts, die einem Erwerbszweck nachgehen und daher die Niederlassungsfreiheit für sich in Anspruch nehmen können.

Gemäß Art. 49 Abs. 1 AEUV sind Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats verboten, was Einschränkungen der Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften durch Angehörige eines Mitgliedstaats, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats ansässig sind, einschließt. Dass die Gründung der Santander Consumer Bank AG in Deutschland in irgendeiner Weise erschwert worden wäre, ist nicht ersichtlich. Jedoch umfasst die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49 Abs. 2 AEUV auch die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeiten. Ein markenrechtliches Verbot der Benutzung der Farbe „Rot“ in Deutschland ist für Santander zwar nicht (zwingend) gleichbedeutend mit einem (isolierten) Verbot des grenzüberschreitenden Anbietens und Erbringens von Finanzdienstleistungen, was die Erwerbstätigkeit beeinträchtigen würde. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Untersagung Santander insofern treffen könnte, als das Unternehmen weltweit unter roter Farbkennzeichnung auftritt. Ein (partiell) Verbot würde die (einheitliche) Corporate Identity von Santander beeinträchtigen und könnte die geschäftliche Tätigkeit in Deutschland nachteilig beeinflussen (vgl. auch die Wiedererkennbarkeit im geschäftlichen Verkehr).

Laut Art. 52 Abs. 1 AEUV können Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die eine Sonderregelung für Ausländer vorsehen, aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sein. Hier liegt keine Sonderregelung für Ausländer vor, weil das Markenrecht einheitlich in Deutschland gilt (siehe auch den Hinweis des DSGVO). Anerkannt ist aber, dass sich die Niederlassungsfreiheit nicht im Verbot der Ungleichbehandlung bzw. Diskriminierung von Ausländern erschöpft, sondern als allgemeines Beschränkungsverbot auch sonstige Einschränkungen erfasst und diese am Maßstab zwingender Erfordernisse des Gemeinwohls unter Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit bewertet (vgl. auch die Cassis de Dijon-Formel zur Warenverkehrsfreiheit). Die weite Auslegung des Beschränkungsverbots impliziert auch die Reichweite der Niederlassungsfreiheit etwa in Art. 49 Abs. 2 AEUV. Als zwingendes Allgemeininteresse gilt auch der Schutz des geistigen Eigentums, womit das Markenrecht als Gegenstand zur Rechtfertigung herangezogen werden kann. Dies schließt im Ergebnis den Einwand von Santander aufgrund der Niederlassungsfreiheit aus.

Hinweis 1: Eine Diskriminierung oder verschleierte Beschränkung ist auch insofern nicht ersichtlich, als die markenrechtlichen Vorschriften auf europarechtlichen Vorgaben, nämlich auf der Markenrechtsrichtlinie beruhen.

Hinweis 2: Derart umfassende Ausführungen zur Niederlassungsfreiheit wurden nicht erwartet. Es hätte genügt, wenn Anwendungsbereich, mögliche Beschränkung und Rechtfertigung eines etwaigen Eingriffs erörtert worden wären. Erläuterungen zu zwingenden Allgemeinbelangen wurden nicht unbedingt erwartet, da diese anders als z.B. bei der Warenverkehrsfreiheit nicht vorausgesetzt werden und auch der Schutz des geistigen Eigentums kein geschriebener Rechtfertigungsgrund ist (siehe bei der Warenverkehrsfreiheit den Schutz des gewerblichen und kommerziellen Eigentums in Art. 36 S. 1 AEUV). Bei entsprechender Begründung sind unterschiedliche Ergebnisse zur Niederlassungsfreiheit vertretbar.

V. Wiederholungsgefahr

Der Unterlassungsanspruch setzt gemäß § 14 Abs. 5 S. 1 MarkenG Wiederholungsgefahr voraus, sodass es einer Kennzeichenverletzung bedarf, welche die Besorgnis künftiger gleichartiger Kennzeichenverletzungen begründet. Hierfür besteht eine Vermutung, die grundsätzlich nur durch Abgabe einer strafbewehrten, unbedingten Unterlassungserklärung ausgeräumt werden kann. Da es um fortgesetzten Gebrauch seitens Santander geht, ist Wiederholungsgefahr nach § 14 Abs. 5 S. 1 MarkenG gegeben.

VI. Ergebnis

Der DSGV hat einen Anspruch gegen Santander auf Unterlassung des Auftritts im geschäftlichen Verkehr unter roter Farbkennzeichnung gemäß § 14 Abs. 5 MarkenG.

B. Anspruch gemäß § 8 Abs. 1 i.V.m. § 5 UWG

I. Anwendbarkeit des UWG

Der DSGV kann zudem einen Anspruch auf Unterlassung der Nutzung des Farbtons „Rot“ gegen Santander gemäß § 8 Abs. 1 i.V.m. § 5 UWG haben, wenn die Verwendung durch Santander eine Irreführung hinsichtlich der betrieblichen Herkunft (DSGV als Inhaber der roten Farbmarke) begründen könnte. Hierfür muss § 5 UWG zunächst einmal anwendbar sein. Gemäß § 2 MarkenG schließt der Schutz von Marken nach diesem Gesetz die Anwendung anderer Vorschriften zum Schutz dieser Kennzeichen nicht aus. Das Markenrecht ist jedoch in seinem Anwendungsbereich grundsätzlich vorrangig gegenüber dem Lauterkeitsrecht. Nur dann, wenn es um Handlungen geht, die über eine bloße Kennzeichenverletzung hinausreichen und einen davon unabhängigen Unwertgehalt haben, bleibt das UWG anwendbar. Vorliegend ist eine Verletzung des Markenrechts einziger Gegenstand der Prüfung. In diesem Fall sperrt das Markengesetz in seinem spezifischen Anwendungsbereich das UWG (a.A., wie regelmäßig bei § 2 MarkenG, vertretbar).

II. Ergebnis

Der DSGV kann von Santander nicht Unterlassung gemäß § 8 Abs. 1 i.V.m. § 5 UWG fordern.

3. Teil: Anspruch von Santander auf Unterlassung der Werbung durch den DSGV bzw. die Sparkassen

A. Anspruch gemäß § 8 Abs. 1 UWG

Santander kann hinsichtlich der Werbung durch den DSGV bzw. die Sparkassen einen Unterlassungsanspruch gemäß § 8 Abs. 1 UWG haben.

I. Anspruchsberechtigung

Santander muss anspruchsberechtigt nach § 8 Abs. 3 UWG sein. Dies kann sich hier aus der Eigenschaft als Mitbewerber ergeben (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG). Mitbewerber sind gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG Unternehmer, die in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis stehen. Unternehmer ist jede natürliche oder juristische Person, die geschäftliche Handlungen im Rahmen ihrer gewerblichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit vornimmt, und jede Person, die im Namen oder Auftrag einer solchen

Person handelt (§ 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG). Als Bank ist Santander gewerblich tätig und daher Unternehmer. Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis besteht dann, wenn die Unternehmen auf demselben relevanten Markt aktiv sind. Nicht nur Santander, sondern auch die dem DSGVO angeschlossenen Sparkassen sind Anbieter von Finanzdienstleistungen, wobei sich die Santander Consumer Bank AG wie auch die Sparkassen in Deutschland auf demselben räumlich relevanten Markt betätigen.

Anspruchsberechtigt ist ein Mitbewerber dann, wenn er durch das Verhalten des Konkurrenten betroffen ist. Es erscheint durchaus möglich, dass Santander hier geschädigt wird, etwa indem Kunden angesichts der Werbung Sparkassen gegenüber Santander favorisieren. Die Werbekampagne stammt hier zwar vom DSGVO, jedoch organisieren sich die Sparkassen im Dachverband bzw. ist das Verhalten des letzteren den angeschlossenen Unternehmen zuzurechnen (a.A. vertretbar). Nicht zuletzt übernehmen die örtlichen Sparkassen die Werbung im Rahmen ihres operativen Geschäfts und stehen jedenfalls hierdurch zu Santander in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis, wodurch Santander unmittelbar betroffen ist. Santander ist damit anspruchsberechtigt gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG.

II. Anspruchsgegner

Der DSGVO bzw. die Sparkassen müssen der richtige Anspruchsgegner sein. Der Anspruch richtet sich gegen den die Verletzung unmittelbar Begehenden (unmittelbarer Verletzer). Werden die Zuwiderhandlungen von Mitarbeitern oder Beauftragten begangen, so richten sich die Unterlassungsansprüche auch gegen den Unternehmensinhaber (§ 8 Abs. 2 UWG). Die unmittelbare Verletzung geht hier vom DSGVO als Urheber der Werbung aus. Dabei handelt der Dachverband jedoch als Interessenvertreter der Sparkassen, sodass es vertretbar erscheint, die Verletzungshandlung (mittelbar) auch den Sparkassen zuzurechnen (siehe auch schon die Ausführungen zur Anspruchsberechtigung unter 3. Teil: A. I.). Spätestens mit der Werbung vor Ort machen sich die Sparkassen die Werbung des DSGVO zu Eigen und kommen als (unmittelbarer) Anspruchsgegner in Betracht (vertretbar ist es, sowohl den DSGVO als auch die Sparkassen als Anspruchsgegner von Santander einzustufen).

III. Wettbewerbsverstoß

Der Anspruch auf Unterlassung setzt voraus, dass die Werbung einen Wettbewerbsverstoß darstellt.

1. Geschäftliche Handlung

Eine geschäftliche Handlung ist jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, während oder nach einem Geschäftsabschluss, welches mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG). Sämtliche Maßnahmen, also die Werbung mittels Print, Fernsehen, Radio und Plakaten muss daher vorgenommen worden sein, um den Absatz von (Finanz-)Dienstleistungen zu steigern. Hierzu sind die genannten Maßnahmen wegen ihres werblichen Charakters (unabhängig von der inhaltlichen Beurteilung, siehe hierzu nachfolgend 3. Teil: A. III. 2.) grundsätzlich geeignet, weil sie den Zweck fördern (siehe auch 3. Teil: A. I.). Somit erfüllen sie die Merkmale einer geschäftlichen Handlung i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG.

2. Unlauterkeit/Unzulässigkeit

Weiterhin müssten die von A vorgenommenen Handlungen unlauter bzw. unzulässig sein (vgl. § 3 Abs. 1 UWG).

a) Unzulässigkeit gemäß § 3 Abs. 3 UWG i.V.m. Anhang UWG bzw. gemäß § 7 UWG

Ein Verstoß gegen § 3 Abs. 3 UWG i.V.m. den Verboten des Anhangs UWG ist nicht ersichtlich. Gleiches gilt für eine unzumutbare Belästigung gemäß § 7 UWG.

b) Unlauterkeit gemäß § 6 UWG

aa) Vergleichende Werbung, § 6 Abs. 1 UWG

Bei dem Slogan „Nicht nur unser Rot, auch unsere Finanzdienstleistungen sind das einzig Wahre – Sparkasse, das Original!“ kann es sich um vergleichende Werbung im Sinne von § 6 Abs. 1 UWG handeln, die unter den Voraussetzungen von § 6 Abs. 2 UWG unlauter sein kann. Eine vergleichende Werbung setzt voraus, dass die betreffende Äußerung sich als „Werbung“ darstellt. Nach Art 2 lit. a) der Richtlinie (RL) 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung fällt darunter jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen zu fördern. Da § 6 UWG richtlinienkonform auszulegen ist, muss diese Definition auch für die Auslegung des § 6 Abs. 1 UWG gelten. Der Slogan zielt darauf, potenziellen Kunden nahezu legen, dass die Sparkassen eine hervorgehobene Stellung in der Finanzdienstleistungsbranche einnehmen („Einzig Wahre“, „Original“) und dient damit der Absatzförderung.

Diese Werbung muss einen Mitbewerber oder dessen Leistungen erkennbar, d.h. aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise identifizierbar, machen. Darunter fällt die unmittelbare Erkennbarkeit im Wege z.B. der namentlichen Nennung, genauso wie die bloß mittelbare Erkennbarkeit, d.h. die Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber. Außer den Sparkassen verwendet nur Santander als Finanzinstitut die Farbe „Rot“ im Rahmen seines geschäftlichen Auftretens. Damit ist jedenfalls mittelbar aus dem Zusammenhang zu erkennen, dass sich „Nicht nur unser Rot, auch unsere Finanzdienstleistungen sind das einzig Wahre“ auf den Konkurrenten Santander bezieht (a.A. etwa mit der Begründung vertretbar, dass sich zwar der erste Teil des Slogans zur Farbe, nicht aber zwingend der zweite Teil bezüglich der Finanzdienstleistungen auf Santander beziehen muss, da der DSGVO auch eine Art „Spitzenstellungsbehauptung“ der Sparkassen gegenüber anderen Banken zum Ausdruck gebracht haben kann). Hier wird Santander für Bankkunden als angesprochener Konkurrent erkennbar gemacht.

Versteht man Art. 2 lit. c) RL 2006/114/EG wörtlich, so wird von der Definition der „vergleichenden Werbung“ jede Werbung erfasst, die einen Mitbewerber oder seine Produkte erkennbar macht. Ein Vergleich scheint nicht erforderlich zu sein. Nach diesem Verständnis wären auch die „vergleichende Werbung ohne Vergleich“, etwa die reine Kritik an einem Mitbewerber oder die rein beschreibende Nennung eines Konkurrenten als Werbevergleich anzusehen. Da aber einige Zulässigkeitskriterien (Art. 4 lit. b), c) RL 2006/114/EG = § 6 Abs. 2 Nr. 1, 2 UWG) einen Vergleich voraussetzen, wäre die nicht vergleichende Bezugnahme stets unzulässig. Hierdurch könnte unter Umständen auch die gemäß Art. 10 EMRK und Art. 5 Abs. 1 GG geschützte Meinungsfreiheit empfindlich eingeschränkt sein. Die Werbung muss daher auch einen Vergleich beinhalten. Der Werbespruch enthält einen Leistungsbezug durch die Aussage „auch unsere Finanzdienstleistungen sind das einzig Wahre“. Diese stellt nicht lediglich eine Spitzenstellungsbehauptung in Bezug auf den Werbenden selbst dar (a.A. vertretbar, ggf. auch im Hinblick auf den Teil „Sparkasse, das Original!“), sondern trägt auch eine Aussage in sich, die die eigenen Dienstleistungen in Relation zu denen der Konkurrenz (hier von Santander) setzt. Ein Vergleich ist damit gegeben.

bb) Unlautere vergleichende Werbung, § 6 Abs. 2 UWG

Ob der Werbevergleich unlauter ist, ergibt sich aus den sechs Merkmalen aus § 6 Abs. 2 UWG. Zulässig ist eine derart vergleichende Werbung nur, wenn (im Umkehrschluss) die nachfolgenden Voraussetzungen vorliegen. So muss es sich bei zulässiger lauterer Werbung um einen Vergleich für Leistungen des gleichen Bedarfs handeln (Nr. 1). Bei den Leistungen von A und des in Bezug genommenen Konkurrenten Santander handelt es sich jeweils um Produkte aus dem Bereich der Finanzdienstleistungen, welche Leistungen für den gleichen Bedarf darstellen. Ebenso muss ein objektiver Vergleich in Bezug auf wesentliche, relevante Eigenschaften der Leistungen oder den Preis vorliegen (Nr. 2). Die Werbung bezieht sich auf die Qualität der angebotenen bzw. erbrachten Finanzdienstleistungen, womit der Vergleich nicht objektiv sein könnte. Gerade bei Dienstleistungen beruht die Beurteilung der Qualität zumindest auch auf subjektiven Einschätzungen bzw. sind die behaupteten Eigenschaften der Leistungen nicht ohne Weiteres immer nachprüfbar. Dies spricht gegen Objektivität, was einen Verstoß gegen § 6 Abs. 2 Nr. 2 UWG zur Folge hätte (a.A. vertretbar).

Ferner darf der Vergleich keine Verwechslungsgefahr begründen (Nr. 3). Zu derartiger Annahme besteht schon deshalb kein Anlass, weil sich der DSGVO bzw. die Sparkassen mit der Werbung gerade abheben wollen und im Übrigen die Sparkassen ausdrücklich im Slogan genannt werden. Aus demselben Grund scheidet § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG aus, gemäß dem der Ruf fremder Kennzeichen nicht ausgenutzt oder beeinträchtigt werden darf. Zudem werden vorliegend keine fremden Kennzeichen verwendet, was zusätzlich § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG ausschließt. Unlauter ist der Vergleich auch dann, wenn die Dienstleistungen, Tätigkeiten oder geschäftlichen Verhältnisse des Mitbewerbers herabgesetzt oder verunglimpft werden (Nr. 5). Es müssen Umstände vorliegen, die den Vergleich in unangemessener Weise abfällig, abwertend oder unsachlich erscheinen lassen. Dabei sind alle Umstände des Einzelfalls entsprechend der Sichtweise eines angemessen gut unterrichteten und angemessen aufmerksamen und kritischen Durchschnittsverbrauchers zu berücksichtigen. Die vorliegende Aussage könnte dahin verstanden werden, dass die Produkte von Santander zum einen qualitativ schlechter sind als diejenigen der Sparkassen („das einzig Wahre“), zum anderen Santander eine Art Nachahmer sei („Sparkasse – das Original!“). Während ersterer Teil noch kein unangemessener Vergleich sein muss, beinhaltet jedenfalls der zweite Teil einen versteckten Vorwurf an den Mitbewerber. In letzterem Fall liegt ein in unangemessener Weise abfälliger und abwertender Kommentar nahe. Auch unter dem Aspekt der Verrohung der Sitten im Handelsverkehr sollten derartige Praktiken dann unterbunden werden. Damit erscheint es hier angebracht, den Vergleich als unlauter einzustufen. Eine Unlauterkeit ergibt sich damit zumindest aus § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG (a.A. mit Begründung vertretbar).

c) Unlauterkeit gemäß § 5 UWG

Bei der Werbung kann es sich zudem um eine irreführende geschäftliche Handlung handeln, was gemäß § 5 Abs. 1 UWG ebenfalls zur Unlauterkeit führt. Nach § 5 Abs. 1 S. 2 UWG ist eine geschäftliche Handlung irreführend und damit unlauter, wenn sie unwahre Angaben oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben über bestimmte, in § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 7 UWG benannte Umstände enthält. Nach § 5 Abs. 2 UWG fällt auch die vergleichende Werbung unter § 5 Abs. 1 UWG, wobei in § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG Angaben über die wesentlichen Merkmale der Dienstleistung wie deren Vorteile und in § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG solche über Eigenschaften und Befähigung der Person erfasst werden. Beides kann hier als Irreführungsumstand in Betracht kommen, weil „unsere Finanzdienstleistungen sind das einzig Wahre“ vor allem auf die Qualität der Dienstleistung als Vorteil abstellt, während „Sparkasse – das Original!“ die Eigenschaft bzw. Befähigung zum Ausdruck bringt.

Eine Irreführung ist gegeben, wenn die durch die Werbung erzeugten Vorstellungen der Verkehrskreise von der tatsächlichen Lage abweichen. Dabei richtet sich das Verständnis der Verkehrskreise nach dem Verbraucherleitbild eines aufgeklärten Durchschnittsverbrauchers, der angemessen informiert und unterrichtet ist. Die Werbung könnte hier aus Sicht eines Durchschnittsverbrauchers eine Alleinstellungswerbung („Einzig Wahre“, „Original“) als Unterfall der Spitzenstellungswerbung darstellen. Sieht man diese Formulierungen jedoch in Zusammenhang mit den genannten Finanzdienstleistungen, impliziert der Slogan eher, dass die Qualität der Leistungen der Sparkassen anderen Finanzinstituten, hier im Verhältnis zu Santander überlegen ist. Dabei enthält die Aussage keinerlei Differenzierungen, sodass sie sich auf das gesamte Angebot an Finanzdienstleistungen bezieht. Ohne weitere Angaben kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Sparkassen ausnahmslos besser sind als Santander (oder andere Konkurrenten). Damit ist die Werbung irreführend und unlauter gemäß § 5 Abs. 1 S. 1, 2 Nr. 1 UWG, wenn derartige Werbung Geschäftsabschlüsse zugunsten der Sparkassen begünstigt (a.A. vertretbar z.B. mit Hinweis darauf, dass Bankkunden auch bei solch pauschalen Behauptungen nicht annehmen, dass das werbende Finanzinstitut stets gegenüber der Konkurrenz herausragt bzw. hierdurch nicht zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst werden, die sie ansonsten nicht getroffen hätten).

d) Unlauterkeit gemäß § 4 Nr. 4 UWG

Die Werbung kann weiterhin nach § 4 Nr. 4 UWG eine gezielte Behinderung des Mitbewerbers Santander sein. Vorzugswürdig erscheint es jedoch eine Spezialität des § 6 UWG zu bejahen, da die zugrundeliegende Richtlinie (siehe oben 3. Teil: A. III. 2b), aa)) die Voraussetzungen der Unlauterkeit vergleichender Werbung abschließend aufzählt (a.A. unter Hinweis darauf vertretbar, dass die gezielte Behinderung eine Art Unlauterkeit ist, die in der Richtlinie nicht berücksichtigt ist und welche die Richtlinie daher auch nicht sperrt).

e) Unlauterkeit gemäß § 4 Nr. 1 UWG

Die Werbung kann eine Herabsetzung oder Verunglimpfung eines Mitbewerbers bzw. von dessen Dienstleistungen oder Tätigkeiten gemäß § 4 Nr. 1 UWG sein. Der Tatbestand deckt sich allerdings mit § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG (s.o.), welche insoweit Spezialvorschrift ist (a.A. noch vertretbar).

f) Unlauterkeit gemäß § 4a Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 3, S. 3 UWG

Eine unzulässige Beeinflussung gemäß § 4a Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 3, S. 3 UWG kann in der Form des übertriebenen Anlockens zu Zwecken der Verkaufsförderung vorliegen. Anerkannt ist dies insbesondere für den (Sonder-)Fall der Wertreklame, bei dem durch Gegenstände von gewissem Wert Einfluss auf die Kaufentscheidung ausgeübt werden soll. Hier fehlt es bereits am Vorliegen eines Wertgegenstandes, der Verbraucher in übertriebener Weise anlocken und die geschäftliche Entscheidungsfreiheit beeinträchtigen könnte. Die bloße Behauptung, besser als die Konkurrenz zu sein, genügt nicht und wird zudem von anderen Tatbeständen des UWG erfasst. Es liegt demnach kein Verstoß gegen § 4a Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 3, S. 3 UWG vor.

g) Unlauterkeit/Unzulässigkeit gemäß § 3 Abs. 1 UWG

Unlauterkeit nach § 3 Abs. 1 UWG als allgemeinem Auffangtatbestand kommt (schon) wegen der Spezialität von § 6 UWG (s.o.) nicht in Betracht. Unabhängig davon sind unlautere geschäftliche Handlungen gemäß den einschlägigen (Spezial-)Tatbeständen des UWG (s.o.) als Rechtsfolge unzulässig gemäß § 3 Abs. 1 UWG.

IV. Wiederholungsgefahr gemäß § 8 Abs. 1 S. 1 UWG

Der Unterlassungsanspruch setzt eine Wiederholungsgefahr voraus. Diese ist nach erstmaliger Begehung grundsätzlich ohne Weiteres gegeben. Die Ausnahme der strafbewehrten Unterlassungserklärung liegt nicht vor. Somit sind sämtliche Voraussetzungen für einen Unterlassungsanspruch gemäß § 8 Abs. 1 S. 1 UWG erfüllt.

B. Ergebnis

Die Werbung mit dem Slogan „Nicht nur unser Rot, auch unsere Finanzdienstleistungen sind das einzig Wahre – Sparkasse, das Original!“ verstößt als irreführende und vergleichende Werbung gegen § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG und § 5 Abs. 1 S. 1, 2 Nr. 1 UWG und ist unlauter. Gemäß § 3 Abs. 1 UWG führt dies zur Unzulässigkeit der entsprechenden geschäftlichen Handlung. Diesbezüglich hat Santander einen Anspruch auf Unterlassung der Werbung gegenüber dem DSGV bzw. den Sparkassen.