Oberlandesgericht Köln, 6 U 122/02

Datum:	04.12.2002
Gericht:	Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper:	6. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	6 U 122/02
ECLI:	ECLI:DE:OLGK:2002:1204.6U122.02.00

Vorinstanz:	Landgericht Köln, 81 O 63/02

Tenor:

I.

Die Berufung der Antragsgegnerin gegen das am 07.06.2002 verkündete Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln - 81 O 63/02 - wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass der Unterlassungsausspruch der in dem genannten Urteil bestätigten einstweiligen Verfügung die nachfolgende Neufassung erhält:

Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, es zwecks Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zur Höhe von 250.000,00 EUR, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder Ord-nungshaft bis zur Dauer von sechs Monaten zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken wie nachfolgend wieder-gegeben ihren "i-mode"-Mobilfunkdienst zu bewerben, wenn dieser nur mit dem Handy NEC 21 i (derzeitiger Preis bei isoliertem Kauf: 449,00 EUR, bei Erwerb im Zusammenhang mit einem Netzkartenvertrag bei der Antragsgegnerin: 249,00 EUR) genutzt werden kann:

pp.

II.

Die Kosten des Verfahrens in beiden Instanzen werden der Antragsgegnerin mit 3/4, der Antragstellerin mit 1/4 auferlegt.

III.

Das Urteil ist mit seiner Verkündung rechtskräftig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e 1

Die in formeller Hinsicht einwandfreie, insgesamt zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. 2

Zu Recht hat das Landgericht in dem angefochtenen Urteil die zuvor im Beschlussweg erlassene einstweilige Verfügung bestätigt. 3

Das dieser einstweiligen Verfügung zugrundeliegende Unterlassungsbegehren, dessen Dringlichkeit gemäß § 25 UWG zu vermuten ist, ist begründet. Der Antragstellerin steht der geltend gemachte Unterlassungsanspruch aus § 3 UWG zu. Die Antragsgegnerin hat, indem sie den Umstand verschwieg, dass der beworbene "i-mode"- Mobilfunkdienst mit nur einem einzigen auf dem Markt befindlichen Handy, nämlich dem Gerät NEC N21i, genutzt werden kann, einen mehr als nur unerheblichen Teil des angesprochenen Verkehrs in wettbewerblich relevanter Weise über eine Eigenschaft des beworbenen Angebots in die Irre geführt. 4

Allerdings trifft es zu, dass das Verschweigen einer Tatsache - wie hier des unstreitigen Umstandes, dass derzeit nur ein einziges "i-mode"-fähiges Handygerät auf dem Markt erhältlich ist - nur dann als eine irreführende Angabe i.S. von § 3 UWG angesehen werden kann, wenn den Werbenden eine Aufklärungspflicht trifft. Eine solche Pflicht besteht, sofern sie nicht schon aus Gesetz, Vertrag oder vorangegangenem Tun begründet ist, im Wettbewerb nicht schlechthin. Denn der Verkehr erwartet nicht ohne weiteres die Offenlegung aller, auch der weniger vorteilhaften, Eigenschaften einer Ware oder Leistung, sondern rechnet insbesondere bei einer Werbemaßnahme damit, dass diese dazu dient, gerade die positiven Seiten eines Angebots zu beleuchten. Die Pflicht zur Aufklärung besteht jedoch in den Fällen, in denen das Publikum bei Unterbleiben des Hinweises in einem wesentlichen Punkt, der die wirtschaftliche Entscheidung zu beeinflussen geeignet ist, getäuscht würde. Zum Schutze des Verbrauchers sind dann auch negative Eigenschaften eines Angebotes zu offenbaren, wobei diese Offenlegungspflicht nur so weit geht, wie dies zum Schutze des Verbrauchers unter Berücksichtigung der Interessen des Werbenden unerlässlich ist (BGH WRP 2000, 514/516 -"Auslaufmodelle III"-; Köhler/Piper, UWG, 3. Auflage, § 3 Rdn. 102/103; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Auflage, § 3 Rdn. 48 - jeweils m. w. N.). Nach diesen Grundsätzen war die Antragsgegnerin im Streitfall verpflichtet, in der Werbung für ihren "i-mode" Mobilfunkdienst darauf hinzuweisen, dass dieser - wie unstreitig ist - nur mittels eines bestimmten, derzeit nur bei ihr oder einem ihrer Provider gegen Zahlung eines dreistelligen Betrages erhältlichen bestimmten Mobiltelefons genutzt werden kann. Hinzu kommt, dass die Antragsgegnerin nach den auf dem Vorderblatt ihres Werbeprospektes in der Art eines Titels und Untertitels hervorgehobenen Zeilen "i-mode TM Preise auf einen Blick" und "Neuheit in Deutschland" im angesprochenen Verkehr den 5

Eindruck hervorruft, insgesamt die für den Erwerb der angekündigten "Neuheit" aufzuwendenden Kosten anzugeben. Es handelt sich daher bei dem Umstand, dass der beworbene "i-mode"-Mobilfunkdienst nur mittels eines bestimmten, gegen Zahlung eines dreistelligen Betrages abgegebenen Mobiltelefons genutzt werden kann, um eine das Interesse des Verkehrs für das beworbene "i-mode"-Angebot und die Bereitschaft zum Vertragsschluss bedeutsam bestimmende Tatsache, über den der Verkehr redlicherweise eine Aufklärung erwartet und erwarten darf.

Der von dem streitbefangenen Prospekt werblich angesprochene Personenkreis der Handynutzer, dem die Mitglieder des erkennenden Senats angehören, unterscheidet im Ausgangspunkt zwar zwischen Telekommunikationsdienstleistungen - hier konkret Mobilfunkdiensten - einerseits sowie andererseits den Geräten, mit denen diese Dienstleistungen genutzt werden können, und sieht hierin verschiedene Angebote, die aufeinander bezogen sein können, jedoch (auch) getrennt für sich allein wirtschaftlich sinnvolle Leistungsgegenstände betreffen. Es handelt sich um einen ähnlichen Sachverhalt, wie er im Bereich der computerbezogenen Werbung bei den Angeboten für Software und Hardware vorliegt, die sich zwar ergänzen können, im übrigen aber jeweils eigenständige Objekte des Wirtschaftsverkehrs darstellen. Wird eine Mobilfunkdienstleistung ("Software") beworben, ist dem Verkehr daher bekannt, dass das für die praktische Nutzung dieses Angebots vorauszusetzende Handy hiervon zu trennen ist, und wird er daher in dem Handygerät ("Hardware") keinen Bestandteil und Kostenfaktor des beworbenen Angebots erblicken. Er wird überdies damit rechnen, dass die Nutzung der beworbenen Kommunikationsdienste an technische Vorgaben gebunden sein kann, die nicht notwendigerweise von jedem Gerät erfüllt werden und dass er sich daher - interessiert er sich für den beworbenen Mobilfunkdienst und will er diesem Angebot näher treten - gesondert um die technischen Voraussetzungen bzw. konkret darum kümmern muss, dass er ein Handy-Gerät "mitbringt", welches von der Ausstattung her in der Lage ist, die im Rahmen des Mobilfunkdienstes gebotenen Funktionen technisch zu bewerkstelligen. Vor diesem Hintergrund ist eine generelle Pflicht der Anbieter von Mobilfunkdiensten abzulehnen, in ihrer Werbung auf den (im Verkehr selbstverständlichen) Umstand hinzuweisen, dass zur Nutzung dieser Dienste ein für die jeweils beworbenen Dienste technisch hinreichend ausgestattetes bzw. "Dienste-fähiges" Handy erforderlich ist. 6

Im Streitfall liegt jedoch - was das Landgericht zutreffend erkannt hat - eine besondere Situation vor. Nach der gegebenen Fallkonstellation stellt sich das für die Nutzung des beworbenen "i-mode"-Mobilfunkdienstes erforderliche Handy als Element des Angebots und in dieses zu integrierender Kostenfaktor dar. Denn unstreitig lässt sich der beworbene "i-mode"- Dienst derzeit nur mit einem einzigen, auf dem Markt erhältlichen bestimmten Handy bewerkstelligen. Dieses ist daher notwendiger Bestandteil des Funktionierens des "i-mode"-Mobilfunkdienstes und stellt für einen ganz erheblichen Teil der Werbeadressaten, der sich für die "i-mode"-Leistungen interessiert und diese beziehen will, einen in jedem Fall zu erbringenden, nicht fakultativen Kostenfaktor dar. Denn nur ein geringer Teil der Werbeadressaten wird bereits über das "i-mode"-fähige Gerät NEC N 21 i verfügen; der ganz überwiegende Teil des Verkehrs, der die Leistungen im "i-mode"-Dienst nutzen will, wird dagegen dieses Gerät, welches neu auf den Markt gebracht worden ist, erst eigens für einen dreistelligen Betrag (249,00 EUR in Verbindung mit dem Abschluss eines Kartenvertrages; 449,00 EUR bei isoliertem Erwerb) anschaffen müssen. Dieser Teil des Verkehrs darf aber Aufklärung über eben diesen für den Bezug des erworbenen Angebots preisbildenden Umstand erwarten und erwartet dies auch. Denn auch wenn dem angesprochenen Verkehr generell bekannt ist, dass er bestimmte Dienste nur bei entsprechender technischer Ausrüstung seines Handy-Geräts in Anspruch nehmen, und er selbst bei Besitz eines 7

"modernen" Handys nicht ohne weiteres alle beworbenen Mobilfunkdienste der Anbieter nutzen kann, geht er aber doch davon aus, dass er über die erforderlichen technischen Voraussetzungen mit einem aktuellen Gerät verfügt, und rechnet nicht damit, dass er - wie dies bei dem beworbenen "i-mode"-Mobilfunkdienst aber tatsächlich der Fall ist - eigens ein Gerät erwerben muss. Dem steht es auch nicht entgegen, dass - wie dies die Antragsgegnerin einwendet - die Handybesitzer, die bereits vertraglich an einen anderen Anbieter gebunden sind, ohnehin nicht von ihrem beworbenen Angebot angesprochen werden. Denn unabhängig davon, dass von der Werbung der Antragsgegnerin auch Handybesitzer angesprochen werden, die bereits mit E-Plus in einer vertraglichen Beziehung stehen, und die daher durchaus als potentielle Kunden des "i-mode"-Dienstes geworben werden sollen, wendet sich die Werbung zweifelsohne auch an solche Handynutzer, deren anderweitige vertragliche Beziehung kündigungsreif ist oder die überhaupt nicht in einer längerfristigen vertraglichen Beziehung stehen, und die daher vor der Entscheidung über einen Wechsel zu einem anderen Anbieter von Mobilfunkdiensten stehen.

Hat die Antragsgegnerin daher in ihrer Werbung darüber aufzuklären, dass ihr "i-mode" Mobilfunkdienst derzeit nur mit einem einzigen Handy funktioniert, so ist diese Aufklärung in dem Prospekt "i-mode (tm) Preise auf einen Blick - Neuheit in Deutschland" nicht hinreichend erfolgt. Soweit die Antragsgegnerin meint, aus dem Umstand, dass in dem Prospekt an verschiedenen Stellen Handy-Abbildungen verteilt sind, ergebe sich ein solcher Hinweis mit der erforderlichen Deutlichkeit, überzeugt das nicht. Dass in einem Werbeprospekt für Mobilfunkdienste ein Handy abgebildet ist, ist nach dem Charakter der beworbenen Leistung naheliegend und gibt keinen Anhaltspunkt für den hier aber interessierenden Sachverhalt, dass es sich dabei um eben das und nur das Gerät handelt, mit dem der beworbene Mobilfunkdienst funktioniert. Die Abbildungen werden vielmehr als beispielhafte werbliche Illustration der anders optisch nicht oder jedenfalls nur schwer darstellbaren beworbenen "i-mode"-Dienstleistung verstanden. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den in den textlichen Erläuterungen der bildlichen Darstellungen jeweils enthaltenen Hinweisen "...wie hier dargestellt,...." Unabhängig davon, dass diese Formulierungen den bloß beispielhaften Charakter noch betonen, beziehen sie sich ihrem textlichen Zusammenhang nach auf die dargestellten Einzelleistungen im "i-mode"-Dienst ("Sportnews"; "Download eines Pictures"; "Melody/Pictures" u. s. w.), nicht aber auf das abgebildete Gerät, mittels dessen diese Leistungen genutzt werden können. Auch der in dem Prospekt verwendete Begriff "i-mode-Handset" klärt nicht hinreichend auf. Gerade im hier betroffenen Bereich der modernen mobilen Telekommunikation, in dem die Verwendung von Anglizismen verbreitet und üblich ist, wird dieser Begriff lediglich als ein weiterer Anglizismus verstanden, nämlich als Synonym für "Handy, über das der "i-mode"-Mobilfunkdienst genutzt wird". Dass nur ein einziges Gerät von der technischen Ausrüstung her die Nutzung dieses "i-mode"-Mobilfunkdienstes ermöglicht, geht daraus nicht hervor. Gleiches gilt für die im Fliesstext des sog. "Kleingedruckten" enthaltenen Angaben "..i-mode-fähiges Handy erforderlich...". Diese Angaben sind nicht nur derart unauffällig in den Text eingearbeitet, dass sie leicht überlesen werden können, sondern verdeutlichen ebenfalls nicht den hier aber ausschlaggebenden Umstand, dass der "i-mode"-Mobilfunkdienst mit nur einem einzigen auf dem Markt gegen Zahlung eines dreistelligen Betrages erhältlichen Handy genutzt werden kann. 8

Die wettbewerbliche Relevanz ist schließlich ebenfalls zu bejahen. Die Fehlerwartung, den "i-mode"-Mobilfunkdienst ggf. auch mit dem bereits vorhandenen Equipment nutzen zu können, ist geeignet, das Interesse für das beworbene "i-mode"- Angebot zu wecken. Selbst wenn der Interessent dem beworbenen "i-mode"-Dienst schließlich nicht nahe tritt, reicht dies aus, um im Sinne des Erfordernisses der wettbewerblichen Relevanz die wirtschaftliche Entscheidung der Interessenten zu beeinflussen. Denn schon das geweckte Interesse für "i-mode" kann 9

den Verkehr von anderen Angeboten konkurrierender Anbieter fernhalten und das Publikum überdies - ist es erst einmal im Gespräch mit E-Plus - u. U. auch für andere Angebote/Dienste der Antragsgegnerin interessieren bzw. darauf aufmerksam machen.

Die Kostenfolge ergibt sich aus § 92 Abs. 1 ZPO i.V. mit § 269 Abs. 3 ZPO. Soweit die Antragstellerin im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat den Antrag unter Einbezug der für den Erwerb des "i-mode"-fähigen Handys NEC 21 i aufzuwendenden Kosten neu gefasst hat, liegt hierin eine teilweise Rücknahme des ursprünglich verfolgten Unterlassungsbegehrens. Denn dieses bezog sich generell auf den Umstand, dass für die Nutzung des beworbenen "i-mode"-Mobilfunkdienstes eigens ein Mobilfunktelefon zu erwerben sei und hierüber nicht in der Werbung aufgeklärt werde, ohne hingegen auf den damit verbundenen erheblichen Kostenaufwand abzustellen. Gerade das letztgenannte Moment stellt aber ein wesentliches Kriterium für die Beurteilung des Werbeverhaltens der Antragsgegnerin als wettbewerbswidrig dar. Die Erfassung eben dieses Umstandes in dem Antrag ist daher nicht lediglich als redaktionelle Bearbeitung, sondern als eine die sachliche Reichweite des ursprünglich verfolgten Petitums begrenzende Formulierung, mithin als teilweise Rücknahme des Antrags einzuordnen, die der Senat in dem aus der Urteilsformel ersichtlichen Umfang bewertet. 10

Das Urteil ist gemäß § 542 Abs. 2 Satz 1 ZPO mit seiner Verkündung rechtskräftig. 11

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE