
Datum: 06.02.2002
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 143/01
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2002:0206.6U143.01.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 31 O 69/01

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 17.05.2001 verkündete Urteil der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 31 O 69/01 - geändert. Die Klage wird abgewiesen. Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 15.000,00 EUR abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Beiden Parteien wird gestattet, die Sicherheitsleistung auch durch unwiderrufliche, unbefristete, unbedingte und selbstschuldnerische Bürgschaft eines in der Bundesrepublik Deutschland als Zoll- und Steuerbürge zugelassene Kreditinstituts zu erbringen. Der Wert der Beschwerde der Klägerin übersteigt 60.000,00 DM.

Tatbestand:

1

Die Klägerin, die Firma V.I. GmbH  & Co., ist eine Telefongesellschaft. Wie auch die Beklagte, die Firma E. M. GmbH  & Co. KG, gehört sie zu den vier Mobilnetzfunkbetreibern in der Bundesrepublik Deutschland. Außerdem bietet sie Telekommunikations- und Internetdienstleistungen an.

2

Der Verkehr begegnet Angeboten, in denen der Erwerb eines Mobiltelefons in Kombination mit Leistungen eines Providers in Aussicht gestellt wird, heute im wesentlichen noch in zwei Formen: Zum einen in der Verknüpfung aus einem dem Interessenten in aller Regel extrem preisgünstig, wenn nicht sogar ohne Zahlung eines Entgeltes angebotenen Handys mit einem sog. "klassischen Kartenvertrag", der ihn über längere Zeit, meist über die Dauer von zwei

3

Jahren, bindet und ihn mit monatlich wiederkehrenden Grundgebühren belastet. Im Rahmen dieser sog. "klassischen" Kartenverträge gibt es bei der Ausgestaltung der einzelnen Vertragsmodalitäten bei den verschiedenen Anbietern wiederum zahlreiche Varianten. So stehen z.B. einer niedrigen Grundgebühr relativ hohe Preise für die geführten Telefongespräche gegenüber und umgekehrt. Zum anderen gibt es neben den vorumschriebenen "klassischen" Angeboten seit Anfang des Jahres 2000 solche, bei denen der angesprochene Verkehr im Rahmen eines sog. "SIMLOCK-Angebots" ein Handy gemeinsam mit der Karte eines bestimmten Providers erwerben kann. Diese sog. Prepaid-Pakete bestehen aus einem Mobiltelefon, das zu einem günstigen, weit unter dem Einkaufspreis des jeweiligen Mobilfunkanbieters liegenden Preis im Markt abgegeben wird, und der Prepaid-Karte. Diese Karte weist in aller Regel ein Startguthaben auf und kann immer wieder aufgeladen werden. Mit Rücksicht darauf, dass die Mobilfunkgeräte weit unter Einstandspreis abgegeben werden, versehen die Anbieter solcher SIMLOCK-Angebote die Mobilfunkgeräte mit einem SIMLOCK, der die Nutzung des Geräts nur in Verbindung mit der dazugehörigen Prepaid-Karte zulässt. Das geschieht in der Erwartung, dass der Käufer eines solchen Handys nach dem Abtelefonieren des Startguthabens die Telefonkarte immer wieder auflädt und im Netz des Telefonanbieters zumindest zwei Jahre lang zu Gesprächsgebühren telefoniert, die weit über denen des klassischen Kartenvertrages liegen. Will der Kunde vor Ablauf der wie auch im Streitfall meist zweijährigen Bindungsfrist zu einem anderen Provider wechseln, gestattet die Beklagte ihm dies nur gegen Zahlung eines Betrages von 200,- DM.

Mit dem als Storyboard im nachfolgenden erstinstanzlichen Klageantrag der Klägerin wiedergegebenen, ab dem 10. September 2000 und u.a. auf dem Sender PRO 7 ausgestrahlten TV-Werbespot bewarb die Beklagte ihr Prepaid-Paket "Free ###blob###amp; Easy" mit verschiedenen Mobilfunktelefonen, die sie zu Preisen von 99,00 DM, 129,00 DM und 199,00 DM anbot. Die Werbung enthält eine - allerdings kaum lesbare - Angabe, dass es sich um Handys mit "SIM-Lock" handle. Die Free ###blob###amp; Easy Card ist in dem TV-Werbespot bildlich wiedergegeben, ebenso ist die Marke "Free ###blob###amp; Easy" in optisch hervorgehobener Weise abgebildet. Dem potentiellen Interessenten wird in dem Werbespot an die Hand gegeben, er solle sich sein aktuelles Free ###blob###amp; Easy Wap-Handy holen. Wegen der genauen Ausgestaltung der Werbung wird auf das im nachfolgenden erstinstanzlichen Klageantrag der Klägerin wiedergegebene Storyboard verwiesen.

Die Klägerin hat diese Werbung als irreführend beanstandet. Sie hat hierzu unter Hinweis auf das Urteil des Senats vom 10.11.2000 in der Sache 6 U 147/00 (veröffentlicht in OLGR Köln 2001, 131 ff. und MMR 2001, 235 f.) die Auffassung vertreten, die angesprochenen Verkehrskreise würden nicht hinreichend darüber aufgeklärt, dass die beworbenen SIM-Lock Handys lediglich mit der E. "Free ###blob###amp; Easy Card" der Beklagten in deren Netz funktionierten und der Käufer über einen Zeitraum von zwei Jahren nicht in einem Mobilfunknetz eines anderen Anbieters telefonieren könne, wolle er sein Handy nicht gegen Zahlung eines Betrages von 200,00 DM freischalten lassen. Der sie treffenden Aufklärungspflicht habe die Beklagte auch nicht dadurch entsprochen, dass sie in ihrem Fernseh-Werbespot darauf verwiesen habe, dass es sich um ein Handy mit SIM-Lock handle. Das folge daraus, dass breite Verkehrskreise sich unter diesem Fachbegriff auch heute nichts vorstellen könnten.

Die Klägerin hat nach Teilrücknahme ihrer Klage beantragt,

I.

die Beklagte unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittels zu verurteilen,

1.	9
es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken Mobilfunktelefone in TV-Werbespots wie nachstehend wiedergegeben zu bewerben:	10
wobei das vierte Bild des vorstehenden wiedergegeben Storyboard den Text gemäß dem nachfolgenden wiedergegebenen Screenshot aufweist:	11
2.	12
ihr - der Klägerin - Auskunft über den Umfang ihrer Handlungen gemäß wie der vorstehenden Ziffer I.1. seit dem 10.09.2000 zu erteilen, insbesondere durch Angabe der Verwendungsfälle, Verwendungszeitpunkte und Adressaten,	13
II.	14
festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr - der Klägerin - den durch Handlungen gemäß Ziffer I. 1. seit dem 10.09.2000 entstandenen und noch entstehenden Schaden zu ersetzen.	15
Die Beklagte hat beantragt,	16
die Klage abzuweisen.	17
Sie hat die Auffassung vertreten, ein aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher sei angesichts der Einrichtung einer SIM-Lock-Funktion bei den Prepaid-Angeboten sämtlicher Mobilfunknetzbetreiber sowie den diesbezüglichen Hinweisen in der Werbung jedenfalls heute mit der Bedeutung des Begriffs "SIM-Lock" vertraut. Ihre Werbung führe den angesprochenen Verkehr nicht in die Irre, insbesondere auch deshalb, weil mit dem Werbespot speziell an dem WAP-Service interessierte und deshalb sachkundige Kunden angesprochen würden. Ein durchschnittlich informierter und verständiger Verbraucher wisse daher, dass die WAP-Handys nur mit der Free ##blob##amp; Easy Card funktionierten. Im übrigen erwarte das Publikum bei einer Fernsehwerbung keine detaillierten Informationen.	18
Durch das angefochtene Urteil, auf das wegen der Einzelheiten verwiesen wird (Blatt 131 ff. d.A.), hat das Landgericht die Beklagte den Anträgen der Klägerin folgend zur Unterlassung und zur Auskunftserteilung verurteilt. Außerdem hat es die grundsätzliche Schadensersatzverpflichtung der Beklagten festgestellt. Zur Begründung seiner Entscheidung hat es im wesentlichen ausgeführt, der nach Teilklagerücknahme noch verfolgte Unterlassungsanspruch der Klägerin sei aus § 3 UWG begründet, weil der streitbefangene Werbespot geeignet sei, einen nicht unerheblichen Teil der angesprochenen Verkehrsreise über die tatsächlich eintretende Kundenbindung in die Irre zu führen. Aus der TV-Werbung der Beklagten erschließe sich dem potentiellen Interessenten nicht, dass er faktisch zwei Jahre an die Beklagte gebunden sei und vor Ablauf von 24 Monaten nur dann zu einem günstigeren Anbieter von Telefondienstleistungen wechseln könne, wenn er einen Betrag von 200,00 DM an die Beklagte zahle. Aus dem bereits erwähnten Urteil des Senats vom 10.11.2000 folge, dass in dem Verschweigen einer solchen wesentlichen Information zugleich eine Irreführung des Verkehrs liege, weil den Werbenden eine entsprechende Aufklärungspflicht treffe. Dieser Verpflichtung komme die Beklagte durch den bloßen Hinweis "Handy mit SIM-Lock" nicht hinreichend nach, und zwar auch nicht unter Berücksichtigung der Tatsache, dass es sich bei der angegriffenen Werbung um einen im Fernsehen	19

ausgestrahlten Werbespot gehandelt hat.

Gegen das ihr am 21.06.2001 zugestellte Urteil hat die Beklagte am Montag, dem 23.07.2001 20
Berufung eingelegt und diese nach zweifacher Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist
bis zum 12.10.2001 mit einem an diesem Tag bei Gericht eingegangenen Schriftsatz begründet.
Die Beklagte wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen und behauptet, ein
durchschnittlich informierter und durchschnittlich verständiger Verbraucher wisse, dass
bereits seit Beginn des Jahres 2000 keine Prepaid-Angebote ohne SIM-Lock Handy im Markt
angeboten würden. Ein solcher verständiger Verbraucher komme nicht auf den Gedanken,
die beworbenen "Free ##blob##amp; Easy WAP-Handys" könnten sogleich auch mit der
SIM-Karte eines anderen Anbieters benutzt werden. Im übrigen sei bei der Frage nach dem
von der Werbung ausgehenden Irreführungspotential im Rahmen der notwendigen
Interessenabwägung auch zu berücksichtigen, dass Streitgegenstand ausschließlich eine
Fernsehwerbung sei, in deren Rahmen eine vollständige Aufklärung des Verbrauchers
anders als in anderen, zum Beispiel Print-Medien nicht gelingen könne und vom
angesprochenen Verkehr auch nicht erwartet werde.

Die Beklagte beantragt, 21

das angefochtene Urteil zu ändern und die Klage abzuweisen. 22

Die Klägerin beantragt, 23

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen. 24

Auch die Klägerin wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen und ist der 25
Auffassung, das Landgericht habe die von der Werbung der Beklagten ausgehende
Irreführungsgefahr im Sinne des § 3 UWG richtig beurteilt und sich dabei zutreffenderweise
an dem Inhalt der Entscheidung des Senats vom 10.11.2000 orientiert. Der Verbraucher
entnehme dem Begriff "SIM-Lock Handy" auch rund 2 Jahre nach der Markteinführung
solcher Prepaid-Angebote keinen konkreten Bedeutungsgehalt. Insbesondere verstehe er
diesen Hinweis nicht dahin, dass mit dem Kauf eines entsprechenden Mobilfunkgeräts eine
zeitliche Bindung von zwei Jahren an den Netzbetreiber einhergehe, und dass er nur gegen
Zahlung des Betrages von 200,00 DM vorzeitig aus dieser faktischen Bindung entlassen
werde. Diese Kundenbindung gebe die Beklagte auch nicht durch die Verwendung des
Begriffs "Handy mit SIM-Lock" hinreichend zu erkennen. Im Gegenteil: Wenn ein Angebot mit
"Free ##blob##amp; Easy" umschrieben werde, liege für den Verkehr die Annahme, bei
Wahrnehmung des Angebots sei er an die Beklagte nicht gebunden, besonders nahe. Die
statt dessen vorliegende langfristige Bindung an die Beklagte sei von wichtigem Einfluss für
die Entscheidung des Verbrauchers, das Angebot der Beklagten wahrzunehmen oder von
ihm Abstand zu nehmen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den 26
Parteien gewechselten Schriftsätze nebst sämtlichen Anlagen verwiesen, die Gegenstand der
mündlichen Verhandlung waren.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e : 27

Die zulässige Berufung der Beklagten hat auch in der Sache Erfolg. Denn der mit der Klage 28
angegriffene Werbespot der Beklagten für die dort beworbenen Free ##blob##amp; Easy
WAP-Handys ist entgegen der vom Landgericht mitgetragenen Auffassung der Klägerin nicht
im Sinne des § 3 UWG irreführend und deshalb wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden.

Daraus folgt zugleich, dass der Klägerin auch die aus den §§ 3, 13 Abs. 6 Nr. 1 UWG in Verbindung mit § 242 BGB hergeleiteten Annexansprüche in Form des Auskunfts- und Schadensersatzfeststellungsbegehrens nicht zustehen. Deshalb kommt es im übrigen nicht entscheidend darauf an, welche Auswirkungen die Tatsache auf die Entscheidungsfindung haben müsste, dass die Klägerin in ihren Klageantrag ausdrücklich einen "das vierte Bild" des Storyboards betreffenden Zusatz aufgenommen hat, das vierte Bild des Storyboards mit dem dem Zusatz nachfolgenden, auf Seite 6 dieses Urteils wiedergegebenen Screenshot aber nicht identisch ist.

Das Landgericht hat sich bei seiner Entscheidung den Hinweisen der Klägerin folgend ersichtlich von dem Inhalt der vorgenannten Entscheidung des Senats vom 10.11.2000 leiten lassen, dabei aber nicht hinreichend berücksichtigt, dass dieser Entscheidung ein mit dem Streitfall nicht zu vergleichender Lebenssachverhalt zugrunde lag. Damals hatte nicht eine Telefongesellschaft, sondern ein Fachhändler wenige Monate nach der erstmaligen Markteinführung von Prepaid-Angeboten der vorliegenden Art ein bestimmtes Handy mit einem eher dezenten Hinweis auf eine einzugehende Partnerschaft mit der Firma Debitel beworben. Dagegen war der Preis für das angebotene Handy in Höhe von 88,- DM ebenso prominent hervorgehoben wie die Angaben, das Angebot beinhalte freies Telefonieren für 25,- DM, es falle keine Grundgebühr an und es entstehe auch keine Vertragsbindung. In diesem konkreten Fall hat der Senat angenommen, die damalige Bewerbung des Mobiltelefons nebst Prepaid-Card mit dem Schlagwort "ohne Vertragsbindung" führe den Verkehr in die Irre, wenn in der Werbung nicht zugleich darauf hingewiesen werde, dass es sich dabei um ein SIMLOCK HANDY handelt, mit dem für einen vertraglich vereinbarten Zeitraum nur mit Telefonkarten eines einzigen Anbieters aktiv telefoniert werden kann, sofern der Kunde keine weitere Zahlung in Höhe von 200,- DM leistet. In einem solchen Fall, in dem an prominent hervorgehobener Stelle auf eine fehlende Vertragsbindung an sich zutreffend hingewiesen wird, in faktischer Hinsicht eine solche Bindung des Kunden an einen bestimmten Provider jedoch über lange Zeit andauert, solange der Kunde nicht willens und bereit ist, für die Aufhebung der vorprogrammierten Sperre einen Preis zu zahlen, der den Preis für das Handy um ein Mehrfaches übersteigt, hat der Senat den Werbenden als verpflichtet angesehen, den potentiellen Interessenten in geeigneter Weise darüber aufzuklären, dass das als günstig erscheinende Angebot auch einen dem Umworbenen relativ kurze Zeit nach dem Zeitpunkt der Markteinführung solcher Leistungspakete nicht bekannten, für die Kaufentscheidung aber sehr bedeutenden Nachteil mit sich bringt, der ihn davon abhalten könnte, sogleich die Geschäftsräumlichkeiten des werbenden Fachhändlers vor Ort aufzusuchen und sich durch den Kauf des beworbenen Handys faktisch zwei Jahre an den Provider zu binden, ohne bei Abschluss des Geschäfts von dieser Bindung Kenntnis zu haben.

Im Streitfall liegen die Dinge anders. Der von der TV-Werbung der Beklagten angesprochene Verkehr, zu dem potentiell auch die Mitglieder des Senats zählen und was dieser deshalb aus eigener Sachkunde und Erfahrung zu beurteilen in der Lage sind, wird nicht irregeführt, sieht vielmehr, dass die Beklagte in einem relativ kurzen Fernsehspot ihre E.-Telefonkarte "Free ##blob##amp; Easy" wenn auch unter Preisangabe mit der Aufforderung bewirbt, man solle sich das aktuelle Free ##blob##amp; Easy WAP-Handy holen. Der von dieser TV-Werbung der Beklagten angesprochene Verkehr sieht, dass ihm hier eine Telefongesellschaft ein bestimmtes aus Telefonkarte und Handy bestehendes Leistungspaket anbietet, und geht deshalb als selbstverständlich davon aus, dass er sich in irgendeiner Form an diese Telefongesellschaft binden muss, wenn er im Fachhandel nach einem der in der TV-Werbung erwähnten Handys nebst Telefonkarte fragt. Der Werbespot der Beklagten enthält zwar eine Preisangabe, indessen keine sonstigen Angaben, die dem Fernsehzuschauer in irgendeiner

Form suggerieren könnte, gegen Zahlung von 99,00 DM, 129,00 DM oder 199,00 DM könne man ein aus Handy und Telefonkarte bestehendes Prepaid-Paket erwerben, ohne in irgendeiner Form an den Anbieter dieser Leistung, einer Telefongesellschaft, gebunden zu sein. Bei einem durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher, auf den nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH WRP 2000, 289 "Lifting-Creme") und des Bundesgerichtshofs (vgl. u.a. WRP 2000, 517, 519 = GRUR 2000, 619, 621 "Orient-Teppichmuster") maßgeblich abzustellen ist, kommt anders als bei der Printwerbung, die der Senat in seiner vorgenannten Entscheidung vom 10.11.2000 auf ihre Irreführungseignung zu überprüfen hatte, erst gar nicht die Vorstellung auf, man könne eines der beworbenen Handys mitsamt der dazugehörigen Telefonkarte zu einem besonders günstigen Preis erwerben, ohne in irgendeiner Form für eine bestimmte Zeit an den Anbieter der Telefondienstleistung gebunden zu sein. Dies gilt um so mehr, als dem Verbraucher im Zusammenhang mit den vorumschriebenen sog. "klassischen" Kartenverträgen bekannt ist, dass er dann, wenn er sich für eine bestimmte Telefongesellschaft und deren Angebot entscheidet, vor Ablauf der eingegangenen vertraglichen Bindung und der damit einhergehenden finanziellen Belastung keine Möglichkeit hat, sich der Dienste eines anderen Mobilfunknetzbetreibers zu bedienen, es sei denn, er schließt mit einem anderen Anbieter einen neuen Kartenvertrag ab. Um so weniger wird er annehmen, bei einem Prepaid-Angebot der vorliegenden Art, bei dem Mobilfunktelefone sehr preisgünstig und jedenfalls regelmäßig weit unter Einstandspreis abgegeben werden, sei das anders. Das gilt auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Beklagte ihre Prepaid-Telefonkarte "Free ###blob###amp; Easy" nennt. Wenngleich dem Verkehr nicht im einzelnen bekannt sein wird, dass die Bezeichnung "Free ###blob###amp; Easy" für die Beklagte als Marke eingetragen ist, so weiß er jedoch, dass die Beklagte diese Bezeichnung als Kennzeichnung für ihre Prepaid-Angebote benutzt. Das englische Wort "Free" versteht der angesprochene Verkehr bei dem konkreten, den Gegenstand des Klagebegehrens bildenden Werbespots nicht dahin, er unterliege keinen vertraglichen Bindungen.

Wird dem Verbraucher damit in einer Fernsehwerbung bestimmten Inhalts - und nur diese steht zur Beurteilung - wenn auch unter Preisangabe, aber ohne sonstige ihn in eine bestimmte Richtung konditionierende Hinweise an die Hand gegeben, er solle sich sein aktuelles Free ###blob###amp; Easy WAP-Handy holen - besteht aus Sicht des Senats für den Werbenden keine Veranlassung und insbesondere keine Pflicht, den Verbraucher bereits in der TV-Werbung in Detail über den genauen Inhalt der (faktischen) Bindung aufzuklären, mit der der Kunde rechnet, deren Einzelheiten er aber nicht kennt. Deshalb kommt im übrigen nichts darauf an, ob mit dem Oberlandesgericht München (Urteil vom 18.10.2001, veröffentlicht in MD 2002, 194, 196) davon ausgegangen werden müsste, infolge der Fülle der Prepaid-Angebote, die dem Publikum zwischenzeitlich in der Werbung begegnet sind, sei es heute mit der Tatsache der technisch bedingten Anbieterbindung bereits vertraut. 31

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91 Abs. 1, 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711, 108 ZPO. 32