
Datum: 22.03.2002
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 199/01
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2002:0322.6U199.01.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 81 O 162/00

Tenor:

Auf die Berufung der Antragsgegnerin wird das am 28.09.2001 verkündete Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln - 81 O 162/00 - teilweise geändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Antragsgegnerin wird im Wege einer einstweiligen Verfügung verurteilt, es bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 500.000,-- DM zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken wie aus der nachfolgend eingeblendeten CD-Rom-Verpackung ersichtlich einen Tarif, bei dem die Kunden mo-natlich einen in der Mindesthöhe feststehenden Betrag zu bezahlen haben, mit der Angabe

"Keine Grundgebühr"

zu bewerben und/oder bewerben zu lassen:

pp.

Der weitergehende Antrag der Antragstellerin auf Erlass einer einstweiligen Verfügung und die weitergehende Berufung der Antragsgegnerin werden zurückgewiesen.

Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens tragen die Antragstellerin zu 3/5 und die Antragsgegnerin zu 2/5. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden gegeneinander aufgehoben.

Das Urteil ist mit seiner Verkündung rechtskräftig.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung der Antragsgegnerin hat zum überwiegenden Teil auch in der Sache Erfolg. Sie führt zur Änderung der angefochtenen Entscheidung, soweit das Landgericht den Teil-Kostenwiderspruch der Antragsgegnerin für unbegründet erachtet (III.) und die Antragsgegnerin unter gleichzeitiger Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel durch Aufrechterhaltung der von ihm zuvor erlassenen einstweiligen Verfügung vom 07.07.2000 verurteilt hat, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken wie aus der auf der nachfolgenden Seite in Fotokopie wiedergegebenen Werbeanzeige aus der FAZ vom 23.06.2000 ersichtlich einen Tarif, bei dem die Kunden monatlich einen in der Mindesthöhe feststehenden Betrag zu bezahlen haben, mit der Angabe

"Keine Grundgebühr"

zu bewerben und/oder bewerben zu lassen (I.). Dagegen hat das Landgericht die angegriffene Angabe auf der CD-Umhüllung zu Recht als irreführend beanstandet (II.).

I.

Das die konkrete Werbeanzeige aus der FAZ vom 23.06.2000 betreffende Unterlassungsbegehren ist unbegründet, weil dieser den von ihr angesprochenen Verbraucher entgegen der vom Landgericht mitgetragenen Auffassung der Antragstellerin nicht im Sinne des § 3 UWG in die Irre führt, folglich wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden ist. Wie der Senat mit den Parteien unter anderem im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 01.03.2002 bereits ausführlich erörtert hat, hängt die Frage, ob ein durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Verbraucher, auf den nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH WRP 2000, 289 "Lifting-Creme") und des Bundesgerichtshofs (siehe unter anderem BGH WRP 2000, 517, 519 = GRUR 2000, 619, 621 "Orient-Teppichmuster") maßgeblich abzustellen ist, durch eine bestimmte Angabe irreführt wird, entscheidend von der jeweiligen konkreten Verletzungsform ab. Danach erhellt sich dem Betrachter der in der FAZ veröffentlichten Werbeanzeige der Antragsgegnerin ohne weiteres, dass er in jedem Fall monatlich mindestens 16,80 DM zahlen muss, wenn er den von der Antragsgegnerin angebotenen Tarif "A. Start" wählt, und zwar unabhängig davon, ob er lediglich eine Stunde oder zehn Stunden pro Monat im Internet surft, und dass sich der Preis ab der Minute "601" um 2,8 Pfennige je Minute erhöht. Dem von der Werbung der Antragsgegnerin angesprochenen Verbraucher wird aufgrund der konkreten Gestaltung der Werbeanzeige unmissverständlich vermittelt, dass er bei der Wahl des Tarifes "A. Start" zumindest 16,80 DM zahlen muss, dass dann aber keine weiteren Gebühren in Form einer Grund- oder einer Einwahlgebühr anfallen. Damit versteht der angesprochene Verbraucher die mit dem Verfügungsantrag angegriffene Aussage

"Keine Grundgebühr"

in der Form, wie sie ihm in der FAZ-Anzeige vom 23.06.2000 begegnet, zutreffend dahin, 9
dass er in jedem Fall einen monatlichen, sich aus der Mindestnutzung ergebenden
Mindestbetrag, darüber hinaus aber keine nutzungsunabhängigen Gebühren zu zahlen hat.

II. 10

Findet demgemäß die von der Antragstellerin behauptete Irreführung des Verkehrs nicht statt, 11
soweit die Werbeanzeige aus der FAZ vom 23.06.2000 in Rede steht, beurteilt der Senat die
von den Werbeaussagen der Antragsgegnerin ausgehende Irreführungsgefahr anders, soweit
die Antragsgegnerin auf ihrer CD-Umhüllung damit geworben hat, im Falle der Entscheidung
des Verbrauchers für die Spar-Tarife von A. erhebe sie "keine Grundgebühr". Anders als in
der in der FAZ veröffentlichten Werbeanzeige wird der Verbraucher aufgrund der konkreten
Angaben auf der CD nämlich nicht sogleich und erst recht nicht unmissverständlich dahin
geführt, dass er den günstigen Tarif nur dann bekommt, wenn er sich verpflichtet, unabhängig
von der tatsächlichen Nutzungsdauer jedenfalls zehn Internetstunden zu bezahlen. Im
Gegenteil: Hier wird er durch die Aussage "Keine Grundgebühr" in Verbindung mit der optisch
hervorgehobenen Angabe, er könne für nur 2,8 Pfennig pro Minute im Internet verweilen, zu
der irrigen Annahme verleitet, auf ihn kämen keinerlei Mindestkosten zu. Der Verbraucher
wird die angegriffene Angabe in der hier in Rede stehenden konkreten Verletzungsform
nämlich so verstehen, dass er z.B. von der Antragsgegnerin eine Monatsrechnung von 1,68
DM erhält, wenn er ihr Angebot wahrnimmt und alsdann lediglich eine Stunde im Internet
verbringt. In dieser Erwartung wird er indes enttäuscht, und zwar deshalb, weil er den
Angaben der Antragsgegnerin auf ihrer CD-Umhüllung nicht mit der erforderlichen
Deutlichkeit entnehmen kann, dass auf ihn monatliche Fixkosten von 16,80 DM zukommen,
wenn er sich für das Angebot der Antragsgegnerin entscheidet. Auch derjenige Verbraucher,
der sich in den Tarifstrukturen der Internetanbieter auskennt und zwischen
nutzungsabhängigen Kosten und solchen Kosten zu unterscheiden weiß, die er unabhängig
von der konkreten Verweildauer im Internet stets zahlen muss, wird deshalb aufgrund der
konkreten Gestaltung der Angaben auf der CD-Umhüllung der Antragsgegnerin irregeleitet,
weil er zwangsläufig glauben muss, seine Gegenleistung für das Angebot der
Antragsgegnerin erschöpfe sich in der Zahlung eines Minutenpreises von 2,8 Pfennig. Dieses
Verständnis des angesprochenen Verkehrs ist umso naheliegender, als die Antragsgegnerin
auch noch ausdrücklich darauf verweist, in ihrem Angebot seien Telefongebühren bereits
enthalten, auch falle keine Einwahlgebühr an, und überdies gehe der Interessent "kein
Risiko" ein, wenn er sich für ihr - der Antragsgegnerin - Angebot entscheide.

In dieser Annahme könnte sich der angesprochene Verkehr allenfalls dann nicht enttäuscht 12
sehen, wenn die Antragsgegnerin ihn zugleich in geeigneter Weise darauf hinweisen würde,
dass es bei ihrem Angebot mit der Zahlung von 2,8 Pfennig pro Minute Internetaufenthalt
nicht getan ist. Das ist jedoch nicht der Fall. Der "Sternchenhinweis" auf der CD-Umhüllung
ist wegen seiner Platzierung, insbesondere aber auch der verwendeten Schriftgröße zur
hinreichenden Aufklärung des Verbrauchers nicht geeignet. Zum einen weiß der Verbraucher
ihn schon deshalb nicht eindeutig zuzuordnen, weil er sich nicht nur bei der Angabe

"nur 2,8 Pf./Min.", 13

sondern auch hinter der Aussage befindet, man könne das A.-Angebot 20 Stunden lang 14

"total GRATIS (!)*" 15

16

nutzen. Zum anderen ist der Hinweis

"Im ersten Monat nutzen Sie A. 20 Stunden total GRATIS. Danach zahlen Sie bei einer Mindestnutzung von nur 10 Stunden/Monat supergünstige 2,8 Pf./Min. Es fallen keine weiteren Kosten für A. und Internetnutzung an. Bei A. gibt es auch weitere günstige Tarife. Jetzt starten und sparen!" 17

auf der CD-Umhüllung, der sich im übrigen auf der ersten Seite auch noch an der Seite des Umkartons befindet, derart klein gedruckt, dass man seinen Inhalt ohne Lesehilfe nicht zur Kenntnis nehmen kann. 18

III. 19

Erweist sich demgemäß die Entscheidung des Landgerichts als richtig, die von ihm erlassene einstweilige Verfügung insoweit aufrechtzuerhalten, gilt dies nicht für die von ihm getroffene Entscheidung, die Antragsgegnerin habe die Kosten des Verfahrens auch insoweit zu tragen, als sie die ihr in der konkreten Verletzungsform verbotene Werbeaussage 20

"A. und Internet 21

für nur 2,8 Pf./Min.* 22

ohne weitere Kosten" 23

nicht angegriffen und der einstweiligen Verfügung der Kammer vom 07.07.2000 24
diesbezüglich nur mit dem Kostenwiderspruch entgegengetreten ist. Insoweit ist nämlich entgegen der Auffassung des Landgerichts von einem sofortigen Anerkenntnis der Antragsgegnerin im Sinne des § 93 ZPO auszugehen. Denn es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Senats (vgl. zuletzt sein den Rechtsstreit der Parteien betreffendes Urteil vom 22.02.2002 in dem Verfahren 6 U 139/01 OLG Köln), dass der Wettbewerbsstörer in aller Regel keine Veranlassung zur Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens im Sinne des § 93 ZPO und insbesondere eines einstweiligen Verfügungsverfahrens gegeben hat, wenn er zuvor nicht abgemahnt worden ist. Das hat seinen Grund darin, dass der Verletzte dem Wettbewerbsstörer Gelegenheit geben muss, die Wettbewerbskonformität seines Verhaltens zu überprüfen und die Einleitung gerichtlicher Schritte durch eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtungserklärung entbehrlich zu machen. Unter Kostengesichtspunkten darf der Verletzte von einer Abmahnung nur ausnahmsweise und in besonderen Fällen absehen, nämlich dann, wenn er bei vernünftiger Abwägung aller Umstände, insbesondere des bisherigen Verhaltens des Verletzers, berechtigten Grund zu der Annahme hatte, er werde ohne gerichtliche Hilfe auf keinen Fall erreichen, dass der Verletzer sein wettbewerbswidriges Verhalten einstellt und eine durch Vertragsstrafe gesicherte Unterlassungserklärung abgibt (vgl. dazu: Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Auflage 2001, Einleitung UWG Rn. 542 m.w.N.). Zu einer solchen Annahme hatte die Antragstellerin keinen Anlass. Soweit sie in der mündlichen Verhandlung vorgetragen hat, aufgrund der Weigerung der Antragsgegnerin, die konkrete Anzeige aus der FAZ strafbewehrt zur Unterlassung zu erklären, habe sie - die Antragstellerin - berechtigten Grund zu der Annahme gehabt, umso weniger werde die Antragsgegnerin bereit sein, den weiteren Vertrieb der konkreten, mit der angegriffenen Aussage versehenen CD-Umhüllung zu unterlassen, ist diesem Schluss der Antragstellerin schon deshalb der Boden entzogen, weil sich die Weigerung der Antragsgegnerin, den Inhalt der FAZ-Anzeige strafbewehrt zur Unterlassung zu erklären, nach dem Vorgesagten als berechtigt erweist und dem lediglich mit dem Kostenwiderspruch angegriffenen Verfügungsgebot ein anderer Streitgegenstand

zugrunde liegt.

Soweit das Landgericht die Argumentation der Antragstellerin aufgegriffen und in seiner Entscheidung sinngemäß ausgeführt hat, die Antragsgegnerin habe sich nach Zustellung der einstweiligen Verfügung bis zur Aufnahme von Vergleichsgesprächen mehrere Monate Zeit gelassen und sogar auf die Erhebung der Verjährungseinrede verzichtet, daraus sei zu schließen, dass eine Abmahnung mit kurzer Frist nicht zum gewünschten Erfolg geführt hätte, vermag sich der Senat dem nicht anzuschließen. Denn dieses Verhalten der Antragsgegnerin lässt keinen zuverlässigen Schluss darauf zu, was sie getan hätte, wenn sie von der Antragstellerin mit kurzer Frist abgemahnt worden wäre. Das gilt umso mehr, als die Antragsgegnerin im Berufungsverfahren unbestritten vorgetragen hat, man habe sich lange Zeit in Vergleichsverhandlungen befunden, alsdann elf Teilkomplexe einvernehmlich geregelt und sich schließlich dem hier interessierenden Sachverhaltskomplex zugewandt. Der Schluss des Landgerichts, aus dem Zeitablauf sei zu schließen, dass die Antragsgegnerin bei einer viel kürzeren Abmahnfrist die Unterwerfungserklärung nicht abgegeben hätte, überzeugt den Senat nicht. Denn anders als bei einer Abmahnung bestand für die Antragsgegnerin nach dem Erlass des gerichtlichen Titels kein Anlass zu einer schnellen Reaktion.

IV. 26

Die weitergehende Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO. Sie trägt dem in den beiden Instanzen unterschiedlichen Streitgegenstand und Streitwert Rechnung. Das Urteil ist gemäß § 542 Abs. 2 Satz 1 ZPO n.F. in Verbindung mit § 26 Nr. 7 EGZPO mit seiner Verkündung rechtskräftig. 27