
Datum: 21.11.2003
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 100/03
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2003:1121.6U100.03.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 84 O 44/03
Normen: UWG § 3

Tenor:

Auf die Berufung der Antragstellerin wird das am 10. Juli 2003 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln - 84 O 44/03 - geändert, soweit darin der Verfügungsantrag zu Ziffer 3. abgewiesen worden ist.

Die Antragsgegnerin wird - über den Verbotsausspruch des Landgerichts hinaus - verurteilt, es bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 EUR, ersatzweise Ordnungshaft, oder der Ordnungshaft bis zur Dauer von sechs Monaten, zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken satellitengestützte Internetzugänge wie nachfolgend wiedergegeben mit der Bezeichnung

"DSL"

zu bewerben:

pp.

Die weitergehende Berufung der Antragsgegnerin wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens werden gegeneinander aufgehoben.

Das Urteil ist mit seiner Verkündung rechtskräftig.

Von der Darstellung des Tatbestandes wird gemäß §§ 540 Abs. 2, 313 a Abs. 1 Satz 1, 542 Abs. 2 Satz 1 ZPO abgesehen. 1

B e g r ü n d u n g : 2

Die Berufung ist zulässig und hat zum Teil auch in der Sache Erfolg. Denn die mit dem Verfügungsantrag angegriffene Werbung führt den angesprochenen Verkehr in relevanter Weise in die Irre (§ 3 UWG), weil die Antragsgegnerin durch die Verwendung des Kürzels "DSL" in der konkreten Verletzungsform dem angesprochenen Verkehr Eigenschaften ihres Produkts bzw. ihrer Dienstleistung (die Begriffe werden im folgenden synonym verwendet) suggeriert, die es in Wirklichkeit nicht hat. Die Gefahr einer weitergehenden Irreführung des Verkehrs ist demgegenüber nicht schlüssig vorgetragen, jedenfalls aber nicht im Sinne der §§ 936, 920 Abs. 2 ZPO glaubhaft gemacht. Insoweit bleibt dem Rechtsmittel der Antragstellerin der Erfolg versagt. 3

1. 4

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin ist dem Senat eine Entscheidung in der Sache nicht deshalb verwehrt, weil dem Verfügungsbegehren die notwendige Dringlichkeit fehlen könnte. Die Dringlichkeitsvermutung des § 25 UWG ist im Streitfall nicht widerlegt. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats und einhelliger Auffassung in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte und dem juristischen Schrifttum (vgl. die Nachweise bei Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Aufl. 2001, § 25 Rn. 13) geht die nach Maßgabe des § 25 UWG zu vermutende Dringlichkeit des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung nämlich nur verloren, wenn die antragstellende Partei trotz positiver Kenntnis der Verletzungshandlung mit der Rechtsverfolgung zu lange wartet, indem sie den Verletzer längere Zeit weder abgemahnt hat noch gegen ihn gerichtlich vorgegangen ist. Denn derjenige, der in Kenntnis der maßgeblichen Umstände und ihm fortdauernd drohender Nachteile ohne überzeugenden Grund längere Zeit untätig geblieben ist und dadurch die Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs objektiv verzögert, hat damit offenbart, dass es ihm mit dem erstrebten Verbot in Wirklichkeit nicht so eilig ist, als dass es ihm nicht zugemutet werden könnte, dieses in einem Hauptsacheverfahren zu erwirken (vgl. hierzu Baumbach/Hefermehl, a.a.O., § 25 Rn. 13 und Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, 8. Aufl., Kapitel 54 Rn. 24 und 28, jeweils mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung und dem Schrifttum). Ein solches dringlichkeitsschädliches Zuwarten der Antragstellerin hat die Antragsgegnerin nicht schlüssig vorgetragen. Die Antragstellerin hat die streitgegenständliche Werbung der Antragsgegnerin unverzüglich nach ihrem Erscheinen mit ihrem Verfügungsantrag angegriffen, in tatsächlicher Hinsicht spricht nichts, insbesondere kein Lebenserfahrungssatz dafür, dass die Antragstellerin bereits zuvor von inhaltsgleichen Werbemaßnahmen der Antragsgegnerin Kenntnis erlangt haben könnte. Soweit die Antragsgegnerin Gegenteiliges vermutet und darüber hinaus mutmaßt, die Antragstellerin als 5

neu gegründeter Internet-Zugangspvoder werde nur in rechtsmissbräuchlicher Weise "vorgeschoben", um einer anderweitigen dringlichkeitsschädlichen Kenntnis konzernverbundener (selbständiger) Schwestergesellschaften die Wirkung zu nehmen, erschöpft sich der Vortrag der Antragsgegnerin in dieser Mutmaßung. Er ist deshalb nicht mit dem notwendigen Tatsachenmaterial untermauert und folglich zur Widerlegung der Dringlichkeitsvermutung des § 25 UWG oder aber zur Annahme eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens der Antragstellerin im Sinne des § 242 BGB nicht geeignet.

2.

6

Durch die Verwendung des Kürzels "DSL" in der konkreten, im Tenor dieses Urteils wiedergegebenen Verletzungsform führt die Antragsgegnerin erhebliche Teile des angesprochenen Verkehrs in relevanter Weise in die Irre, weil sie dadurch suggeriert, bei der Inanspruchnahme von "STRATO skyDSL" komme der (potentielle) Internetnutzer in den Genuss aller Vorteile, die ihm die DSL-Technik bietet, während das in Wirklichkeit nicht der Fall ist: Zwar ermöglicht die Antragsgegnerin es ihren (potentiellen) Vertragspartnern, mittels skyDSL hohe Volumina aus dem Internet mit einer Geschwindigkeit herunterzuladen, die um ein Vielfaches höher ist als beim Einsatz zum Beispiel von ISDN-Technologie oder gar bei analogen Anschlüssen. Die Werbung der Antragsgegnerin täuscht indessen darüber hinweg, dass ihre konkret angebotene Technologie nur ein beschleunigtes Herunterladen von Daten aus dem Internet im sog. "downstream" ermöglicht, während die Übertragungsgeschwindigkeit im sog. "upstream" bei dem konkret beworbenen skyDSL der Antragsgegnerin weit hinter dem zurückbleibt, was der angesprochene Verkehr von der als "DSL" bezeichneten digitalen Technologie erwartet.

7

Allerdings entspricht es der Lebenserfahrung, dass die Vorstellungen weiter Teile des von der Werbung der Antragsgegnerin angesprochenen Verkehrs von dem Bedeutungsgehalt des Kürzels "DSL" wenig konkret und greifbar sein werden. Die Mitglieder des Senats nehmen sich hiervon nicht aus. Weite Teile des Verkehrs werden keine konkrete Vorstellung davon haben, dass "DSL" für "Digital Subscriber Line" steht und dass damit eine digitale Technologie bezeichnet wird, mit der bei herkömmlichen Kupfernetzen Übertragungsgeschwindigkeiten erreicht werden können, die über 100 mal so schnell sind wie ISDN. Auch spricht nichts dafür, jedenfalls ist das von Seiten der insoweit darlegungspflichtigen Antragstellerin nicht glaubhaft gemacht, dass der Verkehr dann, wenn er den Begriff "DSL" im Zusammenhang mit dem Internet hört oder liest, stets von der Vorstellung begleitet wird, es handele sich um eine erdgebundene Technik. Gleiches gilt für die Behauptung der Antragstellerin, der Verkehr verbinde mit dem Begriff "DSL" zugleich die Vorstellung, zum Einsatz dieser Technik benötige er keinen konventionellen Internetzugang, es handele sich um einen "vollwertigen" Internet-Zugang, der gleichermaßen den down- und upstream von Daten ermögliche. Erst recht weiß die breite Masse der von der Werbung der Antragsgegnerin potentiell angesprochenen Verbraucher im Zweifel nicht - anderes ist jedenfalls wiederum nicht glaubhaft gemacht -, dass die Fachwelt zwischen "symmetrischem" DSL ("SDSL") und "asymmetrischem" DSL ("ADSL") unterscheidet und damit weiß, dass die Bandbreite für den Empfang von Daten, also für den downstream, beim SDSL genauso groß ist wie beim Versand von Daten (upstream), während die Buchstabenfolge "ADSL" für eine Technologie steht, bei der dem Gedanken Rechnung getragen wird, dass in der Regel höhere Datenvolumina aus dem Netz heruntergeladen als in das Netz versandt werden, und dass deshalb bei dieser Technologie dem downstream eine wesentlich höhere Bandbreite zugewiesen wird als dem Datenfluss in Richtung des Providers. Mit dem Begriff "DSL" wird der interessierte Endverbraucher aber Vorstellungen des Inhalts verbinden, dass DSL eine

8

Technik darstellt, die es ihm ermöglicht, schneller als bislang Daten aus dem Internet herunterzuladen und auch in das Internet zu verschicken. Er wird die maximalen Übertragungsgeschwindigkeiten in die eine oder andere Richtung zwar in der Regel nicht bestimmen können, wird also nicht angeben können, dass der downstream mit einer maximalen Geschwindigkeit von 768 Kbit/s unterstützt wird und die Geschwindigkeit beim upstream 128 Kbit/s beträgt. Auch und gerade in Anbetracht der umfangreichen Werbung, die namentlich die Deutsche Telekom für ihre DSL-Dienstleistungen in den letzten Jahren betrieben hat, erwartet der Verkehr aber, dass es sich bei dem Internetzugang, der mit DSL-Technologie betrieben wird, um einen besonders schnellen Zugang handelt. Von einer als "DSL" oder auch "skyDSL" beworbenen technischen Möglichkeit, in das Internet zu gelangen, dorthin Daten zu senden und aus ihm heraus Daten zu empfangen, erwartet der angesprochene Verkehr deshalb, dass dieses Angebot zumindest die Leistungen umfasst, die das "herkömmliche" DSL bietet, mag es dem Verbraucher auch nicht möglich sein, dieses Leistungsangebot in Kbit/s oder bps anzugeben. Deshalb wird der Verkehr nicht davon enttäuscht sein, dass er in der Werbung der Antragsgegnerin liest, es gebe jetzt DSL für alle und in jedem Winkel Deutschlands, wenn er erfährt, dass die maximale Download-Geschwindigkeit wesentlich höher ist als bei einem DSL-unterstützten Internet-Zugang herkömmlicher Art mit 768 Kbit/s. Irreführt werden erhebliche Teile der angesprochenen Verbraucher jedoch deshalb, weil sie annehmen werden, die Datengeschwindigkeit beim upstream bleibe nicht hinter der Geschwindigkeit zurück, die sie außerhalb von satellitengestützten Internetzugängen als DSL-Technik kennen. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die Geschwindigkeit beim upstream bei herkömmlicher DSL-Technik 128 Kbit/s beträgt, während der upstream bei Inanspruchnahme der Dienste der Antragsgegnerin von dem konkret benutzten Internetzugang abhängt und deutlich hinter dieser Geschwindigkeit zurückbleibt. Derjenige Verbraucher, der z.B. über einen analogen Telefonanschluss oder aber auch über eine ISDN-Leitung verfügt, der von den Vorteilen einer DSL-Leitung schon einmal gehört hat und der sich für das Angebot der Antragsgegnerin z.B. deshalb interessiert, weil das herkömmliche DSL in der Region, in der er lebt, (noch) nicht verfügbar ist, wäre aber enttäuscht, wenn er wüsste, dass er mit dem skyDSL der Antragsgegnerin zwar Daten mit rasender Geschwindigkeit aus dem Internet herunterladen kann, dass er sie aber nur mit einer Geschwindigkeit versenden kann, die häufig oder sogar in der Regel maximal halb so hoch ist wie z.B. beim T-DSL der Deutschen Telekom. Während nämlich bei Verwendung der DSL-Technik der upstream mit 128 Kbit/s erfolgt, beträgt die Geschwindigkeit bei einem digitalen Telefonanschluss (ISDN) nur die Hälfte, also 64 Kbit/s, beim analogen Telefonanschluss nebst Modem ist die Geschwindigkeit noch geringer. Derjenige Internetnutzer, der nicht vornehmlich darauf Wert legt, Daten wie z.B. Musiktitel, freizugängliche Software o.ä. aus dem Internet herunterzuladen, sondern auch darauf bedacht ist, dass er mit einer für ihn akzeptablen Geschwindigkeit Daten versenden kann, indem er z.B. E-Mails mit vom Datenvolumen her umfangreichen Anhängen, z.B. mit einer Digitalkamera gefertigte Fotografien als jpg-Datei versenden kann, oder der z.B. erreichen möchte, dass er eine Buchung im Internet z.B. bei einem sog. Billigflieger in Anbetracht der Knappheit des zur Verfügung stehenden Angebots möglichst schnell vornehmen kann, kann dem werblichen Angebot der Antragsgegnerin aber nicht entnehmen, dass seine durch die Werbung ausgelöste Vorstellung, das konkret beworbene skyDSL sei in jeder Hinsicht zumindest so schnell wie ein herkömmliches "DSL", enttäuscht wird.

Gegenüber dieser ersichtlich wettbewerblich relevanten Täuschung kann die Antragsgegnerin nicht mit Erfolg einwenden, rund 85% ihrer Neukunden verfügten über einen ISDN-Anschluss, mittels einer sogenannten Kanalbündelung könne man die Upstream- oder auch Upload-Geschwindigkeit auf 128 Kbit/s erhöhen. Denn die Antragsgegnerin hat hierzu erstmals mit ihrem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 12.11.2003 und damit nach Schluss

der mündlichen Verhandlung vorgetragen. Ungeachtet der Frage, ob der Eilcharakter des einstweiligen Verfügungsverfahrens einer Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung im Sinne des § 156 ZPO stets entgegensteht, kommt eine solche Wiedereröffnung unter den im Streitfall obwaltenden Umständen ungeachtet sonstiger Zweifel jedenfalls deshalb nicht in Betracht, weil in der Werbung der Antragsgegnerin von Kanalbündelung beim upstream nicht die Rede ist und die Antragsgegnerin auch nicht ansatzweise vorgetragen hat, wie und mit welchem Aufwand tatsächlicher und finanzieller Art die von ihr angesprochene, ggf. zur Verdoppelung der Upload-Geschwindigkeit auf 128 Kbit/s führende Kanalbündelung vorgenommen werden kann.

Für die von der Antragsgegnerin angeregte Einräumung einer Aufbrauch- oder Umstellungsfrist ist schon deshalb kein Raum, weil das Interesse der Allgemeinheit an der Beseitigung der von der Werbung der Antragsgegnerin ausgehenden Irreführungsgefahr das Interesse der Antragsgegnerin, für einen gewissen Zeitraum auch weiterhin wie geschehen werben zu können, bei weitem überwiegt. Die Antragsgegnerin mag entweder die "DSL"- und/oder "skyDSL"-Werbung unterlassen oder aber den Verbraucher gleichzeitig und unmissverständlich darüber informieren, dass ihr Angebot zwar ein sehr schnelles Herunterladen von Daten ermöglicht, dass umgekehrt die Geschwindigkeit, mit der Daten in das Internet versendet werden können, unter normalen Voraussetzungen aber wesentlich hinter der Upload-Geschwindigkeit zurückbleibt, die die DSL-Technik sonst bietet.

10

3.

11

In der Sache ohne Erfolg bleibt dagegen die Berufung der Antragstellerin, soweit sie von der Antragsgegnerin auch verlangt, diese solle es bezogen auf die jeweilige konkrete Verletzungsform unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken mit den Aussagen "Flächendeckend verfügbar", "DSL in jedem Winkel Deutschlands", "Garantiert! sky-DSL überall erhältlich!", "Ganz gleich, in welcher Region Sie leben, mit STRATO "skyDSL" kommen Sie problemlos und überall mit bis zu 4.000 Kbit/s ins Internet" und/oder "DSL jetzt für alle" zu werben. Wie der Senat mit den Parteien bereits im Termin zur mündlichen Verhandlung ausführlich erörtert hat, hält er insoweit die Entscheidung des Landgerichts sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung für richtig. Der Senat nimmt die entprechenden Ausführungen des Landgerichts ausdrücklich als richtig in Bezug: In dem konkreten Zusammenhang, in dem die mit dem Verfügungsantrag angegriffenen Werbeankündigungen nachzulesen sind, mögen sie als vollmundig zu bezeichnen sein, führen den angesprochenen Verkehr aber (noch) nicht in die Irre. Entgegen den anderslautenden Behauptungen der Antragstellerin spricht nämlich nichts dafür, der unbefangene Leser der Werbung der Antragsgegnerin könne zu dem Schluss gelangen, ungeachtet der konkreten Lage seiner Wohnung, der Bebauung im Umfeld etc. könne er skyDSL auf jeden Fall empfangen. Die konkrete Werbung stellt vielmehr hinreichend klar, dass es ausschließlich um die geografische Verfügbarkeit von skyDSL und nicht darum geht, ob jeder einzelne Haushalt ohne jedwede Schwierigkeiten beim Anbringen einer Satellitenschüssel sicher sein kann, dass skyDSL bei ihm auch funktioniert. Es entspricht nämlich dem unstreitigen Sachvortrag der Parteien, dass Satellitensignale über die gesamte Fläche der Bundesrepublik Deutschland abgestrahlt werden. Diesen und keinen anderen Punkt greift die Werbung der Antragsgegnerin auf, indem sie unter jeweiliger Wiedergabe der Umrisse des Gebietes der Bundesrepublik Deutschland in Form einer stilisierten Landeskarte den geografischen Bezug herstellt und dem Verbraucher so an die Hand gibt, dass skyDSL bundesweit verfügbar ist. Aufgrund dieser Aussagen, die sich in der Tat - wie schon das Landgericht geschrieben hat - nur auf die flächendeckende geografische Verfügbarkeit beziehen, erwartet ein aufmerksamer und verständiger Verbraucher, auf den nach der

12

ständigen Rechtsprechung bei der Prüfung einer sich im Wettbewerb auswirkenden Irreführungsgefahr maßgeblich abzustellen ist (vgl. dazu: EuGH WRP 2000, 289 "Lifting-Creme" und BGH WRP 2000, 517 "Orient-Teppichmuster") nicht, dass das angebotene satellitengestützte Hochgeschwindigkeits-Internet völlig unabhängig von den individuellen technischen Empfangsvoraussetzungen des jeweils Einzelnen für ihn verfügbar ist. In diesem Zusammenhang überzeugt im übrigen auch der Hinweis der Kammer auf das Satelliten-Fernsehen: Dem durchschnittlich informierten und verständigen Verbraucher ist nämlich bekannt, dass die Antennenschüssel zum Empfang der Signale exakt auf den Satelliten ausgerichtet sein muss und dass die Ausrichtung der Satellitenschüssel in eine bestimmte Richtung zuweilen nicht ohne technische Probleme bleibt, und der Satellitenempfang deshalb nur eingeschränkt oder gar nicht möglich ist. Der Verkehr hat keinen Anlass zu der Annahme, beim Angebot der Antragsgegnerin, mittels Satellitenschüssel den Zugang zum Internet zu eröffnen, könne dies anders sein.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92, 97 ZPO.

13

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

14