
Datum: 12.04.2013
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 132/12
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2013:0412.6U132.12.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 31 O 761/12
Normen: UWG § 4 Nr. 3, UWG § 7 Abs. 1

Tenor:

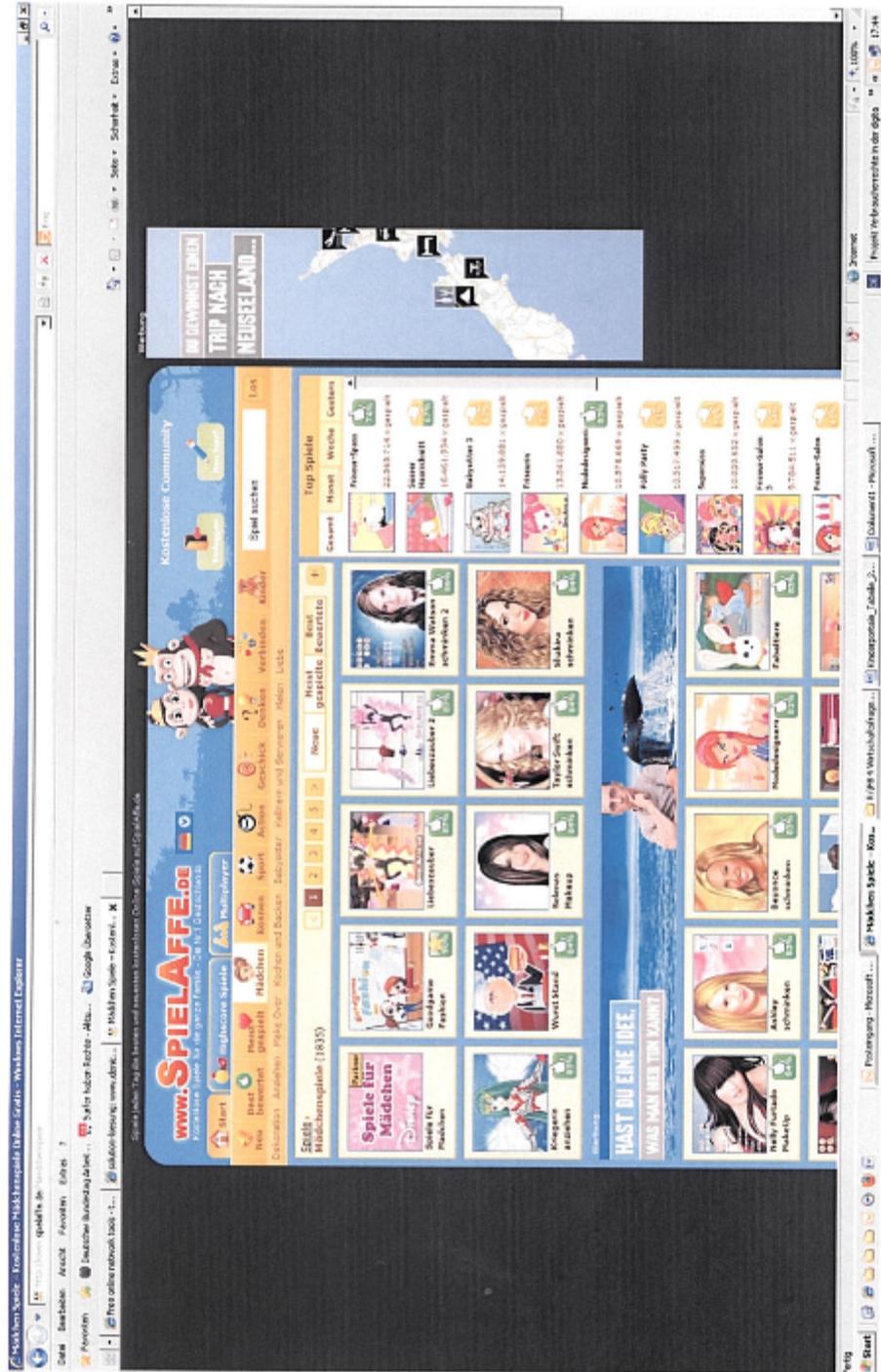
I. Auf die Berufung des Klägers wird das am 14.06.2012 verkündete Urteil der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 31 O 761/11 – teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt,

1. es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 EUR, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, diese zu vollstrecken an dem Geschäftsführer, zu unterlassen,

im Rahmen geschäftlicher Handlungen auf der Internetseite unter der Adresse „www.spielaffe.de“ in den Bereichen „Kinderspiele“ und/oder „Mädchenspiele“ Werbebanner zu schalten,

wie nachstehend wiedergegeben:



(dort Werbebanner mit der Aufschrift „Hast du eine Idee, was man hier tun kann?“)

und/oder

www.SPIELAFFE.DE
kostenlose Spiele für die ganze Familie - Die Nr.1 Deutschlands

Kostenlos Community
Spiel suchen
Lose

Start **Highscore Spiele** **Multiplayer** **Videos**
Neueste **Wörter** **Quiz** **Denken** **Sport** **Abenteuer** **Verbinden** **Abenteuer**
Lernspiele Malen Dekorieren Putzen Witziges Anziehen Kochen und Backen Reaktion Fußball Simulation

Top Spiele
Gesamt Monat Woche Gestern

Thumbnail	Game Title	Play Count	Rating
	Brotbacken 2	19.103.754 x gespielt	4,5
	Enfada	9.317.266 x gespielt	4,5
	Auto Party	8.733.004 x gespielt	7,2
	Suppe	6.945.352 x gespielt	4,5
	Kekse	6.684.262 x gespielt	4,5
	Putzen mit Peter	6.306.036 x gespielt	7,8
	Schönes Zimmer	5.035.549 x gespielt	6,9

Siehe auch: **Kinderspiele (408)**

Thumbnail	Game Title	Rating
	Tierquiz mit Hasel	8,7
	Singenle Pferde	8,0
	Fabeltiere	8,1
	Skitinggard anziehen	8,0
	Simpsons - Steine	8,0
	Buntes Einhorn	7,7
	Traumfee	7,8
	Namia malen	7,8
	Son-Goku anziehen	7,7
	Putzen mit Peter	7,8

Kinder Em-eukal
Werbung

Gemeinsam günstig Das Samsung Galaxy Ace inkl. O Blue XS

www.SPIELAFFE.DE
kostenlose Spiele für die ganze Familie - Die Nr.1 Deutschlands

Kostenlos Community

Start | Highscore Spiele | Multiplayer | Videos | Suchen | Anmelden | Registrieren

Neue | Meist gespielte | Best Bewertete

Lernspiele Malen Dekoriere Putzen Witziges Anziehen Kochen und Backen Reaktion Fußball Simulation

Top Spiele

Gesamt	Monat	Woche	Gestern
Boat baden 2 19.103.754 x gespielt	Einzelade 9.317.266 x gespielt	Auto-Party 8.723.804 x gespielt	Suppe 6.945.882 x gespielt
Käse 6.684.262 x gespielt	Pekeln mit Peter 6.306.036 x gespielt	Schönes Zimmer 5.035.549 x gespielt	

Soziale Kinderspiele (408)

Terquitz mit Hasel 31%	Singen und Pferde 80%	Fabeltiere 87%	Son-Goku anziehen 77%	Skatinggirl anziehen 80%	Narnia malen 78%
Buntes Einhorn 75%	Traumfee 78%	Dulzen mit Peter 78%	Simpsons - Steine 80%	Buntes Einhorn 75%	Dulzen mit Peter 78%

Kinder Em-eukal
Werbung

Top Smartphone - aber irgendetwas fehlt



(dort Werbebanner mit der Aufschrift „Kinder Em-eukal“);

2. an den Kläger 214,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 23.12.2011 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

II. Die Kosten des Rechtsstreits werden gegeneinander aufgehoben.

III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die der Vollstreckung ausgesetzte Partei darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung abwenden, wenn nicht die vollstreckende gegnerische Partei vor der Vollstreckung Sicherheit leistet. Die Sicherheitsleistung beträgt

- hinsichtlich der Unterlassung 10.000,00 EUR

- hinsichtlich der Zahlung und der Kosten für die abwendende Partei 110 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren, für die vollstreckende Partei 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe :

1

I.

2

Der Kläger, der in die Liste der qualifizierten Einrichtungen eingetragene Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände, wendet sich gegen konkrete Banner- und Vorschaltwerbungen auf dem Online-Spieleportal „SpielAffe“ der Beklagten.

3

Die Beklagte betreibt unter der Domain „www.spielaffe.de“ ein über Werbeeinnahmen finanziertes Spieleportal mit Browserspielen für Kinder, Jugendliche und Erwachsene, die den Nutzern kostenlos zur Verfügung gestellt werden. Dabei können die Internetuser zwischen verschiedenen Spielkategorien (wie „Rennen“, „Sport“, „Action“ oder „Geschick“) wählen oder die Spiele unter Adressatenrubriken (wie „Kinderspiele“, „Vorschulkinder“, „Mädchenspiele“, „Jungenspiele“ oder „Erwachsene“) wählen. Bei Anklicken des jeweiligen Rubrikreiters erscheint eine Übersichtsseite, auf der vor blauem Hintergrund zwei comicartige Affenfiguren eingeblendet sind und darunter die in Reihen angeordneten Spiele jeweils in einem gelb-beigefarbenen Quadrat mit einem bildlichen Screenshot, ihrer Bezeichnung und einer in ein kleines farbiges Quadrat eingebetteten Bewertung in Form eines „Daumen“-Symbols oder eines Sterns mit einer bestimmten Prozentzahl vorgestellt werden.

4

Auf den Übersichtsseiten finden sich jeweils wechselnde Werbebanner. So war in den Jahren 2011/2012 auf der Übersichtsseite der Rubrik „Mädchenspiele“ zwischen der zweiten und dritten Reihe der Spiele ein waagrecht über die Seite verlaufendes rechteckiges Werbebanner mit der Inschrift „Hast Du eine Idee, was man hier tun kann?“ sowie der fotoartigen Abbildung einer männlichen Person vor einer aus dem Meer aufragenden Walfischflosse eingeblendet. Auf der Übersichtsseite der Kategorie „Kinderspiele“ befand sich an entsprechender Stelle quer über die Seite ein Werbefenster, das neben der links eingeblendeten Bezeichnung „Kinder Em-eukal“ die comicartige Figur eines sich zur rechten Seite des Banners bewegendes, eine gelbe Scheibe in den Händen haltenden und dem Internetnutzer zuwinkenden Kindes enthielt und mit der Einblendung „Entdecke noch mehr

5

tolle Jubiläumsaktionen“ nebst Button „Hier klicken!“ sowie der Inschrift „Kinder Em-eukal 40 Jahre“ in der von der Figur gehaltenen gelben Scheibe endete. Links oberhalb des jeweiligen Werbefensters war auf dem blauen, die Spiele und das Banner einrahmendem Untergrund in weißer Schrift das Wort „Werbung“ ausgewiesen. Wegen der Ausgestaltung der Werbebanner und deren Einbettung in die Webseiten im Einzelnen wird auf die Einblendungen in den Unterlassungstenor zu I.1. dieses Urteils Bezug genommen. Klickte der Internetnutzer die Buttons in den Bannern an, so gelangte er auf die Webseite des werbenden Unternehmens.

Um das auf der Übersichtsseite des Portals „SpielAffe“ ausgewählte Spiel in Gang zu setzen, klickt der Internetnutzer auf das dort ausgewiesene Spielfeld. Sodann wird eine teils durch bewegte Bilder animierte Vorschaltwerbung (so genannte Pre-Roll-Werbung oder Interstitial) in Gestalt eines Videoclips abgespielt. Dabei ist das Werbefenster mit dem Hinweis „Durch diese Werbung finanziert sich SpielAffe.de“ überschrieben und findet sich links oberhalb davon das Wort „Werbung“. Etwa fünf Sekunden nach Beginn des Clips wird darunter die Mitteilung „Klicke hier, um das Spiel sofort zu starten“ eingeblendet. Betätigt der Internetnutzer dieses Feld, wird der Werbefilm beendet und der User kann das inzwischen geladene Spiel durch Betätigung des „Start“-Buttons beginnen. Anderenfalls endet der Werbeclip nach etwa zehn Sekunden. Wegen der genauen Ausgestaltung der Pre-Roll-Werbung wird auf die von der Beklagten vorgelegten Screenshots (Anlage B 10) verwiesen. 6

Der Kläger beanstandet die Werbebanner unter den Rubriken „Mädchenspiele“ und „Kinderspiele“ mangels hinreichender Trennung zwischen Werbung und (Spiele-)Inhalt als unlautere Verschleierung des Werbecharakters gegenüber den – so behauptet er – vornehmlich besonders jungen, teilweise des (routinierten) Lesens noch nicht mächtigen Internetnutzern bis zu zehn Jahren sowie als Verstoß gegen die Marktverhaltensregelung des § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG und sieht dadurch die geschäftliche Unerfahrenheit der kindlichen Internetuser ausgenutzt. Darüber hinaus hält der Kläger die überraschende Konfrontation insbesondere der kindlichen Internetnutzer mit der unerbetenen Pre-Roll-Werbung für eine unzumutbare Belästigung des Verbrauchers. Im Hinblick darauf forderte er die Beklagte mit Schreiben vom 18.10.2011 vergeblich zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungsverpflichtungserklärung auf. 7

Mit seiner vorliegenden Klage hat der Kläger von der Beklagten verlangt, auf der Internetseite unter der Adresse „www.spielaffe.de“ die Schaltung von Werbebannern in den Bereichen „Mädchenspiele“ und/oder „Kinderspiele“ gemäß den erstinstanzlich beanstandeten Darstellungen sowie die Schaltung von erst nach zehn Sekunden verschwindenden Pre-Roll-Werbungen zu unterlassen. Darüber hinaus hat er die Zahlung einer Abmahnpauschale von 214,00 EUR nebst Rechtshängigkeitszinsen begehrt. Mit Urteil vom 14.06.2012 hat das Landgericht die Klage abgewiesen. 8

Hiergegen richtet sich die Berufung des Klägers, mit der er seine erstinstanzlichen Klageanträge mit der Maßgabe weiter verfolgt, dass er zu der animierten „Kinder Em-eukal“-Werbung neben der Eingangsdarstellung auf zwei weitere Screenshots Bezug nimmt sowie nunmehr, bezogen auf die Bereiche „Kinderspiele“ und/oder Mädchenspiele und die von der Beklagten vorgelegten Screenshots, solche Pre-Roll-Werbungen zur Unterlassung begehrt, bei denen der Werbebanner nach zehn Sekunden automatisch verschwindet und der Nutzer nach fünf Sekunden die Möglichkeit hat, den Werbebanner durch Klicken eines Links mit der Aufschrift „Klicke hier, um das Spiel sofort zu starten“ zu beseitigen. 9

Der Kläger wiederholt und vertieft sein erstinstanzliches Vorbringen. In diesem Zusammenhang macht er geltend, entgegen der Einschätzung des Landgerichts richteten 10

sich die Spiele unter den Rubriken „Kinderspiele“ und „Mädchenspiele“ vornehmlich nicht an lesekundige Neun- bis Zehnjährige, sondern vor allem an Kinder, die sich – auch mangels hinlänglicher Lesekompetenz - vornehmlich visuell an den auffälligen Bildelementen orientierten. Jedenfalls diese Internetnutzer ordneten die angegriffenen Bannerwerbungen wegen ihrer Positionierung mitten auf der jeweiligen Übersichtsseite zwischen den dort vorgestellten Spielen sowie ihrer auf Gestaltungselemente des Spieleportals Bezug nehmenden grafischen und farblichen Aufmachung der Werbebanner dem inhaltlichen Bereich des Spieleportals zu. Soweit die konkrete Ausgestaltung von derjenigen der Spielbuttons abweiche, sähen Kinder darin die besondere Hervorhebung eines Spiels oder eine Verbindung zu einem anderen Bereich im Portal „SpielAffe“. Die Pre-Roll-Werbung stelle eine unzumutbare Belästigung dar, da sich das vor allem kindliche Publikum ihnen auf Grund der automatischen und für sie überraschenden Überblendung nicht entziehen könne, die Gefahr ihrer Ausweitung drohe und die Beklagte ihr Refinanzierungsinteresse auch durch hinreichend gekennzeichnete, vom (Spiele-)Inhalt abgegrenzte Werbebanner befriedigen könne.

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil. Sie vertritt die Ansicht, die Werbebanner seien auf Grund ihres von den Spielepräsentationen abweichenden Formats, ihrer unterschiedlichen grafischen Gestaltung und des Hinweises „Werbung“ für das sich aus lesekundigen Kindern zusammensetzende, internetaffine und an Werbung in unterschiedlichster Form gewöhnte Publikum klar und deutlich erkennbar. Sofern die Seiten vereinzelt von Vorschulkindern aufgesucht werden sollten, habe das Landgericht zutreffend ausgeführt, dass dies unter Aufsicht und mit Hilfestellung von Erwachsenen erfolge. Eine etwaige Belästigung durch die Interstitials habe das Landgericht wegen deren kurzer Dauer, der Möglichkeit, sich diesen selbstständig zu entziehen, sowie der mannigfaltigen Ausweichmöglichkeiten auf andere Online-Angebote von Spielen zu Recht als dem Portalnutzer zumutbar erachtet. 11

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Feststellungen des angefochtenen Urteils (§ 540 Abs. 1 S. 1 ZPO) sowie auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 12

II. 13

Die zulässige Berufung hat in der Sache Erfolg, soweit der Kläger konkrete Werben unter den Rubriken „Kinderspiele“ und „Mädchenspiele“ des Spieleportals „Spiel Affe“ als verschleierte Werbung beanstandet sowie die Zahlung einer Abmahnpauschale nebst Zinsen verlangt. Demgegenüber bleibt sein Rechtsmittel hinsichtlich der angegriffenen Pre-Roll-Werbung erfolglos. 14

1. Soweit der nach § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG prozessführungsbefugte und aktivlegitimierte Kläger bestimmte im Portal „SpielAffe“ platzierte Bannerwerbungen mit der Begründung angreift, die Werbung sei aus Sicht der kindlichen Zielgruppe nicht hinreichend deutlich von den Spieleinhalten getrennt, steht ihm ein Unterlassungsanspruch aus §§ 8 Abs. 1 S. 1; 3 Abs. 2; 4 Nr. 3 UWG zu. 15

Die konkret angegriffenen Bannerwerbungen stellen verschleierte Werben im Sinne des § 4 Nr. 3 UWG dar. Eine Verschleierung des Werbecharakters liegt vor, wenn das äußere Erscheinungsbild der geschäftlichen Handlung so gestaltet wird, dass die Verbraucher den geschäftlichen Charakter nicht klar und eindeutig erkennen (vgl. LG Berlin GRUR-RR 2011, 332 [333]; Köhler/Bornkamm, UWG, 31. Auflage, § 4 Rn. 3.11). Dabei ist in erster Linie der optische Gesamteindruck der jeweiligen Internetseite entscheidend (vgl. KG vom 24.01.2012 16

Im Hinblick darauf kann eine Bannerwerbung gegebenenfalls schon auf Grund ihrer Anordnung und Gestaltung für den Nutzer als selbstständiger, vom redaktionellen Inhalt abgegrenzter Teil erkennbar sein (vgl. KG a.a.O. Rn. 1 f.; Frank in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2. Auflage, § 4 Rn. 94; Hoeren in: Fezer, UWG, 2. Auflage, § 4-3 Rn. 101). Etwas anderes gilt, wenn die Werbung infolge ihrer Einbindung in eine redaktionell gestaltete Internetseite oder von ihrem Erscheinungsbild her als solche nicht sofort erkennbar ist (vgl. LG Berlin MMR 2005, 778 [779]). In diesen Fällen ist eine Bannerwerbung nur zulässig, wenn sie hinreichend deutlich als solche gekennzeichnet ist (vgl. Schulte-Beckhausen in: Gloy/Loschelder/Erdmann, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 4. Auflage, § 62 Rn. 45; Pierson K&R 2006, 489, 493). 17

Maßgebend ist dabei jeweils die Sichtweise des durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Verbrauchers der entsprechenden Zielgruppe. Bei einer Werbung, die sich überwiegend an Kinder richtet, kommt es dementsprechend auf die Sichtweise eines durchschnittlichen Kindes an, an das sich die Werbung richtet (vgl. LG Berlin a.a.O.; Köhler a.a.O.). Ob bei einer gezielten Werbung gegenüber Minderjährigen eine Verschleierung des Werbecharakters von geschäftlichen Handlungen im Sinne von § 4 Nr. 3 UWG vorliegt, beurteilt sich nach dem Informationsstand und der Aufmerksamkeit sowie Kritikfähigkeit eines durchschnittlichen Angehörigen dieser Zielgruppe. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Kinder grundsätzlich nicht in gleicher Weise wie Erwachsene in der Lage sind, redaktionelle Beiträge von Werbung zu unterscheiden, und sich deshalb auf Grund ihres Alters leichter täuschen lassen. Daher sind bei diesem nach § 3 Abs. 2 S. 3 UWG besonders schutzbedürftigen Adressatenkreis besondere, strengere Anforderungen an die erforderliche deutliche Trennung zwischen redaktionellem Teil und bezahlten Anzeigen zu stellen (vgl. OLG Frankfurt vom 04.08.2009 – 6 U 101/09 – Rn. 3, zitiert nach juris; LG Berlin vom 23.03.2012 – 96 O 126/11 -, BeckRS 2012, 17274; Frank a.a.O. Rn. 23; Köhler a.a.O. Rn. 3.21a). 18

Nach diesen Grundsätzen sind die beiden konkret in Rede stehenden Bannerwerbungen gegenüber dem durchschnittlichen Internetnutzer, der auf dem Portal „SpielAffe“ die Spielerubriken „Kinderseite“ und/oder „Mädchenseite“ aufsucht, nicht hinreichend deutlich von dem eigentlichen Spieleinhalt abgegrenzt worden. Die dort eingestellten Spiele richten sich vornehmlich an Kinder. Dabei mag der Anteil der weniger als vierzehn Jahre alten Nutzer der Webseite „www.spielaffe.de“ zwar ausweislich des von der Beklagten vorgelegten Factsheets der I AG aus Juni 2011 tatsächlich nur einen Prozentpunkt betragen und nach dem Factsheet aus Januar 2012 sogar gänzlich zu vernachlässigen sein. Vorliegend steht jedoch nicht die tatsächliche generelle Nutzung des gesamten Spieleportals im Raum, sondern geht es um die (potentiellen) Nutzer gerade der auf den Unterseiten „Kinderspiele“ und „Mädchenspiele“ eingestellten Spiele. Diese von der Beklagten speziell eingerichteten Rubriken und die darunter präsentierten Spiele belegen indessen, dass nicht Jugendliche, sondern vornehmlich Kinder unter vierzehn Jahren zum Zielpublikum gehören. 19

Zwar werden durch einzelne Spiele – wie etwa das Schminken von Prominenten wie Shakira, Nelly Furtado oder Beyonce - eher ältere Kinder im frühpubertären Alter von mindestens etwa zwölf Jahren angesprochen, denen die entsprechenden Popstars bekannt sind. Ein beträchtlicher Anteil der auf den Rubrikenseiten „Kinderspiele“ und/oder „Mädchenspiele“ präsentierten Spiele richtet sich jedoch an deutlich jüngere Altersgruppen. Darauf deutet die bildliche und textliche Wiedergabe darunter eingestellter Spiele teils in Form von fabel- oder märchenhaften Figuren („Fabeltiere“ oder „Traumfee“) hin. Gleiches gilt für die dort unstreitig 20

zumindest auch eingestellten Dekorations- und Anziehspiele bzw. Mal- oder Tierspiele, die sich vornehmlich an Kinder im Grundschulalter – also bis zu etwa zehn Jahren - richten. Zudem finden sich die dort präsentierten Spiele „Fabeltiere“, „Süßer Haarschnitt“ und „Putzen mit Peter“ auch unter der Rubrik „Vorschulkinder“ des Spieleportals wieder. Dementsprechend hat die Beklagte die Annahme des Landgerichts, dass die Übersichtsseiten „Kinderspiele“ und/oder „Mädchenspiele“ vorwiegend von Kindern im Alter von neun bis zehn Jahren aufgesucht werden, im Berufungsverfahren als nachvollziehbar und rechtsfehlerfrei bezeichnet. Ein erheblicher Anteil dieser angesprochenen jüngeren Kinder wird die angegriffenen Bannerwerbungen auf den in Rede stehenden Übersichtsseiten indessen nicht als solche erkennen.

Dafür spricht zunächst die Einbettung der Werbebanner in den „redaktionellen“ Teil der jeweiligen Rubrikenseite. Für die Erkennbarkeit einer Werbung als solcher kann relevant werden, ob diese an einer für die angesprochenen Verkehrskreise üblichen oder ungewöhnlichen Stelle auf der Webseite präsentiert wird (vgl. Czernik MMR 2012, 316). Vorliegend sind die streitbefangenen Werbebanner nicht von dem eigentlichen (Spiele-)Inhalt des Portals durch einen Strich oder durch eine eigene Kasteneinfassung im Randbereich der Webseite abgegrenzt, wie dies im Internet häufig und auch im Portal „SpielAffe“ der Beklagten rechtsseitig neben den eigentlichen Rubrikenseiten der Fall ist. Vielmehr sind die Werbungen in die blaugrundige Spieleseite integriert und finden sich dort an zentraler Stelle und ohne weitere Abgrenzung inmitten der vorgestellten Spiele. 21

Dass eine Positionierung von Werbebannern an einer derartigen Stelle Kindern geläufig ist, auch wenn diese als so genannte „digital natives“ mit dem Internet aufgewachsen sind, jedenfalls in einem gewissen Ausmaß schon selbstständig im Internet surfen und generell mit dortigen Werbebannern insbesondere auf kostenlosen Portalen vertraut sein mögen, kann nicht angenommen werden (so auch KG a.a.O.). Weder hat die Beklagte aufgezeigt, dass sich auf anderen werbefinanzierten, typischerweise (auch) von Kindern aufgerufenen Webseiten an vergleichbar zentraler und in die eigentlichen Inhalte eingebetteter Stelle Werbebanner finden, noch ist dies anderweitig ersichtlich. Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass die von den Rubrikenseiten „Kinderseiten“ und/oder „Mädchenseiten“ angesprochenen Kinder von höchstens etwa zehn Jahren noch nicht in gleichem Umfang wie ein Erwachsener im Internet surfen und nicht in gleichem Maß an dort generell vorzufindende Werbeformen gewöhnt sind. 22

Auf Grund der Positionierung der werblichen Präsentationen zwischen den Spieleangeboten wird ein erheblicher Anteil der kindlichen Internetnutzer diese daher auf den ersten Blick dem inhaltlichen Angebot des Portals „SpielAffe“ zurechnen. Angesichts dessen schaffen die grafischen und inhaltlichen Ausgestaltungen zumindest der beiden vom Kläger konkret angegriffenen Bannerwerbungen keinen hinreichenden Abstand zu den eigentlichen Spieleangeboten auf den in Rede stehenden Übersichtsseiten. 23

Ein Indiz für erkennbare Werbung liegt allerdings vor, wenn sich die Darstellungsformen von redaktionellem Inhalt und Werbung etwa in ihren Formatierungen unterscheiden (vgl. Czernik MMR 2012, 316). Die Formate der Werbebanner weisen deutliche Unterschiede zu den darüber und darunter vorgestellten Spielen auf, indem sie - anders als die in quadratischen Kästchen gehaltenen und reihenförmig angeordneten Browserspiele – als sich über nahezu die gesamte Breite des blauen Untergrunds erstreckende schmale Rechtecke ausgeformt sind. Auch der klar strukturierte Aufbau der Spielebuttons mit voneinander abgegrenzten Gestaltungselementen in Form eines bildlichen Screenshots mit darunter befindlicher stichwortartiger Kurzbeschreibung sowie einem daneben angeordneten kleinen Quadrat, in 24

das ein Daumensymbol oder ein Stern mit zugeordneter Prozentzahl eingeblendet sind, findet sich in den Werbebannern nicht wieder. Darüber hinaus weichen die blau- bzw. rotgrundigen Bannerwerbungen diesbezüglich farblich von den Spieleangeboten auf den Rubrikenseiten „Kinderspiele“ und „Mädchenspiele“ ab, deren Felder durchgängig in einem beige-gelben Grundton gehalten sind, welcher als Farbton auch von der am Seitenanfang befindlichen, die einzelnen Spielekategorien und Unterrubriken ausweisenden Menüleiste aufgegriffen wird. Die beiden streitgegenständlichen Werbebanner weisen jedoch farbliche Anklänge und vor allem inhaltliche Berührungspunkte zu den jeweiligen Spieleangeboten auf, welche sie aus Sicht eines erheblichen Anteils der neun- bis zehnjährigen Internetnutzer als besondere Spieleangebote erscheinen lassen.

Die auf der Unterseite „Mädchenspiele“ platzierte, überwiegend ähnlich wie der farbliche Hintergrund der Rubrikenseite in Blautönen gehaltene Bannerwerbung ist zwar - von den mit comicartigen Figuren versehenen Spielebuttons bildlich deutlich abweichend - nach Art einer Fotografie ausgestaltet. Der werbliche Inhalt wird indessen weder durch die Ausweisung eines bestimmten Produkts oder einer konkreten Dienstleistung noch durch eine Preisangabe oder eine konkrete Kaufaufforderung offengelegt, sondern vielmehr nach Art eines Spiels verschleiert. So wird durch die als Text eingeblendete Frage „Hast du eine Idee, was man hier tun kann?“ dem kindlichen Internetnutzer suggeriert, dass es sich um ein Rätsel handle und er sich bei Anklicken des Banners – wie bei den Spielebuttons – selbst aktiv betätigen könne. Zwischen den Parteien steht nicht im Streit, dass jedenfalls die die Internetseiten aufsuchenden Kinder von etwa neun bis zehn Jahren des Lesens hinreichend mächtig sind, um den Textbestandteil der Bannerwerbung zu erfassen.

25

Die in die Übersichtsseite „Kinderspiele“ integrierte Werbung setzt sich aus einer teils grünen, wie der Rubrikentitel das Wort „Kinder“ enthaltenden Bezeichnung („Kinder Em-eukal“) und einer comic- bzw. trickfilmartig ausgestalteten, eine gelbe Scheibe in den Händen haltenden Kinderfigur zusammen. Eine ansatzweise vergleichbare Art der Figurausformung findet nicht nur bei den Bildelementen der Spielfelder, sondern auch bei den Bildsymbolen für die Spielekategorien in der Menüleiste. Des Weiteren wird weder aus der Bezeichnung „Em-Eukal“ noch aus dem bildlichen, keine Produktverpackung wiedergebenden Element erkennbar, dass kein Spiel, sondern ein Hustenbonbon vorgestellt wird. Dass schon die Marke und/oder das Bildlogo derart bekannt sind, dass die kindlichen Internetnutzer daraus auf die Präsentation eines solchen Produkts schließen, behauptet auch die Beklagte nicht. Ebenso wenig finden sich in dem Werbebanner andere aus kindlicher Sicht werbetypische, sich etwa durch die Angabe eines Verkaufspreises oder eines Rabatts von den Spieleangeboten abgrenzende Hinweise. Stattdessen wird dem kindlichen Internetnutzer durch die Aufforderung „Entdecke noch mehr tolle Jubiläumsaktionen!“ nahegelegt, dass er sich – ähnlich wie bei den auf der Seite aufrufbaren Spielen - bei Betätigung des Buttons „Hier klicken!“ an bestimmte von ihm zu steuernden Aktivitäten beteiligen könne.

26

Die beiden streitgegenständlichen Werbungen lassen nach alledem nicht nur offene werbetypische Angaben vermissen, sondern sind weitergehend auf Grund ihrer Aufforderung des Spieleportalbesuchers zur Teilnahme an nicht näher umschriebenen Aktionen in besonderer Weise geeignet, den Spieltrieb der kindlichen Internetnutzer zu animieren. Unter diesen Umständen wird ein erheblicher Anteil der von den Kategorien „Mädchenspiele“ und „Kinderspiele“ angesprochenen kindlichen, des Lesens mächtigen User im Alter von neun bis zehn Jahren – insbesondere derjenigen, die das Spieleportal der Beklagten erstmals aufsuchen - die dort in das Spieleangebot integrierten, als solche nicht unmittelbar als Werbung erkennbaren Bannerpräsentationen irrtümlich als zusätzliche, auf Grund ihres abweichenden Formats und ihrer anderen grafischen Gestaltung besonders hervorgehobene

27

Spieleangebote auffassen. Dabei liegt die Herausstellung eines einzelnen Spiels aus Sicht des kindlichen Publikums nicht fern, da auf dem Portal „SpielAffe“ bestimmte Spiele als „Top-Spiele“ des Monats, der Woche oder des vorangegangenen Tages vorgestellt werden. Auch wenn diese in einem schmalen Kasten am rechten Bildschirmrand präsentierten Spiele die gleichen Gestaltungsmerkmale wie die mittig eingestellten Spielebuttons aufweisen, muss dies aus Sicht der kindlichen Internetuser nicht ausschließen, dass ein einzelnes Spiel – etwa nach Art eines individuellen „Top-Spiel des Tages“ oder einer einzelnen „Neuvorstellung des Tages“ – aktuell in anderer Aufmachung präsentiert wird, um besondere Aufmerksamkeit zu erregen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die kindlichen Besucher eines Spieleportals die dort eingestellten Buttons auf Grund ihres besonderen Spieleifers situationsadäquat ohne längere Reflexion über ihren Inhalt anklicken werden.

Der kindlichen Annahme, dass die beiden streitgegenständlichen Bannerwerbungen auf spielerische Aktivitäten hinlenken, steht nicht entgegen, dass diese teilweise anders als die statischen Spielebuttons animierte Elemente enthalten. Hinsichtlich des Werbebanners mit der Aufschrift „Hast du eine Idee, was man hier tun kann?“ hat die Beklagte die Behauptung des Klägers, dass sich die Darstellung nicht verändere, mangels näherer Darlegungen zur konkreten Ausgestaltung der angeblichen Animation nicht substantiiert bestritten. Die bewegten Bilder und wechselnden Texte der „Kinder Em-euka“-Werbung verdeutlichen hingegen lediglich, dass sich die Präsentation von den auf der Seite eingestellten herkömmlichen Spielen abhebt, ohne dadurch deren werblichen Charakter zu offenbaren.

28

Ergibt sich der Werbecharakter der angegriffenen Banner demzufolge noch nicht aus deren Platzierung und/oder Gestaltung selbst, so ist die gebotene schriftliche Verdeutlichung auch nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit durch die links oberhalb des jeweiligen Werbebanners angebrachte Kennzeichnung „Werbung“ erfolgt. Ein derartiger Hinweis muss nach Schriftart, Schriftgröße, Platzierung, Kontrast und Begleitumständen ausreichend deutlich sein, um eine Irreführung zu vermeiden (vgl. OLG München vom 17.09.2009 – 29 U 3337/09 – Rn. 4, zitiert nach juris; Köhler a.a.O.). Der oberhalb der beiden Werbebanner eingeblendete Begriff „Werbung“ besteht aus in unscheinbarem Weiß gehaltenen Lettern und weist eine geringe, hinter dem Werbetext um ein Vielfaches zurückbleibende Schriftgröße auf. Zudem ist er nicht zentral mittig, sondern unauffällig am linken Rand über dem langgezogenen Rechteck platziert. Angesichts dessen ist nicht sichergestellt, dass der von der auffälligen grafischen Gestaltung der Bannerwerbung angezogene kindliche Nutzer die textliche Kennzeichnung als Werbung wahrnimmt, bevor er das Werbebanner anklickt und weitere Informationen über das beworbene Produkt- oder Dienstleistungsangebot erhält (vgl. LG Berlin GRUR-RR 2011, 332 [333]; vom 23.03.2012 – 96 O 126/11 -, BeckRS 2012, 17274; im Ergebnis auch OLG Frankfurt a.a.O.). Soweit das Landgericht Berlin in seiner zuerst genannten Entscheidung darauf abgestellt hat, dass der Hinweis „Werbung“ um 90° verdreht an der kurzen Seite des Werbebanners angebracht und deshalb relativ klein gehalten war, handelte es sich um ein zusätzliches, aber nicht ausschlaggebendes Argument gegen die Erkennbarkeit des Werbehinweises.

29

Der Senat ist in der Lage, die Verschleierung des werblichen Charakters unter maßgeblicher Berücksichtigung der nicht in die landgerichtliche Bewertung eingeflossenen Besonderheiten der vorliegenden Werbebanner an Hand seiner Erfahrungen mit kindlichen Internetnutzern im Familien-, Freundes- und Bekanntenkreis aus eigener Sachkunde zu beurteilen. Die von der Beklagten vorgelegte Studie der Q GmbH & Co. KG ist nicht geeignet, die Annahme einer verschleierte Werbung vorliegend in Zweifel zu ziehen. Der Studie lässt sich nicht entnehmen, dass den befragten Kindern die beiden zu beurteilenden Werbebanner vorgelegt worden sind. Vielmehr sind die kindlichen Teilnehmer nach der allgemeinen Beschreibung

30

der Studie offenkundig zu Anzeigen befragt worden, in denen – anders als in den streitgegenständlichen Werbebannern - offen für bestimmte, auf Erwachsene zugeschnittene Produkte oder Dienstleistungen geworben wurde.

Die mangelnde Verdeutlichung des Werbecharakters der angegriffenen Banner ist gemäß § 3 Abs. 2 UWG geeignet, die Fähigkeit der angesprochenen Kinder, sich auf Grund von Informationen zu entscheiden, spürbar zu beeinträchtigen und sie damit zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die sie anderenfalls nicht getroffen hätten. Indem die irrtümlich von einem Spielangebot ausgehenden Kinder durch Anklicken des Werbebanners auf die Webseite der werbenden Unternehmen gelangen und deren Angebot wahrnehmen, werden sie geneigt sein, die dort präsentierten Produkte – wie vorliegend etwa die beworbenen Bonbons für Kinder – mit Hilfe ihres Taschengelds käuflich erwerben. Jedenfalls aber werden sie die entsprechende Werbebotschaft zu ihren Eltern transportieren und im Sinne einer mittelbaren geschäftlichen Entscheidung diese beeinflussen, den beworbenen Gegenstand zu erwerben (vgl. KG vom 15.01.2013 – 5 U 84/12 – Rn. 3, zitiert nach juris). Dass die Werbebanner tatsächlich nur von einer verschwindend geringen Anzahl von Internetnutzern angeklickt worden sein mögen, ist unerheblich, da die objektive Eignung zur spürbaren Beeinträchtigung von Verbraucherinteressen ausreicht.

2. Soweit sich der Kläger gegen die Einblendung einer näher beschriebenen – auch nach seiner Einschätzung als solche für den User erkennbaren - Vorschaltwerbung zwischen dem Anklicken und dem möglichen Start eines ausgewählten Spiels in den Bereichen „Kinderspiele“ und/oder „Mädchenspiele“ wendet, hat das Landgericht zu Recht und mit im Wesentlichen zutreffenden Erwägungen angenommen, dass ein Unterlassungsanspruch aus den §§ 8 Abs. 1 S. 1; 7 UWG mangels unzumutbarer Belästigung auch des kindlichen Internetnutzers nicht besteht.

Eine unzumutbare Belästigung nach der vom Landgericht herangezogenen Spezialregelung des § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG scheidet – unabhängig davon, ob diese Vorschrift auf Telemediendienste anwendbar ist (verneinend Köhler a.a.O. § 7 Rn. 100) - schon deshalb aus, weil die Pre-Roll-Werbung nach der Auswahl eines Spiels jeweils nur einmal erscheint. Eine hartnäckige Ansprache im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG setzt deren Wiederholung voraus (vgl. Köhler a.a.O. Rn. 102). Ein erneutes Anklicken des Spiels auf der Übersichtsseite ist indessen nicht als vom User wiederholtes, sondern von diesem eigeninitiativ in Gang gesetzter neuer Vorgang zu bewerten. Im Übrigen lässt sich aus dem erneuten Aufruf des mit der Vorschaltwerbung versehenen Spiels nicht ableiten, dass der Internetnutzer die Einblendung des Interstitials – wie dies § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG weiter voraussetzt - erkennbar nicht wünscht.

Auch nach den allgemeinen Kriterien des § 7 Abs. 1 S. 1 UWG liegt eine unzumutbare Belästigung nicht vor.

Dadurch, dass sich der Internetnutzer, der nach dem Anklicken des entsprechenden Buttons die Spieleinblendung erwartet, überraschend einer Werbung ausgesetzt sieht, wird dieser allerdings belästigt. Eine Belästigung im Sinne des § 7 Abs. 1 UWG liegt vor, wenn dem Empfänger eine geschäftliche Handlung aufgedrängt wird und diese bereits wegen ihrer Art und Weise unabhängig von ihrem Inhalt als störend empfunden wird (vgl. BGH GRUR 2011, 747 Rn. 17 – Kreditkartenübersendung; Köhler a.a.O. Rn. 19). Der Umstand, dass ein Großteil der Nutzer das Portal „SpielAffe“ in Kenntnis der dort geschalteten Pre-Roll-Werbung aufsuchen mag, lässt noch nicht auf eine konkludente Einwilligung in eine derartige Werbeform, sondern allenfalls auf deren notgedrungene Hinnahme schließen.

Die mit der Vorschaltwerbung verbundene Belästigung hat die Grenze zur Unzumutbarkeit allerdings nicht überschritten. Unzumutbar ist eine Belästigung, wenn sie eine solche Intensität aufweist, dass sie von einem Großteil der Verbraucher als unerträglich empfunden wird, wobei der Maßstab des durchschnittlich empfindlichen Adressaten der Werbung zu Grunde zu legen ist. Dafür kommt es allerdings nicht einseitig auf die subjektive Perspektive des Adressaten der geschäftlichen Handlung an. Die Unzumutbarkeit ist vielmehr zu ermitteln durch eine Abwägung der Interessen des Adressaten, von der Werbung verschont zu bleiben, und des Unternehmers, der seine gewerblichen Leistungen durch Werbung zur Geltung bringen will (vgl. BGH GRUR 2010, 1113 Rn. 15 – Grabmalwerbung; GRUR 2011, 747 Rn. 17 – Kreditkartenübersendung). Nach diesen Kriterien kann die Interstitial-Werbung auf dem Portal „SpielAffe“ nicht als für den durchschnittlichen, auch kindlichen Internetnutzer unzumutbar angesehen werden.

Auf Seiten des Users ist zu beachten, dass der Spielwillige der ihm aufgedrängten Vorschaltwerbung nur einige Sekunden ausgesetzt und der mit dem Interstitial verbundene Zeitverlust bis zum möglichen Spielbeginn als gering anzusehen ist. Selbst wenn bis zur Wegklickmöglichkeit nach etwa fünf Sekunden nicht nur der ohnehin abzuwartende Ladevorgang überbrückt, sondern das Interstitial – wie der Kläger behauptet – in zahlreichen Fällen erst im Anschluss daran eingeblendet worden sein sollte, besteht für den User schon nach etwa fünf Sekunden die Möglichkeit, sich der Werbeeinblendung durch einen einfachen Klick auf den Button „Klicke hier, um das Spiel sofort zu starten“ zu entziehen. 37

Dabei sind die Kinder, welche die Spiele selbstständig aufrufen, in einem Alter, in dem sie den Hinweis innerhalb kürzester Zeit wahrnehmen, lesen, inhaltlich erfassen und darauf reagieren können. Dann aber können sie in Anbetracht der ihnen zur Verfügung stehenden, mit verschwindend geringem Aufwand umzusetzenden Ausweichmöglichkeit das zeitliche Ausmaß der Belästigung auf ein Minimum reduzieren. Soweit von den auf den Seiten „Kinderspiele“ und „Mädchenspiele“ eingestellten Spielen auch des Lesens unkundige Kinder angesprochen werden, kann mit dem Landgericht nicht angenommen werden, dass diese die dortigen Spiele ohne Hilfestellung und/oder ständige Aufsicht eines den Hinweis auf die vorzeitige Beendigungsmöglichkeit des Interstitials wahrnehmenden Erwachsenen selbstständig aufrufen. Für seine Behauptung, dass Eltern das Surfverhalten von jüngeren Kindern mit noch unzulänglichen Lesefähigkeiten nicht selbst bestimmen und/oder ständig überwachen, hat der Kläger auch im Berufungsverfahren keinen Beweis angetreten. 38

Davon abgesehen vergehen insgesamt nur etwa zehn Sekunden, bis die Pre-Roll-Werbung ohnehin automatisch erlischt und der User das zwischenzeitlich geladene Spiel beginnen kann. Das Zuwarten um einen solchen äußerst überschaubaren Zeitraum weist – auch im Verhältnis etwa zu der auch schon von Kindern im Alltag wahrgenommenen, deutlich längeren - Fernsehwerbung nur einen geringen Belästigungsgrad auf (vgl. Rauda GRUR-RR 2011, 334, 335; Lüghausen K&R 2011, 458, 461). Dementsprechend ist nach ganz überwiegender Ansicht die Schwelle zur Unzumutbarkeit noch nicht überschritten, wenn ein Interstitial innerhalb kurzer Zeit weggeklickt werden kann oder alsbald von selbst verschwindet (vgl. Köhler a.a.O. Rn. 93; Schulte-Beckhausen a.a.O. § 62 Rn. 50; Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, 5. Auflage, § 7 Rn. 95; Koch in: Ullmann jurisPK-UWG, 3. Auflage, § 7 Rn. 125; Pierson a.a.O. S. 494; a. A. Mankowski in: Fezer a.a.O. § 4-S12 Rn. 149, 156; Menebröcker in: Götting/Nordemann, UWG, 2. Auflage, § 7 Rn. 184). Dafür spricht vorliegend umso mehr, als der Spielwillige die Werbeeinblendung während ihrer kurzen Dauer nicht zwingend wahrnehmen und im Einzelnen verfolgen muss, da das aufgerufene Spiel nicht automatisch, sondern erst nach der Betätigung des Startbuttons beginnt. 39

Zu beachten ist weiter, dass der Internetnutzer das Portal „SpielAffe“ eigeninitiativ aufsucht und auf die dortigen Inhalte nicht - etwa zum Erhalt von Informationen - angewiesen ist, sondern die Spiele allein zu seinem Freizeitvergnügen abrufen. Dabei profitiert er von den eingestellten Werbungen dergestalt, dass ihm auf Grund der daraus erzielten Einnahmen der Beklagten die Spiele kostenlos zur Verfügung gestellt werden. Insofern ist im Rahmen der Interessenabwägung das berechnete Interesse der Beklagten an einer möglichst effektiven und profitablen, auf diese Weise indirekt wieder dem Portalnutzer zu Gute kommenden Werbung zu berücksichtigen. Im Hinblick darauf muss sich die Beklagte nicht entgegenhalten lassen, sie könne Werbeeinnahmen auch über die für Werbekunden im Verhältnis zu Interstitials weniger attraktiven Werbebanner erzielen (vgl. Rauda GRUR-RR 211, 334, 335; a. A. LG Berlin GRUR-RR 2011, 332 [334]). Unter diesen Umständen können auch mögliche Ausweitungen dergestalt, dass der mehrere Spiele aufrufende User vor jedem – eine gesonderte Einheit darstellenden - Spiel mit einem Interstitial konfrontiert wird und/oder sich auch andere kostenlose Spieleportale durchgängig einer derartigen Werbeform bedienen (vgl. zu diesem Kriterium Köhler a.a.O. Rn. 27) und sich der Belästigungseffekt dadurch insgesamt summiert, im Rahmen der anzustellenden Interessenabwägung nicht zur Unzumutbarkeit der damit einhergehenden Belästigung des Internetnutzers führen.

3. Auf Grund seiner hinsichtlich der Bannerwerbung berechtigten Abmahnung vom 18.10.2011 kann der Kläger aus § 12 Abs. 1 S. 2 UWG die Erstattung der geltend gemachten Kostenpauschale von 214,00 EUR verlangen. Die einem klagebefugten Verband zustehende Pauschale richtet sich nach dessen Kosten. Sie fällt daher selbst bei einer nur teilweise berechtigten Abmahnung in voller Höhe an und ist darum auch diesem Fall vollumfänglich zu erstatten (vgl. BGH GRUR 2009, 1064 Rn. 47 – Geld-zurück-Garantie II; GRUR 2010, 744 Rn. 51 – Sondernewsletter; Köhler/Bornkamm a.a.O. § 12 Rn. 1.99). Die Angemessenheit der veranschlagten Kostenpauschale steht zwischen den Parteien nicht im Streit. Deren Verzinsung folgt aus den §§ 291, 288 Abs. 1 BGB.

41

III.

42

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO. Soweit der Kläger sein Unterlassungsbegehren betreffend der als verschleierte Werbung beanstandeten Banner – wie schon in der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung – auf die Rubriken „Kinderspiele“ und/oder „Mädchenspiele“ bezogen sowie im Berufungsverfahren um weitere Screenshots ergänzt hat, handelt es sich lediglich um Klarstellungen und Konkretisierungen seines Klagebegehrens. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

43

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision sind nicht erfüllt. Der Senat weicht mit seinem Urteil weder von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs ab noch hat die Sache über die Rechtsanwendung auf den Einzelfall hinaus grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 ZPO). Die Zulässigkeit der Bannerwerbung beurteilt sich – ebenso wie in dem vom Landgericht Berlin (GRUR-RR 2011, 332) zu beurteilenden Fall und in dem dem Urteil des Landgerichts Hamburg vom 19.05.2011 – 315 O 121/10 – zu Grunde liegenden abweichenden Fall, der eine durch einen senkrechten Strich vom Spieleangebot abgetrennte Bannerwerbung im rechten Webseitenbereich zum Gegenstand hatte – unter Heranziehung allgemeiner Rechtsgrundsätze nach den konkreten Umständen des Einzelfalls und den individuellen Besonderheiten der streitgegenständlichen Werbungen. Gleiches gilt für die – ebenfalls auf der Basis allgemeiner Regeln und der höchstrichterlichen Rechtsprechung auf die individuellen Sachverhaltsumstände abstellende - Entscheidung zur Zulässigkeit der in Rede stehenden Pre-Roll-Werbung. Insoweit weicht der Senat im Übrigen im Ergebnis auch

44

nicht von der Rechtsprechung des Landgerichts Berlin (a.a.O.) ab. Dieses hat eine etwa zehnstündige, nach circa fünf Sekunden wegklickbare Vorschaltwerbung für zulässig erachtet und deshalb den entsprechenden Hauptantrag des Klägers abgewiesen.

