Oberlandesgericht Köln, 6 U 62/21

Datum:	03.12.2021
Gericht:	Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper:	6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	6 U 62/21
ECLI:	ECLI:DE:OLGK:2021:1203.6U62.21.00

Vorinstanz:	Landgericht Köln, 81 O 58/20
Normen:	UWG § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2

Tenor:

I. Auf die Berufung der Klägerin wird das am 25. März 2021 verkündete Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln – 81 O 58/20 – abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, es bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000 € und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, diese zu vollziehen an ihren Geschäftsführern, zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr für Bettwaren, insbesondere Matratzen, mit einer vorübergehenden Preisherabsetzung, insbesondere einer Rabattaktion, zu werben,

1. wenn es bereits eine vorherige Rabattaktion gab, nach der keine oder nur eine unangemessen kurze Pause gemacht wurde, wenn das geschieht wie in der/den

a) Anlage K2 (Vorgängerrabattaktion Anlage K1) und/oder

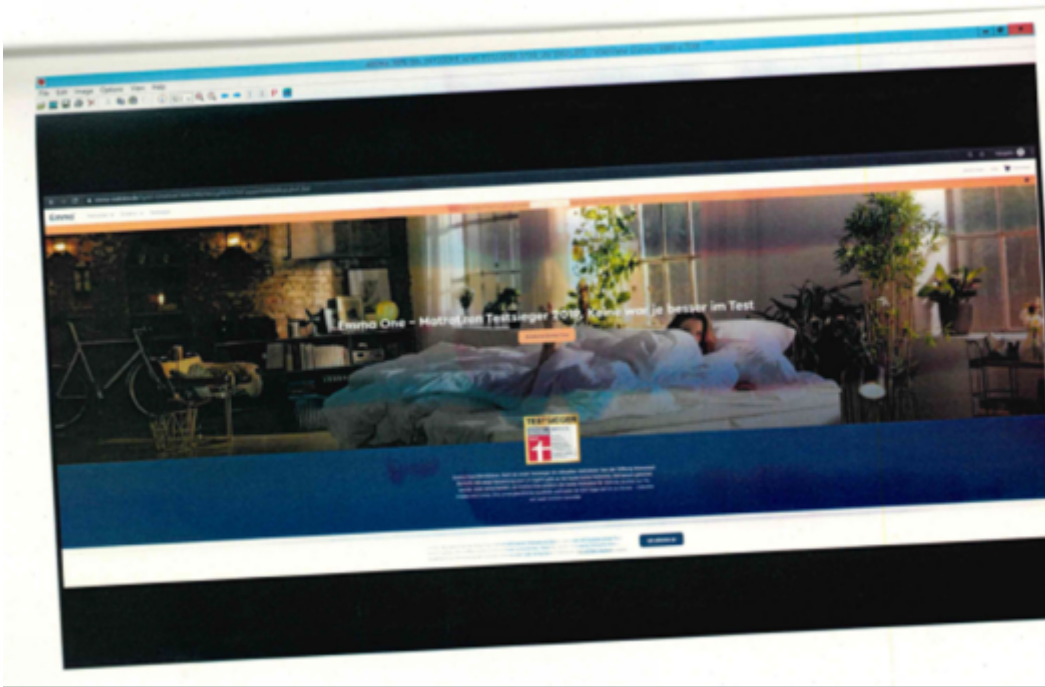
b) Anlage K3 (Vorgängerrabattaktion Anlage K2) und/oder

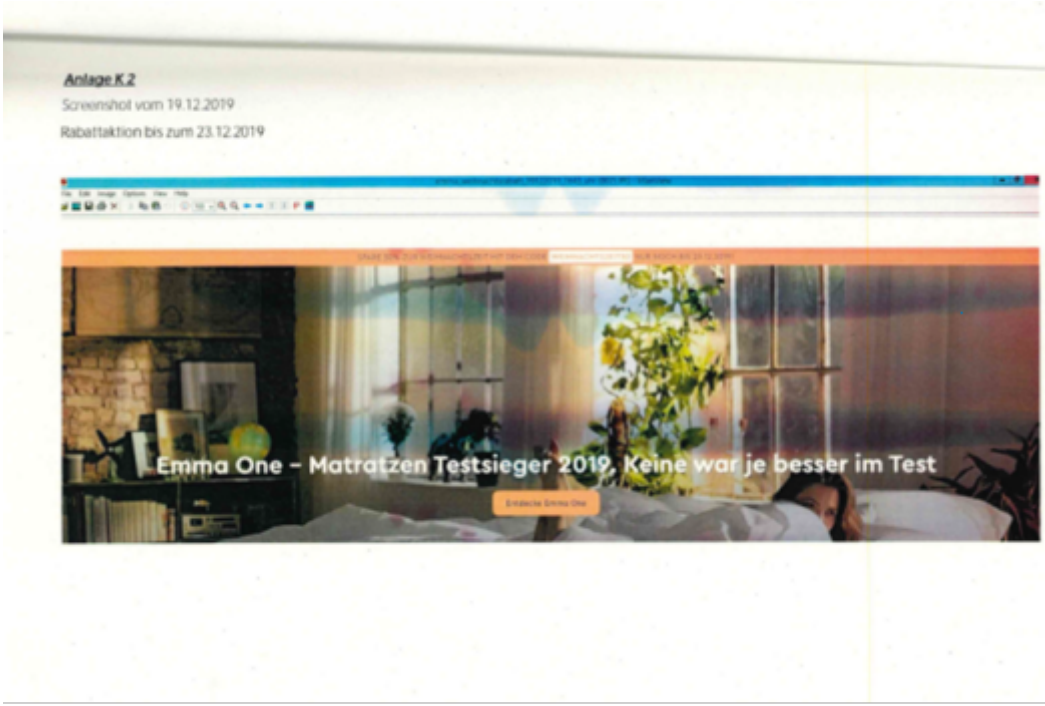
c) Anlage K4.(Vorgängerrabattaktion Anlage K3) und/oder

d) Anlage K5 (Vorgängerrabattaktion Anlage K4) und/oder

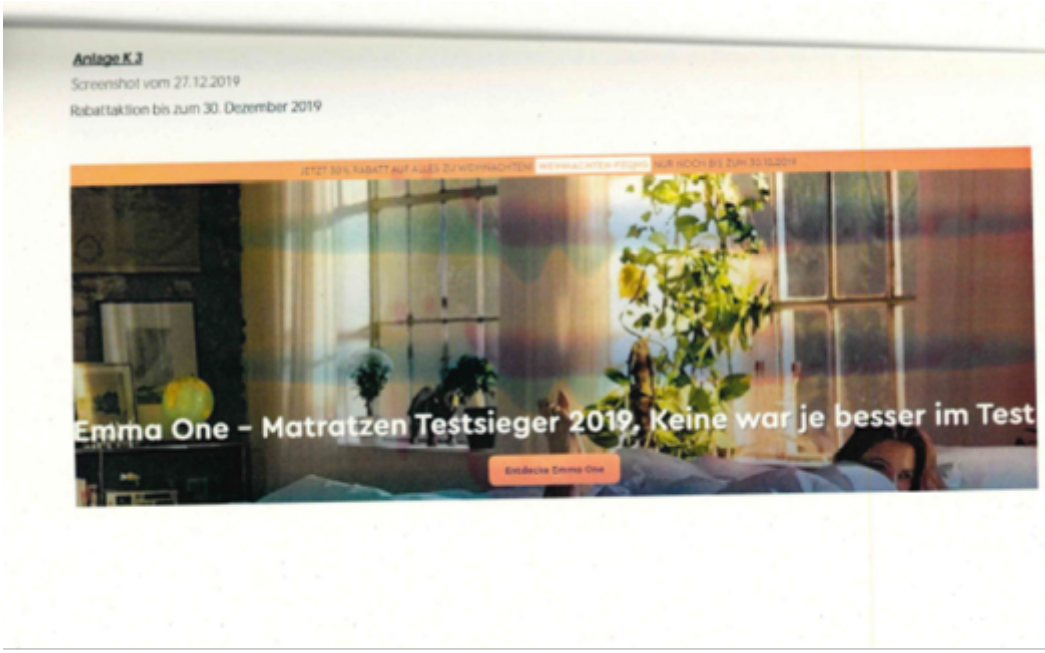
e) Anlage K6 (Vorgängerrabattaktion Anlage K5) ersichtlich:

(„Jetzt 30% Rabatt auf alles sichern! DEZEMBER-GYBZ3 Nur noch bis zum 16.12.2019“)

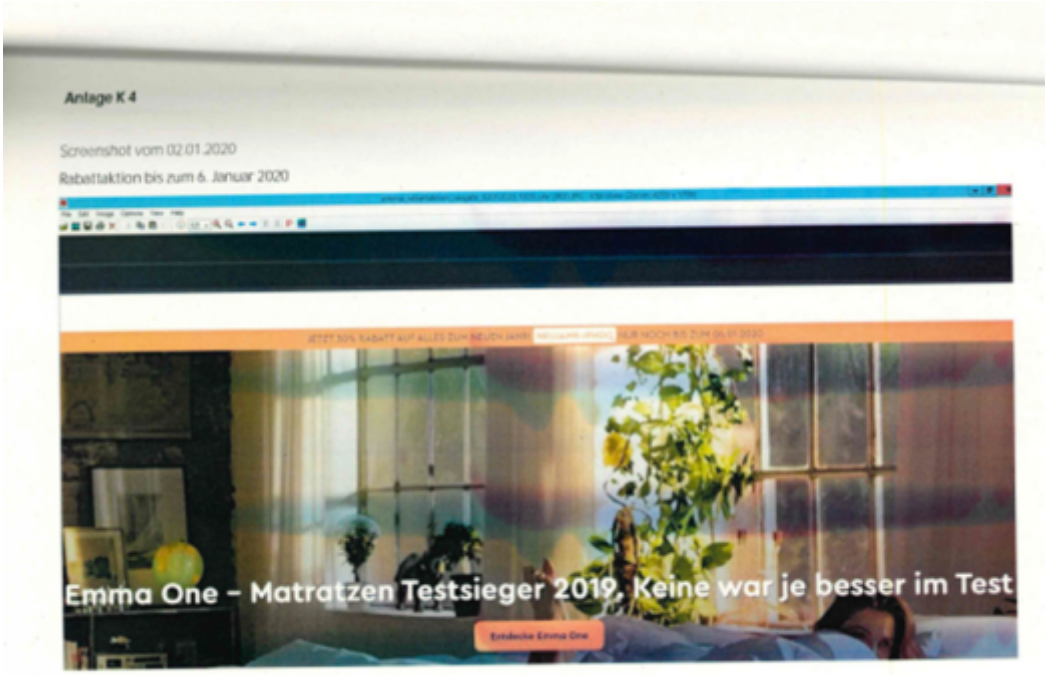




(„Spare 30% zur Weihnachtszeit mit dem Code WEIHNACHTSZEIT30 Nur noch bis 23.12.2019“)



(„Jetzt 30% Rabatt auf alles zu Weihnachten! WEIHNACHTEN-PZQHG Nur noch bis zum 30.12.2019“)

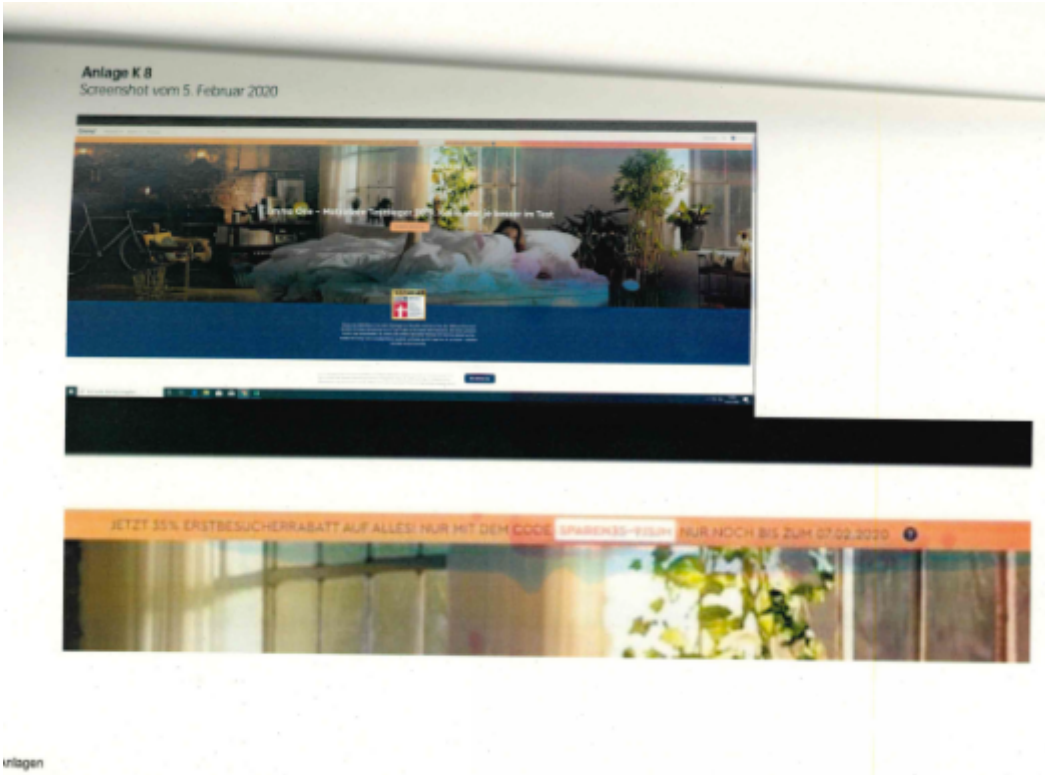


(„Jetzt 30% Rabatt auf alles zum Neuen Jahr! NEUJAHR-JPHDQ
Nur noch bis zum 06.01.2020“)

(„Jetzt 30% Rabatt auf alles zum Start ins Jahr 2020! START2020-TSROP Nur noch bis 13.01.2020“)

(„35% auf alles im Winter-Sale! Nur mit dem Code WINTER35 Endet bald!“)

2. wenn mehrere zeitlich befristete Rabattaktionen hintereinandergeschaltet und einzelne Rabattphasen als „Erstbesucher"-Rabatt oder „persönlicher Rabatt" bezeichnet werden, wenn das geschieht wie in den Anlagen K8 bis K 10:



nlagen

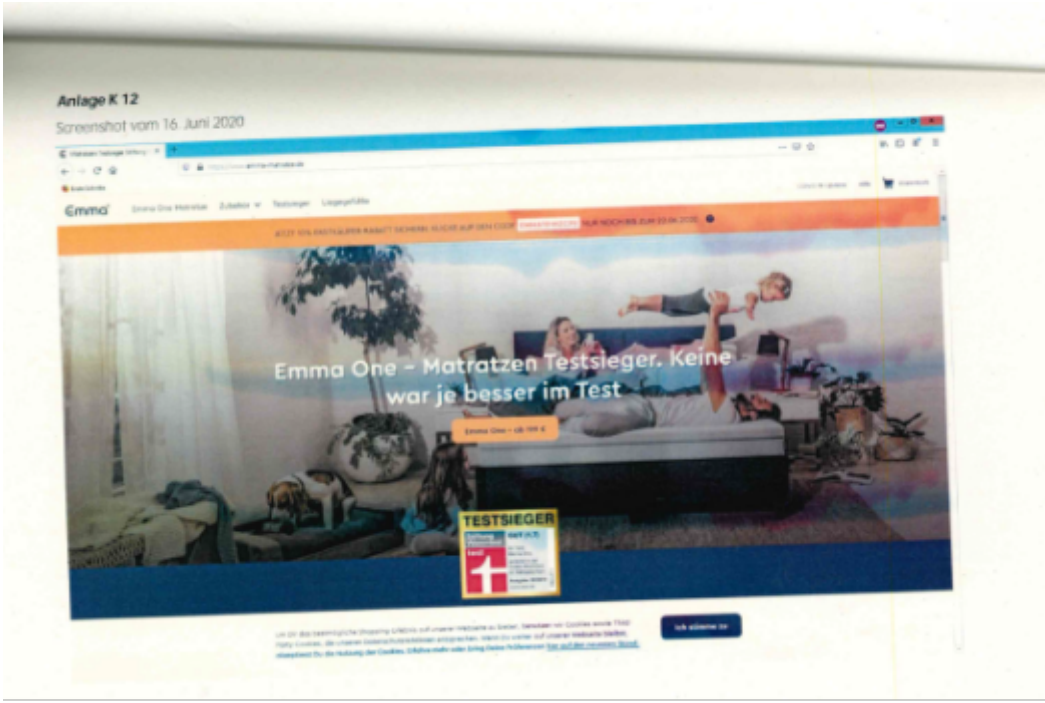
(„Jetzt 35% Erstbesucherrabatt auf alles! Nur mit dem Code SPAREN35-(…) Nur noch bis zum 07.02.2020“)

(„Jetzt 35% Persönlicher Rabatt auf alles! Nur mit dem Code WINTERSONNE35–ZQKBK Nur noch bis zum 10.02.2020“)

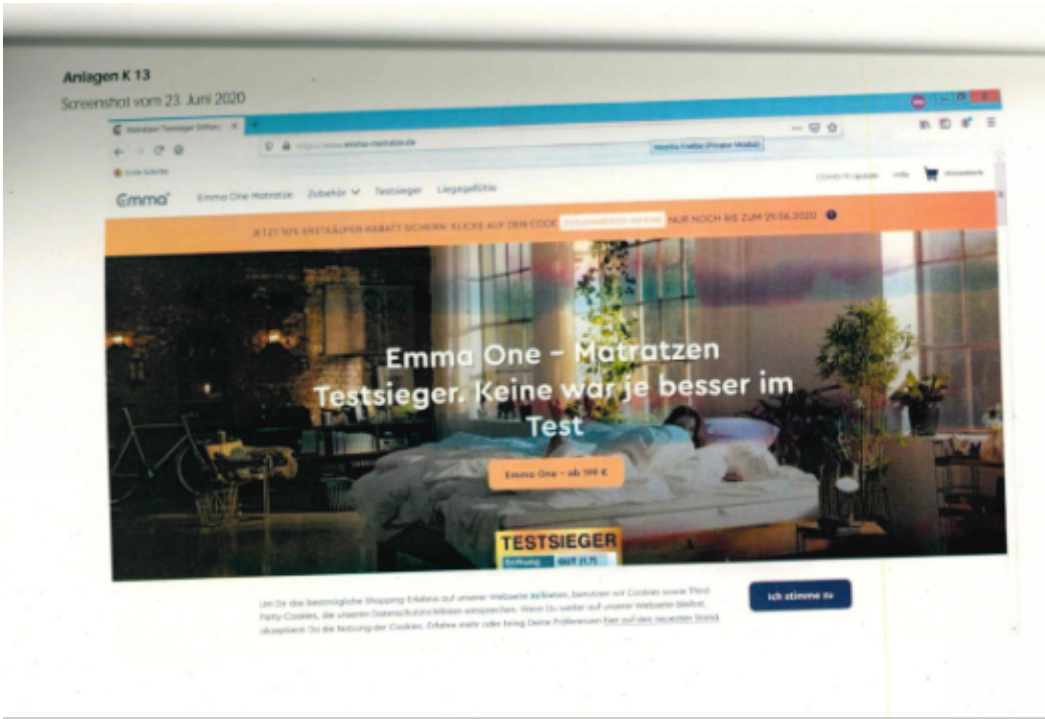
(„Jetzt 35% Persönlicher Rabatt auf alles! Nur mit dem Code VALENTINSTAG35–VAPTA Nur noch bis zum 27.02.2020“)

3. wenn mehrere zeitlich befristete Rabattaktionen hintereinandergeschaltet und einzelne Rabattphasen als „Erstkäufer"- Rabatt bezeichnet werden, wenn das geschieht wie

in den Anlagen K 12 bis K14:



(„Jetzt 10% Erstkäufer-Rabatt sichern: Klicke auf den Code EMMA10-HZCPX Nur noch bis zum 22.06.2020“)



(„Jetzt 10% Erstkäufer-Rabatt sichern: Klicke auf den Code ZUSAMMEN-MFKNE Nur noch bis zum 29.06.2020“)

(„Jetzt 10% Erstkäufer-Rabatt sichern: Klicke auf den Code SONNE10-ZONPU Nur noch bis zum 06.07.2020“)

II. Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagten wird nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit leistet. Die Höhe der Sicherheitsleistung beträgt hinsichtlich der Unterlassungsanträge jeweils 50.000 €, im Übrigen

für die Beklagte 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages und für die Klägerin 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

G r ü n d e : 1

I. 2

Die Parteien sind Mitbewerber im Bereich Herstellung und Vertrieb von Bettwaren, insbesondere Matratzen. Die Klägerin verlangt von der Beklagten, nacheinander geschaltete Rabattaktionen zu unterlassen. Wegen der Einzelheiten des Vorbringens der Parteien sowie der erstinstanzlich gestellten Anträge wird gem. § 540 Abs. 1 S. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil des Landgerichts Köln vom 25.03.2021– 81 O 58/20 – Bezug genommen. 3

Mit dem angefochtenen Urteil hat das Landgericht die Klage insgesamt abgewiesen. 4

Der Klägerin stehe kein Unterlassungsanspruch zu. Die Beklagte habe von Anfang beabsichtigt, Werbeaktionen für Erstbesucher oder Erstkäufer mehrfach hintereinander zu platzieren bzw. über einen längeren Zeitraum durchzuführen. Das führe jedoch nicht zur einer Irreführung der Verbraucher, weil die Beklage durch Cookies gesteuert die Rabatt-Aktionen personalisiert auf den einzelnen Verbraucher habe gewähren wollen. Bezogen auf den einzelnen Verbraucher habe sie keine Verlängerung der Rabattaktionen geplant. Da den Verbrauchern, die ihre Cookies nicht löschten, nach einem Erstbesuch auf der Seite oder nach einem Ersterwerb die Rabattwerbung nicht erneut angezeigt werde, werde die Rabattaktion diesen gegenüber auch nicht verlängert und sie unterlägen keiner Täuschung hinsichtlich der Dauer der Aktion. Nur wenn Verbraucher im Anonym-Modus surften oder regelmäßig ihre Cookies löschten, könnten sie hinsichtlich der Befristung der Rabattaktion getäuscht werden, da ihnen die Rabattaktion bei einem weiteren Besuch auf der Webseite erneut präsentiert werde. Aus Sicht des Landgerichts entspricht ein solches Surfverhalten jedoch nicht dem typischen Verhalten von Internetnutzern. Diejenigen Nutzer, die anonym surften oder regelmäßig ihre Cookies löschten, seien zudem versiert genug zu wissen, dass Cookie-gesteuerte Werbung dann nicht funktioniere und zu fehlerhaften Anzeigen führen könne. 5

Daran ändere auch der Umstand des Einwilligungserfordernisses zur Verwendung von Cookies nichts. Es sei nicht ersichtlich, dass eine Vielzahl von Verbrauchern Cookies ablehnten. Im Übrigen werde der Verbraucher in der Regel darauf hingewiesen, dass bei Ablehnung von Cookies die Seite nicht alle Funktionalitäten aufweise. Auch in diesen Fällen sei dem Verbraucher deshalb bewusst, dass Seiten fehlerhaft angezeigt werden könnten. Eine Absicht der Beklagten, einzelnen Verbrauchern gegenüber die Rabattaktionen auszuweiten, sei nach alledem nicht erkennbar. 6

Mit ihrer Berufung wendet sich die Klägerin gegen diese Beurteilung des Landgerichts. Durch die Befristung werde ein zeitlicher Druck erzeugt, der tatsächlich nicht bestehe, weil sich eine Rabattaktion zeitnah an die nächste anhänge. Dieser einfache irreführende Sachverhalt werde von der Beklagten vernebelt. Die von der Beklagten vorgenommene Beschränkung der Nutzer, die den Rabatt in Anspruch nehmen können, wirke sich nicht aus, weil die 7

überwiegende Zahl der Internetseitenbesucher ohnehin Erstbesucher seien. Diesen werde die Rabattaktion angezeigt und sie erhielten den Eindruck, dass sie befristet sei. Sie erhielten den Eindruck, dass sie den Rabatt, wenn sie einige Wochen später die Webseite aufgesucht hätten, nicht mehr erhalten hätten.

Es komme im Grunde nicht darauf an, wie das durchschnittliche Surfverhalten sei, ob mit Cookies oder anonym. Es gehe nicht darum, dass wettbewerbswidrig eine individuelle Rabattaktion gegenüber einem Verbraucher ausgeweitet werde, vielmehr gehe es darum, dass eine fast für alle angesprochenen Verbraucher relevante Rabattaktion durchgeführt werde, die den Eindruck erwecke, dass sie nur kurzfristig und einmalig sei, obwohl es sich um eine Daueraktion handele, weil die meisten Verbraucher nur einmal auf die Webseite gingen und damit alle einen Erstbesucher-/käuferrabatt angeboten bekämen und das dauerhaft und gerade nicht befristet. Wenn aber fast alle den Rabatt und zwar dauerhaft angeboten bekämen, sei es kein echter Rabatt mehr. Bei Verbrauchern, die anonym surften oder Cookies löschten, funktioniere die Cookie-gesteuerte Beschränkung ohnehin nicht. 8

Irrelevant sei es, ob die Rabattwerbung einen Verbraucher einmal oder mehrmals erreiche. Denn in beiden Fällen sei die Irreführung gleich groß. Auch wenn ein Nutzer das erste Mal einen Banner sehe, der einen kurzfristigen Rabatt verspricht, und deswegen auch besonders schnell einen Kauf tätige, um die besondere Chance auszunutzen, liege eine Täuschung vor. Eine Täuschung trete entgegen der Auffassung der Beklagten nicht erst dann auf, wenn ein Nutzer tatsächlich wiederholt die irreführenden Banner sehe. 9

Die Klägerin beantragt, 10

das Urteil des Landgerichts vom 25.03.2021 abzuändern und der Beklagten unter Androhung der üblichen Ordnungsmittel zu untersagen, 11

im geschäftlichen Verkehr für Bettwaren, insbesondere Matratzen, mit einer vorübergehenden Preisherabsetzung, insbesondere einer Rabattaktion zu werben, 12

- 1. wenn es bereits eine vorherige Rabattaktion gab, nach der keine oder nur eine unangemessen kurze Pause gemacht wurde, wenn das geschieht wie in den im Tenor eingeblendeten Anlagen 13 14

a) Anlage K2 (Vorgängerrabattaktion K1) und/oder 15

b) Anlage K3 (Vorgängerrabattaktion K2 und/oder 16

c) Anlage K4 (Vorgängerrabattaktion K3) und/oder 17

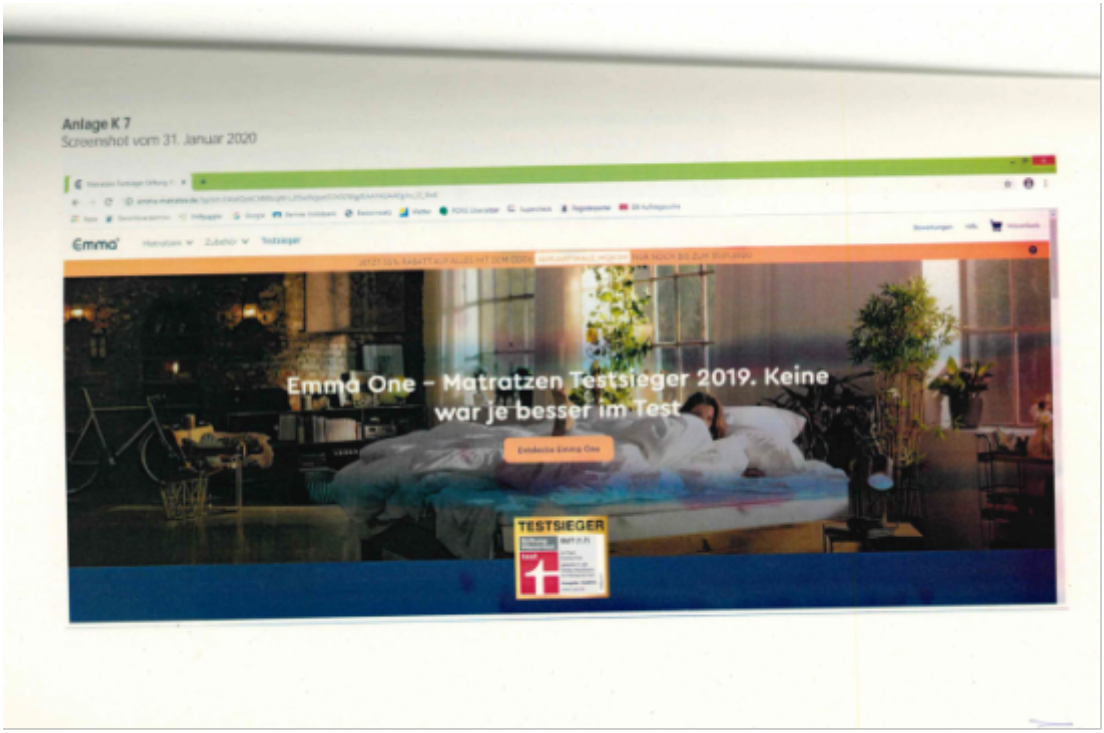
d) Anlage K5 (Vorgängerrabattaktion K4) und/oder 18

e) Anlage K6 (Vorgängerrabattaktion K5) 19

ersichtlich; 20

- 2. wenn mehrere zeitlich befristete Rabattaktionen hintereinander geschaltet und einzelne Rabattphasen als „Erstbesucher“-Rabatt oder „Persönlicher Rabatt“ bezeichnet werden, wenn das geschieht wie in den im Tenor und nachfolgend eingeblendeten 21 22

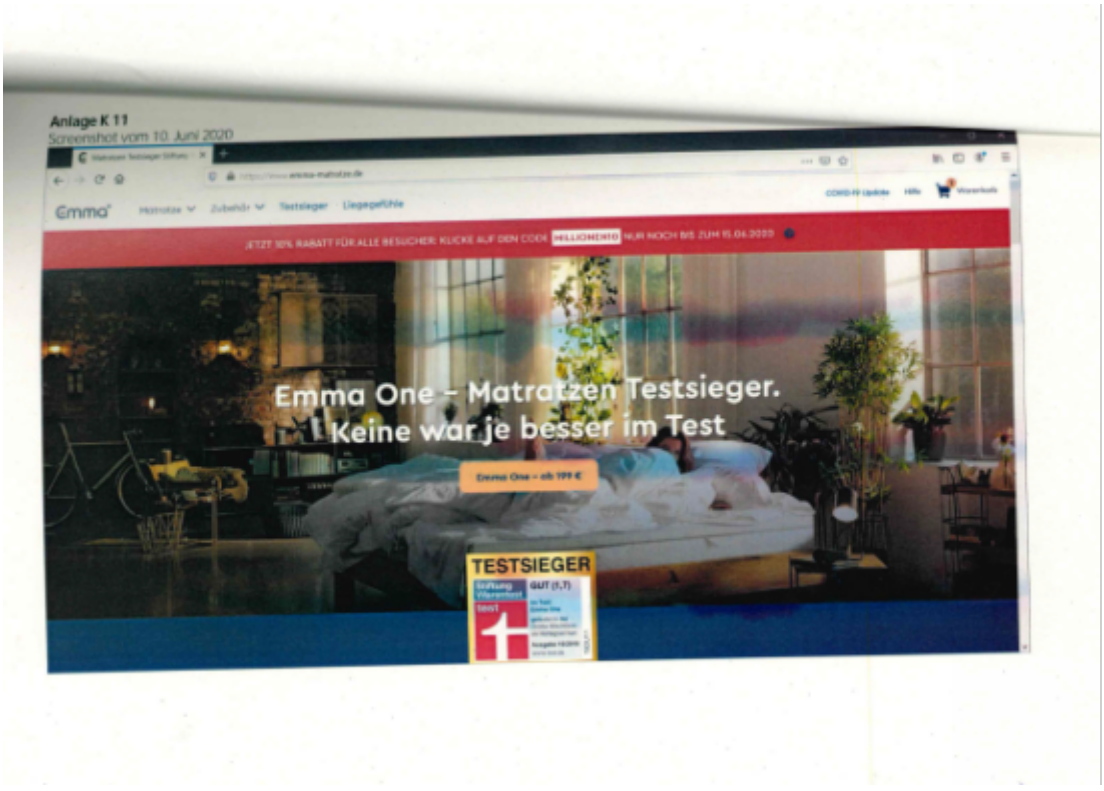
Anlagen K7 bis K10:



23

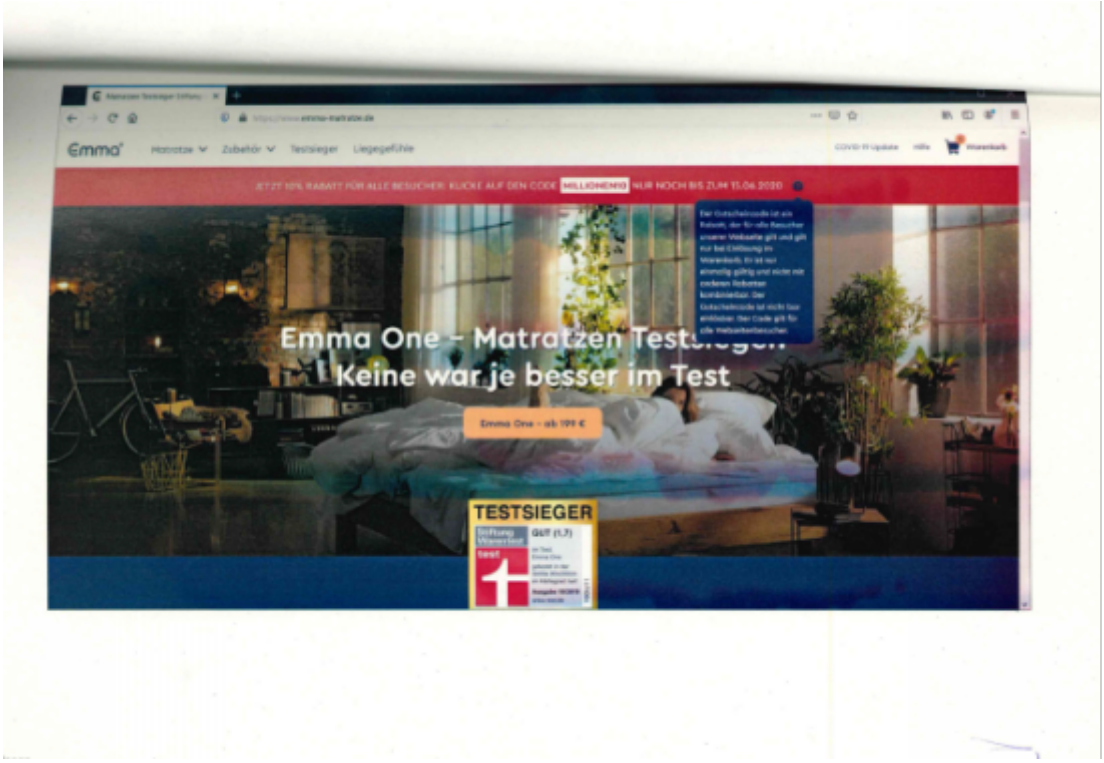
- 3. wenn mehrere zeitlich befristete Rabattaktionen hintereinander geschaltet und einzelne Rabattphasen als „Erstkäufer“-Rabatt bezeichnet werden, wenn das geschieht wie in den im Tenor und nachfolgend eingeblendeten Anlagen K11 bis K 14:

24 25



26

27



Die Beklagte beantragt, 28

die Berufung zurückzuweisen. 29

Sie verteidigt das angefochtene Urteil und wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag. Sie rügt insbesondere die Erweiterung des Antrags zu Ziff. 1 von einem reinen „oder“-Antrag in einen „und/oder“-Antrag als unzulässig, § 308 ZPO. Insoweit sei ein etwaiger Anspruch auch verjährt. 30

In der Sache führt sie vertieft aus und wendet im Besonderen ein, dass es bereits an Vortrag zur Kenntnis des angesprochenen Verkehrs über Cookies und deren Deaktivierung bzw. Löschung und zum üblichen Nutzerverhalten fehle. Die „Geo-Targeting“-Entscheidung sei vorliegend nicht übertragbar. Es sei für die Schlüssigkeit der Klage Vortrag dazu notwendig, dass eine erhebliche Zahl von Verbrauchern Internetangebote ohne Cookies nutze. Daran fehle es bereits. Im Übrigen handele es sich um objektiv zutreffende Angaben, die keinen Anspruch aus § 5 UWG begründen könnten. Ein Verbot wäre aus Sicht der Beklagten zudem unverhältnismäßig, weil Unternehmern dadurch eine Cookie-gesteuerte Werbung unmöglich gemacht werde, was eine Überprüfung durch den BGH erfordere, weshalb für den Fall eines Verbots die Zulassung der Revision angeregt werde. 31

II. 32

Die zulässige Berufung hat auch in der Sache Erfolg. Der Klägerin steht ein Unterlassungsanspruch gem. §§ 3, 5 Abs. 1, 8 Abs. 1, 3 Nr. 1 UWG zu. Die Werbung mit zeitlich befristeten Preisreduzierungen, die nahtlos bzw. kurz hintereinander geschaltet werden, stellt eine unzulässige irreführende geschäftliche Handlung dar, die unlauter ist. 33

1. Die Anträge, soweit sie sich auf „Bettwaren“ beziehen, sind nicht deshalb zu weitgehend, weil die Klägerin selbst keine Bettwaren außer Matratzen anbieten würde und insoweit nicht aktivlegitimiert wäre. Denn letztlich ist es unstreitig geworden, dass beide Parteien nicht nur Matratzen, sondern auch Bettwaren vertreiben. Zu ihrem eigenen Vertrieb hat die Klägerin zwar erst in der Berufungsinstanz kurz vor der mündlichen Verhandlung vorgetragen, obwohl 34

das Landgericht im angefochtenen Urteil Bedenken angemeldet hatte. Die Beklagte hat jedoch im nachgelassenen Schriftsatz letztlich unstreitig gestellt, dass die Klägerin generell neben Matratzen auch Bettwaren angeboten hat. Dass sie über die genauen Zeiträume keine Kenntnis habe, weil sie die Klägerin nicht überwache, stellt bereits kein ernsthaftes Bestreiten dar. Auf ein Bestreiten mit Nichtwissen kann sie sich schon deshalb nicht zurückziehen, weil sie jedenfalls im April 2020 selbst die Klägerin im Wege der einstweiligen Verfügung wegen Wettbewerbsverstößen bei dem Vertrieb von Bettwaren wie Bettwäsche, Topper und Lattenroste angegriffen hat.

Da danach unstreitig ist, dass die Klägerin jedenfalls auch andere Bettwaren im Angebot hat, ist eine Einschränkung des Tenors nur auf Matratzen nicht gerechtfertigt. 35

2. Der Antrag zu Ziff. 1, den die Klägerin ursprünglich mit „oder“ verbunden hatte, ist erst in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht Köln umgestellt worden in einen „und/oder“-Antrag. Diese Änderung der Antragsfassung war aus Sicht des Senats nicht erforderlich; sie war jedenfalls aber unschädlich. 36

Denn im vorliegenden Fall wirkt sich die Umstellung auf den Umfang des Verbots nicht aus. Der ursprüngliche „oder“-Antrag hätte das Begehren der Klägerin in gleicher Weise erfasst wie jetzt der „und/oder“-Antrag. Es mag grundsätzlich einen Unterschied machen, ob konkrete Verletzungsformen mit „oder“ oder „und/oder“ verbunden werden. Im vorliegenden Fall spielt es hingegen keine Rolle, ob jeweils die Anlage K2 nur im Zusammenhang mit der Vorgängeraktion Anlage K1 und die Aktion Anlage K3 nur im Zusammenhang mit der Vorgängeraktion Anlage K2 etc. zu betrachten sind oder ob darüber hinaus – wegen der Verbindung durch „und“ - alle Aktion mit ihren jeweiligen Vorgängeraktionen in Kombination streitgegenständlich und insgesamt betrachtet werden müssen. Die Auslegung des ursprünglichen sowie des angepassten Antrags ergibt, dass das Begehren der Klägerin von Anfang darauf gerichtet war, eine Rabattaktion zu untersagen, wenn vor dieser bereits unmittelbar zuvor eine vergleichbare Rabattaktion stattgefunden hat. Mit dem Antrag zu Ziff. 1 ging es der Klägerin nicht darum, die Aktionen, die sich aus den Anlagen K2 bis K6 ergeben, als Einheit betrachtet zu untersagen. Vielmehr ging es der Klägerin von vornherein darum, – wie es ausdrücklich im Antrag heißt – nicht „mit einer vorübergehenden Preisherabsetzung (…) zu werben, wenn es bereits eine vorherige Rabattaktion gab, nach der keine oder nur eine unangemessen kurze Pause gemacht wurde (wenn das geschieht wie…)“. Es sollte also von Anfang an die Kombination aus jeweils (nur) zwei hintereinander geschalteten Rabattaktionen untersagt werden. Für den Fall, dass nicht nur die erste, sondern auch die weiteren Zweier-Kombinationen unzulässig sind, ist die Gesamtheit erst recht unzulässig, und wäre dies auch dann, wenn die Kombinationen jeweils nur mit „oder“ verbunden wären. Vor diesem Hintergrund führt vorliegend die „Erweiterung“ durch „und/oder“ im Vergleich zum ursprünglichen Begehren zu keinem weitergehenden Verbot, sodass sich weder Fragen in Bezug auf § 308 ZPO noch auf Verjährung stellen. 37

3. Indem die Beklagte eine zeitliche Befristung für Rabattaktionen angegeben hat, ohne dass erkennbar war, dass es sich um individuell zugeschnittene Fristen handelt, hat die Beklagte gegen § 5 UWG verstoßen. 38

a. Die Bewerbung einer befristeten Rabattaktion gem. Anlage K1, bei der es sich um einen bis zum 16.12.2019 befristeten 30%-igen Rabatt mit einem individuellen Code handelt, der sich jedenfalls bereits 3 Tage nach Ablauf der Frist am 19.12.2019 eine weitere bis zum 23.12.2019 befristete allgemeine Rabattaktion über 30% gem. Anlage K2 (Weihnachtszeit30) anschließt, stellt eine irreführende geschäftliche Handlung i.S.d.§ 5 UWG dar. 39

40

Nach § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 UWG ist eine geschäftliche Handlung irreführend und damit unlauter, wenn sie unwahre oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben enthält, u.a. über das Vorhandensein eines besonderen Preisvorteils.

Bei der Prüfung, ob eine Angabe geeignet ist, den Verkehr irrezuführen, ist die Auffassung der Verkehrskreise entscheidend, an die sich die Werbung richtet, (st. Rspr.: s. nur BGH GRUR 2015, 1019 Rn. 19 - Mobiler Buchhaltungsservice). Soweit sich die Werbung an den Endverbraucher richtet, ist auf den durchschnittlich informierten und verständigen Verbraucher abzustellen, der einer Werbung die der Situation angemessene Aufmerksamkeit entgegenbringt (vgl. Begr. RegE zu § 5, BT-Drs. 15/1487, 19; BGH GRUR 2003, 626, juris Rn. 22 – Umgekehrte Versteigerung II). 41

aa. Ein Verbraucher, der sich für Matratzen und Bettwaren interessiert, wird in der 1. Rabattaktion einen erheblichen Preisvorteil erblicken, der jedoch nur befristet gewährt wird. Er wird daher durch die Angabe der Frist einem Druck ausgesetzt, möglichst schnell innerhalb der kurzen Frist eine geschäftliche Entscheidung zu treffen. Wenn der Verbraucher nach Ablauf der Frist jedoch erkennt, dass er unmittelbar im Anschluss daran wieder einen vergleichbaren Rabatt erhalten hätte, ist er in seiner Erwartung enttäuscht. Der Verkehr wird irregeführt, wenn für eine Sonderaktion mit einer zeitlichen Befristung geworben wird, dann aber kurz nach Ablauf der Frist weiterhin der reduzierte Preis verlangt wird (vgl. Bornkamm/Feddersen in: KBF, UWG, 39. Aufl. § 5 Rn. 3.8 m.w.N.). Daraus folgt, dass die Kombination einer befristeten Rabattaktion mit einer unmittelbar oder in engem zeitlichen Zusammenhang durchgeführten weiteren Rabattaktion mit demselben oder einem vergleichbaren Preisnachlass irreführend ist, weil ein Kunde sich möglicherweise nicht zu einem Kauf entschlossen oder sich intensiver mit dem Angebot befasst hätte, wenn er gewusst hätte, dass er mehr Zeit hatte als die ihm in der ersten Rabattaktion ausdrücklich mitgeteilte Frist. 42

bb. Da es sich bei der Rabattaktion gem. Anlage K2 um einen allgemeinen Weihnachtsrabatt handelte, ist auch unstreitig, dass dieser Rabatt allen Besuchern angezeigt wurde und von allen hätte in Anspruch genommen werden können. Gleiches gilt für die Kombination Anlage K5 und K6, weil es sich bei der Rabattaktion gem. Anlage K6 ebenfalls um eine allgemeine, für alle sichtbare Aktion gehandelt hat. 43

Damit ist der Antrag zu Ziff. 1 bezogen auf die Kombinationen a) und e), bei denen eine individuelle Rabattaktion mit einer allgemeinen für jedermann sichtbaren und geltenden kombiniert wurde, jedenfalls irreführend. 44

b. Bei den anderen Varianten handelt es sich um die Kombination von zwei individuellen Rabattaktionen, die von Seiten der Beklagten derart durch Cookies gesteuert werden, dass derjenige, der zum ersten Mal auf der Seite der Beklagten landet, eine individuelle Rabattaktion angezeigt bekommt. Hinterlässt er – was regelmäßig der Fall ist – bei seinem Besuch Cookies, erkennt dies das System der Beklagten bei einem weiteren Besuch desselben Internetnutzers von demselben Gerät. In diesem Fall wird diesem Nutzer die individuelle Rabattaktion nach Ablauf der Frist nicht mehr angezeigt. Einem neuen Nutzer bzw. einem Nutzer, der nicht anhand von Cookies wiedererkannt wird, wird hingegen erneut die individuelle Rabattaktion angezeigt. 45

aa. Auch diese Art der Hintereinanderschaltung zweier individueller Rabattaktionen ist irreführend. Denn auch hier erwartet der Nutzer, der zum ersten Mal auf der Seite der Beklagten ist, dass die Rabattaktion nur innerhalb der angezeigten Frist angeboten und in Anspruch genommen werden kann. Tatsächlich handelt es sich jedoch nicht um eine 46

allgemein befristete Rabattaktion. Denn auch nach Ablauf der Frist wurde jedem Nutzer eine entsprechende Rabattaktion angezeigt und konnte von diesem in Anspruch genommen werden, solange er erstmalig auf der Seite war bzw. nicht über Cookies vom System wiedererkannt wurde. Der durchschnittliche Nutzer, der von diesen technischen Hintergründen keine Kenntnis hat, versteht die Rabattwerbung aber dahingehend, dass es einen besonderen Preisnachlass nur in der angegebenen Frist gibt, und zwar generell. Er nimmt die Frist als allgemeingültig ernst und geht davon aus, dass es diesen Rabatt nach Ablauf der ihm angezeigten Frist nicht mehr gibt, wodurch ihm die Attraktivität des Rabattangebots, aber auch die Dringlichkeit besonders hoch erscheint. Dass die Frist individuell auf ihn zugeschnitten ist, weiß er nicht und kann dies weder am Ankündigungstext noch anhand der Verwendung von Code-Buchstabenkombinationen erkennen, zumal in vielen Fällen Gutschriften oder Vergünstigungen im Internet durch Eingabe eines Codes einzulösen sind.

Wenn der Verbraucher wüsste, dass es sich tatsächlich nicht um einen allgemein befristeten Rabatt handelt, sondern um einen im Grunde von der ihm genannten Frist unabhängigen Rabatt, der jedem nicht anhand von Cookies wiedererkannten Besucher gewährt wird, wird er über den Anwendungsbereich und aus seiner Sicht über die Ernsthaftigkeit der Befristung getäuscht. Dass die genannte Frist nur für ihn persönlich gilt, kann er nicht erkennen und muss daher auch nicht damit rechnen. Die Formulierung oder Gestaltung des Rabattbanners gibt ihm keine Veranlassung, die in seiner Rabattaktion genannte Frist nur als individuell auf ihn bezogene und nicht als für alle geltende aufzufassen. 47

bb. Die Beklagte wendet zwar ein, dass es für den einzelnen – nämlichen - Verbraucher keinen Unterschied mache, ob die Frist nur ihm gelte oder allgemein, weil der nämliche Verbraucher tatsächlich nur einmal den individuellen Rabattcode erhalte. Würde er nach Ablauf der Frist erneut auf die Internetseite der Beklagten gehen, würde ihm die individuelle Rabattaktion nicht angezeigt, sodass die Rabattaktion für den nämlichen Verbraucher tatsächlich beendet sei. Die Cookie-gesteuerte Rabattaktion sei vergleichbar mit Werbeaktionen per Flyer, die zu unterschiedlichen Zeiten an unterschiedliche Adressaten, wie Bewohner unterschiedlicher Straßenzüge, verteilt würden. 48

Dieser Sicht kann nicht gefolgt werden. Denn auch eine solche „analoge“ Aktion wäre nur dann zulässig, wenn für den Verbraucher der Charakter der Aktion erkennbar wäre und er erkennen könnte, dass die Frist, die für seinen Straßenzug genannt ist, auch nur für seinen Straßenzug gilt. Wenn er einen Flyer nur mit einer befristeten Rabattaktion bekommt, die aber allgemeingültig erscheint, und er später feststellt, dass Bewohner anderer Straßenzüge den Rabatt auch außerhalb der genannten Frist bekommen haben, wird er gleichermaßen enttäuscht sein. 49

Denn bei den individualisierten Rabattaktionen handelt es sich tatsächlich nicht um befristete Aktionen, wie sie der angesprochene Verkehr versteht. Entgegen der ausdrücklichen Ankündigung geht es der Beklagten nicht in erster Linie um eine zeitliche Beschränkung, denn die Beklagte ist bereit, über den angegebenen Zeitraum hinaus quasi jedermann einen Rabatt in derselben Höhe zu gewähren. Die Voraussetzung dabei ist – entgegen der Ankündigung in der Rabattwerbung - nicht die Einhaltung der Frist, sondern der erstmalige Besuch der Seite bzw. ein Besuch, den die Beklagte mangels wiedererkennbarer Cookies als erstmalig annimmt. Sie erweckt durch ihre Rabattaktionen aber den Anschein, als sei ein zeitlicher Druck gegeben, den es in Wirklichkeit nicht gibt, weil die Beklagte grundsätzlich bereit ist, jedem neuen und jedem nicht erkannten Besucher den Rabatt zu gewähren und zwar auch nach Ablauf der in der Anzeige genannten Frist.. 50

Der Verbraucher X, der die Befristung der Rabattaktion mangels anderweitiger Anhaltspunkte nur als allgemein gültig verstehen kann, fühlt sich unter Druck gesetzt, weil er denkt, dass die Einhaltung der Frist erforderlich sei, um den Rabatt zu erhalten. 51

cc. Es kommt – worauf die Klägerin zutreffend hinweist – auch nicht darauf an, wie viele Verbraucher die Rabattaktion tatsächlich mehrfach angezeigt bekommen, d.h. konkret mit verschiedenen Geräten mehrfach dieselbe Seite aufsuchen, sich im anonymisierten Modus im Internet bewegen oder regelmäßig Cookies löschen. Der Senat geht zwar davon aus, dass nicht nur Internetnutzer, die „etwas zu verbergen haben“, versuchen, möglichst ohne Spuren im Internet unterwegs zu sein, sondern auch Verbraucher, die besonders auf Datenschutz bedacht sind. Auch dürften 2019/2020 genügend Verbraucher neben Smartphones über einen PC oder Laptop verfügt haben, um eine Seite mit mehreren Geräten zu besuchen. Letztlich bedarf es aber keiner Feststellung darüber, wie groß der Anteil derer ist, denen die Rabattaktionen tatsächlich wiederholt angezeigt werden. Letzteres spielt zwar auch eine Rolle, entscheidend ist jedoch, dass jedem neuen Besucher der dem Verbraucher X angekündigte Rabatt – unabhängig von der diesem angezeigten Frist - gewährt wird und die dem Verbraucher X angezeigte Frist nur für ihn gilt und dies auch nur für den Fall, dass er keine Cookies löschen oder verhindern kann und ihm auch kein anderes Gerät zur Verfügung steht. In allen anderen Fällen und für alle anderen Verbraucher hat die Frist keine Wirkung. 52

dd. Die Beklagte vertritt die Ansicht, der Verbraucher X mache sich keine Gedanken darüber, ob ein Verbraucher Y später denselben Rabatt erhalte. Für Verbraucher X seien nur die für ihn geltenden Konditionen von Interesse und über diese irre er nicht. Auch diesem Ansatz kann nicht gefolgt werden. Denn für die geschäftliche Entscheidung eines Verbrauchers ist es wichtig, die Attraktivität und Günstigkeit eines Angebots einschätzen zu können. Sieht er – wie hier – ein auf einen nur kurzen Zeitraum befristetes Angebot mit einem Preisnachlass, wird er – besonders bei einem erheblichen Preisnachlass – annehmen, dass es sich um ein besonders günstiges Angebot handelt, welches der Unternehmer deshalb nur für kurze Zeit anbietet. Wüsste der Verbraucher X, dass der Preisnachlass in gleicher Höhe jedem weiteren Verbraucher, der neu oder „unerkannt“ die Seite der Beklagten besucht, angeboten wird, stellt sich der „Schnäppchen“-Charakter der Rabattaktion für Verbraucher X anders dar als ohne diese Kenntnis. Ein Preisnachlass, der nach und nach allen Neubesuchern und nicht erkannten Besuchern angeboten wird, ist aus seiner Sicht in seiner Attraktivität nicht vergleichbar mit einem „Schnäppchen“, das insgesamt nur für kurze Zeit angeboten wird. 53

c. Die Täuschung ist auch relevant. Denn wüsste ein Verbraucher, dass die in der ihm angezeigten Rabattaktion angegebene Frist keine allgemeingültige Begrenzung darstellt, sondern nur für ihn gilt und anderen der Rabatt auch nach Ablauf der Frist weiterhin gewährt würde, würde er die Günstigkeit des Angebots als geringer einschätzen. So wie die Aktion ihm entgegentritt, muss er aber annehmen, dass er sich – wie alle anderen - zwingend innerhalb der Frist entscheiden muss, dafür aber auch auf ein besonders günstiges Angebot hoffen darf. 54

4. Mit dem zweiten Antrag geht es der Klägerin um denselben Irreführungsaspekt. Sie trägt mit ihrer getrennten Antragstellung lediglich der geänderten Werbung der Beklagten Rechnung, die die nachfolgenden Rabatte konkret als „Erstbesucherrabatt“ oder „persönlicher Rabatt“ bezeichnet hat. Dies betrifft die Aktionen gem. den Anlagen K8 bis K10. Die ebenfalls erwähnte Rabattaktion gem. Anlage K7 war nicht gesondert als „Erstbesucherrabatt“ oder „persönlicher Rabatt“ bezeichnet und deshalb nicht als konkrete Verletzungsform zum Antrag zu Ziff. 2 in den Tenor zu übernehmen. Insoweit dürfte es sich um ein Versehen handeln, und die Anlage K7 noch zum Antrag zu Ziff. 1 gehören. 55

Auch durch die Benennung der Rabattaktionen ändert sich nichts an der Tatsache, dass verschiedene Erstbesucher- bzw. persönliche Rabatte als befristet angekündigt wurden, obwohl auch Erstbesucher, die nach der angegebenen Frist die Seite der Beklagten besucht haben, den entsprechenden Rabatt von 35% erhalten haben. Auch diese Bezeichnungen geben dem Verbraucher keinen Hinweis auf den Umstand, dass die angegebene Frist nur für ihn gilt. 56

5. Auch der Antrag zu Ziff. 3 orientiert sich an der veränderten Handhabung durch die Beklagte, nachdem sie nunmehr „Erstkäuferrabatte“ gewährt und diese beim Anklicken auf das Fragezeichen im Kreis erläutert. Die Anlage K11 war nicht in den Tenor aufzunehmen, weil es sich dabei nicht um eine ausdrückliche „Erstkäuferrabatt“-Aktion handelte. 57

Die in den Anlagen K12 und K14 wiedergegebenen „Erstkäuferrabatte“ werden zwar näher erläutert, wie in Anlage K13 dargestellt. Die Erläuterung betrifft jedoch lediglich die Voraussetzungen, unter denen ein „Erstkäuferrabatt“ gewährt wird. Nicht erläutert wird, dass die gesetzte Frist nur für den Verbraucher X, der „Erstkäufer“ ist, gilt, aber alle weiteren „Erstkäufer“ den Rabatt auch nach Ablauf der angezeigten Frist erhalten. Es besteht daher auch hier die gleiche Irreführungsgefahr wie in den zuvor genannten Fallvarianten. 58

6. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 59

Für die Zulassung der Revision besteht kein Anlass. Der Senat weicht mit seiner Entscheidung weder von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs ab noch hat die Sache über die Rechtsanwendung auf den Einzelfall hinaus grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 ZPO). Für die Entscheidung kommt es insbesondere nicht auf die Frage nach der grundsätzlichen Zulässigkeit des Einsatzes von sog. Cookie-gesteuerter Werbung an. Die Entscheidung beruht vielmehr allein auf einer Würdigung der konkreten Umstände des Einzelfalles. 60

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 200.000 EUR festgesetzt. 61

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE