MIR MEDIEN INTERNET und RECHT
Onlinepublikation zum Medien- und Internetrecht

Volltext zu MIR Dok.: 020/2008

Veröffentlicht in: MIR 01/2008

Gericht: Hanseatisches OLG

Aktenzeichen: 3 U 234/05

Entscheidungsdatum: 06.07.2006

Vorinstanz(en):

Permanenter Link zum Dokument: *http://www.medien-internet-und-recht.de/volltext.php?mir_dok_id=1484*

www.medien-internet-und-recht.de ISSN: 1861-9754

MEDIEN INTERNET und RECHT und alle in der Publikation/Zeitschrift enthaltenden Inhalte, Beiträge, Abbildungen und Veröffentlichungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Die Verlagsrechte erstrecken sich auch auf die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und deren Leitsätze, die urheberrechtlichen Schutz genießen, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung/Redaktion redigiert bzw. erarbeitet sind. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Nutzungs-/Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Diese Rechtsübertragung bezieht sich insbesondere auf das Recht des Verlages, das Werk zu gewerblichen Zwecken per Kopie (Mikrofilm, Fotokopie, CD-ROM, Dateikopien oder andere Verfahren in Online- und Printmedien etc.) zu vervielfältigen und/oder in elektronische oder andere Datenbanken aufzunehmen. Für unverlangt eingesandte Manuskripte wird keine Haftung übernommen. Mit Namen (Autor/Gericht/Quelle) gekennzeichnete Beiträge stellen ausdrücklich nicht unbedingt die Meinung der Redaktion dar.

Inhaltliche oder redaktionelle Fehler vorbehalten.

HANSEATISCHES OBERLANDESGERICHT
URTEIL
IM NAMEN DES VOLKES

In dem Rechtsstreit

Antragstellerin, Verfügungsklägerin, Berufungsklägerin,

gegen

Antragsgegnerin, Verfügungsbeklagte, Berufungsbeklagte,

hat das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg, 3. Zivilsenat, durch ….
nach der am 22.06.2006 geschlossenen mündlichen Verhandlung für Recht erkannt:

Die Berufung der Antragstellerin gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 29. September 2005 – Az.: 416 O 188/05 – wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens fallen der Antragstellerin zur Last.

Gründe

I.

Die Antragstellerin nimmt die Antragsgegnerin aus Wettbewerbsrecht auf Unterlassung in Anspruch.

Die Parteien sind Internet-Zugangs-Provider und stehen in unmittelbarem Wettbewerb.

Im März 2005 bewarb die Antragsgegnerin ihr DSL-Angebot mit einem Werbeprospekt (Anlage Ast 2). Die Parteien streiten um die Zulässigkeit einzelner in der Anlage ASt 2 enthaltenen Werbeaussagen.

Unter dem 12. April 2005 erwirkte die Antragstellerin eine einstweilige Verfügung des Landgerichts Hamburg, Zivilkammer 15, Az. 315 O 227/05, mit welcher der Antragsgegnerin bei Vermeidung der gesetzlichen Ordnungsmittel verboten wurde,

> im geschäftlichen Verkehr
>
> 1. …
> 2. DSL-Angebote mit der Bezeichnung „Flatrate“ oder „FlatratePLUS“ zu bewerben, solange es sich hierbei nicht um eigenständig und separat bestellbare, zeit- und volumenunabhängige Tarife handelt;
> …
> 4. DSL-Angebote wörtlich oder sinngemäß mit der Aussage „NEU: S… MAXXI-DSL – das gab’s noch nie!“
> zu bewerben;
> …
> 9. wörtlich oder sinngemäß mit der Aussage:
> „S… MAXXI-DSL für clevere DSL-Wechsler!“
> und/oder
> „Jetzt den günstigen DSL Wechsler-Tarif sichern!“
> jeweils im Zusammenhang mit einer Preisangabe zu werben, ohne darauf hinzuweisen, dass das Angebot nur mit bestehendem DSL-Anschluß in Anspruch genommen werden kann;
> 10. DSL-Angebote mit einer TÜV-Zertifizierung nach BS 7799-2 zu bewerben, insbesondere wenn dies wie folgt geschieht:
>
>
>
>
> 11. …

Im Hinblick auf den Unterlassungstenor zu 2., 4., 5., 6., 7., 9. und 10. legte die Antragsgegnerin unter dem 26. Juli 2005 Teil-Widerspruch ein. Nachdem die Parteien den Rechtsstreit hinsichtlich des Unterlassungstenors zu 5., 6. und 7. übereinstimmend für erledigt erklärt hatten, bestätigte das Landgericht Hamburg, KfH 16, mit Urteil vom 27. September 2005 die einstweilige Verfügung vom 12. April 2005 hinsichtlich des Unterlassungstenors zu 4. und zu 9. bezüglich der konkreten Verletzungsform. Bezüglich des weitergehenden Unterlassungstenors zu 4. und 9. sowie hinsichtlich des Unterlassungstenors zu 2. und 10. wurde die einstweilige Verfügung aufgehoben und der auf ihren Erlass gerichtete Antrag zurückgewiesen.

Zur Begründung führte das Landgericht aus, dass der Verkehr unter einer Flatrate im Wesentlichen und jeweils abhängig vom Umfeld der werblichen Aussage ein jedenfalls zeitunabhängiges und gegebenenfalls auch volumenunabhängiges Surfen verstehe. Diese Voraussetzungen erfülle die FlatratePlus der Antragsgegnerin. Dass dieser Flatrate-Tarif nicht separat buchbar sei und gewissermaßen automatisch gelte, nehme ihm nicht die Eigenschaft als Flatrate. Eine irreführende Werbung liege damit nicht vor. Auch im Hinblick auf die beworbene TÜV-Zertifizierung sei das Vorgehen der Antragsgegnerin nicht zu beanstanden. In der abstrakten Fassung habe das Verbot schon deshalb keinen Bestand haben können, weil die streitgegenständlichen TÜV-Angaben nicht in jedem werblichem Umfeld wettbewerbswidrig seien. Auch im Hinblick auf die konkrete Verletzungsform sei die Werbung nicht zu beanstanden. Der Verkehr werde die Zertifizierung in erster Linie ganz allgemein als Qualitätsmerkmal ansehen, nicht jedoch annehmen, dass der TÜV den beworbenen „Surfspaß“ untersucht habe. Da die TÜV-Zertifizierung in erster Linie Fragen der IT-Sicherheit

betreffe (Anlage AG 6), und es sich insoweit um einen für den DSL-Kunden durchaus relevanten Bereich handele, könne auch nicht davon ausgegangen werden, dass die erfolgte TÜV-Zertifizierung in Bezug auf die beworbenen DSL-Zugänge ohne Relevanz sei. Wegen der Einzelheiten der tatsächlichen Feststellungen sowie der rechtlichen Begründung des Landgerichts wird auf die angefochtene Entscheidung Bezug genommen.

Gegen dieses Urteil hat die Antragstellerin form- und fristgerecht Berufung eingelegt.

Mit der Berufung verfolgt die Antragstellerin die Verfügungsanträge zu 2. und zu 10. weiter, den Verfügungsantrag zu 2. jedoch nur noch im Hinblick auf die konkrete Verletzungsform.

Zur Begründung wiederholt und vertieft die Antragstellerin ihr erstinstanzliches Vorbringen. Danach sei die Bezeichnung des Angebots der Antragsgegnerin als „Flatrate“ bzw. „FlatratePlus“ irreführend (Unterlassungstenor zu 2.). Als Pauschaltarif oder Flatrate würden meist Angebote für einen Internet-Zugang zu einem festen, meist monatlich zu entrichtenden Pauschalpreis, ohne Zeit- oder Traffic-Begrenzung bezeichnet (Anlagen Ast 4 und Ast 5). Weiter werde erwartet, dass ein solcher Tarif eigenständig und separat bestellt oder, wenn hieran kein Interesse bestehe, weggelassen werden könne. Dieser Erwartung der angesprochenen Verkehrskreise werde das beworbene Angebot der Antragsgegnerin jedoch nicht gerecht. Eine eigenständige Bestellmöglichkeit für die „FlatratePlus“ bestehe -entgegen der Verbrauchererwartung- nicht. Vielmehr werde stets dann nach der „FlatratePlus“ abgerechnet, wenn das in den einzelnen Zugangstarifen enthaltene Freivolumen überschritten werde (Anlagen Ast 2 und Ast 7). Mithin stelle die „FlatratePlus“ lediglich ein Modell zur Abrechnung von Traffic-Mehrverbrauch innerhalb eines kostenpflichtigen DSL-Zugangstarifs dar. Die angesprochenen Verkehrskreise würden auch insoweit getäuscht, als nicht hinreichend über die weiteren Kosten der zugrunde liegenden DSL-Anschlusstarife (z.B. € 16,95/Monat für den Tarif S… MAXXI DSL 1000) bzw. DSL-Zugangstarife (z.B. € 2,95/Monat für das S… MAXXI-DSL Paket A) hingewiesen werde.

Im Hinblick auf die Werbung mit der TÜV-Zertifizierung nach BS 7799-2 (Unterlassungstenor zu 10.) vertritt die Antragstellerin die Ansicht, dass den angesprochenen Verkehrskreisen der falsche Eindruck vermittelt werde, dass die Zertifizierung des TÜV sich unmittelbar mit dem „optimalen DSL Surfspaß“ beschäftigt habe, dass also Gegenstand der Zertifizierung durch den TÜV auch die Qualität des beworbenen DSL-Internet-Zugangs gewesen sei. Dies sei jedoch -unstreitig- nicht der Fall gewesen, denn Gegenstand der Zertifizierung durch den TÜV sei lediglich das Rechenzentrum der Antragsgegnerin gewesen. Dieses spiele im Zusammenhang mit den beworbenen DSL-Zugangstarifen jedoch nur eine untergeordnete Rolle (Anlagen ASt 18 und ASt 19). Die Antragstellerin meint, dass die Antragsgegnerin darlegungs- und glaubhaftmachungspflichtig dafür sei, dass die erfolgte TÜV-Zertifizierung auch die von der Antragsgegnerin aufgeführten Aspekte hinsichtlich des DSL-Bereichs eingeschlossen habe. Dazu genüge die Vorlage der Anlage AG 6 nicht.

Die Antragstellerin beantragt,

das Urteil des Landgerichts Hamburg hinsichtlich der Anträge Ziff. I. 2 und 10 wie folgt abzuändern und die Beklagte wie folgt zu verurteilen:

Der Beklagten wird es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis € 250.000,00, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu vollstrecken an ihrem Vorstand,

verboten

im geschäftlichen Verkehr

1. DSL-Angebote mit der Bezeichnung „Flatrate“ oder „FlatratePLUS“ zu bewerben, solange es sich hierbei nicht um eigenständig und separat bestellbare, zeit- und volumenunabhängige Tarife handelt,
wenn dies wie folgt geschieht:

2. DSL-Angebote mit einer TÜV-Zertifizierung nach BS 7799-2 zu bewerben, insbesondere wenn dies wie folgt geschieht:

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen

Die Antragsgegnerin tritt der Berufung der Antragstellerin unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrages entgegen.
Die Verwendung der Bezeichnung „FlatratePlus“ sei nicht irreführend. Unter der Bezeichnung „Flatrate“ verstehe der Verbraucher einen Tarif, der ein unbeschränktes Surfen ohne zeit- oder volumenabhängige Begrenzung erlaube. Diesem Verständnis entspreche auch die „FlatratePlus“ der Antragsgegnerin. Die Verbrauchererwartung gehe jedoch nicht dahin, dass es sich bei einer „Flatrate“ stets um einen eigenständigen Tarif, nicht jedoch um eine Zusatzoption handeln dürfe. Dem stünden schon die verschiedenen am Markt angebotenen Flatrate-Varianten entgegen (Anlagen AG 1, AG 2 und AG 7). Außerdem werde das Angebot der Antragsgegnerin als „FlatratePlus“ bezeichnet, so dass eine hinreichende Abgrenzung von dem ansonsten verwendeten Begriff der „Flatrate“ erfolge. Zudem werde in dem zugehörigen Sternchenhinweis ausreichend darauf hingewiesen, dass es sich bei der „FlatratePlus“ um einen Ergänzungstarif handele, denn dort heiße es ausdrücklich „Bei Traffic-Mehrnutzung im jeweiligen Monat zusätzlich nur 9,90 € für FlatratePlus“ (Anlage Ast 2).

Auch auf die weiter anfallenden Kosten werde hinreichend hingewiesen (Anlage Ast 2). Zudem seien etwaige Versäumnisse in dieser Hinsicht von dem gestellten Unterlassungsantrag nicht umfasst.

Die Antragsgegnerin trägt vor, dass sie die Zertifizierung des TÜVs nach BS 7799-2 zwar für ihr Rechenzentrum erhalten habe. Diese Zertifizierung habe jedoch auch den DSL-Bereich eingeschlossen, denn der DSL-Zugang werde über das Rechenzentrum erst ermöglicht. Gegenstand der Zertifizierung seien nämlich die Prozesse hinsichtlich der Server gewesen, über die das DSL-Zugangsangebot erbracht werde, und zwar

- die Einwahl in das Internet,
- die Vergabe und Protokollierung einer IP-Adresse,
- die genaue Berechnung des verbrauchten Traffic-Volumens und
- die Verwaltung und Sicherheit der Kundendaten (z.B. Passwortschutz und -kontrolle).

Die genannten Leistungen spielten für die Qualität und Sicherheit des beworbenen DSL-Angebots auch eine zentrale Rolle (Anlage AG 6).

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze samt Anlagen sowie das Protokoll der Berufungsverhandlung vom 22. Juni 2006 verwiesen.

II.

Die Berufung der Antragstellerin ist zulässig, aber unbegründet.

Das Landgericht hat zu Recht den weitergehenden Verfügungsantrag der Antragstellerin zurückgewiesen.

1. Die von der Antragsgegnerin auf Seite 1 des Werbeprospekts verwendete Bezeichnung „FlatratePLUS“ (Anlage Ast 2) ist nicht irreführend, so dass der Antragstellerin der Unterlassungsanspruch zu 2. gemäß §§ 3, 5, 8 Abs. 1 UWG nicht zusteht.

Gegenstand der geltend gemachten Verbots ist die Bewerbung von DSL-Angeboten unter Verwendung der Bezeichnung „Flatrate“ oder „FlatratePlus“, solange es sich hierbei nicht um eigenständig und separat bestellbare, zeit- und volumenabhängige Tarife handelt, wobei der Anspruch in der Berufungsinstanz nur noch beschränkt auf die konkrete Verletzungsform der ersten Seite des Werbeprospekts (Anlage Ast 2) geltend gemacht wird.

Maßgebend für die Beurteilung einer Werbeaussage nach § 5 UWG ist das Verständnis des angesprochenen Verkehrs. Die von der Verfügungsklägerin beanstandete Werbung betrifft den Zugang zum Internet, Leistungen, die über das Internet realisiert werden können und die damit verbundenen Kosten. Sie hat also Dienstleistungen des täglichen Bedarfs sowie deren Kosten zum Gegenstand und wendet sich darüber hinaus an die breite Öffentlichkeit, so dass auch die Mitglieder des Senats als Adressaten der Werbung angesprochen sind und der Senat selbst beurteilen kann, wie eine solche Werbung aufgefasst wird (BGH GRUR 2002, 182, 184 – Das Beste jeden Morgen). Für das Verkehrsverständnis ist die durch die Werbung vermittelte Vorstellung eines situationsadäquat aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers maßgebend (BGH GRUR 2002, 550 (552) Elternbriefe; BGH WRP 2003, 275 – Thermal Bad), der die Werbung mit dem Wissen und den Erfahrungen eines durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers zur Kenntnis nimmt (BGH GRUR 2004, 244 (245) – Marktführerschaft; BGH WRP 2005, 480 – Epson Tinte).

Unter Berücksichtigung dieser Maßstäbe ist die Wahl der Bezeichnung „FlatratePlus“ für die von der Antragsgegnerin angebotene zeit- und volumenunabhängige Abrechnung bei Überschreitung der vertraglich vereinbarten Freivolumina nicht irreführend.

Soweit die Antragstellerin rügt, dass die angesprochenen Verkehrskreise nicht hinreichend über die weiteren Kosten der zugrunde liegenden DSL-Anschlusstarife bzw. DSL-Zugangstarife hingewiesen würden, findet dies keinen Niederschlag in dem gestellten Unterlassungsantrag, ist mithin nicht streitgegenständlich.

Ausgehend vom allgemeinen Wortsinn wird die Bezeichnung „Flatrate“ bzw. „FlatratePlus“ von den angesprochenen Verkehrskreisen als Pauschaltarif verstanden, nach dem die Internetnutzung regelmäßig zeit- und/oder volumenunabhängig abgerechnet wird (Anlagen AG 7). Diesen Verkehrserwartungen wird die „FlatratePlus“ -unstreitig- gerecht, denn bei Überschreiten des in dem jeweils vereinbarten Internet-Tarif enthaltenen monatlichen Freivolumens erfolgt die Abrechnung der Internetnutzung durch die Antragsgegnerin mit einem monatlichen Pauschalbetrag, ohne dass es auf die weitere zeitliche Dauer oder das Volumen des Internetnutzung ankäme.

Zudem ergibt die Gestaltung der streitgegenständlichen Werbeseite, dass dem Kunden keine gesonderten Einzelleistungen, sondern ein Paket aus der „FlatratePlus“ für € 9,90/Monat einerseits und dem DSL-Anschluss inkl. Freivolumen für € 16,95 anderseits angeboten wird. Die genannten Teile dieses Pakets werden besonders hervorgehoben in den beiden gezackten und sich überschneidenden Kreisen ausdrücklich benannt und beworben.

Dass die angesprochenen Verkehrskreise demgegenüber erwarten, dass eine Flatrate stets eigenständig und separat bestellt werden kann, hat die Antragstellerin weder dargelegt, noch glaubhaft gemacht. Diese Annahme liegt auch eher fern, weil am Markt verschiedene Varianten von Flatrates angeboten werden. Dem Senat ist aus verschiedenen vorangegangenen wettbewerbsrechtlichen Verfahren bekannt, dass zahlreiche Anbieter ihre preisgünstigen Flatrates nur denjenigen Kunden anbieten, die auch den Internetanschluss und den Internetzugang bei ihnen bestellen. Eine Möglichkeit, die preisgünstige Flatrate eigenständig und separat zu buchen, besteht in diesen Fällen nicht. Außerdem werden am Markt verschiedene „Teil-Flatrates“ angeboten, die erst ab einem bestimmten Verbrauch einsetzen (Anlage AG 7).

Selbst wenn insoweit bei den angesprochenen Verkehrskreisen eine Fehlvorstellung bestünde, würde diese durch den Sternchenhinweis ausgeräumt. Die Angabe „FlatratePlus* 9,90 €/Mon.*“ enthält zwei Sternchen (*), welche am unteren Rand der streitgegenständlichen Werbeseite aufgelöst werden. Dort heißt es:

> *„* Preise inkl. 16 % MwSt., Laufzeit jeweils 12 Monate, Kündigung jederzeit mit 1 Monat zum Vertragsende möglich. Bereitstellungspreis entfällt bei Bestellung eines MAXXI-DSL-Tarifes ab 2.048 KBit/s, sonst 99,95 €. Angebot 16,95 €/Monat inkl. DSL-Anschluss (mit bis zu 1.024 KBit/s) und 1.000 MB Freivolumen. Bei Traffic-Mehrnutzung im jeweiligen Monat zusätzlich nur 9,90 € für FlatratePlus; …(Anlage Ast 2).*

Diese Angaben machen hinreichend deutlich, dass bei Überschreitung des vereinbarten monatlichen Freivolumens von 1.000 MB stets eine zeit- und volumenunabhängige Abrechnung erfolgt, die mit zusätzlichen pauschalen Kosten von € 9,90 in dem Monat der Volumenüberschreitung verbunden ist.

2. Auch die von der Antragsgegnerin auf der Rückseite des Werbeprospekts verwendeten Angaben zur TÜV-Zertifizierung (Anlage Ast 2) sind nicht irreführend, so dass der Antragstellerin der Unterlassungsanspruch zu 10. gemäß §§ 3, 5, 8 Abs. 1 UWG nicht zusteht. Auch insoweit ist für die Beurteilung der Werbeangaben nach § 5 UWG das Verständnis des angesprochenen Verkehrs maßgebend.

Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, besteht ein Unterlassungsanspruch im Hinblick auf die beantragte abstrakte Verbotsfassung schon deshalb nicht, weil die streitgegenständlichen Angaben zur TÜV-Zertifizierung nicht in jedem werblichem Umfeld wettbewerbswidrig sind. Die Antragsgegnerin verfügt tatsächlich über die genannte TÜV-Zertifizierung BS 7799-2. Nach dem unstreitigen Parteivorbringen bezieht sich diese Zertifizierung jedenfalls auf die Sicherheit des Rechenzentrums der Antragsgegnerin. Da die TÜV-Zertifizierung in erster Linie Fragen der IT-Sicherheit betrifft (Anlage AG 6), und es sich insoweit um einen auch für den DSL-Kunden durchaus relevanten Bereich handelt, kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass die erfolgte TÜV-Zertifizierung in Bezug auf das beworbene DSL-Angebot ohne Relevanz ist.

Die Antragsgegnerin hat auch nicht hinreichend dargelegt, dass die angesprochenen Verkehrskreise aufgrund der Angaben zur TÜV-Zertifizierung zu der falschen Ansicht gelängen, dass der TÜV gerade das beworbene DSL-Angebot der Antragsgegnerin untersucht und zertifiziert habe.

Auch aus den neben dem TÜV-Logo befindlichen Angaben ergibt sich nichts anderes. Dort heißt es:

> *„Die S… Qualität und unser Service sichern ihren optimalen DSL Surfspaß. Mit über 1 Million Kundenverträgen sind wir einer der führenden Internet-Dienstleister in Europa“.*

Damit nimmt die Antragsgegnerin in erster Linie auf ihre Qualität und ihren Service Bezug. Dass der dort genannte „optimale DSL Surfspaß“ Gegenstand der Untersuchungen des TÜVs gewesen wäre ergibt sich daraus hingegen nicht. Mit dem Landgericht ist deshalb davon auszugehen, dass der Verkehr die Angaben zur Zertifizierung in erster Linie als allgemeines Qualitätsmerkmal in Bezug auf die Antragsgegnerin ansehen wird.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.