



OBERLANDESGERICHT HAMM

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

Aktenzeichen: 4 U 175/04

Entscheidung vom 27. Januar 2005

In dem Rechtsreit

...
gegen
...

hat der 4. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Hamm auf die mündliche Verhandlung vom ... durch die Richter ... für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Antragstellerin wird das am 9. September 2004 verkündete Urteil der III. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Dortmund abgeändert.

Der Antragsgegnerin wird bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes in Höhe von bis zu 250.000,- EUR, ersatzweise Ordnungshaft- oder einer Ordnungshaft verboten, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs einen Vorteil von 300 Freiminuten und/oder mehr als 300 Freiminuten für die Bestellung von Produkten der Antragsgegnerin auszuloben, wenn tatsächlich nur eine Rechnungsgutschrift gewährt wird, der nur dann 300 Minuten telefonieren entsprechen, wenn die Telekommunikationsdienstleistungen der Antragsgegnerin in bestimmten Tarifen, Tarifzonen und Zeiträumen in Anspruch genommen werden, insbesondere, wenn dies geschieht, wie in den in Kopie als Anlage Ast 1 -Ast 4 der Antragschrift beigefügten Anzeigen.

- im Original werden hier die Anlagen abgedruckt -

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

Die zulässige Berufung ist begründet, weil der Antragstellerin der geltend gemachte Unterlassungsanspruch zusteht und auch ein Verfügungsgrund vorliegt.

1) Der Antrag ist nicht zu beanstanden, weil er trotz des "insbesondere-Zusatzes" bestimmt genug im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO ist. Ein solcher Zusatz ist hier unbedenklich, weil die Antragstellerin im Rahmen

eines weitergehend formulierten Antrags am Beispiel der konkreten Verletzungsform das Charakteristische der Verletzung erläutert und verdeutlicht (BGH WRP 1999, 509, 511 -Kaufpreis je nur 1,DM). Darin ist weder eine Einschränkung noch eine Erweiterung des Antrags, sondern eine Auslegungshilfe zu erblicken (Köhler/Piper, UWG, 3. Auflage, Vor § 13 Rdn. 290), die dann auch die von der Antragsgegnerin in erster Instanz geäußerten Bedenken entfallen lässt.

2) Das Landgericht hat zu Unrecht einen Verfügungsgrund verneint. Die für die Antragstellerin streitende Dringlichkeitsvermutung des § 12 Abs. 2 UWG ist hier ebenso wie in dem den Parteien bekannten Rechtsstreit 4 U 128 / 04 des Senats umgekehrten Rubrums- nicht widerlegt.

a) Die Antragstellerin hat vorgetragen und durch die Zeugen N und X an Eides statt versichert, dass sie erst am 29. Juli 2004 durch eine E-Mail ihres Prozessbevollmächtigten Kenntnis von dem beanstandeten Internetauftritt der Antragsgegnerin erlangt hat. Die Zeugen sind im Konzern der W-Gruppe auch für die Prüfung, Abwehr und Verfolgung wettbewerbsrechtlicher Ansprüche allein zuständig. Der Verfügungsantrag ist bereits am 16. August 2004 bei Gericht eingegangen und damit in erheblich kürzerer Zeit als einem Monat. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats kann die Dringlichkeitsvermutung grundsätzlich erst dann als widerlegt angesehen werden, wenn die Antragstellerin in einem Zeitraum nach Kenntnis der maßgeblichen Beschäftigten vom Wettbewerbsverstoß, der jedenfalls länger ist als ein Monat, mit der Geltendmachung des Verfügungsantrages zugewartet hat.

b) Die Dringlichkeitsvermutung kann nur durch einen Nachweis der frühzeitigen positiven Kenntnis der Antragstellerin von der beanstandeten Internetwerbung widerlegt werden, weil es entscheidend auf die innere Einstellung der Antragstellerin zur vermuteten Eilbedürftigkeit ankommt. Eine positive Kenntnis der Antragstellerin ist von der Antragsgegnerin nicht glaubhaft gemacht worden. Sie ist hier auch nicht als Folge besonderer Umstände ausnahmsweise zu vermuten. Eine solche Vermutung ergibt sich insbesondere nicht daraus, dass die Antragsgegnerin schon seit Jahren insbesondere in den Rechnungsbelegern zu den monatlichen Gebührenrechnungen so für eine Teilnahme an Rechnung Online geworben hat. Daraus folgt zum einen nicht zwingend, dass die zuständigen Mitarbeiter der Antragstellerin diese Art der Werbung gekannt haben. Dies gilt auch für den Zeugen X, selbst wenn er sich im Februar 2004 den Internetauftritt der Antragsgegnerin jedenfalls teilweise angesehen haben muss. Die Antragsgegnerin hat auch nicht dargelegt, dass es im Bereich der Holding noch weitere Personen geben muss, deren Kenntnis sich die Antragstellerin zurechnen lassen müsste, um welche Personen es sich dabei handeln könnte und wann und wie diese Personen Kenntnis von dieser Art der Werbung erlangt haben müssten. Einer solchen mutmaßlichen Kenntnis steht zum anderen auch entgegen, dass die Werbung der Antragsgegnerin für die Teilnahme an Rechnung Online über die fraglich Zeit nicht gleich geblieben ist, sondern immer drastischer geworden ist. So hat die Antragsgegnerin im Jahre 2002 im Internet mit einem Newsletter noch zutreffend damit geworben, dass für die Teilnahme eine einmalige Rechnungsgutschrift in Höhe von 4,80 Euro erteilt werde (Bl.83) und in den Rechnungsbelegern der Jahre 2002 und 2003 dann "bis zu 300 Freiminuten" dafür versprochen. Nach dem eigenen Vorbringen der Antragsgegnerin wurde erst im Mai 2004 zunächst in weniger auffälliger Form die Gutschrift von 300 Freiminuten, später auch von "300 Freiminuten und mehr" versprochen. Erstmals mit der beanstandeten Pop-Up Werbung im Internet wurden schließlich die zu erlangenden 300 Freiminuten blickfangmäßig besonders hervorgehoben. Allein daraus folgt schon, dass selbst eine Kenntnisnahme der Werbung vor Mai 2004 der Kenntnis von der beanstandeten Werbung nicht gleichgestellt werden könnte, weil die Antragstellerin auf die unterschiedliche Werbung auch nicht in gleicher Weise zu reagieren brauchte.

3) Ein Verfügungsanspruch der Antragstellerin ergibt sich hier als Unterlassungsanspruch aus §§ 8 Abs. 1; 3, 5 UWG, weil die beanstandeten Werbeaussagen irreführende Angaben zum Gegenstand haben.

a) Die Antragstellerin ist als Mitbewerberin nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG aktivlegitimiert. Sie ist Mitbewerberin im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG, weil sie als Anbieterin von Internet-Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis zur Antragsgegnerin steht.

b) Der Antragstellerin steht nach § 8 Abs. 1 UWG ein Unterlassungsanspruch gegen die Antragsgegnerin zu, weil diese mit der beanstandeten Werbung für Internet-Dienstleistungen eine unlautere Wettbewerbshandlung

im Sinne des § 3 UWG vorgenommen hat. Nach § 5 Abs. 1 UWG hat sie irreführend geworben. Ihre Werbung ist irreführend, wenn die in ihr enthaltenen Angaben wie im vorliegenden Fall einen unrichtigen Eindruck hervorrufen, der geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber oder der Verbraucher nicht unerheblich zu beeinträchtigen.

aa) Die beanstandete Werbung der Antragsgegnerin mittels eines Pop-up-Fensters im Internet richtete sich zwar an die eigenen Kunden, diente aber ebenso wie deren weitere beanstandete Internetauftritte der Förderung des eigenen Absatzes und Gewinns durch Verminderung der durch die Flut der monatlich zu versendenden Rechnungen entstehenden Kosten und stellte damit eine Wettbewerbsbehandlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG dar.

bb) Die beanstandeten Werbeaussagen mit dem Versprechen von 300 Freiminuten oder mehr als 300 Freiminuten für die Teilnahme an Rechnung Online enthalten irreführende Angaben, wobei es ausreicht, dass die Angaben zur Irreführung geeignet sind. Das gilt zunächst für den Auftritt im wiedergegebenen Pop-up-Fenster (Bl.14 d.A.). Hier steht im Vordergrund und zugleich auch im Blickfang das Angebot von 300 -die Zahl ist besonders groß dargestellt und hervorgehoben- Freiminuten, die der Kunde erhält, wenn er Rechnung Online bei der Antragsgegnerin bestellt. Nach wie vor kommt es zunächst darauf an, welchen Inhalt die angesprochenen Verkehrskreise dieser Werbeaussage in diesem Zusammenhang entnehmen und ob dieser mit der Wirklichkeit übereinstimmt (BGH GRUR 1998, 949, 950 -D-Netz-Handtelefon).

(1) Adressaten der beanstandeten Werbung sind im vorliegenden Fall die Internetnutzer und Kunden der Antragsgegnerin. Bei deren Marktanteil sind das zugleich die allgemeinen Verkehrskreise, so dass auf den durchschnittlich -und situationsbedingt- aufmerksamen, informierten und verständigen Verbraucher abzustellen ist. Der Werbeaussage entnimmt jedenfalls ein erheblicher Teil dieser Verkehrskreise nach dem eindeutigen Wortlaut, dass ihnen zu den genannten Bedingungen 300 Freiminuten zur Verfügung stehen, sie also 300 Minuten lang im Netz der Antragsgegnerin telefonieren können, ohne dass ihnen dafür Benutzungsgebühren berechnet werden. Zwar werden die Verbraucher wohl nicht annehmen, dass sie damit ohne jede Einschränkung kostenlos telefonieren können, wie, wann und wohin sie wollen, weil ihnen die teils erheblichen Preisunterschiede bei den Nutzungsgebühren bekannt sind. Sie gehen aber mangels jeder erkennbarer Beschränkung davon aus, die ihnen so ausschließlich und betont angebotenen Freiminuten im Rahmen der persönlichen und geschäftlichen Inlandsgespräche ins deutsche Festnetz der Antragsgegnerin nutzen zu können. Dem entspricht es auch, dass sowohl die Antragsgegnerin als auch andere Anbieter Freiminuten oder Inklusiv-Minuten uneingeschränkt für Gespräche ins deutsche Festnetz anbieten und somit fast übereinstimmend nur Auslandsgespräche und Sondernummern ausnehmen (vgl. etwa Bl. 22, 24, 28). Das kann der Senat, dessen Mitglieder Kunden der Antragsgegnerin geblieben und somit Teil der angesprochenen Verbraucher sind, auch selbst beurteilen.

(2) Die so verstandene Werbeaussage entspricht nicht der Wahrheit. Die angesprochenen Kunden erhalten keine 300 Freiminuten, sondern ein Guthaben in Höhe von 5 ¢, welches mit der nächsten Fernsprechnung verrechnet wird. Es ist auch nicht so, dass die eindeutig unterschiedlichen Gegenstände jedenfalls in wirtschaftlicher Hinsicht zumindest annähernd vergleichbar sind. 300 Freiminuten und 5 ¢ Gesprächsguthaben bei der Antragsgegnerin entsprechen sich nur unter ganz bestimmten Tarifbedingungen, bei denen ein günstiger Zeitpunkt außerhalb der üblichen Geschäftszeiten mit einem Telefonat im sogenannten Orts- und Nahbereich und einem besonderen Tarif mit einem bestimmten monatlichen Grundpreis zusammenkommen. Unter anderen, auch nicht gerade ungewöhnlichen Bedingungen, wie etwa bei Anrufen zu den Geschäftszeiten und außerhalb des angesprochenen Bereiches und bei einem anderen Tarif können für den Betrag von 5 ¢ gerade nicht 300 Minuten, sondern kann nur eine erheblich geringere Zeit telefoniert werden, zum Beispiel beim T-Net Standard Tarif bei Gesprächen, die in der Zeit von 7 -18 Uhr außerhalb des Citybereichs geführt werden, nur weniger als 45 Minuten (vgl. Bl. 33). Das ist für den Verbraucher auch aus wirtschaftlicher Sicht ein ganz erheblicher Unterschied. Hinzu kommt noch, dass verschiedene Verbraucher im Monat weit weniger als 300 Minuten telefonieren. Bei denen wird dann in Wirklichkeit ein Anteil des monatlichen Grundpreises gutgeschrieben; sie können aber im Folgemonat die Inanspruchnahme der Freiminuten nicht mehr fortsetzen.

(3) An der hier vorliegenden und ausreichenden Eignung zur Irreführung ändert sich auch nichts mehr dadurch, dass der Verbraucher durch eine Information, auf die ein Stern hinweist, alsbald erfahren könnte, dass er einer Fehlvorstellung erlegen ist. Zwar kann angesichts des neuen Verbraucherleitbildes eine blickfangmäßig herausgestellte Angabe, die nur die halbe Wahrheit erhält und deshalb für sich genommen irreführend ist, durch eine erläuternde und irrtumsausschließende Aufklärung ergänzt werden. In solchen Fällen kann ein Stern oder ein anderes hinreichend deutliches Zeichen, das den Verbraucher zu dem aufklärenden Hinweis führt, genügen. Der Hinweis muss aber auch klar sein, am Blickfang teilhaben und dadurch eine Zuordnung zu den herausgestellten unvollständigen Angaben wahren (vgl. BGH GRUR 2003, 163 -Computerwerbung II; BGH GRUR 2000, 911, 913 -Computerwerbung I). Alles das kann aber gerade nicht gelten, wenn der Blickfang selbst eine objektive Unrichtigkeit enthält. Eine solche Werbung kann im Regelfall auch dann nicht zugelassen werden, wenn ein Sternchenhinweis eine Korrektur enthält (vgl. Baumbach/ Hefermehl/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 23. Auflage, § 5 UWG Rdn. 2.92; 2.95). Das gilt hier. Die im Blickfang erscheinende Werbung ist nicht ersichtlich unvollständig, so dass der Verbraucher erkennen muss, dass der Blickfang nicht vorbehaltlos gilt. Es ist für den angesprochenen Verbraucher gerade nicht klar, dass die zusätzlich angebotene "Info" zum Verständnis erforderlich ist und somit zwingend aufgerufen werden müsste. Auch der verständige und situationsbedingt aufmerksame Verbraucher kann sich hier also ohne weiteres mit der blickfangmäßigen Information begnügen, dass er zu den üblichen Konditionen 300 Freiminuten erhält, wenn er auf Rechnung Online umsteigt. Die somit selbständig zu würdigende Blickfangwerbung ist aber -wie ausgeführt- objektiv unrichtig. Die Zusatzinformation kann deshalb auch keine weitere Aufklärung bringen, die einer falschen Vorstellung entgegenwirken soll, sondern nur eine Richtigstellung. Dieser richtigstellende Zusatz kann die Eignung zur Irreführung nicht mehr beseitigen. Selbst wenn das Aufrufen der Zusatzinformation nunmehr beim Kunden die richtige Tatsachenkenntnis verschaffen würde, wäre das im Sinne des § 5 UWG nach wie vor unbeachtlich, weil er veranlasst wurde, sich durch die unrichtige Angabe ernsthaft und näher mit dem beworbenen Produkt zu befassen.

(4) Die Fehlvorstellung ist hier auch wettbewerbsrechtlich relevant. Dazu ist erforderlich, dass die täuschende Werbeangabe gerade wegen ihrer Unrichtigkeit bei ungezwungener Betrachtung geeignet ist, die wirtschaftliche Entschließung des Publikums zu beeinflussen. Diese Werbung ist zumindest dazu geeignet, zu einem unerwünschten Anlockeffekt zu führen. Bei einer solchen Werbung mit einer unrichtigen Aussage wird der Wettbewerb auf dem fraglichen Markt auch nicht nur unwesentlich beeinflusst. Die Antragsgegnerin hat sich von dieser Art der Werbung einen Vorteil versprochen, weil sie sonst nicht so geworben hätte. Daran muss sie sich festhalten lassen. Es ist kein vernünftiger Grund ersichtlich, warum eine solche Werbung mit einer eindeutig falschen Angabe gestattet werden sollte (vgl. BGH GRUR 2002, 715, 716 -Scanner-Werbung), zumal ein solches Verhalten auch nur zur Nachahmung reizen würde, wenn es ohne Sanktion bliebe. Es kommt noch hinzu, dass die Antragsgegnerin hier über ihr Angebot ohne jedes Problem zutreffend und unmissverständlich hätte informieren können, wie sie selbst mit der schon erwähnten ursprünglichen Werbung für Rechnung Online vom 27. Juni 2002 mit der Ankündigung einer Gutschrift von einmalig 4,80 € unter Beweis gestellt hat.

cc) Ob im Hinblick auf die Werbung mit dem Angebot von mehr als 300 Freiminuten im Netz von T-Com für ein Umsteigen auf Rechnung Online (vgl. Bl. 16, 17) im Hinblick auf die andere Gestaltung der Werbung und die Fußnote etwas anderes gelten könnte oder ob auch insoweit die unrichtige Aussage nicht mehr irrtumsausschließend richtig gestellt werden kann, kann dahin stehen. Denn bei dieser Werbung reicht der Fußnotenhinweis wohl schon deshalb nicht, weil er weder klar erkennbar noch sofort ins Auge fallend ist. Er wird nämlich nicht unmittelbar unter der umstrittenen Angabe gemacht, sondern erst am Ende der Internetseite, das man nicht sofort sieht, sondern erst durch ein Herunterscrollen erreicht. Entscheidend ist aber ebenso wie bei der weiteren Werbung mit "Jetzt umsteigen und 300 Freiminuten sichern!" (Bl. 18), dass die Zusatzinformation dahin, dass es in Wirklichkeit nur um eine Gutschrift geht und mit dem Betrag mit aktiv-plus im citytarif bis zu 312,5 Minuten im Netz der T-Com kostenlos telefoniert werden kann, zur völligen Richtigstellung immer noch nicht ausreicht. Sie sagt nichts darüber, dass es bei anderen Gesprächen ins inländische Festnetz nur zu ganz erheblich weniger Freiminuten kommen kann.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Ziffer 10, 711, 713 ZPO.

(Unterschriften)