



HANSEATISCHES OBERLANDESGERICHT HAMBURG

IM NAMEN DES VOLKES

BESCHLUSS

Aktenzeichen: 5 U 169/05

Entscheidung vom 12. April 2006

In dem Rechtsstreit

...

gegen

...

hat das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg, 5. Zivilsenat, durch die Richter ... nach der am 29. März 2006 geschlossenen mündlichen Verhandlung für Recht erkannt:

I. Auf die Berufung der Antragstellerin wird das Urteil des Landgerichts Hamburg, Kammer 7 für Handelssachen, vom 31.5.2005 (407 O 96/05) abgeändert.

Im Wege der einstweiligen Verfügung wird der Antragsgegnerin bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes und für den Fall, dass dieses nicht vollstreckt werden kann, einer Ordnungshaft oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten (Ordnungsgeld im Einzelfall höchstens ? 250.000,-; Ordnungshaft insgesamt höchstens 2 Jahre) verboten,

im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Internetdienstleistungen, die mittels der DSL-Technologie vermittelt werden und für deren Nutzung ein Telefonanschluss der Deutschen Telekom AG Voraussetzung ist, insbesondere (?freenet DSL?) zu bewerben und/oder bewerben zu lassen, ohne darauf hinzuweisen, dass ein solches Angebot nur mit einem Telefonanschluss der Deutschen Telekom AG genutzt werden kann.

II. Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Antragsgegnerin.

Gründe:

I.

Die Parteien sind Wettbewerber bei der Zugangsvermittlung zum Internet im Wege der DSL-Technologie. Bei der Antragsstellerin handelt es sich um ein seit dem 27.12.2004 existierendes Tochterunternehmen der T. AG, die wiederum ein Tochterunternehmen der Deutschen Telekom AG ist. Die DSL-Leistungen der Antragsgegnerin für den Zugang in das Internet setzen das Vorhandensein eines Telefonanschlusses der Deutschen Telekom AG voraus. Im Gegensatz zu anderen Anbietern wie etwa den Firmen Arcor und HanseNet, die ebenfalls DSL-Internetzugänge zur Verfügung stellen, verfügt die Antragsgegnerin nicht über eigene Telefonanschlüsse, auf denen ihre DSL-Leistungen aufbauen könnten.

Die Antragsgegnerin warb seit Oktober 2004 für ihre DSL-Internetdienstleistungen im Internet wie aus dem Anlagenkonvolut K 6 ersichtlich. Nach dem nicht bestrittenen Vorbringen der Antragsgegnerin in ihrer Widerspruchs begründung vom 31.3.2005 wirbt sie ebenfalls seit Oktober 2004 in der von der Antragsstellerin angegriffenen Form auch in anderen Medien. Wegen der Einzelheiten der Werbung wird auf die Anlage K 6 Bezug genommen. Innerhalb dieser Werbung weist die Antragsgegnerin nicht auf das unstrittige Erfordernis eines Telefonanschlusses der Deutschen Telekom AG bei Nutzung ihres DSL-Angebotes hin, durch den weitere Kosten entstehen.

Auf Antrag der Antragsstellerin erging die einstweilige Verfügung des Landgerichts Hamburg, Zivilkammer 12, vom 10.3.2005, mit der der Antragsgegnerin unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel verboten worden ist,

im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Internet-Dienstleistungen, die mittels der DSL-Technologie vermittelt werden und für deren Nutzung ein Telefonanschluss der Deutschen Telekom AG Voraussetzung ist, insbesondere (?freenet DSL?) zu bewerben und/oder bewerben zu lassen, ohne darauf hinzuweisen, dass ein solches Angebot nur mit einem Telefonanschluss der Deutschen Telekom AG genutzt werden kann.

Nach Verweisung des Rechtsstreites an die Kammer 7 für Handelssachen hob diese nach mündlicher Verhandlung mit Urteil vom 31.5.2005 die einstweilige Verfügung auf und wies den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurück. Auf das Urteil des Landgerichts wird wegen der Einzelheiten ?auch zur Ergänzung des Tatbestandes- verwiesen.

Mit ihrer Berufungsbegründung wiederholt und vertieft die Antragsstellerin ihr erstinstanzliches Vorbringen. Die Antragsgegnerin habe mit ihrer Werbung unter dem Verfügbarkeitsaspekt irreführend im Sinne von § 5 UWG geworben und einen falschen Eindruck über ihre Leistungsfähigkeit vorgespiegelt. Das Landgericht habe bei seiner Argumentation zu Unrecht auf den im Internet erfahrenen Verbraucher abgestellt, da in erster Instanz unstrittig gewesen sei, dass die Werbung der Antragsgegnerin nicht nur im Internet, sondern inhaltsgleich auch in anderen Medien veröffentlicht worden sei. Die Internetwerbung der Antragsgegnerin sei nur beispielhaft für ihre Werbung eingereicht worden. Sonderkenntnisse des Verbrauchers bei der im Internet wahrgenommenen Werbung der Antragsgegnerin könnten nicht unterstellt werden, da nicht jeder Internetnutzer über einen eigenen Internetzugang und einen eigenen Telefonanschluss verfüge.

Die Antragsstellerin beantragt,

das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 31.5.2005, Aktenzeichen 407 O 96/05, abzuändern und den Beschluss ?einstweilige Verfügung- der Zivilkammer 12 des Landgerichts Hamburg vom 10.3.2005 (312 O 163/05) neu zu erlassen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das landgerichtliche Urteil und wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen. Es sei bereits ein Verfügungsgrund nicht gegeben, da der Antragsstellerin die Werbung bereits seit dem 27.12.2004 bekannt sei, sie den Verfügungsantrag aber erst mit Schriftsatz vom 7.3.2005 bei Gericht eingereicht habe.

Die Antragsstellerin müsse sich die aufgrund der Marktbeobachtung anzunehmende Kenntnis ihrer Alleingesellschafterin, der T. AG, von der Werbung zurechnen lassen. Da die angesprochenen Verkehrskreise darüber informiert seien, dass ein Internet-Zugang einen Telefonanschluss voraussetze, scheide eine Irreführung des Verkehrs aus. Die Werbung der Antragsgegnerin in den Printmedien sei von der Antragsstellerin nicht zum Streitgegenstand gemacht worden. Selbst bei einer bestehenden Aufklärungspflicht könne für sie keine Verpflichtung bestehen, innerhalb der Werbung für ihre DSL-Internetzugangsdienstleistung darauf hinzuweisen, dass ein Telefonanschluss eines bestimmten Anbieters erforderlich sei. Dieses würde eine unentgeltliche Werbung für die Antragsstellerin darstellen.

In der mündlichen Verhandlung äußerte die Antragsgegnerin, dass der Verfügungsantrag zu unbestimmt sei. Die Antragsgegnerin habe im Oktober 2004 zunächst nur in den Printmedien geworben. Diese Werbung sei der Alleingesellschafterin der Antragsstellerin aufgrund der von ihr vorgenommenen Marktbeobachtung bekannt gewesen. Die Internetwerbung sei sodann zu dem von der Antragsstellerin genannten Zeitpunkt ins Netz gestellt worden.

II.

Die zulässige Berufung der Antragsstellerin ist begründet. Die Antragsstellerin besitzt gegen die Antragsgegnerin einen Verfügungsanspruch auf Unterlassung der Werbung, wie sie sich beispielhaft aus der Anlage K 6 ergibt.

1. Der Antragsgegnerin ist es nicht gelungen, die in § 12 Abs. 2 UWG geregelte Vermutung der Dringlichkeit (vgl. BGH GRUR 2000, 151, 152 -Späte Urteilsbegründung; Teplitzky, Wettbewerbliche Ansprüche und Verfahren, 8. Aufl., Kap. 54, Rn. 18 m.w.N.) zu widerlegen. Sie behauptet zwar, dass die Antragsstellerin seit dem 27.12.2004 Kenntnis von der streitgegenständlichen Werbung gehabt habe. Dieses Vorbringen ist aber, entgegen der Annahme der Antragsgegnerin, von der Antragsstellerin bestritten worden. Der Antragsgegnerin hätte es somit obliegen, zu der Kenntnis der Antragsstellerin substantiiert vorzutragen und dieses Vorbringen glaubhaft (§ 294 ZPO) zu machen. Dieses ist nicht geschehen.

Auch die behauptete und von der Antragsstellerin in zulässiger Weise (§ 138 Abs. 4 ZPO) mit Nichtwissen bestrittene Behauptung, die Alleingesellschafterin der Antragsstellerin, die T-Online AG, habe Kenntnis von der Werbung aufgrund der von ihr durchgeführten Marktbeobachtung gehabt, ist schon mangels glaubhaft gemachten substantiierten Vortrages nicht geeignet, die Vermutung der Dringlichkeit zu widerlegen. Denn die Antragsgegnerin versäumt es schon vorzutragen, zu welchem Zeitpunkt in welchem Medium die streitbefangene Werbung erschienen ist. Ein solcher Vortrag wäre aber erforderlich, um einschätzen zu können, ob die Alleingesellschafterin aufgrund der von ihr durchgeführten Marktbeobachtung Kenntnis erlangen konnte oder sich jedenfalls einer Kenntnisnahme in grob fahrlässiger Weise verschlossen hat. Auf die weiterführende Frage, ob sich die Antragsstellerin die eventuell vorhandene Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis ihrer Gründungsgesellschafterin zurechnen lassen muss, braucht daher nicht eingegangen zu werden.

Der unstrittige Umstand allein, dass die beanstandete Werbung seit Oktober 2004 und somit bei Einreichung des Verfügungsantrages am 10.3.2005 bereits längere Zeit andauert hat, lässt die Dringlichkeit schon deshalb nicht entfallen, weil die Werbung nach dem Vorbringen der Antragsgegnerin in den Printmedien offenbar laufend fortgesetzt worden ist und sodann durch Ausweitung auf das Internet und die damit begründete erhöhte Verbreitung und Intensität eine neue Qualität erreicht hat. Hierdurch ist die Dringlichkeit wieder aufgelebt bzw. neu begründet worden.

2. Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch ist aus dem Gesichtspunkt einer irreführenden Werbung gemäß §§ 3, 5 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 2, 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 UWG begründet.

Nach § 5 Abs. 2 Nr. 1 UWG ist bei der Beurteilung, ob eine Werbung irreführend ist, u.a insbesondere zu berücksichtigen, ob die in ihr enthaltenen Angaben über die Merkmale der Waren oder Dienstleistungen wie Verfügbarkeit, Art, Ausführung, Zusammensetzung, Zwecktauglichkeit, Verwendungsmöglichkeit bzw.

Beschaffenheit zutreffend sind. Nach § 5 Abs. Nr. 2 UWG sind weiter zu berücksichtigen die Angaben zu den Bedingungen, unter denen die Waren geliefert oder die Dienstleistungen erbracht werden.

a. Die Antragsgegnerin verschweigt mit ihrer Werbung, dass für die Inanspruchnahme des von ihr beworbenen DSL-Internetzugangs unstreitig und zwingend ein Telefonanschluss der Deutschen Telekom AG vorhanden sein muss und dass durch das Erfordernis eines solchen Anschlusses zusätzliche Kosten verursacht werden. Hierdurch werden bei dem von der Werbung angesprochenen Verbraucher unvollständige und damit unzutreffende Vorstellungen über die Verfügbarkeit und Günstigkeit des Angebotes hervorgerufen. Das Verschweigen dieser Umstände ist für die Kaufentscheidung des Verbrauchers ersichtlich bedeutsam und geeignet, seine Entscheidung zu beeinflussen (§ 5 Abs. 2 Satz 2 UWG). Nach Auffassung des Senates ist die Antragsgegnerin aus diesem Grund zu einer entsprechenden Aufklärung verpflichtet. Eine Aufklärung ist auch ?worauf die Antragsstellerin in der mündlichen Verhandlung zutreffend hingewiesen hat- deshalb erforderlich, weil der Verbraucher, der bereits über einen Telefonanschluss der Deutschen Telekom AG verfügt und das DSL-Einsteiger-Angebot der Antragsgegnerin annehmen will, an einem Wechsel des Telefonanbieters jedenfalls während der Mindestlaufzeit des mit der Antragsgegnerin abzuschließenden Vertrages gehindert ist.

b. Maßgebend für die Beurteilung einer Werbeaussage nach § 5 UWG ist das Verständnis des angesprochenen Verkehrs. Bei der Beurteilung der sich an die an einem DSL-Internetzugang interessierten Verbraucher richtenden Werbung der Antragsgegnerin ist auf das Verständnis eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Marktteilnehmers abzustellen, der die Werbung mit einer der Situation entsprechend angemessenen Aufmerksamkeit zur Kenntnis nimmt (vgl. BGH GRUR 2004, 244, 245 -Marktführerschaft; BGH NJW-RR 2004, 1487, 1489 -Größter Online-Dienst). Dieses Verständnis kann der Senat aus eigener Anschauung feststellen, da seine Mitglieder zu dem angesprochenen Kreis der an einem DSL- Internetzugang interessierten Verbraucher gehören (vgl. BGH GRUR 2002, 182, 184 -Das Beste jeden Morgen).

aa. Der Senat kann dem Landgericht nicht folgen, wenn es bei der Feststellung des Verkehrsverständnisses allein auf diejenigen Verbraucher abstellt, die sich im Internet bewegen und somit -so die Annahme des Landgerichts- sowohl über einen Internet-Zugang verfügen als auch mit den Grundzügen des Zugangs zum Internet vertraut sind und regelmäßig auch über einen Telefonanschluss verfügen.

bb. Bei der Prüfung der Frage, welches Verkehrsverständnis zugrunde zu legen ist, ist wie bei allen anderen Anspruchsvoraussetzungen auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung abzustellen. Zu diesem Zeitpunkt ist das gesamte Tatsachenvorbringen der Parteien Grundlage der zu treffenden Entscheidung. Vorliegend ist bei der Entscheidung zu berücksichtigen, dass zwischen den Parteien aufgrund des Vorbringens der Antragsgegnerin in der Widerspruchsbeurteilung bereits in erster Instanz unstreitig gewesen ist, dass die angegriffene Werbung nicht nur im Internet, sondern auch in Printmedien veröffentlicht worden ist. Richtigerweise ist somit bei der Feststellung des Verbraucherverständnisses nicht allein auf den bereits das Internet nutzenden Verbraucher abzustellen, sondern insgesamt auf den an einem DSL-Internetzugang interessierten allgemeinen Verkehr. Bei diesem können aber keine grundlegenden Kenntnisse des Internet-Zuganges, insbesondere nicht solche über einen DSL-Internetzugang, unterstellt werden. Zumindest bei einem rechtlich relevanten Teil des angesprochenen Verkehrs werden solche Kenntnisse nicht zu erwarten sein. Diese Feststellungen kann der Senat treffen, da seine Mitglieder zu den angesprochenen Verkehrskreisen gehören.

cc. Unabhängig hiervon geht der Senat nicht davon aus, dass die Annahme des Landgerichts zutreffend sein muss, dass der sich im Internet bewegende Verbraucher mit den Grundzügen des Zugangs zum Internet vertraut ist und somit durch die Werbung der Antragsgegnerin nicht irregeführt werden kann. Diese tatsächlichen Annahmen sind von der Antragsgegnerin auch in keiner Weise glaubhaft gemacht worden. Selbst bei einer angenommenen Kenntnis des sich im Internet bewegenden Verbrauchers darüber, dass der Internet-Zugang regelmäßig über einen Telefonanschluss vermittelt wird, sagt dieses nichts darüber aus, ob dieser Verbraucher auch Kenntnisse über einen DSL-Internetzugang besitzt. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Antragsstellerin bereits in erster Instanz unbestritten vorgetragen hat, dass

DSL-Internetzugänge nicht nur über das Telefonnetz, sondern darüber hinaus -wie dem Senat auch aus anderen Verfahren bekannt ist- über Satellit und eine Satellitenantenne vermittelt werden können .

c. Somit wird jedenfalls einem nicht unerheblichen Teil des angesprochenen Verkehrs bei Wahrnehmung der Werbung nicht bekannt sein, dass für die DSL-Internetzugangsdienstleistung der Antragsgegnerin ein Telefonanschluss erforderlich ist. Andere im Wettbewerb mit der Antragsgegnerin stehende Unternehmen, wie etwa die Firmen Arcor oder HanseNet, verfügen unstreitig über eigene, regelmäßig von der Deutschen Telekom AG angemietete Telefonanschlüsse (die sog. "letzte Meile?"). Diese Unternehmen stellen ihre Telefonschlüsse nicht dritten Firmen zur Verfügung, wozu sie im Gegensatz zu dem früheren marktbeherrschenden Staatsmonopolisten Deutsche Telekom AG auch nicht verpflichtet sind, sondern satteln ausschließlich ihre eigenen DSL-Angebote auf ihre Telefonanschlüsse auf. Andere Unternehmen wie QSC und BROADNET nehmen für ihre DSL-Angebote einen Telefonanschluß der Deutschen Telekom AG nicht in Anspruch, sondern nutzen nur das vorhandene Kupferkabelnetz. Sowohl die Sprachkommunikation als auch die Internetnutzung erfolgt hierbei über die DSL-Frequenz.

Wesentliche Teile der Verbraucher werden darüber hinaus keine Kenntnis davon haben, dass die Antragsgegnerin für ihren DSL-Zugang gerade auf einen Telefonanschluss der Deutschen Telekom AG angewiesen ist.

d. Um eine Irreführung der Verbraucher zu vermeiden, ist auch erforderlich, dass in der Werbung der Antragsgegnerin darauf hingewiesen wird, dass ihre DSL-Internetzugangs-Dienstleistung nur mit Hilfe eines Telefonanschlusses der Deutschen Telekom AG erbracht werden kann. Der allgemeine Hinweis darauf, dass ein Telefonanschluss erforderlich ist, ist allein nicht ausreichend. Dieses ergibt sich aus dem Umstand, dass die Antragsgegnerin ihre Dienstleistung nur mit Hilfe eines Telefonanschlusses dieses Unternehmens erbringen kann. Dieser Hinweis ist aber auch erforderlich, um den Verbraucher darauf hinzuweisen, dass er bei Inanspruchnahme der Dienstleistung der Antragsgegnerin für die Dauer der Vertragsbindung nicht den Anbieter seines Telefonanschlusses wechseln kann.

e. Der Verfügungsantrag bringt in zutreffender Weise das Charakteristische der beanstandeten Verletzungshandlung zum Ausdruck. Er ist hinreichend im Sinne von § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO bestimmt und bietet für das Vollstreckungsverfahren eine zweifelsfreie Grundlage.

3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO.

Unterschriften