

6 U 12/12

15 O 92/11 Landgericht Kiel

verkündet am: 22.06.2012

Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle



Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht

Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

**Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e. V., vertreten durch den
Vorstand Klaus Müller, Mintropstraße 27, 40215 Düsseldorf**

- Kläger und Berufungskläger -

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Christ und Kollegen,
Leibnizstraße 60, 10629 Berlin -

g e g e n

**klarmobil GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer Hartmut Herrmann,
Wollinstraße 1, 24782 Büdelsdorf**

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

- Prozessbevollmächtigte:



hat der 6. Zivilsenat des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig auf die mündliche Verhandlung vom 18.06.2012 durch die Präsidentin des Oberlandesgerichts [REDACTED], den Richter am Oberlandesgericht [REDACTED] und den Richter am Oberlandesgericht [REDACTED] für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das angefochtene Urteil geändert. Die Beklagte wird verurteilt,

1.

es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft von bis zu 6 Monaten, oder Ordnungshaft von bis zu 6 Monaten, zu vollstrecken an dem Geschäftsführer, zu unterlassen, im Rahmen geschäftlicher Handlungen gegenüber Verbrauchern einen Tarif, der die mobile Internetnutzung ermöglicht, unter der Bezeichnung „Flat Komplett 3G“ anzubieten oder wie in der Anlage K 1 abgebildet mit den Aussagen „unbegrenzt mobil surfen“ und „Datenturbo HSDPA“ zu bewerben, wenn nach Übermittlung eines bestimmten Datenvolumens (hier: 500 MB) im jeweiligen Kalendermonat die Übertragungsgeschwindigkeit auf GPRS gedrosselt werden kann,

2.

an den Kläger 214,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 17.08.2011 zu zahlen.

Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits nach einem Wert von 15.000,00 € zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe

Gemäß § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO wird auf die tatsächlichen Feststellungen im Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen. Gemäß § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 ZPO wird die Abänderung der angefochtenen Entscheidung kurz begründet:

1.

Der mit der zulässigen Berufung geltend gemachte Unterlassungsanspruch steht dem Kläger gegen die Beklagte aus §§ 3 Abs. 1, 5 Abs. 1 Nr. 1, 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2 UWG zu. Insbesondere enthält die beanstandete, aus der Anlage K 1 ersichtliche Werbung zur Täuschung geeignete Angaben über wesentliche Merkmale der beworbenen Dienstleistung.

a)

Zu den wesentlichen Merkmalen der beworbenen Dienstleistung – also des Handy-Tarifs „Flat Komplett 3G“ - gehört, dass ab einem genutzten Datenvolumen von 500 MB pro Monat die Geschwindigkeit der Datenübertragung von der hohen 3G-HSDPA-Geschwindigkeit (mindestens 3,6 Megabit pro Sekunde) auf die niedrigere GPRS-Geschwindigkeit (höchstens 171,2 Kilobit pro Sekunde) gedrosselt wird. Diese Drosselung hat zur Folge, dass die Internetnutzung eingeschränkt wird. So können bestimmte Inhalte – insbesondere Filme - dann nur mit lästiger Zeitverzögerung vollständig betrachtet werden. Die beschriebene Drosselung gehört auch dann zu den wesentlichen Merkmalen des beworbenen Handy-Tarifs, wenn man mit der Beklagten davon ausgeht, dass der durchschnittliche Nutzer mobiler Internettarife ein Datenvolumen von 500 MB pro Monat nicht erreicht. Denn auch dann wird der durchschnittliche Nutzer einen Tarif, der ihm immerhin die *Möglichkeit* bietet, das Internet nach Übertragung eines derartigen Datenvolumens so gut nutzen zu können wie zuvor, einem gleich teuren Tarif vorziehen, der ihm diese Möglichkeit nicht bietet.

b)

Die beanstandete Werbung ist zur Täuschung über das unter a beschriebene wesentliche Merkmal des beworbenen Handy-Tarifs geeignet. Denn der durchschnittlich informierte, verständige Verbraucher, der sich der Werbung mit situationsadäquater Aufmerksamkeit zuwendet (vgl. Köhler/Bornkamm, UWG, 29. Aufl., § 5 Rn. 2.87), wird irrig meinen, dass auch bei einem genutzten Datenvolumen von über 500 MB pro Monat die Daten mit der hohen 3G-HSDPA-Geschwindigkeit übertragen werden.

Für diese Beurteilung sprechen die folgenden Erwägungen:

aa)

Ein Verbraucher mit dem maßgebenden Verständnis und der maßgebenden Aufmerksamkeit wird mit den Begriffen „3G“ und „Datenturbo HSDPA“ genau diejenige Vorstellung verbinden, die er nach dem Plan der Beklagten hiermit verbinden soll. Dies ist die Vorstellung von der hohen Datenübertragungsgeschwindigkeit von mindestens 3,6 Megabit pro Sekunde. Auch das Landgericht ist davon ausgegangen, dass jedenfalls der technisch versierte Verbraucher den Zusatz „3G“ als Hinweis auf die Vorteile des Mobilfunkstandards der dritten Generation, also des sogenannten UMTS-Standards versteht. Und der typische Kunde der Beklagten wird sich die für dieses zutreffende Verständnis erforderlichen Kenntnisse verschafft haben, denn immerhin geht er eine längerfristige vertragliche Bindung ein.

bb)

Die erste Seite der Werbung enthält keinen Hinweis darauf, dass die hohe Datenübertragungsgeschwindigkeit mit ihren praktischen Vorteilen nur für die ersten 500 MB pro Monat zur Verfügung steht. Die Slogans „unbegrenzte Freiheit“ und „unbegrenztes Surfen“ sowie vor allem „Mit der ... Flat Komplett 3G brauchen Sie sich keine Gedanken mehr über ... Datenvolumen zu machen“ werden aus Sicht des Kunden nicht für, sondern im Gegenteil eher

gegen die Annahme sprechen, dass die Datenübertragungsgeschwindigkeit auch von dem übertragenen Datenvolumen beeinträchtigt werde, also nicht etwa nur von gewissen ungünstigen Rahmenbedingungen beeinträchtigt werden könne, wie sie von der Beklagten ins Feld geführt werden (Standort, verfügbare Frequenzen, Interferenzen, Qualität des Endgerätes).

Nichts anderes gilt dann, wenn man mit dem Landgericht und der Beklagten davon ausgeht, dass Tarife ohne Drosselung gar nicht angeboten werden bzw. Tarife mit Drosselung „absolut branchenüblich“ sind. Denn man kann nicht annehmen, dass der maßgebliche Verbraucher vor dem Studium der Werbung der Beklagten die Angebote sämtlicher Mitbewerber geprüft hat. Selbst dann aber, wenn der Verbraucher davon ausgeht, dass Tarife ohne Drosselung bisher gar nicht angeboten worden sind, kann er zu der irrigen Annahme gelangen, dass die Beklagte die erste Mobilfunkdienstleisterin sei, die einen solchen Tarif nun doch anbietet. Unstreitig ist die Drosselung nicht etwa technisch, sondern nur durch die vertraglichen Vorgaben der Netzbetreiber bedingt, die die Beklagte und ihre Mitbewerber an die Kunden weiter leiten. Der Kunde kann also z.B. meinen, dass derjenige Netzbetreiber, dem die Beklagte vertraglich verbunden sei, weniger strenge Vorgaben mache als diejenigen Netzbetreiber, denen die Mitbewerber der Beklagten vertraglich verbunden seien.

Auch derjenige Verbraucher, der mit den Begriffen „3G“ und „Datenturbo HSDPA“ nicht die konkrete Vorstellung von einer bestimmten Datenübertragungsgeschwindigkeit verbindet, hat nach Durchsicht der ersten Seite der Werbung keinen Anlass zu der Annahme, dass diese Geschwindigkeit ab einem bestimmten übertragenen Datenvolumen gedrosselt wird.

cc)

Zwar enthält die zweite Seite der Werbung in der Fußnote 4 den Hinweis, dass die Geschwindigkeit ab einem genutzten Datenvolumen von 500 MB pro Monat auf GPRS gedrosselt werden kann. Dieser Hinweis ist aber nicht geeignet, die

Fehlvorstellung, die der maßgebende Verbraucher aus den unter aa und bb dargestellten Gründen entwickeln wird, mit ausreichender Sicherheit zu beseitigen. Die Anpreisungen der ersten Seite leiten nicht etwa durch einen unmittelbar relativierenden Vermerk (wie z.B. eine Fußnote oder ein Sternchen bei den Slogans „Flat Komplett 3G“ und „Datenturbo HSDPA“) zu dem erwähnten Hinweis, sondern nur durch die Schaltfläche „Mehr Infos“. Diese Schaltfläche wird aber derjenige nicht betätigen, dem bereits die Informationen der ersten Seite ausreichen, z.B. deshalb, weil er die Schaltfläche der Überschrift „Alle Vorteile auf einen Blick“ zuordnet und ihm bereits die auf der ersten Seite geschilderten Vorteile ausreichen, um sich für den beworbenen Tarif zu entscheiden. Auf der zweiten Seite ist die Fußnote, obwohl sie inhaltlich die Drosselung der Datenübertragung von UMTS auf GPRS betrifft, nicht etwa unmittelbar der Überschrift „Datenübertragung (GPRS/EDGE/UMTS)“, sondern systemwidrig dem „Nutzungspreis“ zugeordnet. Selbst derjenige Kunde schließlich, der den Text der Fußnote 4 durchaus zur Kenntnis nimmt, ist nur darüber informiert, dass die Übertragungsgeschwindigkeit bei einem genutzten Datenvolumen von 500 MB gedrosselt werden *kann*, nicht aber auch darüber, dass sie bei einem solchen Volumen stets gedrosselt *wird* (insoweit anders z.B. die von der Beklagten als Anlage B 1 eingereichte Anzeige der Telekom).

2.

Weil die Abmahnung vom 21.06.2011 (Anlage K 3) nach dem Gesagten in vollem Umfang berechtigt war, kann der Kläger nach § 12 Abs. 1 S. 2 UWG Ersatz der für diese Abmahnung erforderlichen Aufwendungen verlangen. Dies ist der mit dem Antrag zu 2 verlangte Betrag, der nach §§ 288 Abs. 1 S. 2, 291 BGB wie beantragt zu verzinsen ist.

3.

Die Revision war nicht nach § 543 Abs. 2 ZPO zuzulassen. Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine

Entscheidung des Revisionsgerichts. Die konkrete Gestaltung gerade der streitgegenständlichen Werbung stellt einen Einzelfall dar.

4.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO, § 26 Nr. 8 EGZPO.



Ausgefertigt:
Schleswig, den 27. Juni 2012

 Justizangestellte
als Urkundsbeamter der Geschäfts-
stelle des Oberlandesgerichts