BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 178/10

Verkündet am:
9. Februar 2012
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Call-by-Call

UWG § 5a Abs. 2

Umfasst das Angebot von Telefondienstleistungen nicht auch die Möglichkeit der fallweisen Betreiberauswahl („Call-by-Call"), muss hierauf in der Werbung hingewiesen werden; dies gilt auch dann, wenn für Gespräche ins deutsche Festnetz ein Pauschaltarif („Flatrate") angeboten wird. Es handelt sich hierbei um eine wesentliche Information, die den Verbrauchern auch dann nicht vorenthalten werden darf, wenn sie sich bei Betrachtung der Werbung keine Gedanken darüber machen, ob bei dem beworbenen Anschluss die Möglichkeit des „Call-by-Call" besteht.

BGH, Urteil vom 9. Februar 2012 - I ZR 178/10 - OLG München
LG München I

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Februar 2012 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Pokrant, Prof. Dr. Büscher, Dr. Koch und Dr. Löffler

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 29. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 29. Juli 2010 unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als das Berufungsgericht die Klage hinsichtlich des beantragten Verbots der Bewerbung von Festnetz-Telefondienstleistungen mit Flatrate-Tarif ohne Hinweis auf die fehlende Möglichkeit zur Nutzung von „Call-by-Call" sowie hinsichtlich der Bewerbung von Mobilfunk-Telefondienstleistungen abgewiesen hat.

Im Umfang der Aufhebung wird die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts München I, 1. Kammer für Handelssachen, vom 9. Dezember 2009 zurückgewiesen.

Von den Kosten der ersten und der zweiten Instanz tragen die Klägerin 1/4 und die Beklagte 3/4. Die Kosten der Revision werden gegeneinander aufgehoben.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin, die Deutsche Telekom AG, war Betreiberin eines bundesweiten Telefonnetzes und bot Telekommunikationsdienstleistungen an, darunter auch die Vermittlung von Telefongesprächen. Den Geschäftsbereich Festnetztelefonie übertrug sie zum 1. April 2010 durch Ausgliederung auf die Telekom Deutschland GmbH.

2 Personen, die über einen Festnetzanschluss der Klägerin oder - nunmehr - der Telekom Deutschland GmbH verfügen, haben die Möglichkeit, für Telefongespräche das Angebot konkurrierender Anbieter zu nutzen, und zwar. entweder im Wege einer dauerhaften Voreinstellung für einen bestimmten Anbieter (Betreibervorauswahl oder „Preselection“) oder durch individuelle Auswahl bei einzelnen Gesprächen durch Eingabe der dem Anbieter zugewiesenen Verbindungsnetzbetreiberkennzahl (fallweise Betreibervorauswahl oder „Call-by-Call“).

3 Die Beklagte bietet ebenfalls Telekommunikationsdienstleistungen an, unter anderem auch die Vermittlung von Telefongesprächen. Die Kunden der Beklagten können für innerdeutsche Festnetzverbindungen zwischen einem Minutentarif und einer Flatrate wählen. Auslandsgespräche und Verbindungen zu Mobilfunkanschlüssen werden in jedem Fall nach Zeiteinheiten abgerechnet. Eine Möglichkeit zur Nutzung des „Preselection“- oder des „Call-by-Call“-Verfahrens steht den Kunden der Beklagten nicht zur Verfügung.

4 Die Beklagte bewarb im April 2009 ihr Angebot für Telefonanschlüsse und für die Vermittlung von Telefongesprächen in ihrem Internetauftritt sowie in der Print-Ausgabe eines Wochenmagazins. Einen Hinweis darauf, dass die

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Nutzung des „Preselection"- und des „Call-by-Call"-Verfahrens nicht möglich ist, enthielt diese Werbung nicht.

5 Die Klägerin sieht darin eine irreführende geschäftliche Handlung und hat beantragt,

> der Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verbieten, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Telefondienstleistungen, bei deren Inanspruchnahme eine Nutzung von „Call-by-Call" bzw. „Preselection" ausgeschlossen ist, zu bewerben und/oder bewerben zu lassen, ohne auf diesen Ausschluss hinzuweisen, insbesondere wenn dies geschieht wie in dem Internetauftritt der Beklagten gemäß der als Anlagenkonvolut K 1 beigefügten Ausdrucke sowie der Printwerbung gemäß Anlage K 2.

6 Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Auf die dagegen gerichtete Berufung hat das Berufungsgericht der Beklagten unter Abweisung der weitergehenden Klage verboten,

> im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Festnetz-Telefondienstleistungen ohne Flatrate-Tarif, bei deren Beanspruchung eine Nutzung von „Call-by-Call" bzw. „Preselection" ausgeschlossen ist, zu bewerben und/oder bewerben zu lassen, ohne auf diesen Ausschluss hinzuweisen, insbesondere wenn dies geschieht wie in dem Internetauftritt der Beklagten gemäß Anlagenkonvolut K 1 sowie der Printwerbung gemäß Anlage K 2.

7 Mit der vom Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, begehrt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

8 I. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Klägerin stehe der geltend gemachte Unterlassungsanspruch nach § 3 Abs. 1, § 5a Abs. 2, § 8 Abs. 1 UWG nur insoweit zu, als sich die Klage gegen die Werbung für Festnetzanschlüsse ohne Flatrate-Tarif richtet. Im Hinblick auf die Werbung für Angebote

mit Flatrate-Tarif sei der fehlende Hinweis darauf, dass die Kunden der Beklagten keine Möglichkeit zur Nutzung von „Call-by-Call“ oder „Preselection“ hätten, nicht irreführend und daher nicht unlauter, weil diese Möglichkeiten für die Kunden wirtschaftlich sinnlos und daher nach der Verkehrsanschauung nicht wesentlich seien. Aus diesem Grund erwarteten die Verbraucher keinen Hinweis auf die fehlenden Leistungsmerkmale.

9 Des Weiteren ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass sich das Unterlassungsbegehren der Klägerin auch auf die Bewerbung von Mobilfunkanschlüssen bezieht. Insoweit hat es die Klage abgewiesen.

10 II. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand. Der Klägerin steht gegen die Beklagte ein Unterlassungsanspruch nicht nur - wie das Berufungsgericht bereits rechtskräftig entschieden hat - im Hinblick auf die Werbung für Festnetz-Telefondienstleistungen ohne Flatrate-Tarif zu, soweit darin nicht auf die fehlende Möglichkeit der „Preselection“- und der „Call-by-Call“-Option hingewiesen wird, sondern auch insoweit, als die Beklagte ihr Angebot für Festnetz-Telefondienstleistungen mit Flatrate-Tarif bewirbt, ohne auf die fehlende Möglichkeit zur Nutzung der „Call-by-Call“-Option hinzuweisen (dazu unter 1). Die Beklagte ist jedoch, soweit sie Festnetz-Telefondienstleistungen mit Flatrate-Tarif bewirbt, nicht verpflichtet, auf die fehlende Möglichkeit zur Nutzung der „Preselection“-Option hinzuweisen (dazu unter 2). Mit Erfolg wendet sich die Revision schließlich auch gegen die Annahme des Berufungsgerichts, der geltend gemachte Unterlassungsanspruch habe sich auch auf die Werbung für Mobilfunkdienstleistungen bezogen (dazu unter 3).

11 1. Der Klägerin steht entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ein Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 1, § 3 Abs. 1, § 5a Abs. 2 UWG auch in-

soweit zu, als die Beklagte für Festnetzanschlüsse mit einem Flatrate-Tarif wirbt, ohne auf die fehlende Möglichkeit zur Nutzung der „Call-by-Call"-Option hinzuweisen.

12 a) Im Streitfall kann offenbleiben, ob ein erheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise der beanstandeten Werbung die Aussage entnimmt, auch bei dem beworbenen Tarif bestehe die Möglichkeit der „Preselection" und des „Call-by-Call". Wäre dies der Fall, läge in der beanstandeten Werbung bereits eine Irreführung durch positives Tun, weil die in Rede stehende Werbeaussage bei den angesprochenen Verbrauchern eine entsprechende Fehlvorstellung hervorriefe (§ 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UWG). Zumindest wäre darin eine Irreführung durch Unterlassen zu sehen (§ 5a Abs. 1 UWG), weil ein aufklärender Hinweis auf das Fehlen der „Preselection"- und der „Call-by-Call"-Option unterblieben ist (BGH, Urteil vom 20. Januar 2011 - I ZR 28/09, GRUR 2011, 846 Rn. 21 = WRP 2011, 1149 - Kein Telekom-Anschluss nötig, mwN; vgl. zum Verhältnis von § 5a Abs. 1 zu § 5a Abs. 2 UWG Bornkamm in Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Aufl., § 5a Rn. 7a ff. und 29; ders., WRP 2012, 1, 3 f.). Auch wenn sich bei den angesprochenen Verbrauchern eine solche Fehlvorstellung nicht einstellt, wird ihnen doch in der beanstandeten Werbung eine Information vorenthalten, die für sie im Hinblick auf einen möglichen Vertragsschluss wesentlich ist (§ 5a Abs. 2 UWG).

13 b) Das Berufungsgericht ist im Ansatz zutreffend davon ausgegangen, dass sowohl die „Call-by-Call"- als auch die „Preselection"-Option einem durchschnittlich informierten und verständigen Abnehmer von Telefondienstleistungen zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der streitgegenständlichen Werbung bekannt war und ohne Schwierigkeiten in Anspruch genommen werden konnte (vgl. BGH, Urteil vom 20. Dezember 2007 - I ZR 51/05, GRUR 2008, 729 Rn. 16 = WRP 2008, 928 - Werbung für Telefondienstleistungen; GRUR 2011,

846 Rn. 23 - Kein Telekom-Anschluss nötig). Auch wenn sich der Verkehr bei Betrachtung der beanstandeten Werbung keine Gedanken darüber machen sollte, ob der beworbene Tarif „Preselection“ und „Call-by-Call“ zulässt, handelt es sich dabei doch um eine für den Vertragsschluss wesentliche Information. Dies gilt unabhängig davon, ob andere Anbieter als die Klägerin „Preselection“ und „Call-by-Call“ anbieten. Die Werbung der Beklagten richtet sich nicht zuletzt an Verbraucher, die bislang über einen Netzanschluss der Klägerin verfügen und für die „Preselection“ und „Call-by-Call“ selbstverständliche, nicht allein von der Klägerin angebotene Leistungsmerkmale sind. Dies hat den Senat in der Vergangenheit sogar dazu veranlasst, von einer entsprechenden Fehlvorstellung der Verbraucher auszugehen und in Fällen, in denen noch § 5 UWG 2004 anzuwenden war, eine Irreführung anzunehmen (vgl. BGH, GRUR 2011, 846 Rn. 24 f. - Kein Telekom-Anschluss nötig). Die nunmehr heranzuziehende Bestimmung des § 5a Abs. 2 UWG setzt indessen beim Vorenthalten einer für den Verbraucher wesentlichen Information keine entsprechende Fehlvorstellung mehr voraus (vgl. Bornkamm in Köhler/Bornkamm aaO § 5a Rn. 7c und 29; ders., WRP 2012, 1, 3 und 5).

14 c) Der Hinweis auf das Fehlen der „Preselection“- und der „Call-by-Call“-Option stellt auch dann eine Information dar, die dem Verbraucher nicht vorenthalten werden darf, wenn ein Flatrate-Tarif angeboten wird, der sich - wie im Streitfall - auf Gespräche ins deutsche Festnetz bezieht. In diesem Fall kann es für den Verbraucher wirtschaftlich vorteilhaft sein, Verbindungen in Mobilfunknetze und in ausländische Festnetze im „Call-by-Call“-Verfahren über andere Anbieter abzuwickeln, da er hierbei die Möglichkeit erhält, über die Auswahl von Anbietern mit günstigeren Einzelverbindungsentgelten die Kosten für Auslandsgespräche und Verbindungen zu Mobilfunknetzen zu beeinflussen. Denn es ist nicht von vornherein ausgeschlossen, dass Anbieter von „Call-by-Call“-Verbindungen während der Vertragslaufzeit geringere Verbindungsentgelte in Rech-

nung stellen als die Beklagte. Insofern ist die Annahme des Berufungsgerichts unzutreffend, die Nutzung des „Call-by-Call"-Verfahrens sei für denjenigen wirtschaftlich sinnlos, der mit seinem Anbieter für Gespräche ins deutsche Festnetz einen Flatrate-Tarif vereinbart hat. Da das Angebot der Beklagten zum Zeitpunkt der beanstandeten Werbung unstreitig keine Möglichkeit zur Nutzung des „Call-by-Call"-Verfahrens vorsah und die Werbung auf diesen Umstand nicht hinwies, wurde den Verbrauchern eine wesentliche Information im Sinne von § 5a Abs. 2 UWG vorenthalten.

15 d) Ohne Erfolg macht die Revisionserwiderung geltend, den Kunden der Beklagten stünden mit besonderen „Voice over IP"-Anwendungen (VoIP) oder dem Angebot des Internetdienstes „SKYPE" moderne Formen des „Call-by-Call"-Verfahrens zur Verfügung. Die genannten Angebote der Beklagten sind nach der Verkehrsanschauung technisch und funktional nicht ohne weiteres mit dem „Call-by-Call"-Verfahren vergleichbar. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist die Möglichkeit, über einen mit einem DSL-Router verbundenen VoIP-Adapter preisgünstig zu telefonieren, den angesprochenen Verkehrskreisen nicht derart geläufig und kann von ihnen auch nicht so einfach genutzt werden, dass das „Call-by-Call"-Verfahren bedeutungslos geworden wäre. Unter dem Begriff des „Call-by-Call" versteht der Verkehr im Übrigen nur die von der Beklagten gerade nicht angebotenen Dienstleistungen und nicht auch spezielle VoIP-Anwendungen oder das Angebot des Internetdienstes „SKYPE". Daher trifft auch der Einwand der Revisionserwiderung nicht zu, die Beklagte werde zu einem Hinweis verpflichtet, der sachlich unzutreffend sei.

16 2. Ohne Erfolg bleiben die Angriffe der Revision gegen die Annahme des Berufungsgerichts, in der beanstandeten Werbung habe es keines Hinweises auf die im Angebot der Beklagten fehlende „Preselection"-Option bedurft. In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Senats (BGH, GRUR 2011, 846

Rn. 25 - Kein Telekom-Anschluss nötig) ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass der Verkehr im Allgemeinen keine Aufklärung über das Fehlen dieses Leistungsmerkmals erwartet, wenn es sich bei dem Angebot um einen Flatrate-Tarif für Festnetzgespräche handelt. Denn für einen durchschnittlich interessierten (potentiellen) Nutzer einer Telefon-Flatrate ist die Kombination mit einer „Preselection"-Schaltung im Allgemeinen wirtschaftlich nicht sinnvoll (BGH, Beschluss vom 22. Oktober 2009 - I ZR 124/08, MMR 2010, 184 Rn. 7; GRUR 2011, 846 Rn. 25 - Kein Telekom-Anschluss nötig). Die „Preselection"-Option erlaubt es dem Anschlussnutzer, seine Telefongespräche generell über einen anderen Anbieter zu führen. Im Gegensatz zum „Call-by-Call"-Verfahren, das flexibel für Einzelgespräche eingesetzt werden kann, führt die Voreinstellung eines Netzbetreibers durch „Preselection" zu einer - vorerst - dauerhaften Änderung. Entscheidet sich der Verbraucher für eine Voreinstellung durch „Preselection", so verliert er die Möglichkeit der Nutzung der Flatrate für die innerdeutschen Festnetzgespräche. Er müsste dann nicht nur die monatlichen Kosten der Flatrate, sondern darüber hinaus ein zusätzliches Entgelt an den Drittanbieter zahlen (BGH, GRUR 2011, 246 Rn. 25 - Kein Telekom-Anschluss nötig). Beachtliche Umstände, aus denen sich im vorliegenden Fall eine andere Beurteilung ergeben könnte, zeigt die Revision nicht auf.

17 3. Ebenfalls mit Erfolg wendet sich die Revision dagegen, dass das Berufungsgericht die Klage auch insoweit abgewiesen hat, als diese sich - nach seiner Auffassung - auch auf die Werbung für das Angebot von Mobilfunkdienstleistungen bezieht.

18 Diese Auslegung des Begehrens der Klägerin ist nicht frei von Rechtsfehlern. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird der Streitgegenstand (der prozessuale Anspruch) durch den Klageantrag, in dem sich die vom Kläger in Anspruch genommene Rechtsfolge konkretisiert, und

den Lebenssachverhalt (Klagegrund) bestimmt, aus dem der Kläger die begehrte Rechtsfolge herleitet (BGH, Urteil vom 17. August 2011 - I ZR 108/09, GRUR 2011, 1043 Rn. 26 = WRP 2011, 1454 - TÜV II, mwN). Zwar enthält der Antrag der Klägerin keine Beschränkung auf Festnetz-Telefondienstleistungen, sondern ist vielmehr allgemein darauf gerichtet, für Telefondienstleistungen ohne Hinweis auf das Fehlen der zusätzlichen Leistungsmerkmale zu werben. Bereits aus der Klageschrift, aber auch aus dem Schriftsatz vom 6. November 2009 ergibt sich jedoch mit hinreichender Deutlichkeit, dass die Klägerin die streitgegenständliche Werbung nur angreift, soweit darin ein Angebot für Festnetz-Telefondienstleistungen beworben wird. Insoweit hätte es lediglich einer Klarstellung im Urteilstenor bedurft.

19 III. Danach ist das angefochtene Urteil auf die Revision der Klägerin unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels im Kostenpunkt und insoweit aufzuheben, als das Berufungsgericht die Klage hinsichtlich des beantragten Verbots der Werbung für Festnetz-Telefondienstleistungen mit Flatrate-Tarif ohne Hinweis auf die fehlende Möglichkeit zur Nutzung von „Call-by-Call“ für unbegründet erachtet hat und eine Klageabweisung hinsichtlich der Bewerbung von Mobilfunk-Telefondienstleistungen erfolgt ist. Im Umfang der Aufhebung ist die Berufung der Beklagten gegen das erstinstanzliche Urteil zurückzuweisen.

20 Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO.

Bornkamm Pokrant Büscher

Koch Löffler

Vorinstanzen:
LG München I, Entscheidung vom 09.12.2009 - 1 HKO 8112/09 -
OLG München, Entscheidung vom 29.07.2010 - 29 U 1589/10 -