

Congstar Angebot nicht wettbewerbswidrig

Leitsatz:

Das mit dem erstmaligen Marktzutritt erfolgte und an Endkunden gerichtete Angebot von Congstar, nämlich ein DSL 2000-Flatrateanschluss ohne Mindestvertragslaufzeit zum Preis von 14,99 €/Monat nebst einmaliger Bereitstellungsgebühr von 49,99 €, ist keine wettbewerbsrechtlich unlautere Preisunterbietung. Aus der Verschiedenheit der angebotenen DSL-Leistungen, Paketlösungen mit DSL-Anschluss und mindestens einer weiteren Leistung bei der Antragstellerin und reiner DSL-Flatrate-Anschluss andererseits bei Congstar folgt, dass unterschiedliche Käuferschichten angesprochen werden. Damit fehlt dem Verhalten von Congstar die Eignung, Anbieter von Komplettpaketen aus dem Markt für DSL-Leistungen zu verdrängen.

Oberlandesgericht Köln

Urteil vom 25.10.2007

Az.: 6 W 158/07

Tenor:

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin vom 05.10.2007 gegen den Beschluss der 33. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 17.09.2007 – 33 O 288/07 – wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Begründung:

Die gemäß §§ 567 Abs. 1 Nr. 2, 569 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den ihren Antrag auf Erlass einer einstweiligen

Verfügung vom 17.08.2007 zurückweisenden Beschluss des Landgerichts führt in der Sache nicht zum Erfolg. Die Voraussetzungen eines aus §§ 3, 4 Nr. 10 UWG resultierenden Verfügungsanspruchs liegen nicht vor. Das mit ihrem erstmaligen Marktzutritt am 17.07.2007 erfolgte und an Endkunden gerichtete Angebot der Antragsgegnerin, nämlich ein DSL 2000-Flatrateanschluss ohne Mindestvertragslaufzeit zum Preis von 14,99 €/Monat nebst einmaliger Bereitstellungsgebühr von 49,99 €, stellt sich nicht als zur gezielten Verdrängung der Antragstellerin geeignete wettbewerbsrechtlich unlautere Preisunterbietung dar.

1. Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung sind eingedenk der Freiheit des Unternehmers, im Rahmen der geltenden marktwirtschaftlich orientierten Wirtschaftsordnung seine Preisgestaltung in eigener Verantwortung vorzunehmen, auch Verkäufe unter dem Einstandspreis zulässig, sofern nicht besondere, die wettbewerbsrechtliche Unzulässigkeit eines solches Verhaltens begründende Umstände hinzutreten (vgl. BGH GRUR 1990, 371, 372 – Preiskampf m.w.N.; BGH GRUR 1979, 321, 322 – Verkauf unter Einstandspreis I). An diesen zu § 1 UWG a.F. entwickelten Grundsätzen ist auch unter Geltung des § 4 Nr. 10 UWG festzuhalten (vgl. BGH GRUR 2006, 596, 597 – 10 % billiger). Zu den Umständen, die ausnahmsweise zur Wettbewerbswidrigkeit von Verkäufen unter dem Einstandspreis führen können, gehört namentlich die Zielsetzung, einen Wettbewerber aus dem Markt zu verdrängen (vgl. BGH a.a.O. – Preiskampf; BGH a.a.O. – Verkauf unter Einstandspreis I). In die gebotene Gesamtwürdigung des beanstandeten Verhaltens ist aber auch einzubeziehen, ob die angegriffene Preiswerbung aus besonderem Anlass erfolgt, etwa zu einer Geschäftseinführung (vgl. BGH a.a.O. – Preiskampf; BGH GRUR 1990, 685, 686 – Anzeigenpreis I) oder ob der angegriffene Wettbewerber eine überlegene Finanzkraft (vgl. BGH a.a.O. – Anzeigenpreis I; BGH GRUR 1985, 883, 885 – Abwehrblatt I; BGH GRUR 1986, 397, 399 – Abwehrblatt II) bzw. eine starke Marktstellung (vgl. BGH a.a.O. – 10 % billiger; BGH a.a.O. – Anzeigenpreis I)

ausnutzt. Nach Maßgabe dieser Kriterien lassen sich die Voraussetzungen einer das wettbewerbsrechtliche Unwerturteil rechtfertigenden, nämlich in gezielter Verdrängungsabsicht erfolgten Preisunterbietung nicht feststellen.

Es bestehen schon im Ausgangspunkt Zweifel, ob die Antragstellerin glaubhaft gemacht hat, dass der von der Antragsgegnerin angebotene Monatspreis von 14,99 € für ihr „Congstar Surfpaket“, welches die reine Überlassung eines DSL 2000-Anschlusses inklusive DSL-Flatrate ohne vertragliche Mindestbindung (und zuzüglich einmaliger Bereitstellungskosten für den DSL-Anschluss von 49,99 €) zum Gegenstand hat, noch unter dem Einstandspreis liegt. Zu bedenken ist nämlich, dass die Antragstellerin in die Berechnung der angenommenen Selbstkosten der Antragsgegnerin unter anderem auf ihrer eigenen Organisations- und Vertriebsstruktur beruhende Kosten („Fakturierung/Kundenbetreuung“; „Marketing/Vertrieb“) hat einfließen lassen, ohne dass eine Vergleichbarkeit mit dem angegriffenen jungen Unternehmen ohne weiteres ersichtlich und gerechtfertigt wäre. Hinzu kommen die schon von dem Landgericht geäußerten Bedenken an der Richtigkeit der an eine bestimmte Verweildauer des Kunden geknüpften Berechnung der Antragstellerin in Ansehung des Umstands, dass das beworbene Produkt der Antragsgegnerin schwerlich zugleich „unschlagbar“ günstig sein kann – so die eigene Darstellung der Antragstellerin – und dennoch den Kunden nur zu einer relativ kurzen Nutzung verführen soll. Durch die mit der Beschwerdeschrift vorgelegte gutachterliche Stellungnahme von Prof. Dr. H sind diese Bedenken schon deshalb nicht ausgeräumt, weil auch nach Bekundung des Sachverständigen zur Grundlage einer zuverlässigen Beurteilung geeignete einschlägige Kundenverhaltensstatistiken fehlen, wie die Kammer in ihrer Nichtabhilfeentscheidung vom 16.10.2007 richtig angemerkt hat.

Letztlich kann indes offen bleiben, ob der angebotene Preis noch unter den Selbstkosten der Antragsgegnerin bzw. dem

Einstandspreis zurückbleibt. Dem angegriffenen Preisangebot fehlt nämlich aufgrund der im Streitfall obwaltenden Besonderheiten schon die objektive Eignung, die Antragstellerin ernsthaft behindern und aus dem Wettbewerb drängen zu können.

Das Kräfteverhältnis der Parteien ist in Ansehung des erhobenen Unlauterkeitsvorwurfs eher ungewöhnlich, nämlich umgekehrt als zu erwarten: Es steht außer Frage, dass die Antragstellerin der Antragsgegnerin an Marktstärke weit überlegen ist. Die Antragstellerin ist seit 1988 im Markt präsent und bezeichnet sich in ihren Eigendarstellungen als zweitgrößter DSL-Anbieter auf dem deutschen Markt, auf dem sie über einen Anteil von 14,5 % verfügt. Die Antragsgegnerin, eine 100 %ige Tochter der U AG, ist demgegenüber ein absoluter Newcomer, der das angegriffene Angebot mit seinem erstmaligen Marktauftreten am 17.07.2007 verbunden hat. Ausweislich der eidesstattlichen Versicherung ihres Geschäftsführers M vom 30.08.2007 will die Antragsgegnerin mit Stand zum 27.08.2007 über 6.000 Kunden und damit einen Marktanteil von 0,03 % verfügt haben. Auch wenn nicht zu verkennen ist, dass hinter der Antragsgegnerin ihre finanz- und marktstarke Muttergesellschaft steht, zeichnet sich wegen der eklatanten Unterlegenheit der Antragsgegnerin als gerade erst am Markt erschienenen Unternehmen gegenüber der Antragstellerin als dem immerhin zweitstärksten DSL-Anbieter nicht die ernsthafte Gefahr einer Verdrängungsmöglichkeit ab.

Auch der Aspekt, dass das beanstandete Angebot unmittelbar mit der Markteinführung der Antragsgegnerin präsentiert wird, spricht gegen die Verdrängungseignung. Unabhängig von der letztlich offenen Frage, wie lange sie überhaupt an dem Preis festhalten wird, ist der Antragsgegnerin einzuräumen, dass es besonderer Maßnahmen bedarf, um als neues Unternehmen auf dem senatsbekannt stark umkämpften Markt für DSL-Leistungen den preisbewussten Verbraucher auf sich aufmerksam machen zu können.

Überdies wendet die Antragsgegnerin zu Recht ein, dass die Verschiedenheit der Produkte und Produktpaletten der Parteien zu ihren Gunsten zu berücksichtigen ist.

Unstreitig bietet die Antragstellerin gegenwärtig ausschließlich Paketlösungen an, bei welchen das Angebot eines DSL-Anschlusses (inklusive Flatrate) mit mindestens einer weiteren Leistung wie etwa der Internet-Telefonie (inklusive Flatrate) verbunden ist. Das Geschäftsmodell der Antragsgegnerin beruht demgegenüber auf dem Einzelerwerb von Leistungen (und ohne Mindestlaufzeit). Ein reiner DSL-Zugang mit Flatrate wie bei dem beanstandeten „Congstar Surfpaket“ ist bei der Antragstellerin nicht verfügbar. Aus dieser Unterschiedlichkeit folgt zum einen, dass in die Preisgegenüberstellungen auch weitere Komponenten einzubeziehen sind: allein unter Berücksichtigung der bei der Antragsgegnerin für weitere 7,99 €/Monat zusätzlich erhältlichen Internet-Telefonflatrate – und ohne Ansatz der den Endverbraucher treffenden und von den Parteien unterschiedlich berechneten Kosten für Hardware-Bestandteile oder Anschlussbereitstellung – beläuft sich der Endpreis der Antragsgegnerin bei DSL 2000 auf 22,98 € (14,99 € + 7,99 €), wohingegen die Antragstellerin für ihr entsprechendes „Surf & Phone“-Angebot nur 19,99 € verlangt. In diesem Zusammenhang sind die Ausführungen der Antragstellerin wenig überzeugend, dass die Mehrheit der durchschnittlichen DSL-Kunden an der von ihr offerierten (Internettelefonie-)Flatrate eigentlich überhaupt nicht interessiert sei. Ausweislich ihrer Beschwerdebegründung hat sie ein von ihr in der Vergangenheit angebotenes isoliertes DSL-Anschluss-Angebot, wie es dem angegriffenen entspricht, mangels kostendeckenden Absatzes wieder vom Markt genommen. Mit dieser Einlassung verträgt es sich aber nicht, dass auch die an die Stelle des vormaligen Angebots getretenen – offensichtlich umsatzstarken – Paketlösungen wie „Surf & Phone“ hinsichtlich der Komponente Telefonflatrate aus Verbrauchersicht völlig unattraktiv sein sollen.

Zum anderen folgt aus der Verschiedenheit der von den Parteien angebotenen DSL-Leistungen – Paketlösungen mit bis zu vier Bestandteilen einerseits und reiner DSL-Flatrate-Anschluss andererseits – aber zugleich, dass unterschiedliche Käuferschichten angesprochen werden. Damit fehlt dem Verhalten der Antragsgegnerin aber wiederum die Eignung, die Antragstellerin aus dem Markt für DSL-Leistungen zu verdrängen.

2. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird auf 100.000 € festgesetzt.