6 U 100/19
31 O 133/17
Landgericht Köln

Verkündet am 30.10.2019
[redacted]
als Urkundsbeamtin/Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Oberlandesgericht Köln

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem Rechtsstreit

des Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V., vertr. d. d. Vorstand, Mintropstraße 27, 40215 Düsseldorf,

Klägers und Berufungsklägers,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte [redacted]

gegen

MEDIA MARKT TV-HIFI-Elektro GmbH Köln, vertr. d. d. Gf., Hohe Straße 121, 50667 Köln,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte [redacted]

hat der 6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln
auf die mündliche Verhandlung vom 04.10.2019
durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht [redacted] die Richterin am Oberlandesgericht [redacted] und den Richter am Oberlandesgericht [redacted]

für Recht erkannt:

1. Die Berufung des Klägers gegen das am 30.04.2019 verkündete Urteil der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 31 O 133/17 – wird zurückgewiesen.

2. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Kläger.

3. Dieses Urteil und das genannte Urteil des Landgerichts Köln sind vorläufig vollstreckbar.

4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Der Kläger nimmt die Beklagte auf Unterlassung und Zahlung vorgerichtlicher Abmahnkosten in Anspruch, weil die Beklagte als Verkäuferin von Smartphones nicht auf im Rahmen des Betriebssystems bestehende Sicherheitslücken und fehlende Sicherheitsupdates hingewiesen hat.

Der Kläger ist eine in die beim Bundesamt für Justiz geführte Liste nach § 4 Abs. 1 S. 1 UKlaG eingetragene qualifizierte Einrichtung. Er hat gemäß § 2 seiner Satzung den Zweck, Interessen von Verbrauchern durch Aufklärung und Beratung wahrzunehmen und Verbandsklagen im Interesse der Verbraucher zu führen.

Die Beklagte betreibt in Köln einen Fachmarkt für Elektroartikel wie TV- und Hifi-Geräte, Fotoartikel und Computer nebst einschlägigen Nebenprodukten. Zu den vertriebenen Produkten gehören u.a. auch Mobiltelefone. Weitere Media-Märkte werden von Schwestergesellschaften der Beklagten betrieben.

Am 26.07.2016 führte der Kläger durch ihre Mitarbeiterin [redacted] in Begleitung der Zeugen [redacted] einem Mitarbeiter des Bundeamts für Sicherheit in der Informationstechnik, in der Filiale der Beklagten einen Testkauf hinsichtlich eines Mobiltelefons der Marke MOBISTEL Cynus T6 8 GB durch, das die Beklagte zu einem

Preis von 99,00 € anbot. Das Gerät – ein Smartphone – verfügt über das (werkseitig aufgespielte) Betriebssystem Android 4.4.2 Kitkat. Dieses von der Fa. Google entwickelte Betriebssystem wird von den Geräteherstellern in der Regel nicht 1:1 in die Mobiltelefone übernommen, sondern zuvor gerätespezifischen Anpassungen unterzogen. Weder in der Produktbeschreibung, die im Rahmen eines im Ladenlokal der Beklagten aufgestellten Verkaufsschildes erfolgte (vgl. das Lichtbild, Bl. 43 d.A.), noch an anderer Stelle enthielten die von der Beklagten potentiellen Käufern zur Verfügung gestellten Produkthinweise Angaben zu etwaigen Sicherheitslücken und Softwareupdates für die im streitgegenständlichen Produkt verwendete Betriebssoftware.

Am gleichen Tag erwarb der Kläger ein Mobiltelefon der Marke Huawei Y625, das mit dem gleichen Betriebssystem ausgestattet war.

Im Anschluss an den Testkauf ließ der Kläger beide Geräte durch das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (im Folgenden: BSI) untersuchen, welches die Geräte mithilfe des Programms „Android Vulnerability Test Suite (Android VTS)" der Fa. NowSecure auf mögliche Sicherheitslücken testete. Das Untersuchungsergebnis fasste das BSI in einer Stellungnahme zusammen. Hiernach wies das Gerät MOBISTEL – nachdem vergeblich nach etwaigen Updates gesucht worden war – 15 der 28 getesteten Sicherheitslücken auf. Das BSI gelangte zu dem Urteil, man sei *„in Fachkreisen einig, dass diese Version* [d.h. Android 4.4] *(ohne Sicherheitspatches) mit schweren, nicht behebbaren Sicherheitsmängeln behaftet ist und damit für den Nutzer ein eklatantes Sicherheitsrisiko darstellt."* Hinsichtlich der Einzelheiten zum Gang der Untersuchung und des Prüfungsergebnisses wird auf die als Anl. K1 (Bl. 59 ff. d.A., dort insbesondere die Seiten 8 und 10-13) eingereichte Stellungnahme „Sicherheitslücken in Android-Smartphones" des BSI Bezug genommen. Das Gerät der Firma Huawei wies eine Sicherheitslücke aus.

Hintergrund ist, dass das Betriebssystem „Android" für zahlreiche Smartphones verwendet wird. Hierzu wird das Betriebssystem vom jeweiligen Hersteller auf das jeweilige Smartphone-Modell angepasst. Aus diesem Grund weisen nicht alle mit der gleichen Version des Betriebssystems „Android" ausgestattete Smartphones die gleichen Sicherheitslücken auf.

Wird eine neue Version des Betriebssystems veröffentlicht, kann diese nicht

unmittelbar auf ein Smartphone übertragen werden. Vielmehr kommt eine Nutzung des Betriebssystems auf dem jeweiligen Smartphone nur in Betracht, wenn die neue Version des Betriebssystems zuvor für das jeweilige Modell des Smartphones angepasst wurde. Eine solche Anpassung wird teilweise von den Herstellern vorgenommen. Teilweise erfolgt eine Anpassung nicht. Eine Nutzung des jeweils neueren Betriebssystems auf dem Handymodell ist in diesem Fall nicht möglich.

Mit Schreiben vom 05.09.2016 wandte sich das BSI erfolglos an den Hersteller. Mit Schreiben vom 10.02.2017 mahnte der Kläger sodann die Beklagte unter Verweis auf die beim streitgegenständlichen Produkt festgestellten Sicherheitslücken ohne Erfolg ab.

Der Kläger verfolgt nunmehr im Klagewege ein sowohl auf das UWG wie auch das UKlaG gestütztes Unterlassungsbegehren. Er ist der Ansicht gewesen, dass die Sicherheitslücken zum Zeitpunkt des Testkaufs „öffentlich bekannt" gewesen seien und die Beklagte daher hierauf hätte hinweisen müssen. Hierzu führt er aus, die Betriebssoftware sei ein wesentlicher Bestandteil des Smartphones. Es habe auch konkreter Anlass für die Beklagte bestanden, über die (mangelnde) Sicherheit des Betriebssystems zu informieren. Hierzu bezieht sie sich auf die Ausführungen des BSI, auf einen im Jahr 2015 erschienenen Fachartikel in der Zeitschrift c't sowie auf weitere, als Anl. K8 und K9 eingereichte Unterlagen. Eine entsprechende Informationsbeschaffung sei der Beklagten möglich und zumutbar gewesen. Ferner hat er behauptet, das Gutachten des BSI sei ihm erstmals mit Schreiben vom 25.10.2016 übersandt worden.

Mit der der Beklagten am 15.05.2017 zugestellten Klage hat der Kläger zunächst einen Unterlassungsanspruch sinngemäß dahingehend verfolgt, der Beklagten zu untersagen, Verbrauchern Smartphones zum Kauf anzubieten, deren Betriebssystem eine oder mehrere öffentlich bekannte Sicherheitslücken aufweisen, ohne hierüber zu informieren und ohne darüber zu informieren, bis zu welchem Zeitpunkt der Käufer damit rechnen kann, dass Sicherheitspatches für bekannte oder bekannt werdende Sicherheitslücken zur Verfügung gestellt werden. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 21.08.2018 hat der Kläger die Anträge umgestellt und letztlich beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, es bei Vermeidung eines für jeden Fall der

Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu unterlassen,

a. Verbrauchern internetfähige Mobiltelefone (Smartphones), deren Betriebssystem (hier Android 4.4 kitkat) die folgenden Sicherheitslücken wie in K1 Abbildungen 9-17 aufweisen, wie nachfolgend eingeblendet:

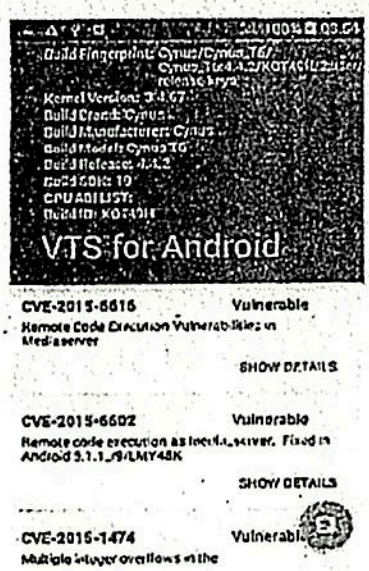

Abbildung 9

Abbildung 10

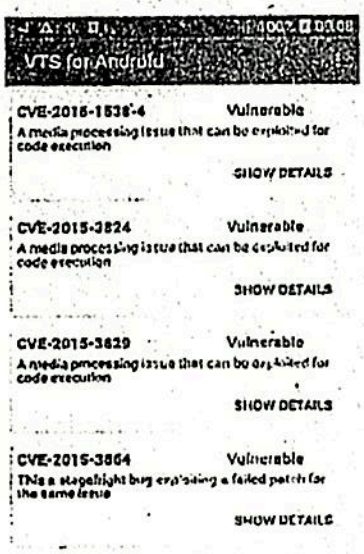

Abbildung 11

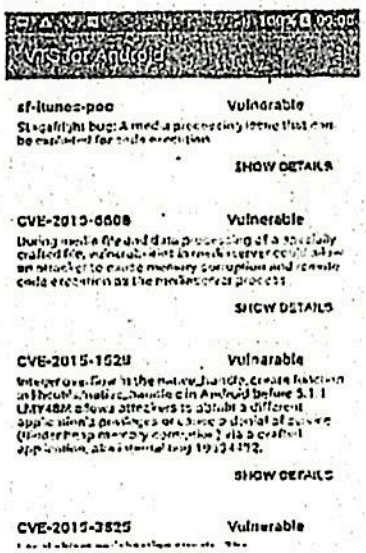

Abbildung 12

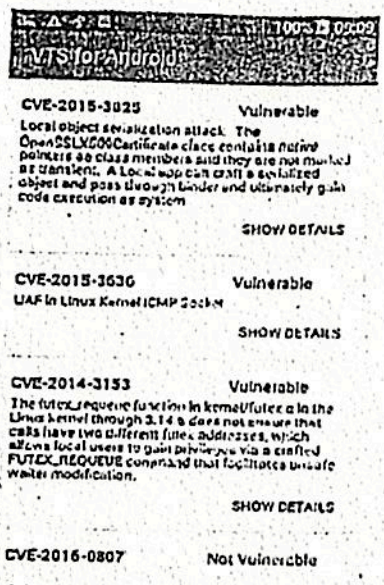

Abbildung 13

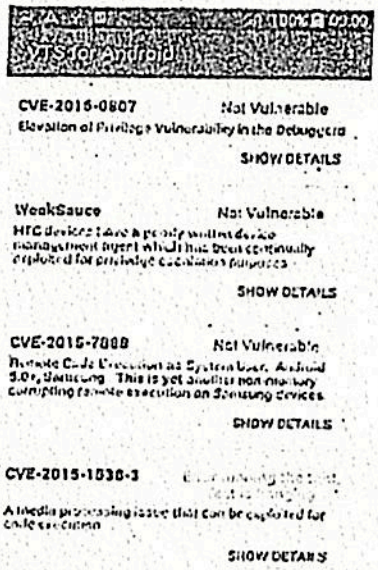

Abbildung 14

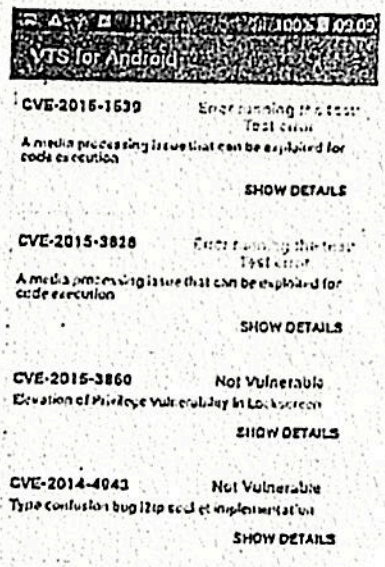

Abbildung 15

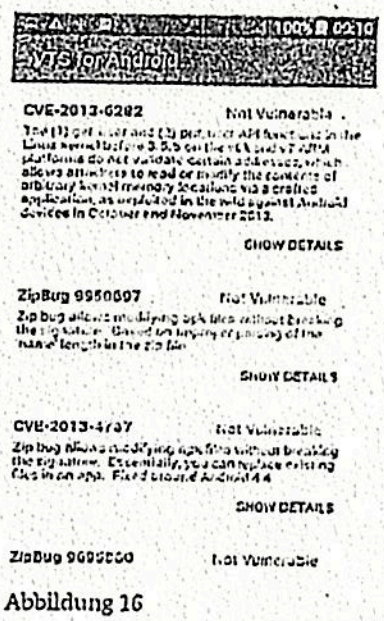

Abbildung 16

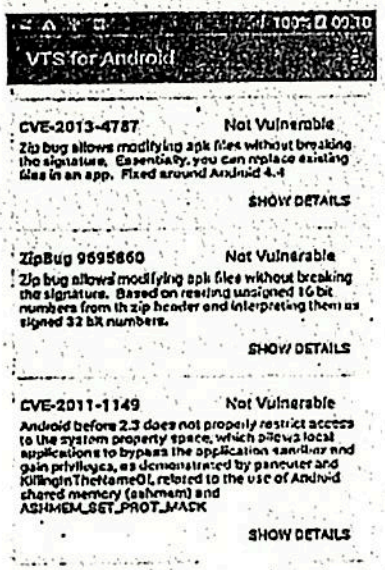

Abbildung 17

wenn dies wie folgt geschieht:

zum Kauf anzubieten, ohne über diese Sicherheitslücken zu informieren;

und/oder

b. Verbrauchern internetfähige Mobiltelefone (Smartphones) zum Kauf anzubieten ohne darüber zu informieren, dass für die jeweiligen Betriebssysteme des Smartphones durch den Hersteller keine Sicherheitsupdates für die Betriebssysteme zur Verfügung gestellt werden, wenn dies geschieht wie nachfolgend eingeblendet:

2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 260,00 € nebst Zinsen i.H.v. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat behauptet, dass ihr (ebenso wie der Allgemeinheit) die Sicherheitslücken zum Zeitpunkt des Testkaufs unbekannt gewesen seien. Diese seien bis dahin nur in Fachkreisen diskutiert worden und variierten unstreitig abhängig vom jeweiligen Gerät (nicht nur von der Version der verwendeten Android-Software).

Sie ist der Ansicht gewesen, für das Schließen von Sicherheitslücken sei der Hersteller verantwortlich. Darüber hinaus hat sie das Vorgehen des Klägers für

rechtsmissbräuchlich gehalten, weil er nicht gegen den Hersteller, sondern gegen sie als einzigen Händler vorgegangen sei. Eine Informationsverpflichtung des Händlers scheide aus, weil es sich nicht um eine „wesentliche Information" im Sinne des § 5a Abs. 2 S 1 UWG bzw. „wesentliche Eigenschaft" im Sinne des Art. 246 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB gehandelt habe und auch keine Informationsbeschaffungspflicht bestehe. Zudem erhebt sie die Einrede der Verjährung.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Zwar sei die Klage zulässig. Der Klageantrag sei hinreichend bestimmt und der Kläger handele nicht rechtsmissbräuchlich gemäß § 8 Abs. 4 UWG.

Der von dem Kläger geltend gemachte Unterlassungsanspruch bestehe unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt, insbesondere folge er nicht aus § 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 3, §§ 3, 5a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UWG bzw. § 2 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 lit. c UKlaG in Verbindung mit § 312a Abs. 2 S. 1 BGB, Art. 246 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB.

Der Kläger sei aktivlegitimiert. Die vom Kläger geforderte Information sei jedoch nicht wesentlich. Die Information sei zwar für den Kunden von Bedeutung. Der Beklagten sei es aber nicht zuzumuten, diese zur Verfügung zu stellen. Die Frage, ob Sicherheitslücken in der Betriebssoftware bestünden oder nicht, sei nicht statisch zu beantworten, sondern laufend zu aktualisieren. Hinzu komme, dass die Frage nicht einheitlich für die jeweilige Version der Betriebssoftware (hier: Android 4.4) beantwortet werden könne, sondern vom Händler jedes Gerät bzw. Hersteller gesondert in den Blick zu nehmen wäre. Für einen Verkäufer wie die Beklagte, die selbst keine Mobiltelefone herstellt, dafür aber unzählige Varianten von Smartphones unterschiedlichster Hersteller vertreibe, bedeute dies einen unverhältnismäßigen Verwaltungsaufwand. Dieser Aufwand werde zusätzlich dadurch gesteigert, dass die relevanten Informationen nicht zentral zum Abruf bereitstehen, sondern für jedes Gerät individuell beschafft werden müssten, zumal die Beklagte auch keinen konkreten Anlass gehabt hätte, für das konkrete Produkt auf Sicherheitslücken hinzuweisen.

Der weitere Unterlassungsanspruch sei nicht gegeben. Auch insoweit sei die geforderte Information für den jeweiligen Verbraucher wichtig. Ein Händler sei aber nicht laufend gehalten, die Sicherheit der in den Mobiltelefonen werkseitig aufgespielten Software zu überwachen bzw. anlasslos Rücksprache mit dem jeweiligen Hersteller zu halten, ob hinsichtlich der aktuell identifizierten

Sicherheitslücken ein entsprechendes Update zu deren Behebung geplant sei.

Die begehrten Unterlassungsansprüche folgen auch nicht aus § 2 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 lit. c) UKlaG in Verbindung mit § 312a Abs. 2 S. 1 BGB, Art. 246 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB. Die Wertungen seien vergleichbar.

Vor diesem Hintergrund bestünde ein Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten nicht.

Der Kläger wendet sich gegen dieses Urteil, auf das gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen wird, mit seiner Berufung. Er wiederholt und vertieft seinen erstinstanzlichen Vortrag. Entgegen der Ansicht des Landgerichts ergebe sich der Unterlassungsanspruch aus §§ 8, 5a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UWG. Das Landgericht sei im Ausgangspunkt zutreffend davon ausgegangen, dass es sich bei der Frage, ob Sicherheitslücken vorlägen, um eine wichtige Information handele. Dies zeige auch eine Umfrage, nach der sich 92% der Befragten dafür aussprächen, dass darüber informiert werden solle, ab welchem Zeitpunkt keine Sicherheitsupdates zur Verfügung gestellt würden.

Unzutreffend sei das Landgericht davon ausgegangen, dass Sicherheitslücken nicht die Verkehrsfähigkeit der Smartphones beeinträchtigten. Ein Smartphone mit einer gravierenden Sicherheitslücke könne nur als mangelhaftes Produkt verkauft werden. Es entspreche nicht dem aktuellen Stand der Technik. Nur wenn es keine Sicherheitslücke aufweise, eigene es sich für die gewöhnliche Verwendung.

Die entsprechenden Informationen führten nicht zu einer Überfrachtung des Verbrauchers.

Auch die Information, dass kein Sicherheitsupdate für ein bestimmtes Smartphone zur Verfügung gestellt werde, sei wesentlich, was sich aus der vorgelegten Umfrage der Verbraucherzentrale Rheinland-Pfalz zeige.

Die vorstehend als fehlend gerügten Informationen enthalte die Beklagte den Verbrauchern vor. Die gegenteilige Auffassung des Landgerichts beruhe darauf, dass das Landgericht den Begriff des „Vorenthaltens" in unzulässiger Weise zu eng auslege. Dabei müsse bei dem Händler nicht auf den Wissenstand eines Laien, sondern auf

den eines Fachmanns abgestellt werden. Diese Kenntnisse erwarte der Verbraucher von einem Fachhändler.

Nicht erheblich sei, ob die Beklagte positive Kenntnis von Sicherheitslücken gehabt habe. Denn für den Unterlassungsanspruch seien weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit erforderlich.

Aus Art. 7 Abs. 3 RL 2019/771/EU ergebe sich, dass der Verkäufer dafür Sorge tragen müsse, den Verbraucher über Updates zu informieren. Dem Händler seien diese Informationspflichten zumutbar.

Die Ansprüche ergäben sich auch aus dem UKlaG, wie bereits in erster Instanz geltend gemacht. Vor diesem Hintergrund sei auch die Forderung auf Erstattung der Abmahnkosten gerechtfertigt.

Der Kläger beantragt sinngemäß,

> unter Abänderung des am 30.04.2019 verkündeten Urteils des Landgerichts Köln, Az. 31 O 133/17, die Beklagte zu verurteilen, wie erstinstanzlich beantragt.

Die Beklagte beantragt,

> die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags.

II.

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers hat in der Sache keinen Erfolg. Auf die zutreffenden Ausführungen der angefochtenen Entscheidung kann zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen werden. Ergänzend ist im Hinblick auf die Berufungsbegründung folgendes auszuführen:

1. Die Klage ist zulässig. Der Klageantrag ist hinreichend bestimmt und die Klage ist nicht rechtsmissbräuchlich im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG.

a) Die Klageanträge sind nicht aufgrund Unbestimmtheit unzulässig, § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, wie die Beklagte eingewandt hat.

Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO darf ein Verbotsantrag nicht derart undeutlich gefasst sein, dass Gegenstand und Umfang der Entscheidungsbefugnis des Gerichts (§ 308 Abs. 1 ZPO) nicht erkennbar abgegrenzt sind, sich der Beklagte deshalb nicht erschöpfend verteidigen kann und letztlich die Entscheidung darüber, was dem Beklagten verboten ist, dem Vollstreckungsgericht überlassen bleibt (vgl. BGH, Urteil vom 02.03.2017 – I ZR 194/15, GRUR 2017, 537 – Konsumgetreide, mwN). Aus diesem Grund sind Unterlassungsanträge, die lediglich den Wortlaut eines Gesetzes wiederholen, grundsätzlich als zu unbestimmt und damit unzulässig anzusehen. Abweichendes kann gelten, wenn entweder bereits der gesetzliche Verbotstatbestand selbst entsprechend eindeutig und konkret gefasst oder der Anwendungsbereich einer Rechtsnorm durch eine gefestigte Auslegung geklärt ist, sowie auch dann, wenn der Kläger hinreichend deutlich macht, dass er nicht ein Verbot im Umfang des Gesetzeswortlauts beansprucht, sondern sich mit seinem Unterlassungsbegehren an der konkreten Verletzungshandlung orientiert. Die Bejahung der Bestimmtheit setzt in solchen Fällen allerdings grundsätzlich voraus, dass sich das mit dem selbst nicht hinreichend klaren Antrag Begehrte im Tatsächlichen durch Auslegung unter Heranziehung des Sachvortrags des Klägers eindeutig ergibt und die betreffende tatsächliche Gestaltung zwischen den Parteien nicht in Frage gestellt ist, sondern sich der Streit der Parteien ausschließlich auf die rechtliche Qualifizierung der angegriffenen Verhaltensweise beschränkt (vgl. BGH, GRUR 2017, 542 – Konsumgetreide).

Weiter kann der Klageantrag auf die konkrete Verletzungsform bezogen werden. Dann bildet im Grundsatz diese den Streitgegenstand, unabhängig davon, ob der Kläger sich auf einzelne Rechtsverletzungen gestützt hat. Dem Kläger ist es allerdings nicht verwehrt, in Fällen, in den er eine konkrete Werbeanzeige unter verschiedenen Aspekten jeweils gesondert angreifen möchte, eben diese verschiedenen Aspekte im Wege der kumulativen Klagehäufung zu jeweils getrennten Klagezielen zu machen. In diesem Fall muss er die einzelnen Beanstandungen in verschiedenen Klageanträgen umschreiben, wobei er zur Verdeutlichung jeweils auf die konkrete Verletzungsform Bezug nehmen kann („wie geschehen in ..."). In diesem Fall nötigt der Kläger das Gericht,

die beanstandete Anzeige unter jedem der geltend gemachten Gesichtspunkte zu prüfen. Naturgemäß muss der Kläger einen Teil der Kosten tragen, wenn er nicht mit allen Klageanträgen Erfolg hat (vgl. BGH, Urteil vom 13.09.2012 – I ZR 230/11, BGHZ 194, 314 – Biomineralwasser).

Nach diesen Grundsätzen ist der Klageantrag hinreichend bestimmt gefasst. Der Kläger begehrt im Antrag Ziffer 1 a die Unterlassung eines konkret im Rahmen des Antrags in Bezug genommenen Angebots, ohne über konkret im Antrag aufgenommene Sicherheitslücken zu informieren. Damit orientiert sich der Antrag an der konkreten Verletzungsform. Aus dem Antrag wird deutlich, was Gegenstand der Entscheidung sein soll. Der Antrag bezieht sich nicht auf sämtliche Smartphones, deren Betriebssystem die im Antrag aufgenommenen Sicherheitslücken aufweisen, was sich auch daraus ergibt, dass der Kläger nicht vorträgt, welches Smartphone – neben dem im Angebot bezeichneten – ebenfalls entsprechende Sicherheitslücken aufweist. Dieses Verständnis des Antrags hat der Kläger im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ausdrücklich bestätigt.

Entgegen der Ansicht der Beklagten ergibt sich die Unbestimmtheit vor diesem Hintergrund nicht aus dem der konkreten Verletzungsform vorangestellten Vorspann, der eine Einschränkung auf das aus dem Angebot ersichtliche Smartphone nicht erkennen lässt, zumal der Kläger – wie dargelegt – klargestellt hat, dass eine solche nicht bezweckt sei.

Soweit die Beklagte der Auffassung ist, die Sicherheitslücken seien im Antrag nicht ausreichend deutlich geworden, ist dem nicht beizutreten. Denn es kann – gerade bei einem technisch komplexen Sachverhalt – notwendig sein, den Sachverhalt in einer Art darzustellen, die nur mit technischen Sachverstand nachvollzogen werden kann. Dies führt nicht zur Unzulässigkeit des Antrags. Denn auch die Beklagte macht nicht geltend, dass aufgrund der eingeblendeten Screenshots eine Sicherheitslücke nicht ohne weiteres konkret festgestellt werden kann. Soweit die Beklagte meint, sie könne auf die in den Klageantrag aufgenommene Art und Weise nicht auf eine etwaige Sicherheitslücke hinweisen, führt dies zu keinem anderen Ergebnis. Denn es ist nicht Sache des Klägers oder des Gerichts aufzuzeigen, wie die Beklagten ein Angebot an Verbraucher machen kann, ohne gegen die beantragte Unterlassung zu verstoßen. Dies stellt daher kein Problem der Bestimmtheit des Klageantrags dar.

Für den Antrag 1 b gilt nichts anderes. Dieser ist – wie der Antrag 1 a – auf die konkrete Verletzungsform bezogen und daher aus den vorstehend dargelegten Gründen hinreichend bestimmt.

b) Entgegen der Ansicht der Beklagten ist die Klage auch nicht rechtsmissbräuchlich im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG.

Gemäß § 8 Abs. 4 UWG ist die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs unzulässig, wenn sie unter Berücksichtigung der gesamten Umstände missbräuchlich ist, insbesondere wenn sie vorwiegend dazu dient, gegen den Zuwiderhandelnden einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen oder Kosten der Rechtsverfolgung entstehen zu lassen. Ein Missbrauch liegt daher vor, wenn der Anspruchsberechtigte mit der Geltendmachung des Anspruchs überwiegend sachfremde, für sich gesehen nicht schutzwürdige Interessen und Ziele verfolgt und dies die eigentliche Triebfeder und das beherrschende Motiv der Verfahrenseinleitung ist (vgl. Köhler/Feddersen in Köhler/Bornkamm, UWG, 37. Aufl., § 8 Rn. 4.10, mwN). Dies ist beispielsweise anzunehmen, wenn die Ausübung der Befugnisse nicht den gesetzlich vorgesehenen, sondern anderen und rechtlich zu missbilligenden Zwecken dient (vgl. BGH, Urteil vom 09.05.2019 – I ZR 205/17, GRUR 2019, 850 – Prozessfinanzierer II). So kann es auch ein Indiz für einen Rechtsmissbrauch sein, wenn schonendere Wege zur Verfügung stehen, der Gläubiger diese aber nicht nutzt (vgl. Köhler/Feddersen in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO, § 8 Rn. 4.10).

Die Frage, ob die Voraussetzungen für einen Missbrauch vorliegen, ist im Wege des Freibeweises von Amts wegen zu prüfen. Allerdings spricht im Grundsatz eine Vermutung für die Klagebefugnis. Diese Vermutung hat der Anspruchsgegner zu erschüttern. Gelingt ihm dies, so hat der Kläger seinerseits substantiiert die aufkommenden Verdachtsmomente zu widerlegen. Gelingt es dem Anspruchsgegner nicht, die Vermutung zu erschüttern, so geht dies zu seinen Lasten (vgl. Büch in Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 12. Aufl., Kap. 13 Rn. 54, mwN).

Nach diesen Grundsätzen hat die Beklagte die für die Prozessführungsbefugnis des Klägers sprechende Vermutung nicht erschüttert. Soweit es ein Indiz für einen Rechtsmissbrauch darstellen kann, wenn es schonendere Möglichkeiten des Vorgehens gibt (s.o.), führt dies nicht zu der Annahme des Rechtsmissbrauchs. Die Beklagte macht insoweit geltend, der Kläger hätte auch gegen den sachnäheren Hersteller vorgehen

können. Ziel der Klage ist es indes, die Informationspflichten des Händlers – hier der Beklagten – durchzusetzen. Hierfür sind keine milderen Mittel ersichtlich, zumal es im Grundsatz dem Kläger zu überlassen ist, ob er gegen den Hersteller oder den Händler vorgeht, um die vermeintliche Pflicht zur Information über Sicherheitslücken durchzusetzen. Gründe, warum dieses Vorgehen gegen die Beklagte unzulässig sein könnte, sind nicht ersichtlich. Soweit sich etwas anderes aus einem Vorgehen gegen eine große Anzahl von Schwesterfirmen ergeben könnte, ist ein solches Vorgehen des Klägers weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

Insgesamt ist daher ein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht ersichtlich.

Der Kläger ist auch nicht gezwungen, gegen alle Verletzer vorzugehen. Anderenfalls würde jedes Vorgehen eines Unternehmens oder eines Verbandes gegen nur einen einzelnen Konkurrenten einen Verstoß begründen. Dies würde dazu führen, dass ein Unternehmen oder ein Verband grundsätzlich gezwungen wäre, gegen alle Verletzer vorzugehen. Dies lehnt die ständige Rechtsprechung des BGH indes ab (vgl. BGH, Urteil vom 05.10.2017 – I ZR 172/18, GRUR 2017, 1281 Rn. 15 – Großhandelszuschläge).

2. Die Klage ist – wie das Landgericht mit Recht und mit zutreffender Begründung angenommen hat – nicht gemäß § 8 Abs. 1, 3 Nr. 3, §§ 3, 5a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UWG begründet. Zwar ist die Klägerin aktivlegitimiert und richtet den Anspruch gegen den zutreffenden Anspruchsgegner. Eine Irreführung durch Unterlassen im Sinne des § 5a UWG erfolgt aber nicht.

a) Der Kläger ist – wie auch das Landgericht angenommen hat – gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG aktivlegitimiert. Dies greift auch die Beklagte nicht an.

b) Die Beklagte ist der richtige Anspruchsgegner und daher passivlegitimiert.

Der Kläger macht einen Unterlassungsanspruch nach § 5a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UWG geltend. Danach handelt unlauter, wie im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände dem Verbraucher wesentliche Informationen vorenthält, die der Verbraucher je nach den Umständen benötigt, um eine informierte Entscheidung zu treffen. Der Kläger stützt seine Entscheidung auf eine vermeintliche Informationspflicht der

Beklagten als Verkäufer des Smartphones an Endkunden (Verbraucher), so dass die Beklagte der richtige Anspruchsgegner ist. Die Frage, ob die Beklagte eine Informationspflicht im Sinne des § 5a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UWG hat, ist im Rahmen der Tatbestandsmerkmale der genannten Vorschrift zu prüfen. In diesem Rahmen wird – wie darzulegen ist – auch zu berücksichtigen sein, wie und in welchem Umfang die Beklagte Informationen über die Betriebssysteme der Smartphones, deren Sicherheitslücken und geplante Updates erlangen kann. Soweit die Beklagte meint, diese Angaben seien allein dem Hersteller möglich, stellt dies daher einen anderen Streitgegenstand dar, der nicht Gegenstand des Rechtsstreits und daher nicht zu prüfen ist.

c) Mit Recht ist das Landgericht davon ausgegangen, dass die Beklagte den Tatbestand der Irreführung durch Unterlassen gemäß § 5a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UWG nicht erfüllt.

aa) Nach § 5a Abs. 2 Satz 1 UWG in der seit dem 10. Dezember 2015 geltenden Fassung handelt unlauter, wer im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände dem Verbraucher eine wesentliche Information vorenthält, die dieser je nach den Umständen benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen (Nr. 1), und deren Vorenthalten geeignet ist, ihn zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er anderenfalls nicht getroffen hätte (Nr. 2). Als Vorenthalten gilt nach § 5a Abs. 2 Satz 2 UWG auch das Verheimlichen wesentlicher Informationen (Nr. 1), die Bereitstellung wesentlicher Informationen in unklarer, unverständlicher oder zweideutiger Weise (Nr. 2) und die nicht rechtzeitige Bereitstellung wesentlicher Informationen (Nr. 3).

Diese Bestimmungen dienen der Umsetzung von Art. 7 Abs. 1 bis 3 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken. Durch die Neufassung des § 5a Abs. 2 UWG mit Wirkung ab 10. Dezember 2015, die nunmehr mit den Vorschriften der Richtlinie 2005/29/EG nahezu wörtlich übereinstimmt, ist keine für den Streitfall erhebliche Änderung der Rechtslage eingetreten (BGH, Urteil vom 05.10.2017 – I ZR 232/16, GRUR 2018, 438 – Energieausweis, mwN).

bb) Aufgrund des Anbietens des Smartphones durch die Beklagte liegt eine geschäftliche Handlung gegenüber Verbrauchern im Sinne des § 5a Abs. 2 UWG vor (vgl. dazu Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO, § 5a Rn. 3.7).

cc) Die Informationen, dass ein Smartphone bereits zum Zeitpunkt des Anbietens Sicherheitslücken aufweist, ist für den Verbraucher nicht wesentlich.

Eine Information ist nicht allein schon deshalb wesentlich im Sinne des § 5a Abs. 2 UWG, weil sie für die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers von Bedeutung sein kann, sondern nur dann, wenn ihre Angabe unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen vom Unternehmer erwartet werden kann und ihr für die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers zudem ein erhebliches Gewicht zukommt. Die Beurteilung, ob eine Information im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände als wesentlich anzusehen ist, ist Sache der Gerichte der Mitgliedstaaten. Die Frage, ob eine Information für die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers von besonderem Gewicht ist, ist nach dem Erwartungs- und Verständnishorizont des Durchschnittsverbrauchers zu beurteilen (vgl. BGH, Urteil vom 27.04.2017 – I ZR 55/16, GRUR 2017, 1265 – Preisportal, mwN). Der Unternehmer muss daher nicht ungefragt auch weniger vorteilhafte oder negative Eigenschaften des eigenen Angebots offenlegen, sofern dies nicht zum Schutze der Interessen des Verbrauchers unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Werbenden unerlässlich ist (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO, § 5a Rn. 3.11, mwN).

Wie auch das Landgericht unter Darstellung der einschlägigen Rechtsprechung zutreffend dargelegt hat, ist auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Der Aufwand des Werbenden, die Informationen erlangen zu können, ist zu berücksichtigen, wobei nicht vorausgesetzt wird, dass der Werbende über die Informationen bereits verfügt. Die Information muss zum Standard der Fachkenntnisse im Bereich des Werbenden gehören, wobei auch die Verkehrserwartung zu berücksichtigen ist. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf die angefochtene Entscheidung Bezug genommen.

Nach diesen Grundsätzen ist das Landgericht mit Recht davon ausgegangen, dass die Informationen über die Sicherheitslücken und das Nichtdurchführen von Updates keine wesentlichen Informationen im Sinne des § 5a UWG darstellen.

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Information über das Vorliegen von Sicherheitslücken für den Verbraucher von großer Bedeutung ist. Denn tatsächlich können durch Sicherheitslücken Daten des Verbrauchers bei der Nutzung des Smartphones erlangt werden, was eine erhebliche der Verletzung der Privatsphäre des Verbrauchers bedeuten kann. Auch können die erlangten Daten zu betrügerischen Zwecken

missbraucht und der Verbraucher hierdurch massiv geschädigt werden. Dies zeigt auch die von dem Kläger vorgelegte Umfrage, nach der sich 92% der Befragten Informationen über Sicherheitsupdates wünschen. Dies ist letztlich zwischen den Parteien aber auch unstreitig.

Dem steht gegenüber, dass die Beklagte die Sicherheitslücken eines Smartphones nur durch Tests selbst feststellen kann, die sich auf den jeweiligen Typ des Smartphones beziehen müssen. Unstreitig haben Smartphones, die das gleiche Betriebssystem und den gleichen Entwicklungsstand dieses Betriebssystems nutzen, nicht immer die gleichen Sicherheitslücken, was sich auch aus dem Testkauf des Klägers zeigt. Das hier dem Streit zugrundeliegende Smartphone der Marke MOBISTEL wies zahlreiche Sicherheitslücken auf, während ein Modell der Marke Huawei mit dem gleichen Betriebssystem, das sich auf dem gleichen Entwicklungsstand befand, lediglich eine Sicherheitslücke aufwies. Es kommt hinzu, dass es nicht möglich ist, alle vorhandenen Sicherheitslücken festzustellen. Dies zeigt sich eindrucksvoll daran, dass alle Anbieter von Betriebssystemen selbst immer wieder – teilweise erst aufgrund von Angriffen durch Dritte – Sicherheitslücken im Betriebssystem finden. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass sich die feststellbaren Sicherheitslücken jederzeit ändern können, so dass die Beklagte die Tests in regelmäßigen Abständen wiederholen müsste.

Entgegen der Ansicht des Klägers beeinträchtigen Sicherheitslücken auch nicht die Verkehrsfähigkeit des Smartphones. Denn es ist allgemein bekannt, dass jedes Betriebssystem Sicherheitslücken aufweist, die teilweise nicht bekannt sind. Solche wirken sich daher nicht auf die Verkehrsfähigkeit des Betriebssystems aus.

Fehler, die die Funktionsfähigkeit des Programms beeinflussen, sind zwar rechtlich als Mängel anzusehen. Das Gesetz drückt dies so aus, dass das Werk oder der Kaufgegenstand frei von Sachmängeln ist, wenn eine vereinbarte Beschaffenheit vorliegt. Fehlt es an konkreten Vereinbarungen, so ist es frei von Sachmängeln, wenn es sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte, sonst für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art des Werks erwarten kann (vgl. Redeker in Redeker, IT-Recht, 6. Aufl., §B. Rn. 321). Diese Voraussetzungen erfüllt das angebotene Smartphone, weil nicht vorgetragen ist, dass das Betriebssystem nicht dazu geeignet ist, die

vorgesehen Leistungen zu erbringen und der Verbraucher von Sicherheitslücken ausgeht.

Nichts anderes gilt für die Information, dass für das konkrete Modell des Smartphones keine Sicherheitsupdates mehr erfolgen werden. Denn diese Information ist der Beklagten zum Zeitpunkt des Verkaufs in der Regel nicht bekannt. Die Beklagte hat auch keine Möglichkeit, diese ohne ein Zutun des Herstellers zu erlangen. Denn allein der Hersteller entscheidet, ob und wann er ein Sicherheitsupdate des Betriebssystems für das jeweilige Smartphone-Modell anpasst. Es kommt hinzu, dass die Frage, ob Sicherheitsupdates zur Verfügung gestellt werden, auch durch den Hersteller nicht pauschal beantwortet werden kann. Denn es ist denkbar, dass ein Hersteller ein Sicherheitsupdate – entgegen einer etwaigen ursprünglichen Planung – dennoch zu Verfügung stellt. Auch hier kann sich die entsprechende Information täglich ändern, zumal auch dem Hersteller nicht bekannt ist, ob und wann ein Sicherheitsupdate des Betriebssystems, das von ihm angepasst werden könnte, veröffentlicht wird.

dd) Auch ein Vorenthalten liegt nicht vor. Eine Information wird dem Verbraucher im Sinne von § 5a Abs. 2 Satz 1 UWG vorenthalten, wenn sie zum Geschäfts- und Verantwortungsbereich des Unternehmers gehört oder dieser sie sich mit zumutbarem Aufwand beschaffen kann und der Verbraucher sie nicht oder nicht so erhält, dass er sie bei seiner geschäftlichen Entscheidung berücksichtigen kann (BGH, Urteil vom 050.10.2017 – I ZR 232/16, GRUR 2018, 438 – Energieausweis, mwN). Wie dargelegt ist die Beklagte nicht in der Lage, sich die Informationen über Sicherheitslücken für jedes einzelne von ihr angebotene Smartphone-Modell mit zumutbarem Aufwand zu verschaffen. Zutreffend ist zwar, dass es insoweit auf den Standard an Fachkenntnissen ankommt, die im Tätigkeitsbereich des Werbenden üblich sind, deren Kenntnis von ihm nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der anständigen Gepflogenheiten im Wettbewerb zu erwarten sind (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO, § 5a Rn. 3.24). Dieses Merkmal ist aber – wie dargelegt – nicht erfüllt.

Tatsächlich erwartet der Verbraucher diese Kenntnisse auch nicht. Denn dem Verbraucher ist bekannt, dass ein Betriebssystem über Sicherheitslücken verfügen kann, die nur mit großem Aufwand festzustellen sind. Dies gilt auch, soweit sich der Verbraucher an einen Fachhändler wendet.

Soweit sich aus Art. 7 Abs. 3 der RL 2019/771/EU ergibt, dass der Verkäufer dafür Sorge trägt, dass der Verbraucher über Aktualisierungen, einschließlich Sicherheitsaktualisierungen, die für den Erhalt der Vertragsgemäßheit dieser Waren erforderlich sind, informiert wird und solche erhält, begründet dies kein anderes Ergebnis. Denn nach Art. 24 Abs. 2 der RL 2019/771/EU gilt die vorstehend dargestellte Vorschrift nicht für vor dem 01.01.2022 geschlossene Verträge. Dies zeigt, dass dem Verkäufer Gelegenheit gegeben werden soll, sich auf die neue Rechtslage einzustellen.

3. Nach den vorstehenden Erwägungen ergibt sich der Anspruch auch nicht aus § 1 Abs. 1, 2 S. 1 Nr. 1 c UKlaG in Verbindung mit § 312a Abs. 2 S. 1 BGB, Art. 246 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB.

Wie das Landgericht mit Recht ausgeführt hat, ist der Unternehmer nach Art. 246 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB verpflichtet, über „wesentliche Eigenschaften" der vertraglich geschuldeten Leistung zu informieren. Um eine solche handelt es sich indes nach den vorstehend dargelegten Grundsätzen nicht. Auch insoweit findet eine Betrachtung im Einzelfall statt (vgl. Busch in BeckOGK BGB, Stand: 01.07.2019, Art. 246 EGBGB Rn. 18).

4. Die Kosten der Berufung sind gemäß § 97 ZPO vom Kläger zu tragen. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, §§ 711, 713 ZPO.

5. Die Revision ist nicht zuzulassen. Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch ist die Revision zur Fortbildung des Rechts oder Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zuzulassen. Vielmehr beruht die Entscheidung auf der Anwendung der dargestellten höchstrichterlichen Rechtsprechung auf den Einzelfall.

6. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 20.000 € festgesetzt.

[redacted] [redacted] [redacted]