

# Aufgepasst, Werbung!

## **Eigener Leitsatz:**

Ist eine Werbung darauf ausgelegt, entweder richtig verstanden zu werden und unbeachtet zu bleiben oder falsch verstanden und daher zur Vertragsgrundlage zu werden, so ist dies bei bereits geringer Irreführungsquote nicht zulässig. Auffällig ist zudem, dass der Werbung eine Anpreisung der Leistungen völlig fehlt, was gerade bei werblichen Erstkontakt üblich ist. Vielmehr wird darauf vertraut, dass der Leser durch die Anweisung, die Adresse zu überprüfen und zu vervollständigen, nur mit eingeschränkter Aufmerksamkeit vorgeht.

## **Oberlandesgericht Frankfurt am Main**

Urteil vom 26.03.2009

Az.: 6 U 242/08

## **Gründe**

### **I.**

Die Antragsgegnerin zu 1), deren Geschäftsführer der Antragsgegner zu 2) ist, warb für ein von ihr im Internet unterhaltenes Branchenverzeichnis mit einer Aussendung, deren Vorder- und Rückseiten nachfolgend wiedergegeben werden:

(Es folgen Abbildungen, die aus technischen Gründen nicht dargestellt werden können – die Red.)

Die Antragstellerin, die das Branchentelefonbuch „X ...“ herausgibt, beanstandet diese Aussendung unter mehreren Gesichtspunkten als wettbewerbswidrig.

Das Landgericht hat den Antragsgegnern mit Beschlussverfügung vom 20.8.2008 die Werbung mit diesem Formular untersagt. Auf den Widerspruch der Antragsgegner hat es die einstweilige Verfügung mit Urteil vom 29.10.2008 bestätigt. Hiergegen wenden sich die Antragsgegner mit der Berufung.

Von der weiteren Darstellung des Sachverhalts wird gemäß §§ 540 II i.V.m. 313 a I, 1 ZPO abgesehen.

## II.

Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg.

Die Antragstellerin stützt das mit dem Eilantrag begehrte Verbot der konkreten Verletzungshandlung auf mehrere darin verwirklichte Wettbewerbsverstöße. Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, ist ein solcher Unterlassungsantrag nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (GRUR 01, 453 – TCM-Zentrum, Rdz. 30) schon dann in vollem Umfang begründet, wenn die Verletzungshandlung nur einen der gerügten Wettbewerbsverstöße enthält; auf die Frage, ob die beanstandete Verletzungshandlung auch im Übrigen wettbewerbswidrig ist, kommt es dann nicht mehr an.

Die sich daraus ergebende Möglichkeit des Gerichts, sich gegebenenfalls nur mit einem das Verbot rechtfertigenden Verstoß zu befassen, besteht nach Auffassung des erkennenden Senats auch im Rahmen des Berufungsverfahrens, wobei das Berufungsgericht durch ein in erster Instanz auf einen bestimmten Wettbewerbsverstoß gestütztes Verbot nicht gehindert ist, das ausgesprochene Verbot der konkreten Verletzungshandlung nicht mit dem vom Erstgericht angenommenen, sondern mit einem anderen der gerügten Wettbewerbsverstöße zu begründen. Denn nachdem die genannte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs es dem Kläger oder Antragsteller im Ergebnis ermöglicht, sein Prozessrisiko dadurch zu begrenzen, dass er das angestrebte Verbot einer konkreten Verletzungshandlung alternativ auf mehrere darin verwirklichte Wettbewerbsverstöße stützen kann, muss ihm diese Möglichkeit auch im Berufungsrechtszug und unabhängig vom Inhalt der erstinstanzlichen Entscheidung erhalten bleiben. Dass durch eine Auswechslung der dem Verbotsausspruch zugrunde liegenden Begründung der Unterlassungstitel einen anderen Inhalt erhalten kann, steht dieser prozessualen Behandlung nicht entgegen; hieraus kann sich im Verfügungsverfahren allerdings das Erfordernis einer erneuten Vollziehung (§ 929 II ZPO) ergeben.

Es erscheint zweifelhaft, ob die beanstandete Werbeaussendung bereits deshalb als irreführend (§ 5 UWG) eingestuft werden

kann, weil – wie das Landgericht angenommen hat – der Hinweis „Preis p.M. 89,- €“ beim angesprochenen Verkehr unzutreffende Vorstellungen über die Preisgestaltung hervorruft.

Im Hinblick auf die oben dargestellten Erwägungen kann diese Frage jedoch dahinstehen. Denn der Antragstellerin steht der geltend gemachte Unterlassungsanspruch jedenfalls aus §§ 3 I, 5, 8 III Nr. 1 UWG zu, weil – wie die Antragstellerin bereits mit der Antragsschrift geltend gemacht hat – die beanstandete Werbeaussendung geeignet ist, einen nach den Gesamtumständen hinreichend großen Teil des angesprochenen Verkehrs über ihren wahren Charakter zu täuschen, nämlich den unzutreffenden Eindruck zu erwecken, mit der Unterzeichnung und Rücksendung des Formulars werde lediglich eine Aktualisierung der Eintragungsdaten im Rahmen eines bereits bestehenden Vertragsverhältnisses vorgenommen.

Die Werbung richtet sich an Gewerbetreibende bzw. deren Mitarbeiter, die mit der Bearbeitung von allgemeinem Schriftverkehr des Unternehmens betraut sind. Bei diesem Personenkreis kann auf der einen Seite von einer jedenfalls durchschnittlichen intellektuellen Erkenntnisfähigkeit ausgegangen werden. Andererseits stehen auch und gerade Gewerbetreibende oder deren Mitarbeiter regelmäßig unter Zeitdruck und lesen Schreiben der in Rede stehenden Art selbst dann oft nicht mit der an sich gebotenen Aufmerksamkeit, wenn ihnen eine Einverständniserklärung in Form einer Unterschrift abverlangt wird. Auch dies kann bei der Beurteilung der situationsadäquaten Aufmerksamkeit, auf die es im Rahmen der Prüfung des § 5 UWG entscheidend ankommt (vgl. BGH GRUR 2004, 162, 163 – Mindestverzinsung – m.w.N.), nicht unberücksichtigt bleiben.

Gleichwohl wird der genannte Personenkreis bei Lektüre der beanstandeten Aussendung ohne Weiteres erkennen können, dass er mit der geforderten „rechtsgültigen Unterschrift“ einen Antrag auf Abschluss eines entgeltlichen Insertionsauftrages abgibt; dies lässt sich der Überschrift „Eintragungsantrag“ sowie den Angaben im Fließtext – soweit man sich mit ihm

befasst – ohne Schwierigkeiten entnehmen. Andererseits enthält die Aussendung allerdings auch Elemente, die zumindest bei oberflächlicher Befassung an einen Korrekturabzug erinnern; dies gilt neben der grafischen Gestaltung insbesondere für die Zwischenüberschrift „Bitte die Adressdaten überprüfen und auf Wunsch vervollständigen“. Es kommt hinzu, dass in der beanstandeten Aussendung der Titel „Branchenbuch Y“ blickfangartig mit einem gelben Rechteck unterlegt ist. Dies kann bei einem Teil der Empfänger die Annahme hervorrufen, die Aussendung stehe in irgendeinem Zusammenhang zu dem bekannten Branchenverzeichnis „X ...“. Auch das kann dazu beitragen, dass der Inhalt des Schreibens vor der Unterzeichnung nur mit eingeschränkter Aufmerksamkeit überprüft wird, da der Empfänger auch wegen der vermeintlichen Verbindungen zu den „X ...“ davon ausgeht, dass es damit „seine Richtigkeit haben“ wird.

Der Senat verkennt allerdings nicht, dass die beschriebene irreführende Vorstellung nur bei einem eher geringen Teil des angesprochenen Verkehrs hervorgerufen wird. Dies reicht jedoch im Hinblick auf die Besonderheiten der vorliegenden Fallgestaltung zur Bejahung einer Irreführungsgefahr nach § 5 UWG aus.

Zwar ist in diesem Zusammenhang regelmäßig auf das Verständnis des durchschnittlich informierten und verständigen Werbeadressaten abzustellen (vgl. BGH a.a.O. – Mindestverzinsung, S. 163 m.w.N.). Das schließt jedoch nicht aus, bei der Festlegung der hierfür erforderlichen Irreführungsquote auch wertende Elemente einfließen zu lassen (vgl. allg. hierzu Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Rdz. 2.200 zu § 5). So ist bei der Verwendung einer objektiv falschen Tatsachenbehauptung ohne vernünftigen Grund („dreiste Lüge“) regelmäßig selbst dann von der Irreführung eines ausreichenden Teils des Verkehrs auszugehen, wenn der größte Teil der Werbeadressaten die Unrichtigkeit dieser Behauptung erkennt (vgl. BGH GRUR 2001, 78, 79 – Falsche Herstellerpreisempfehlung). In gleicher Weise kann nach

Auffassung des erkennenden Senats auch bei anderen Werbeäußerungen bereits eine eher geringe Irreführungsquote für den Tatbestand des § 5 UWG ausreichen, wenn die Werbung gezielt darauf angelegt ist, einen bestimmten – und sei es auch kleinen – Teil des Verkehrs zu täuschen. Das ist hier der Fall.

Das mit der streitgegenständlichen Werbeaussendung unterbreitete Angebot ist darauf gerichtet, die Firma des angeschriebenen Unternehmens nebst Anschrift sowie telefonischen und elektronischen Verbindungsdaten in einem Internet-Branchenverzeichnis für den jeweiligen Ort unter der einschlägigen Branche aufzunehmen. Hierfür soll das Unternehmen eine jährlich im Voraus zu leistende monatliche Vergütung von 89,- € entrichten; bei der zugleich vereinbarten Mindestlaufzeit von zwei Jahren geht das angeschriebene Unternehmen somit bei Auftragserteilung eine Zahlungsverpflichtung in Höhe von 2.136,- € ein. Die Aussendung enthält jedoch keine näheren Angaben über die von der Antragsgegnerin zu 1) übernommene Gegenleistung. Sowohl in den auf der Vorderseite genannten Vertragsbedingungen als auch in den auf der Rückseite abgedruckten Allgemeinen Geschäftsbedingungen heißt es hierzu lediglich, dass die Vertragserfüllung in der Aufnahme der Daten, deren Freischaltung nach Eingang des Rechnungsbetrages und der Veröffentlichung der Firmendaten unter www-...-ag erfolge. Dagegen ist in der Aussendung keinerlei Versuch zu finden, den Adressaten etwa von den Vorteilen zu überzeugen, die sich für ihn aus der – durchaus kostspieligen – Inserierung gerade im Verzeichnis der Antragsgegner zu 1) ergeben sollen. Das Fehlen einer solchen Anpreisung, die für einen werblichen Erstkontakt typisch wäre, ist umso bemerkenswerter, als – wie die Antragsgegnerin in ihrer Schutzschrift vom 21.7.2008 (S. 27) selbst vorgetragen haben – im Internet unzählige Branchenverzeichnisse existieren und dies den angesprochenen Verkehrskreisen auch bekannt ist.

Unter diesen Umständen wären – wenn den Antragsgegnern tatsächlich an einem lauterem Absatz ihrer Leistungen gelegen

wäre – besondere Anstrengungen zu erwarten, um den angeschriebenen Unternehmen deutlich zu machen, warum gerade eine Inserierung im Verzeichnis der Antragsgegner zu 1) einen besonderen Werbeeffekt verspricht, der die verlangten Kosten rechtfertigt.

Dies lässt den Schluss zu, dass es den Antragsgegnern mit der beanstandeten Aussendung in Wahrheit gar nicht darum geht, den angeschriebenen Unternehmen ihr Leistungsangebot zum Zwecke einer sachgerechten Prüfung und Entscheidung über die Auftragserteilung vorzustellen. Vielmehr rechnen die Antragsgegner damit und nehmen es bewusst in Kauf, dass die große Mehrheit der Empfänger, die die Aussendung zutreffend als Vertragsangebot verstehen, die Erteilung eines entsprechenden entgeltlichen Auftrags überhaupt nicht ernsthaft in Betracht ziehen wird, weil dies angesichts des verlangten Preises einerseits und der völlig unzureichenden Erläuterung der Gegenleistung kaufmännisch wenig sinnvoll erscheint. Stattdessen legen die Antragsgegner es allein darauf an, dass ein gewisser – und sei es auch geringer – Teil der Adressaten sich mit der Aussendung ohne die an sich zu erwartende Aufmerksamkeit befasst und irrtümlich davon ausgeht, es handele sich lediglich um einen Korrekturabzug im Rahmen eines bereits bestehenden Auftragsverhältnisses.

Unter diesen Umständen wäre es mit der Funktion der Vorschrift des § 5 UWG nicht zu vereinbaren, eine Irreführungsgefahr allein deswegen zu verneinen, weil der größte Teil des angesprochenen Verkehrs der genannten Fehlvorstellung nicht unterliegt. Die die Orientierung am Verständnis des durchschnittlich informierten und verständigen Werbeadressaten im Rahmen des Irreführungstatbestands bezweckt, einen sachgerechten Ausgleich herbeizuführen zwischen den schutzwürdigen Interessen des Unternehmers an einer effektiven Werbung auf der einen Seite und dem gebotenen Schutz der Werbeadressaten vor einer unsachlichen Beeinflussung auf der anderen Seite.

Der Unternehmer soll auf eine für den Absatz seiner Waren und

Dienstleistungen geeignete Werbung nicht allein deshalb verzichten müssen, weil – was oft nie ganz auszuschließen sein wird – selbst ein geringer Teil des Verkehrs die damit verbundenen Aussagen falsch verstehen könnte (vgl. hierzu Hefermehl/Köhler/Bornkamm a.a.O., Rdz. 2.101 zu § 5 UWG). Von dieser Ausgangslage unterscheidet sich der vorliegende Sachverhalt maßgeblich dadurch, dass aus den dargelegten Gründen schützenswerte Interessen der Antragsgegner, in der in Rede stehenden Form werben zu dürfen, nicht erkennbar sind. Die Werbung wird entweder richtig verstanden und nicht beachtet oder falsch verstanden und zur Grundlage eines auf Täuschung beruhenden Vertragsabschlusses gemacht. Eine darauf gerichtete Vorgehensweise ist unabhängig davon als Verstoß gegen § 5 UWG einzustufen, wie hoch die dabei erzielte Irreführungsquote ist.

Das vom Landgericht antragsgemäß ausgesprochene Verbot ist auch insoweit nicht zu beanstanden, als es den Antragsgegnern untersagt, mit dem angegriffenen Formular „zu werben und/oder werben zu lassen“. Hiermit wird lediglich zum Ausdruck gebracht, dass die Antragsgegner auch gehalten sind, im Rahmen des sie treffenden Organisationsverschuldens dafür zu sorgen, dass ihren Weisungen unterstehende Dritte die untersagte Handlung nicht begehen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 I ZPO.

*Vorinstanz:*

LG Frankfurt am Main, Az.: 3-8 0 96/08