

# **Getarnte Postwerbung ohne Absenderangaben ist wettbewerbswidrig**

**Kammergericht Berlin**

**Urteil vom 19.06.2015**

**Az.: 5 U 7/14**

## **Tenor**

I.

Die Berufung der Antragsgegnerin gegen das am 5. Dezember 2013 verkündete Urteil der Kammer für Handelssachen 91 des Landgerichts Berlin (in der Fassung des landgerichtlichen Berichtigungsbeschlusses vom 17. März 2014) – 91 0 83/13 – wird zurückgewiesen.

II.

Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

## **Entscheidungsgründe**

A.

Der Antragsteller (ein Wettbewerbsverband) nimmt die Antragsgegnerin (ein Nahrungsergänzungsmittel und Arzneimittel vertreibendes Unternehmen aus den Niederlanden) auf Unterlassung von Postwerbung mit besonders gestalteten Umschlägen in Anspruch.

Die Antragsgegnerin verschickte am 25.Mai 2013 nach Berlin eine Werbebroschüre (mit einführenden kritischen Aussagen über Standardarzneimittel und nachfolgender Anpreisung ihrer Nahrungsergänzungsmittel, weitere Einzelheiten: Anlage A2) in einem Briefumschlag, der auf der Vorderseite u. a. die teilweise farblich gestalteten Hinweise „Zustellungs-Hinweis ... Zustell-Nr. 0 ... Vertraulicher Inhalt Schnelle Antwort erbeten Bitte sofort prüfen“, „Express-Sendung Nur vom Empfänger persönlich zu öffnen!“ sowie „TNT Post INFO“ enthielt. Auf der Rückseite des Umschlags befanden sich die Hinweise “ Express Eilige Terminsache! Höchst wichtiger Inhalt!“ (weitere Einzelheiten: Anlage A1).

Der Antragsteller ist der Auffassung, die Werbesendung sei unzulässig, weil sie den Empfänger über den werbenden Charakter des Schreibens täusche.

Das Landgericht hat am 25.Juni 2013 eine einstweilige Verfügung gegen die Antragsgegnerin erlassen, durch die dieser bei Androhung von Ordnungsmitteln untersagt wurde, im geschäftlichen Verkehr auf dem deutschen Markt für den Absatz von Dr. H Gesundheitsmittel Werbeschreiben, die äußerlich nicht als Werbeschreiben zu erkennen sind, an den Adressaten mit dem Hinweis „Vertraulicher Inhalt“ und/oder „Nur vom Empfänger persönlich zu öffnen!“ zu versenden.

Hiergegen hat die Antragsgegnerin Widerspruch eingelegt. Der verständige Empfänger erkenne den Werbecharakter der Sendung sofort. Die Gestaltung lege gerade kein offizielles Schreiben nahe.

Das Landgericht hat mit der hier angefochtenen Entscheidung vom 5.12.2013 seine einstweilige Verfügung bestätigt und diese mit Beschluss vom 17.3.2014 dahin berichtigt, dass die Bestätigung ergänzt wird um die Worte „wenn dies geschieht wie in der als Anlage A1 überreichten Werbesendung“.

Mit ihrer Berufung wiederholt und vertieft die Antragsgegnerin

ihren erstinstanzlichen Vortrag und begehrt die Aufhebung der einstweiligen Verfügung und die Zurückweisung des auf ihren Erlass gerichteten Antrages.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivortrags wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

B.

Die Berufung der Antragsgegnerin ist nicht begründet.

I.

Der Unterlassungsantrag und die landgerichtliche Verurteilung zur Unterlassung (in der Fassung des landgerichtlichen Berichtigungsbeschlusses vom 17. März 2014) sind schon wegen der Bezugnahme auf die konkrete Verletzungsform („wenn dies geschieht wie in der als Anlage A 1 überreichten Werbesendung“) hinreichend bestimmt.

II.

Soweit sich die Berufung noch auf die nicht berichtigte Fassung des landgerichtlichen Urteils stützt, war nicht die Berufung, sondern der bereits vom Antragsteller gestellte Antrag auf Berichtigung des Urteils nach § 319 Abs. 1 ZPO der richtige Rechtsbehelf (schon der nach dem Verhandlungsprotokoll verkündete Inhalt der Entscheidung enthielt die Bezugnahme auf die konkrete Verletzungsform der Anlage A 1).

III.

Dem Antragsteller steht gegen die Antragsgegnerin der im Eilverfahren geltend gemachte wettbewerbsrechtliche Unterlassungsanspruch aus § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG (iVm § 8 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Nr. 2 UWG) zu.

1.

Belästigend im Sinne von § 7 Abs. 1 UWG ist eine geschäftliche Handlung, die dem Empfänger aufgedrängt wird und die bereits wegen ihrer Art und Weise unabhängig von ihrem Inhalt als störend empfunden wird. Unzumutbar ist die Belästigung, wenn sie eine solche Intensität erreicht, dass sie von einem großen Teil der Verbraucher als unerträglich empfunden wird, wobei der Maßstab des durchschnittlich empfindlichen Adressaten zu Grunde zu legen ist. Dabei kommt es nicht einseitig auf die Perspektive des Adressaten der geschäftlichen Handlung an. Die Unzumutbarkeit ist vielmehr zu ermitteln durch eine Abwägung der auch verfassungsrechtlich geschützten Interessen des Adressaten, von der Werbung verschont zu bleiben (Art. 2 Abs. 1 GG), und des werbenden Unternehmers, der seine gewerblichen Leistungen durch Werbung zur Geltung bringen will (Art. 5 Abs. 1, Art. 12 GG; zu vorstehendem: BGH, GRUR 2011, 747 TZ 17 – Kreditkartenübersendung).

Eine Briefwerbung ist grundsätzlich erlaubt. Diejenige Belästigung, welche darin liegt, dass das Werbeschreiben nicht bereits auf dem Briefumschlag als Werbung gekennzeichnet gewesen ist, ist auch noch nicht als unzumutbar zu qualifizieren (BGH, aaO, Kreditkartenübersendung, TZ 19; BGHZ 60, 296 juris Rn. 15 – Briefwerbung; Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Auflage, § 7 Rn. 113 f). Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Werbecharakter nach dem Öffnen des Briefs sofort und unmissverständlich erkennbar ist (BGH, aaO, Kreditkartenübersendung, TZ 19; aaO, Briefwerbung, juris Rn. 15; Köhler, aaO, § 7 Rn. 113).

2.

Vorliegend folgt die Unzumutbarkeit zwar nicht schon aus der auf dem Briefumschlag fehlenden Angabe des Absenders (bloße Angabe der Nummer eines Postfachs in Düsseldorf), wohl aber

aus den weiteren Angaben „Zustellungs-Hinweis ... Vertraulicher Inhalt“, „Nur vom Empfänger persönlich zu öffnen!“ sowie „Eilige Terminsache!“.

a)

Vorstehend genannte Angaben sind zum einen schlicht falsch. Die an eine Vielzahl von Adressaten gerichtete Werbesendung der Antragsgegnerin hatte weder einen „vertraulichen Inhalt“ (und war deshalb auch nicht „nur vom Empfänger persönlich zu öffnen!“) noch betraf die Werbesendung mangels Ablauf einer Frist eine „eilige Terminsache!“. Auch ging es nicht um eine förmliche Zustellung der Sendung.

b)

Durch diese Angaben werden beim verständigen Durchschnittsempfänger der Werbesendung ein besonderer, nicht bestehender Zeitdruck und die Vorstellung einer nicht gegebenen besonderen Wichtigkeit des Inhalts der Sendung erzeugt. Die Werbesendung ist als solche mangels Firmenangabe der Absenderin kaum zu erkennen. Der im aufgedruckten Frakturstempel vorhandene Hinweis „TNT Post INFO“ weicht schon von der geläufigen Wendung „Infopost“ ab und ist auch nicht so eindeutig wie etwa die Angabe „Werbesendung“. Er richtet sich zudem als Inhalt des Frakturstempels allein an die Mitarbeiter des von der Antragsgegnerin mit der Übermittlung des Briefes beauftragten Unternehmens und kann deshalb – auch gegenüber den farbig herausgestellten genannten Hinweisen – ohne weiteres überlesen werden. Die bei den Hinweisen verwendete hellrote Hintergrundfarbe unterstreicht eher eine (tatsächlich nicht vorhandene) besondere Wichtigkeit und Termingebundenheit. Im Zusammenhang mit den Hinweisen zwingt die rote Hintergrundfarbe auch nicht zu der Annahme, es läge eine bloße Werbesendung vor.

c)

Der Senat kann dies als Teil der angesprochenen Verkehrskreise aus eigener Anschauung beurteilen.

Selbst die von der Antragsgegnerin herangezogene Entscheidung der Kammer für Handelssachen 102 (102 O 9/12 vom 17.7.2012) gibt zu ihren Gunsten nichts her. Die dortige Angabe „Offizielle Mitteilung des Ministeriums für lebendige Ernährung“ mag noch hinzunehmen sein, wenn man annimmt, der Verbraucher erkenne ohne weiteres, dass ein „Ministerium für lebendige Ernährung“ nicht existiere. Darum geht es vorliegend aber nicht. Im Übrigen verweist auch diese Entscheidung darauf, dass der Verbraucher bei der Bezeichnung eines Werbebriefes als „persönlich/vertraulich“ eher geneigt sein wird, sich auch mit dem Inhalt des Umschlages näher auseinander zusetzen.

d)

Es kann der Antragsgegnerin ohne weiteres zugemutet werden, in ihrer Werbung auf die belästigenden und unzutreffenden Angaben zu verzichten.

Derartige Tatsachenangaben genießen schon nicht den Schutz von Art. 5 Abs. 1 GG. Auch im Hinblick auf die unternehmerische Werbefreiheit aus Art. 12 GG ist es für eine erfolgreiche zielgerichtete Briefwerbung nicht erforderlich, bei dem Adressaten der Werbebotschaft durch eine vorgebliche besondere Wichtigkeit und einen vorgeblichen Termindruck eine nicht unerhebliche Unruhe auszulösen, um damit ein sofortiges Öffnen des Werbebriefes und eine eingehende Abklärung seines Inhalts zu erzwingen.

e)

Unter diesen Umständen kommt es vorliegend nicht darauf an, ob der Werbecharakter nach dem Öffnen des Briefes sofort und unmissverständlich erkennbar ist. Denn maßgeblich ist dies nur, solange die Hinweise auf dem Briefumschlag neutral gehalten sind und damit die Annahme einer bloßen Werbesendung zulassen. Vorliegend beruht die Unzumutbarkeit auf den weitergehenden irreführenden und eine nicht unerhebliche Unruhe auslösenden Hinweisen zu einer vorgeblichen besonderen Wichtigkeit und zu einem vorgeblichen Termindruck.

3.

Unabhängig davon wird hier auch nach einem Öffnen des Briefumschlags der Werbecharakter nicht sofort eindeutig erkennbar.

Der Inhalt der Werbesendung ist als Brief aufgemacht. Auf der Eingangsseite werden wie in einem neutralen Informationsschreiben kritische Angaben zu „raffinierten Abkassier-Methoden der Pharma-Lobby“ gemacht. Erst bei einem weiteren Lesen des Briefes wird der Werbecharakter zunehmend deutlicher. Dann hat sich der Leser aber bereits näher mit dem Inhalt der Werbebotschaft (Rundum-Schutz für Herz, Hirn und Kreislauf durch ein neues Produkt der Antragsgegnerin) befassen müssen. Der Werbecharakter des Inhalts der vorliegenden Werbesendung ist damit nicht sofort und unmissverständlich erkennbar.

IV.

Unter diesen Umständen kann hier dahingestellt bleiben, ob der streitgegenständliche Unterlassungsanspruch auch aus § 4 Nr. 3 UWG und aus § 5 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 Nr. 3 UWG folgt,

insbesondere ob die vorliegende Verschleierung des Werbecharakters und die darin liegende Irreführung der Verbraucher diese zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlassen kann, die sie ansonsten nicht getroffen hätten, § 8 Abs. 1 Satz 1, § 3 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 UWG.

Wird ein Verbraucher durch einen irreführenden Blickfang einer (als solchen zwanglos erkennbaren) Werbung nur dazu veranlasst, sich näher mit einem beworbenen Angebot zu befassen (und dabei auch einen aufklärenden Hinweis wahrzunehmen), so liegt darin mangels eines unmittelbaren Zusammenhangs mit einem Erwerbsvorgang noch keine geschäftliche Entscheidung (BGH, GRUR 2015, 698 TZ 20 – Schlafzimmer komplett). Ob dies auch dann gilt, wenn eine anfängliche Irreführung über den Werbecharakter vorliegt (der Werbecharakter also erst bei einem näheren Sich-Befassen mit dem Inhalt erkennbar wird), muss aber vorliegend ebenso wenig entschieden werden wie die Frage, ob unter den rechtlichen Gesichtspunkten einer Verschleierung des Werbecharakters oder einer Irreführung eine spätere zwangsläufige Aufklärung über den Werbecharakter ausreichend sein kann (vergleiche hierzu BGH, GRUR 2011, 163 TZ 17 ff, 22 f – Flappe; GRUR 2009, 606 TZ 16 f – Buchgeschenk vom Standesamt).

C.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.