Werbung für Handy-Klingeltöne

Bundesgerichtshof

URteil vom 06.04.2006

Az.: I ZR 125/03

Eine Werbung für Handy-Klingeltöne, in der nur der nicht unerhebliche Minutenpreis angegeben wird und nicht die voraussichtlich entstehenden höheren Kosten, ist grundsätzlich geeignet, die geschäftliche Unerfahrenheit Minderjähriger auszunutzen.

In dem Rechtsstreit (...)

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. April 2006 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Dr. v. Ungern-Sternberg, Pokrant, Dr. Schaffert und Dr. Bergmann

für **R e c h t** erkannt:

Tenor:

Die Revision gegen das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg, 5. Zivilsenat, vom 10. April 2003 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist der Dachverband von 16 Verbraucherzentralen und 18 weiteren verbraucher- und sozialorientierten Verbänden. Die Beklagte vertreibt an Endverbraucher unter anderem Klingeltöne, Logos und SMS-Bilder, die sich die Kunden durch

einen Anruf zum Preis von 1,86 ¤ (= 3,63 DM) pro Minute über eine kostenpflichtige 0190-Service-Telefonnummer auf ihre Mobiltelefone laden können. Nach dem Vortrag der Beklagten dauert das Herunterladen eines Klingeltons oder Logos durchschnittlich 110 Sekunden, so dass Kosten in Höhe von 3,40 ¤ (= 6,66 DM) entstehen, die sich durch Eingabefehler noch erhöhen können. Die Beklagte hat ihr Angebot im September 2001 unter anderem in der Zeitschrift „BRAVO Girl“ beworben.

Der Kläger hat behauptet, bei der Zeitschrift „BRAVO Girl“ handele es sich um eine Jugendzeitschrift. Er ist der Ansicht, die in Rede stehende Werbung der Beklagten gegenüber Jugendlichen, die besonders anfällig für das Leistungsangebot der Beklagten seien, stelle einen Verstoß gegen die guten Sitten dar. Die Ausnutzung der dem Werbenden bekannten geschäftlichen Unerfahrenheit der angesprochenen Personengruppe sei unlauter. Ein durchschnittlicher aufgeklärter Verbraucher komme bei rationaler Betrachtung nicht auf die Idee, für die telefonische Bestellung eines Klingeltons 1,86 ¤ pro Minute auszugeben, zumal bei der bloßen Angabe des Minutenpreises nicht klar sei, wie teuer der Klingelton tatsächlich werde. Das Angebot der Beklagten sei auch deshalb zu beanstanden, weil die Leistung in krassem Missverhältnis zum Preis stehe. Es werde bestritten, dass das Herunterladen eines Klingeltons durchschnittlich Kosten in Höhe von nur 3,40 ¤ verursache.

Schließlich habe das Verhalten der Beklagten auch gegen den zum Zeitpunkt der Werbung geltenden Verhaltenskodex der „Freiwilligen Selbstkontrolle Telefonmehrwertdienste“ (im Folgenden: FST-Kodex) verstoßen, wonach Angebote der in Rede stehenden Art an Minderjährige nur bis zu einem maximalen Preis von 3 DM zulässig gewesen seien.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu

Zwecken des Wettbewerbs in Jugendzeitschriften – wie nachfolgend abgebildet – für die Bestellung von Klingeltönen, Logos oder Sounds oder ähnlichem per Mehrwertdiensttelefonnummer (3,63 DM/Minute bzw. 1,86 ¤/Minute) zu werben bzw. werben zu lassen, die der umworbene Anrufer durch einen Anruf auf sein Handy laden kann:

Die Beklagte hat demgegenüber die Auffassung vertreten,

der Unterlassungsantrag sei zu unbestimmt, da der Begriff „Jugendzeitschrift“ keine festen Konturen aufweise. Zudem enthalte der Antrag eine zu weitgehende Verallgemeinerung, da es um eine konkrete Anzeige in der Zeitschrift „BRAVO Girl“ gehe.

Die angegriffene Werbung sei wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden. Der Minutenpreis von 1,86 ¤ sei angemessen, da er dem Preis entspreche, der üblicherweise für das Herunterladen von Klingeltönen verlangt werde. Die beanstandete Werbung richte sich weder ausschließlich noch überwiegend an Minderjährige, sondern an alle Erwachsenen, da in zahlreichen, jedermann zugänglichen Publikumszeitschriften gleichartige Anzeigen geschaltet würden. Jugendliche bedürften auch keines besonderen wettbewerbsrechtlichen Schutzes, weil sie durchaus in der Lage seien, Werbung richtig einzuschätzen.

Die Angabe eines Festpreises für ihr Angebot sei nicht möglich, so dass die für das Herunterladen von Klingeltönen und Logos konkret entstehenden Kosten in der Werbung nicht genannt werden könnten. Die Werbung sei selbst nach den strengen Regelungen des FST-Kodexes zulässig, weil der Höchstbetrag bei Angeboten, die sich an Minderjährige richteten, im November 2002 auf 5 ¤ angehoben worden sei.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die hiergegen gerichtete Berufung ist ohne Erfolg geblieben (OLG Hamburg WRP 2003, 1003).

Mit der vom Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung

der Kläger beantragt, verfolgt die Beklagte ihr Begehren auf Abweisung der Klage weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat dem Unterlassungsantrag stattgegeben, weil es die Werbung der Beklagten als sittenwidrig angesehen hat. Dazu hat das Berufungsgericht ausgeführt:

Die streitgegenständliche Werbung richte sich überwiegend an Kinder und Jugendliche, da sie in der Jugendzeitschrift „BRAVO Girl“ veröffentlicht sei. Kernzielgruppe der Zeitschrift seien ausweislich der redaktionellen Konzeption Personen zwischen 12 und 14 Jahren. Gegenüber Minderjährigen sei die beanstandete Werbung sittenwidrig, da sie sich im Hinblick auf die Bestellung des Angebots der Beklagten die Unerfahrenheit der Kinder und Jugendlichen im Wettbewerb in unlauterer Weise zunutze mache.

Die Inanspruchnahme von Telefonmehrwertdienstleistungen der hier in Rede stehenden Art berge eine Reihe von Gefahren in sich, die bei Bestellungen anderer Produkte und Dienstleistungen nicht aufträten. Die eigentlich entstehenden Kosten blieben dem Minderjährigen bei der Bestellung unbekannt, da er der Anzeige lediglich entnehmen könne, dass der Minutenpreis 1,86 ¤ betrage. Es komme hinzu, dass den Bestellern die tatsächlich entstandenen Kosten erst mit Zugang der Telefonrechnung nach ein bis zwei Monaten bekannt würden. Dies sei gerade bei Minderjährigen problematisch, die noch lernen müssten, mit ihrem Geld hauszuhalten. Die Situation stelle sich völlig anders als bei einem Kauf oder der Bestellung eines Produktes dar, das unmittelbar bezahlt werden müsse. Eine weitere nicht unerhebliche Gefährdung liege darin, dass die Bestellmöglichkeit zu jeder Zeit und an jedem Ort bestehe. Gerade bei den zu spontanen Entscheidungen neigenden Kindern und Jugendlichen fehle damit jeder Abstand, der für eine rationale Entscheidung erforderlich sei. Schließlich

gebiete es die generelle Schutzbedürftigkeit von Kindern und Jugendlichen, die in zahlreichen Gesetzen ihren Niederschlag gefunden habe, die Werbung für Telefonmehrwertdienstleistungen jedenfalls insoweit einzuschränken, als sie unmittelbar und gezielt gegenüber Kindern und Jugendlichen erfolge. Der Einwand der Beklagten, derartige Werbung sei in jeder Tageszeitung zu finden, die auch von Minderjährigen gelesen würde, sei unerheblich.

Ohne Bedeutung sei auch der Umstand, dass sich das Angebot innerhalb der nachträglich angehobenen Preisobergrenze des FST-Kodexes bewege, da diese Grenze mit Blick auf die in kurzer Zeit erfolgte Verdreifachung des Betrages nicht gerechtfertigt sei.

Es bestehe auch eine Wiederholungsgefahr für die beanstandete Werbung über die Zeitschrift „BRAVO Girl“ hinaus. Denn das Charakteristische des Wettbewerbsverstoßes liege nicht in der Veröffentlichung der Werbung in der genannten Zeitschrift, sondern darin, dass es sich bei dieser Zeitschrift um eine Jugendzeitschrift handele und die Werbung sich demnach speziell an Minderjährige richte.

II.

Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben keinen Erfolg.

1. Das Berufungsgericht ist mit Recht davon ausgegangen, dass der Unterlassungsantrag auch mit Blick auf die Verwendung des Begriffs „Jugendzeitschrift“ hinreichend bestimmt ist. Es hat in den Gründen, die zur Auslegung des Verbotsantrags heranzuziehen sind (vgl. BGH, Urt. v. 12.7.2001 – I ZR 40/99, GRUR 2002, 86, 88 = WRP 2001, 1294 – Laubhefter), ausreichend dargelegt, dass eine Jugendzeitschrift vorliegt, wenn die Leserschaft zu mehr als 50 % aus Kindern und Jugendlichen besteht. Über den Sinngehalt des Begriffs „Jugendzeitschrift“ besteht daher kein Zweifel (vgl. auch BGH, Urt. v. 9.12.1993 – I ZR 276/91, GRUR 1994, 304, 305 = WRP 1994, 181 –

Zigarettenwerbung in Jugendzeitschriften).

2. Die Beurteilung des Berufungsgerichts, die angegriffene Werbung sei unter dem Gesichtspunkt des Ausnutzens der geschäftlichen Unerfahrenheit von Kindern und Jugendlichen unlauter, hält im Ergebnis sowohl nach neuem Recht als auch nach den bis zum 7. Juli 2004 geltenden Bestimmungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Der Unterlassungsanspruch ergibt sich nach neuem Recht aus §§ 3, 4 Nr. 2, § 8 Abs. 1 und Abs. 3 Nr. 2 UWG.

aa) Nach § 4 Nr. 2 UWG sind Wettbewerbshandlungen unter anderem dann unlauter, wenn sie geeignet sind, die geschäftliche Unerfahrenheit von Kindern und Jugendlichen auszunutzen. Durch die Bestimmung sollen besonders schutzwürdige Verbraucher vor der Ausnutzung der Unerfahrenheit bewahrt werden (vgl. die Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. 15/1487, S. 17). Die Vorschrift stellt eine Abweichung vom Leitbild des erwachsenen Durchschnittsverbrauchers dar, das der Gesetzgeber bei der UWG-Reform in Übereinstimmung mit der neueren Rechtsprechung (vgl. BGH, Urt. v. 20.10.1999 – I ZR 167/97, GRUR 2000, 619, 621 = WRP 2000, 517 – Orient-Teppichmuster) zugrunde gelegt hat (vgl. die Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. 15/1487, S. 19; BGH, Urt. v. 28.11.2002 – I ZR 110/00, GRUR 2003, 249 = WRP 2003, 379 – Preis ohne Monitor, m.w.N.). Damit verschiebt sich der an die Bewertung einer Wettbewerbshandlung anzulegende Maßstab zu Lasten des Unternehmers. Denn maßgebend ist jeweils der Durchschnitt des von einer Werbemaßnahme angesprochenen Verkehrskreises. Wendet sich der Werbende gezielt an eine bestimmte Bevölkerungsgruppe (z.B. Kinder und Jugendliche), so muss er sich an einem durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Angehörigen dieser Gruppe orientieren (vgl. BGHZ 151, 84, 92 – Kopplungsangebot I; 156, 250, 252 – Marktführerschaft; Köhler in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 24. Aufl., § 1

UWG Rdn. 27). Dementsprechend können Handlungen, die gegenüber einer nicht besonders schutzwürdigen Zielgruppe noch zulässig sind, gegenüber geschäftlich Unerfahrenen unzulässig sein.

bb) Voraussetzung für die Annahme der Unlauterkeit i.S. von § 4 Nr. 2 UWG ist, dass sich die Werbung – zumindest auch – gezielt an Kinder oder Jugendliche wendet, da sich die Vorschrift gegen ein Ausnutzen der Unerfahrenheit dieser Zielgruppe richtet (vgl. OLG Frankfurt GRUR 2005, 1064, 1065; Köhler aaO § 4 UWG Rdn. 2.16). Durch das Erfordernis der Zielgerichtetheit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass bei der Beurteilung von Wettbewerbshandlungen grundsätzlich auf den Durchschnittsverbraucher des angesprochenen Verkehrskreises abzustellen ist. In vielen Fällen wird Werbung sowohl von Erwachsenen als auch von Minderjährigen wahrgenommen. Solche Werbung ist nicht stets auch am Maßstab des § 4 Nr. 2 UWG zu messen.

Nach den unangegriffen gebliebenen Feststellungen des Berufungsgerichts besteht die Leserschaft der Zeitschrift „BRAVO Girl“, in der die beanstandete Werbung erschienen ist, zu mehr als 50 % aus Jugendlichen. Dementsprechend hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei angenommen, dass sich die in der Zeitschrift „BRAVO Girl“ veröffentlichte Anzeige gezielt an Minderjährige richtet. Entgegen der Ansicht der Revision fällt die beanstandete Werbung nicht deshalb aus dem Verbotstatbestand des § 4 Nr. 2 UWG heraus, weil entsprechende Anzeigen auch in Werbeträgern veröffentlicht werden, die sich nicht gezielt an Minderjährige wenden (vgl. BGH GRUR 1994, 304, 305 – Zigarettenwerbung in Jugendzeitschriften; OLG Hamm MMR 2005, 112). Es ist gerade Zweck des § 4 Nr. 2 UWG, eine Werbemaßnahme strengeren Anforderungen zu unterwerfen, wenn sie sich im konkreten Fall an Kinder oder Jugendliche richtet.

cc) Nach § 4 Nr. 2 UWG ist jedoch nicht jede gezielte Beeinflussung von Minderjährigen unlauter. Die konkrete Handlung muss vielmehr geeignet sein, die Unerfahrenheit auszunutzen (vgl. BGH, Urt. v. 22.9.2005 – I ZR 28/03, GRUR

2006, 161 Tz. 21 = WRP 2006, 69 – Zeitschrift mit Sonnenbrille; OLG Frankfurt GRUR 2005, 782, 783 f. = WRP 2005, 1305; Köhler aaO § 4 UWG Rdn. 2.16; Fezer/Scherer, UWG, § 4-2 Rdn. 114). Maßgeblich ist, ob sich der Umstand, dass Minderjährige typischerweise noch nicht in ausreichendem Maße in der Lage sind, Waren oder Dienstleistungsangebote kritisch zu beurteilen (vgl. Köhler aaO § 4 UWG Rdn. 2.17), auf die Entscheidung für ein unterbreitetes Angebot auswirken kann.

Hiervon ausgehend hat das Berufungsgericht zu Recht angenommen, dass die angegriffene Werbung geeignet ist, die geschäftliche Unerfahrenheit von Kindern und Jugendlichen auszunutzen. Es hat ohne Rechtsfehler festgestellt, dass Minderjährige aufgrund ihrer geringen Lebenserfahrung in der Regel weniger in der Lage sind, die durch die Werbung angepriesene Leistung in Bezug auf Bedarf, Preiswürdigkeit und finanzielle Folgen zu bewerten, und dass sie auch noch lernen müssen, mit dem Geld hauszuhalten.

Im Hinblick darauf sind bei einer an Minderjährige gerichteten Werbung höhere Anforderungen an die Transparenz zu stellen. Den Kindern und Jugendlichen muss ausreichend deutlich gemacht werden, welche finanziellen Belastungen auf sie zukommen (vgl. BGH GRUR 2006, 161 Tz. 22 – Zeitschrift mit Sonnenbrille; Köhler aaO § 4 UWG Rdn. 2.17). Dem wird die angegriffene Werbung nicht gerecht. Für die Nutzer des Angebots der Beklagten ist nicht übersehbar, welche Kosten auf sie zukommen, da ihnen die maßgebliche Dauer des Ladevorgangs unbekannt ist und dieser zudem von der Geschicklichkeit des Benutzers abhängt. Anders als bei normalen Telefongesprächen sind die Kosten auch nicht beherrschbar. Denn es erscheint wenig sinnvoll, den Ladevorgang nach Überschreitung einer bestimmten Dauer abzurechnen, weil in einem solchen Fall die angefallenen Gebühren zu bezahlen sind, ohne dass eine Gegenleistung erlangt wurde. Die Ungewissheit über die entstehenden Kosten erhält noch dadurch ein besonderes Gewicht, dass der Kunde erst durch die spätere Abrechnung

seine tatsächliche finanzielle Belastung erfährt. Das Berufungsgericht hat mit Recht darauf hingewiesen, dass dies bei vielen Minderjährigen dazu führen wird, dass sie sich zunächst keine Gedanken über die entstehenden Kosten machen. Eine besondere Gefährdung besteht zudem darin, dass das Angebot der Beklagten ohne weiteres zeit- und ortsunabhängig wahrgenommen werden kann. Aus diesen Gründen ist eine Werbung für Handy-Klingeltöne, in der nur der nicht unerhebliche Minutenpreis angegeben wird und nicht die voraussichtlich entstehenden höheren Kosten, grundsätzlich geeignet, die geschäftliche Unerfahrenheit Minderjähriger auszunutzen (so im Ergebnis auch OLG Hamm MMR 2005, 112; KG MD 2005, 1045; Köhler aaO § 4 UWG Rdn. 2.17; Harte/Henning/Stuckel, UWG, § 4 Nr. 2 Rdn. 14; Benz, WRP 2003, 1160, 1165; Klees/Lange, CR 2005, 684, 686).

Vergeblich macht die Revision geltend, dass der durchschnittliche Preis von 4,50 € pro Ladevorgang die Minderjährigen in aller Regel finanziell nicht überfordere. Die Vorschrift des § 4 Nr. 2 UWG zielt nicht allein darauf ab, Kinder und Jugendliche vor einer wirtschaftlichen Überforderung zu schützen. Der Einwand wäre nur dann beachtlich, wenn – was nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht der Fall ist – die entstehenden Kosten den angegebenen Minutenpreis nicht überschritten.

dd) Eine andere Beurteilung ist auch nicht mit Blick auf das Gesetz zur Bekämpfung des Missbrauchs von 0190/0900-Mehrwertdiensternummern vom 9. August 2003 (BGBl. I 2003, 1590) geboten. Seine Bestimmungen, die nach § 152 Telekommunikationsgesetz (TKG) noch anwendbar sind, stellen lediglich allgemeine Bedingungen für die Nutzung von 0190/0900-Mehrwertdiensternummern auf. Eine abschließende Regelung der Werbung für derartige Dienste enthalten sie nicht.

b) Der Unterlassungsanspruch war auch nach altem Recht begründet, da die Ausnutzung einer geschäftlichen

Unerfahrenheit gegen § 1 UWG a.F. verstieß (vgl. BGH, Urt. v. 7.5.1998 – I ZR 85/96, GRUR 1998, 1041, 1042 = WRP 1998, 1068 – Verkaufsveranstaltung in Aussiedlerwohnheim). Zu den geschäftlich Unerfahrenen rechnet auch ohne eine ausdrückliche gesetzliche Regelung insbesondere Kinder und Jugendliche (vgl. OLG Frankfurt GRUR 2005, 782, 787; OLG Hamm MMR 2005, 112, 113; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Aufl., § 1 UWG Rdn. 197 ff.; Piper in: Köhler/Piper, UWG, 3. Aufl., § 1 Rdn. 370).

3. Der Antrag ist durch die Erstreckung auf Werbung in allen Jugendzeitschriften nicht zu weit gefasst. Eine Wiederholungsgefahr besteht nicht nur für identische Verletzungsformen, sondern für alle im Kern gleichartigen Verletzungshandlungen, sodass gewisse Verallgemeinerungen zulässig sind, sofern auch in dieser Form das Charakteristische der Verletzungshandlung zum Ausdruck kommt (vgl. BGH, Urt. v. 15.12.1999 – I ZR 159/97, GRUR 2000, 337, 338 = WRP 2000, 386 – Preisknaller). Im vorliegenden Fall ist nicht wesentlich, in welcher Jugendzeitschrift die angegriffene Werbung platziert wird.

III.

Danach war die Revision der Beklagten mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.