

---

**Datum:** 13.03.2003  
**Gericht:** Oberlandesgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** 5. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 5 U 39/02  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGD:2003:0313.5U39.02.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Düsseldorf, 36 O 175/00

---

**Tenor:**

Die Berufung der Beklagten gegen das am 21. Dezember 2001 verkündete Urteil der 6. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Düsseldorf wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

---

**Tatbestand**

Die Klägerin verlangt von der Beklagten Schadensersatz wegen Erstellung einer wettbewerbswidrigen Werbemaßnahme. 1 2

Die Klägerin vertreibt Getränkeautomaten und Befüllungsprodukte. Die Beklagte ist eine Werbeagentur. 3

Sie machte der Klägerin am 27. März 2000 ein Angebot für die Entwicklung von drei unterschiedlichen Mailings, die folgende Agenturleistungen enthielten: 4

- Konzept 5

6

- Gestaltung	
- Text	7
Weiter heißt es:	8
"Inhalt der Agenturleistung ist die Ideenfindung/Brainstorming zur Entwicklung kreativer Ansätze, Interne Arbeitsgespräche zur Besprechung des weiteren Vorgehens sowie Auswahl der optimalen Gestaltungsvorschläge, gemeinsame Briefing-/und Abstimmungsgespräche mit dem Kunden, Entwicklung von geeigneten Response-Elemente und Mechanismen, Auswahl geeigneten Bildmaterials zu Entwicklung und Visualisierung von Kreativkonzepten als Grundlage einer Präsentation, Layoutscans von entsprechendem Bildmaterial und Erstellung von Farblaserdrucken sowie Entwicklung eines Handmusters, die Präsentation selbst sowie die Ausführung einer Korrektur.	9
Diese Kosten beinhalten noch keine Umsetzung der durch die Agentur vorgestellten Mailing-Vorschläge durch Druck, Fotomaterial/Nutzungsrechte, Litho, Bildbearbeitung etc.. Die Realisierung erfolgt direkt über die Partner und Lieferanten der K..... AG.	10
Einzelpreis pro Mailing DM 15.000,--	11
Komplettpreis der Entwicklung dreier Mailings DM 36.550,--."	12
Nach Übergabe der Handmuster kamen die Parteien überein, dass weitere Leistungen der Beklagten nicht mehr abgerufen werden sollten. (Gemäß Vortrag der Klägerin gehörten dazu Briefing und Abstimmungsgespräche mit den Kunden, Entwicklung von geeigneten Response-Elementen und Mechanismen, Auswahl geeigneten Bildmaterials zur Entwicklung und Visualisierung von Kreativkonzepten als Grundlage einer Präsentation usw.).	13
Am 13. Juli 2000 berechnete die Beklagte für die Entwicklung der drei unterschiedlichen Mailings anteilig netto 20.000 DM.	14
Aufgrund des Mailings erhielt die Klägerin unter dem 5. September 2000 ein Schreiben des Anwaltes der Firma M..... mit der Aufforderung eine strafbewehrte Unterlassungserklärung wegen der wettbewerbswidrigen Mailings abzugeben.	15
Der Anwalt der Klägerin unterrichtete die Beklagte hierüber mit Schreiben vom 18. September 2000 und erklärte, die Klägerin sei bereit, die Unterlassungserklärung abzugeben, wenn die Beklagte die Kosten trage. Der Anwalt der Beklagten lehnte es mit Schreiben vom 20. September 2000 ab, die Kosten zu tragen. Das Konzept des Mailings habe die Klägerin - zur Kostenersparnis - selbst umgesetzt; außerdem sei das Mailing offensichtlich nicht rechtswidrig. Die Firma M..... erwirkte gegen die Klägerin eine einstweilige Verfügung, die auf den Widerspruch der Klägerin durch Urteil des Landgerichts Hamburg vom 31. Oktober 2000 bestätigt wurde. Die Klägerin hat in jenem Verfahren der Beklagten den Streit verkündet, diese war beigetreten.	16
Die Klägerin verlangt nun Erstattung der Verfahrenskosten für das einstweilige Verfügungsverfahren.	17
Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und gemeint,	18
es sei Aufgabe der Klägerin gewesen, die rechtliche Zulässigkeit des Mailings unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen.	19

Der Werbevertrag mit ihr sei beendet worden, bevor eine Rechtsprüfung habe durchgeführt werden können. Darauf habe sie die Klägerin hingewiesen.	20
Im übrigen seien die der Klägerin entstandenen Kosten schuldhaft zu hoch, § 254 BGB, weil die Klägerin ihren Widerspruch gegen die einstweilige Verfügung vor dem Landgericht Hamburg hätte zurücknehmen müssen.	21
Das Landgericht hat nach Vernehmung von Zeugen zu der Frage eines Hinweises durch die Beklagte diese verurteilt, weil ein Hinweis nicht erwiesen sei.	22
Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten.	23
Sie macht geltend, sie habe nur Vorschläge zum internen Gebrauch gemacht. Eine Rechtsprüfung sei nicht vereinbart gewesen. Zu einer rechtlichen Prüfung sei sie auch sonst nicht verpflichtet. Sie habe nur die Entscheidungsfindung der Klägerin vorbereitet. Zu einem Hinweis auf das Erfordernis einer rechtlichen Prüfung an die Klägerin sei sie nicht verpflichtet gewesen.	24
Die Beklagte beantragt,	25
das angefochtene Urteil zu ändern und die Klage abzuweisen.	26
Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Berufung und wiederholt ihren erstinstanzlichen Vortrag.	27
<b><u>Entscheidungsgründe</u></b>	28
Die Berufung der Beklagten ist unbegründet. Die Klägerin kann von der Beklagten Erstattung der ihr im einstweiligen Verfügungsverfahren vor dem Landgericht Hamburg entstandenen Verfahrenskosten verlangen.	29
Das Rechtsverhältnis der Parteien richtet sich nach den bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Vorschriften des Bürgerlichen Rechtes, Artikel 229, § 5 Satz 1 EGBGB.	30
Grundlage des Schadensersatzanspruches der Klägerin gegen die Beklagte sind die gewohnheitsrechtlich anerkannten Grundsätze über die positive Vertragsverletzung.	31
Das Rechtsverhältnis der Parteien ist einzuordnen als Werkvertrag mit Geschäftsbesorgungscharakter. Maßgebendes Abgrenzungskriterium für die Einordnung eines Werbevertrages ist im wesentlichen, ob der Werbevertrag sich auf eine umfassende, vielfältige Werbetätigkeit (Gesamtauftrag) oder auf ein individualisierbares Werk bezieht (vgl. Möhring/Illert, BB 1974, 65, 67; BGH GRUR 1974, 284, 285 = WM 1972, 947; Staudinger/Peters, Neubearbeitung 2000, Vorbemerkung 35 vor § 631 ff.; Staudinger/Wittmann, 13. Bearbeitung 1995, § 675 E 48; Müko/Sörgel, 3. Aufl., § 631, 107; Kreifels/Breuer/Maidl, Die Werbeagentur in Recht und Praxis, Rdnr. 110; Bülow GRUR 1978, 676, 677). Hier schuldete die Beklagte der Klägerin vereinbarungsgemäß die Entwicklung von drei Mailings mit näher bezeichneten Agenturleistungen und somit einen entsprechenden werkvertraglichen Erfolg.	32
Die Werkleistung der Beklagten ist fehlerhaft. Die von ihr der Klägerin vorgeschlagene und gelieferte Werbemaßnahme verstieß gegen Vorschriften des Wettbewerbsrechtes und konnte daher von der Klägerin nicht verwendet werden. Dies ist aufgrund der Entscheidung im einstweiligen Verfügungsverfahren, in dem die Klägerin der Beklagten den Streit verkündet	33

hatte, durch Urteil des Landgerichts Hamburg vom 31. Oktober 2000 - 312 O 6323/00 - rechtskräftig festgestellt. Eine Werbeleistung, die wettbewerbswidrig ist, ist fehlerhaft, weil der Wettbewerbsverstoß den Wert oder die Tauglichkeit der Werbeleistung zum gewöhnlichen oder vertraglich vorausgesetzten Gebrauch aufhebt bzw. mindert; denn wettbewerbswidrige Werbung ist für den Auftraggeber nicht verwendbar (vgl. Kreifels u.a., a.a.O., Rdnr. 154 und 219; Bülow, a.a.O., 678 f.; unzutreffend Wedemeyer, WRP 1979, 619, der - ohne Begründung - Rechtsmangel annimmt).

Etwas anderes kann allenfalls dann gelten, wenn die Parteien Abweichendes vereinbart haben, so z.B. dass der Auftraggeber die rechtliche Zulässigkeit der Werbemaßnahme prüfen solle. Hier macht die Beklagte geltend, der ursprüngliche Werkvertrag sei frühzeitig beendet worden und zwar zu einem Zeitpunkt, als die Rechtsprüfung durch die Beklagte noch nicht abgeschlossen gewesen sei; der Vertrag habe sich noch im "Ideenstadium" befunden; es seien lediglich Entwürfe der Klägerin präsentiert worden. Dieser Einwand greift nicht durch. Unstreitig hat die Beklagte Handmuster erstellt und diese Handmuster an die Klägerin ausgehändigt. Ein solches Handmuster ist aber nur dann mangelfrei, wenn die dort vorgeschlagene Werbemaßnahme - die die Klägerin hier unstreitig nicht verändert hat - den Vorschriften des Wettbewerbsrechtes entspricht und wettbewerbsrechtlich zulässig ist. Daher oblag es der Beklagten, selbst die im Handmuster vorgeschlagene Werbemaßnahme auf ihre rechtliche Zulässigkeit zu prüfen. 34

Soweit die Beklagte behauptet, sie habe die Klägerin darauf hingewiesen, dass eine rechtliche Prüfung nicht durchgeführt worden sei, ist dieser Hinweis - wie das Landgericht im angefochtenen Urteil zu Recht ausführt - nicht erwiesen. Im übrigen würde der bloße Hinweis der Beklagten, dass sie die von ihr vorgeschlagene Werbemaßnahme nicht auf ihre Zulässigkeit geprüft habe, nicht ohne weiteres etwas an der Mangelhaftigkeit einer wettbewerbswidrigen Werbemaßnahme ändern. Denn der bloße Hinweis des Unternehmers darauf, dass er die geschuldete Werkleistung nicht auf Mangelfreiheit geprüft habe, lässt den Sachmangel grundsätzlich nicht entfallen. 35

Wegen des Wettbewerbsverstoßes der von ihr vorgeschlagenen Werbemaßnahme haftet die Beklagte nach den Grundsätzen über die positive Vertragsverletzung. Eine Haftung nach Gewährleistungsrecht und ein Schadensersatzanspruch der Klägerin nach § 635 BGB kommt deshalb nicht in Betracht, weil es sich bei dem von der Klägerin geltend gemachten Schaden (Erstattung der ihr im einstweiligen Verfügungsverfahren entstandenen Kosten) weder um einen unmittelbaren Mangelschaden noch um einen nahen Mangelfolgeschaden handelt. Anspruchsgrundlage für den Ersatz entfernter Mangelfolgeschäden sind die Grundsätze der positiven Vertragsverletzung (vgl. auch Wedemeyer, a.a.O., 623). 36

Die Klägerin kann von der Beklagten in vollem Umfang Erstattung der ihr im einstweiligen Verfügungsverfahren entstandenen Kosten verlangen. Eine Reduzierung ihrer Klageforderung im Hinblick auf § 254 BGB muss sie nicht hinnehmen; sie trifft kein Mitverschulden. 37

So kann die Beklagte nicht mit Erfolg geltend machen, die Klägerin hätte auf einen entsprechenden Hinweis des Landgerichts Hamburg ihren Widerspruch gegen die einstweilige Verfügung wegen Erfolglosigkeit zurücknehmen müssen. Bereits vor Beginn des einstweiligen Verfügungsverfahrens hatte die Klägerin die Beklagte darauf hingewiesen, dass sie bereit sei, die strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben. Die Beklagte hat sich dennoch nicht veranlasst gesehen, die hierdurch entstandenen Kosten zu übernehmen und hat auch ihre Werbemaßnahme als - offensichtlich - rechtmäßig verteidigt. Deshalb hätte es der Beklagten - die im einstweiligen Verfügungsverfahren als Streithelferin beigetreten war - 38

obliegen, auf den Hinweis des Landgerichts Hamburg entsprechend zu reagieren.

Es lässt sich weiter nicht feststellen, dass die Klägerin ein Mitverschulden deshalb trifft, weil sie die wettbewerbswidrige Werbung verwendet hat. Der Klägerin könnte insoweit ein Mitverschulden nur dann vorgeworfen werden, wenn ihr der Wettbewerbsverstoß bekannt war oder er ihr hätte bekannt sein müssen (vgl. BGH GRUR 1974, 284, 287; Möhring/Illert, a.a.O., 69; Harmsen, Anm. zu BGH GRUR 1974, 284, 290). Anhaltspunkte dafür hat die Beklagte jedoch nicht dargetan. 39

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO. 40

Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor. 41

Wert des Streitgegenstandes für das Berufungsverfahren und Beschwer der Beklagten: 42  
**17.666,30 DM = 9.032,60 EUR.**