
Datum: 05.05.2006
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 211/05
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2006:0505.6U211.05.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 31 O 289/05
Normen: UWG §§ 5 Abs. 1 und 2, 6 Abs. 2

Tenor:

I.

Unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung der Beklagten wird das am 13.10.2005 verkündete Urteil der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 31 O 289/05 – teilweise wie folgt abgeändert:

Die Klage wird weiter abgewiesen, soweit die Verurteilung der Beklagten begehrt wird, es unter Androhung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu EUR 250.000,00, ersatzweise Ordnungshaft, oder von Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu unterlassen,

die „P. Sonntagszeitung“ als die „auflagenstärkste Zeitung der Region“ zu be-werben/bewerben zu lassen, wie dies in den nach Maßgabe der im Tenor des abgeänderten Urteils zu Ziffer I. 3 eingeblendeten Ausdrücke aus dem Internet geschieht.

II.

Die Kosten des Verfahrens erster Instanz tragen die Klägerin zu 1/6 und die Beklagte zu 5/6. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin zu 2/3 und der Beklagten zu 1/3 auferlegt.

III.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Parteien dürfen die jeweils gegen sie gerichtete Zwangsvollstreckung aus diesem Urteil durch Sicherheitsleistung abwenden, wenn nicht die vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Die Sicherheitsleistung beträgt hinsichtlich des Unterlassungstitels (Ziff. I 5 des Urteils des LG) 25.000,- €. Bei einer Vollstreckung aus dem Kostenerstattungstitel hat die Schuldnerin eine Sicherheit in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages zu leisten, die Gläubigerin in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages.

IV. .

Die Revision wird nicht zugelassen.

B E G R Ü N D U N G

I.

Die Parteien sind Zeitungsverleger im P. Raum. Die Klägerin ist Herausgeberin mehrerer Tageszeitungen für die Stadt P. und deren Umgebung, u.a. der "Neuen P. Zeitung". Die Beklagte gibt die kostenlos verteilte und am Sonntag erscheinende "P. Sonntagszeitung" heraus.

Die Klägerin beanstandet im vorliegenden Rechtsstreit wie im Übrigen in einer Reihe von Parallelverfahren einzelne Aussagen der vornehmlich an Anzeigenkunden gerichteten Eigenwerbung der Beklagten unter mehreren Aspekten als irreführend.

Das Landgericht hat der Klage, mit welcher fünf Aussagen jeweils in der konkreten Verletzungsform angegriffen worden waren, mit Urteil vom 13.10.2005, auf dessen tatsächliche Feststellungen gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ergänzend Bezug genommen wird, unter Bejahung einer Irreführungsgefahr bzw. unter dem Aspekt der unzulässigen vergleichenden Werbung insgesamt stattgegeben und die von der Beklagte erhobene (Feststellungs-)Widerklage als unzulässig abgewiesen.

Gegen diese Beurteilung wendet sich die Beklagte mit ihrem Rechtsmittel nur, soweit sie zur Unterlassung der im Tenor des angegriffenen Urteils zu Ziffern I. 2., 3. und 5 aufgeführten Einzelaussagen – jeweils in der dort eingeblendeten konkreten Verletzungsform - verurteilt worden ist, nämlich

2. mit Einzel-Ergebnissen aus der "Medienanalyse 2004 P. Sonntagszeitung" zu werben/werben zu lassen;

3. die "P. Sonntagszeitung" als die "auflagenstärkste Zeitung der Region" zu bewerben/bewerben zu lassen, wie dies in den nachfolgend eingeblendeten Ausdrücken aus dem Internet geschieht:

1

2

3

4

5

6

7

8

pp.	9
5. mit Blick auf die "P. Sonntagszeitung" mit der Behauptung zu werben/werben zu lassen:	10
"Die Nr. 1 in der Reichweite in und 20 km um P. herum P. Sonntagszeitung"	11
und/oder	12
"P. Sonntagszeitung Die Zeitung mit der größten tatsächlich verbreiteten Auflage in und um P. herum",	13
wie dies in der nachfolgend eingeblendeten Eigenwerbung geschieht:	14
pp.	15
wobei sie unter Wiederholung und Vertiefung ihres Vorbringens ihr erstinstanzliches Ziel der Klageabweisung weiterverfolgt. In der mündlichen Verhandlung hat die Klägerin auf Hinweise des Senats den Klageantrag zu 2. (Ziffer I.2. des landgerichtlichen Tenors) zurückgenommen. Im verbleibenden Umfang verteidigt sie das Urteil der Kammer.	16
II.	17
Die Berufung ist zulässig, in der nach Teilklagerücknahme noch zu entscheidenden Sache indes nur teilweise begründet. Mit Erfolg wendet die Beklagte sich gegen ihre Verurteilung, es zu unterlassen, die von ihr verlegte "P. Sonntagszeitung" in der angegriffenen Internetwerbung als die "auflagenstärkste Zeitung der Region" zu bewerben bzw. bewerben zu lassen (1). Mit ihrem weiteren Begehren vermag sie hingegen nicht durchzudringen, weil das Landgericht insoweit zu Recht von den Voraussetzungen einer als unlauter zu beurteilenden irreführenden Werbung ausgegangen ist (2).	18
1.	19
Die Bewerbung der "P. Sonntagszeitung" der Beklagten als die "auflagenstärkste Zeitung der Region" ist in der konkret beanstandeten Form wettbewerbsrechtlich zulässig. Die Aussage enthält nämlich objektiv richtige Feststellungen, welche auch nicht ausnahmsweise dadurch Irreführungspotential i.S. des § 5 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 bzw. § 6 Abs. 2 UWG erhalten, dass der durchschnittlich aufmerksame, verständige und informierte Teilnehmer des angesprochenen Fachpublikums der Anzeigenkunden hiermit unrichtige Vorstellungen verbinden würde.	20
a)	21
Mit der von der Kammer zutreffend zitierten ganz herrschenden Meinung (vgl. nur Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 24. Aufl. § 5 Rn. 4.136) geht auch der Senat davon aus, dass bei Werbung mit der Auflagenhöhe einer Zeitung wegen der Vieldeutigkeit des Begriffs der "Auflage" und dem jeweils unterschiedlichen Bedeutungsgehalt aus der Sicht der Werbeadressaten grundsätzlich ergänzend anzugeben ist, ob es sich hierbei um die gedruckte, die verbreitete oder die verkaufte Auflage handelt. Es bedarf an dieser Stelle allerdings keiner Vertiefung, ob dieser Grundsatz im Fall der Bewerbung von kostenlosen Anzeigenblättern wie dem der Beklagten zu modifizieren ist. Eine Irreführungsgefahr ist nämlich schon deshalb auszuschließen, weil im Kontext der angegriffenen Aussage klargestellt wird, von welcher Art einer Auflage die Rede ist. Die Aussage lautet vollständig	22

"Die auflagenstärkste Zeitung der Region erreicht nahezu alle Haushalte im Verteilungsgebiet".	23
Durch den Bezug auf "Haushalte" im "Verteilungsgebiet" steht aber nicht nur fest, dass sich die Berühmung als "auflagenstärkste" Zeitung auf die "verbreitete" Auflage bezieht, d.h. auf die Anzahl der tatsächlich an Leser-Haushalte ausgegebenen Exemplare, sondern zugleich erfolgt damit die notwendige Klarstellung, dass es sich um eine (kostenlos) verteilte Zeitung handelt, weshalb die Alternative einer auf die "verkauften" Exemplare bezogenen Auflagenhöhe und eine hierauf bezogene Fehlvorstellung des Verkehrs von vorneherein ausscheiden.	24
b)	25
Ob durch die zitierte Formulierung "nahezu alle Haushalte" bzw. durch die Zahlenangaben im oberen Textteil der Werbung ("548 715 Einwohner in 256 862 Haushalten") die Gefahr einer Täuschung des Verkehrs besteht, bedarf keiner Entscheidung.	26
Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bestimmt sich der Streitgegenstand einer wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsklage nach dem Antrag und dem dazu vorgetragenen Lebenssachverhalt (BGH WRP 2006, 84, 86 – Aktivierungskosten II; BGH GRUR 2001, 181 – dentalanästhetika). Bei einer auf eine Irreführung gestützten Klage setzt sich der maßgebliche Lebenssachverhalt - ungeachtet der rechtlichen Würdigung, die dem Gericht obliegt - aus der beanstandeten Werbemaßnahme und der (behaupteten) dadurch erzeugten Fehlvorstellung der angesprochenen Verkehrskreise zusammen. Demgemäß ist bei einer Anzeige, die eine Mehrzahl von Werbeangaben enthält, für die Bestimmung des Streitgegenstands von maßgeblicher Bedeutung, welche von diesen in der Klage als irreführend beanstandet werden, wobei der Streitgegenstand durch die Behauptung einer bestimmten Fehlvorstellung weiter eingegrenzt wird (BGH a.a.O. - dentalanästhetika m.w.N.).	27
Nach Maßgabe dieser Kriterien sind eventuelle Fehlvorstellungen des Verkehrs über den Bedeutungsgehalt der zitierten Aussagen nicht streitgegenständlich, nachdem die der Angabe der konkreten Verletzungsform vorangestellte Verbalisierung des Klageantrags nur Irrtumserregungen unter dem Aspekt der Bewerbung als "auflagenstärkste Zeitung" erfasst, nicht aber bezüglich der sonstigen Anzeigenbestandteile.	28
c)	29
Anders als die Kammer ist der Senat nicht der Ansicht, dass es im Zusammenhang mit der Bewerbung der Auflagenhöhe zur Vermeidung von Fehlvorstellungen der angesprochenen Anzeigenkunden zusätzlich der Angabe der Quellen bedurft hätte, aus welchen die Beklagte ihre Spitzenstellungsberühmung ableitet.	30
Werbung mit Allein- oder Spitzenstellungsbehauptungen muss nach allgemeiner Meinung einer Überprüfung auf ihre sachliche Richtigkeit hin zugänglich sein (vgl. Hefermehl/Köhler/Bornkamm a.a.O. § 5 Rn. 2.32 und 2.150). Die zur Spitzenstellung führende Beschaffenheit oder sonstige Eigenschaft einer Ware oder Dienstleistung hat nachprüfbar zu sein, wobei aber nicht erforderlich ist, dass der angesprochene Verbraucher die fraglichen Eigenschaften, welche bei dieser Art der Bewerbung stets vergleichend gegenübergestellt werden, ohne weiteres und ohne jeden Aufwand nachprüfen kann (vgl. BGH GRUR 1999, 69, 71 – Preisvergleichsliste II). Die Notwendigkeit einer Nachprüfbarkeit in diesem Sinne schließt allerdings nicht schon mit ein, dass bereits in der Werbung selbst die Quellen, die den	31

Werbenden zu seiner Spitzenstellungsbehauptung bewogen haben, benannt werden müssten. Dem berechtigten Interesse des Verkehrs daran, eine sachliche Überprüfung vornehmen zu können, wird vielmehr auch dann ausreichend Rechnung getragen, wenn die zugrunde liegenden Erkenntnisquellen außerhalb der eigentlichen Werbung entweder allgemein zugänglich sind oder auf Nachfrage von dem Werbenden offen gelegt und/oder zugänglich gemacht werden. Diese Grundsätze gelten unabhängig davon, ob die beanstandete Spitzenstellungsbehauptung als "auflagenstärkste Zeitung der Region" ausschließlich als irreführende Werbung i.S. des § 5 UWG zu beurteilen ist oder infolge mittelbarer Kenntlichmachung der Mitbewerber, namentlich der Klägerin als Herausgeberin von Tageszeitungen für die Stadt P. nebst Umgebung, als Werbevergleich i.S. des § 6 Abs. 1 UWG zu qualifizieren ist (vgl. hierzu Fezer-Koos, UWG, Lauterkeitsrecht, § 6 Rn. 101, 102) mit der Folge, dass die Irreführungsvorschriften wieder über § 5 Abs. 3 VWG anwendbar wären.	
Die von der Kammer angeführte Entscheidung "Fundstellenangabe" des Bundesgerichtshofs (GRUR 1991, 679) rechtfertigt keine abweichende Beurteilung. Anders als im Streitfall war dort unter unmittelbarer Bezugnahme auf die gerade besonders herausgestellten Quellen geworben worden, welche zu einer Spitzenstellung geführt hatten, nämlich mit einem Testergebnis der "Stiftung Warentest". Die Sachlage unterscheidet sich deshalb grundlegend von der vorliegenden, wo nicht mit der Erkenntnisquelle selbst, sondern in Form einer im Superlativ gehaltenen Allein- bzw. Spitzenstellung geworben wird, auch wenn dieser naturgemäß bestimmte Quellen zugrunde liegen werden.	32
Der Senat vermag auch nicht festzustellen, dass es im Bereich der (Eigen-)Werbung von Zeitungsverlagen eine ständige Übung gäbe, in Zusammenhang mit der Bewerbung von Allein- oder Spitzenstellungen stets die dieser Berühmung zugrunde liegenden Erkenntnismaterialien zu offenbaren. Die insoweit von der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat in Bezug genommenen Beispiele entstammen im Wesentlichen dem Bereich des Lebensmittelrechts, und im Übrigen sind auch andere Gründe als die Beachtung einer bestimmten (Standes-)Übung vorstellbar, welche die Werbenden zu weiterführenden Angaben veranlasst haben mögen; denkbar ist auch die Verfolgung eigennütziger Interessen an der Gestaltung einer vorgeblich transparent oder gar wissenschaftlich gesichert wirkenden Werbeaussage.	33
d)	34
Schließlich besteht Irreführungspotential auch nicht unter dem Aspekt, dass der in der angegriffenen Berühmung enthaltene Begriff der "Region" mehrdeutig sei.	35
Ein Irrtum der angesprochenen Verkehrskreise über den Zuschnitt der in Bezug genommenen "Region" würde sich nur dann in relevanter Weise auswirken, wenn ersichtlich wäre, dass die "P. Sonntagszeitung" eine Stellung als "auflagenstärkste" (verbreitete) Zeitung nicht einnehmen könnte, je nachdem wie die fragliche Region" mit dem die Stadt P. umgebenden Kreisen in vertretbarer Weise definiert würde. Zu entsprechenden Umständen, welche etwa eine eigene auf die Auflage bezogene Spitzenstellung oder auch die eines dritten Mitbewerbers begründen könnten, hat die Klägerin indes nichts vorgetragen.	36
2.	37
Die weiteren Aussagen	38
"Die Nr. 1 in der Reichweite in und 20 km um P. herum P. Sonntagszeitung"	39

"P. Sonntagszeitung Die Zeitung mit der größten tatsächlich verbreiteten Auflage in und um P. herum",

hat die Kammer demgegenüber im Ergebnis zu Recht als wettbewerblich unlauter i.S. des § 3 i.V. mit § 5 Abs. 2 Nr. 1 bzw. § 6 Abs. 2 UWG beurteilt.

a) 43

Hinsichtlich der ersten Alternative, welche auf die Reichweite, d.h. die Zahl der Leser, bezogen ist, besteht eine Täuschungsgefahr unter dem Aspekt, dass der durchschnittlich aufmerksame, verständige und informierte Teilnehmer des angesprochenen Fachpublikums mit der Spitzenstellungsberühmung die – unrichtige – Vorstellung verbinden wird, diese sei auf der Grundlage eines repräsentativen, nämlich die unterschiedlichen Verteilgebiete der in der Region "in und 20 km um P. herum" in Frage kommenden Publikationen berücksichtigenden Vergleichs ermittelt worden. Dies ist aber nicht der Fall. Unstreitig kann die "P. Sonntagszeitung" die Position als "Nr. 1" bei der Reichweite nämlich nur dann beanspruchen, wenn sich die vergleichende Untersuchung auf ihr eigenes Verteilungsgebiet bezieht, welches von demjenigen der konkurrierenden Presseerzeugnisse und so auch den Tageszeitungen der Klägerin verschieden ist. Der Senat hatte deshalb bereits in seinem am 24.03.2006 in der Parallelsache 6 U 192/05 (31 O 609/05 LG Köln) verkündeten Urteil in Zusammenhang mit einer auf die fragliche Quelle, nämlich einer von u. f. erstellten Studie mit dem Titel "Reichweitenanalyse P." bezogenen Eigenwerbung der Beklagten Anlass gesehen festzustellen, dass zur Vermeidung relevanter Fehlvorstellungen des Verkehrs notwendig eine Aufklärung über die eingeschränkte Repräsentativität der Reichweitemaussage, soweit diese auf der fraglichen Studie beruht, zu erfolgen hat. 44

Entsprechendes gilt auch hier. Die in der konkreten Verletzungsform angegriffene Aussage leistet keine Aufklärung dergestalt, dass sich die Spitzenstellungsberühmung hinsichtlich der Reichweite nur auf das Verteilungsgebiet des Druckerzeugnisses der Beklagten bezieht, weshalb sie geeignet ist, relevante Fehlvorstellungen hervorzurufen. 45

b) 46

Die in der zweiten Alternative angegriffene Aussage bezieht sich ebenso wie die zu vorstehend Ziffer II. 1. erörterte Werbung zwar auch auf eine Spitzenstellungsberühmung hinsichtlich der Auflage ("größte tatsächlich verbreitete Auflage"). Sie unterscheidet sich von dieser aber dergestalt, dass es an einer die Irreführung vermeidenden Aufklärung über den Charakter der "P. Sonntagszeitung" als kostenlosem Anzeigenblatt im weiteren Kontext fehlt, woraus sie ihren besonderen Unlauterkeitsgehalt bezieht. 47

Wie bereits dargestellt, bedarf es im Fall der Zeitungswerbung mit Auflagen grundsätzlich ergänzender Erläuterungen dazu, ob es sich um die gedruckte, die verbreitete oder die verkaufte Auflage handelt. Im Streitfall geht aus dem konkreten Kontext zwar hervor, dass die Beklagte mit der "tatsächlich verbreiteten" Auflage wirbt. Mit den von der Kammer zur Begründung des dritten Klageantrags angestellten Erwägungen, auf welche der Senat insoweit zustimmend Bezug nimmt, ist allerdings weitergehend zu fordern, dass bei einem Auflagenvergleich zwischen herkömmlichen Tageszeitungen einerseits und kostenlosen Anzeigenblättern, wie dieser der angegriffenen Alleinstellungsberühmung zugrunde liegt, klarzustellen ist, dass es sich bei dem beworbenen "Spitzenprodukt" um eine Gratiszeitung handelt. Der Senat hält an der bereits in seiner Entscheidung vom 20.11.1998 – 6 U 6/98 48

(MD 1999, 188 = NJWE-WettbR 1999, 126) zum Ausdruck gekommenen Auffassung fest, dass zwischen Tageszeitungen, welche eine laufende, unabhängige Berichterstattung über aktuelle Vorgänge in einer redaktionellen Form bieten, und kostenlosen Anzeigenblättern mit einem auch redaktionellen Teil weiterhin zu unterscheiden ist – eine die Publikationsform betreffende grundsätzliche Differenzierung, die insoweit auch der mit gratis verteilten Zeitungen befassten Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 20.11.2003 – I ZR 120/00 (WRP 2004, 746) zugrunde liegt. Wie die Kammer richtig festgestellt hat, entspricht es weiterhin allgemeinen Erfahrungssätzen, dass der Verbraucher einer Zeitschrift, die er gekauft und mithin willentlich und vorsätzlich zum Zwecke des Lesens erworben hat, mehr Aufmerksamkeit schenkt als einer Zeitung, die ihm, ohne dass er Neigung zur Lektüre offenbart hätte, kostenlos in den Briefkasten eingelegt wird. Gerade aus Sicht des im Streitfall angesprochenen Verkehrs der Anzeigenkunden macht dies aber einen deutlichen Unterschied aus. Er wird der Höhe einer Auflage dann mehr Bedeutung zumessen, wenn es sich um ein kostenpflichtiges Erzeugnis handelt, weil er zu Recht erwarten kann, dass der Erwerber auch seiner dort veröffentlichten Anzeige eine gewisse Aufmerksamkeit schenken wird. Umgekehrt wird er bei der Auflage einer Gratiszeitung in seine wirtschaftlichen Überlegungen die Erwägung einfließen lassen, dass von den verteilten Exemplaren zahlreiche mangels Interesse der Haushaltsangehörigen gar nicht erst zur Kenntnis genommen werden.

Vor dem Hintergrund dieser Erwägungen obliegt es der Beklagten, im Fall der Bewerbung einer Spitzenstellung ihrer Auflage nicht nur klarzustellen, dass es sich um die "verbreitete" Auflage handelt, sondern zugleich einem Irrtum der angesprochenen Anzeigenkunden über den Charakter der solcherart beworbenen Zeitung vorzubeugen, indem in Zusammenhang mit der angegriffenen Aussage verdeutlicht wird, dass die Alternative einer "gekauften" Auflage von vornherein ausscheidet. Dies leistet die beanstandete Werbung indes nicht. Anders als bei der mit dem dritten Klageantrag angegriffenen Auflagenwerbung ist ihr nämlich kein wenigstens mittelbarer Hinweis darauf zu entnehmen, dass es sich bei der "P. Sonntagszeitung" um eine kostenlos an die "Haushalte" im Verbreitungsgebiet "verteilte" Publikation handelt.

3. 50

Die Kostenfolge ergibt sich aus §§ 92 Abs. 1, 269 Abs. 3 ZPO. 51

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit hat ihre Rechtsgrundlage in den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 52

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision gem. § 543 ZPO liegen nicht vor. 53

Der Streitwert des Berufungsverfahrens wird in Abänderung des Senatsbeschlusses vom 20.01.2006 wegen einer offensichtlichen Unrichtigkeit wie folgt neu festgesetzt: 54

auf **75.000 €** (je 25.000 € für die Unterlassungsgebote zu Ziffern I. 2, 3 und 5) bis zur Teilklagerücknahme am 21.04.2006 und auf **50.000 €** für die Zeit danach. 55