

# Bundesgerichtshof

UWG § 5 Abs. 1 Satz 2, § 5a Abs. 2

**Stützt das erstinstanzliche Gericht seine Verurteilung zur Unterlassung auf einen von mehreren Irreführungsaspekten, die mit einem einheitlichen, auf eine konkrete Verletzungsform bezogenen Klageantrag geltend gemacht werden, so fällt auch der erstinstanzlich nicht berücksichtigte Irreführungsaspekt in der Berufungsinstanz an.**

*BGH, Beschluss vom 15. 12. 2016 – I ZR 241/15 – Entertain; OLG München (lexetius.com/2016,4267)*

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 15. Dezember 2016 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Büscher, die Richter Prof. Dr. Koch, Dr. Löffler, die Richterin Dr. Schwonke und den Richter Feddersen beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 22. Oktober 2015 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Nichtzulassungsbeschwerde, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Streitwert der Nichtzulassungsbeschwerde wird auf 25.000 € festgesetzt.

[1] Gründe: I. Die Parteien bieten Telekommunikationsdienstleistungen an.

[2] Die Beklagte warb in einer als Postwurfsendung verteilten Broschüre für den Fernsehempfang über das Internet im Rahmen ihres Produkts "Entertain" mit der Aussage "Sie sparen die monatliche Kabelanschlussgebühr", wie aus den nachfolgenden Abbildungen ersichtlich.

[3] Die Klägerin hat diese Werbung als irreführend beanstandet, weil die angegriffene Aussage die Möglichkeit vortäusche, von einem Kabelanschluss zum Angebot der Beklagten zu wechseln und so die monatliche Gebühr für den Kabelanschluss zu sparen. Mietern stünde diese Möglichkeit jedoch häufig nicht offen, da die Vermieter die Verträge mit den Kabelnetzbetreibern geschlossen hätten und die Kosten als Betriebskosten auf sämtliche Mieter umlegten.

[4] Die Klägerin hat ferner beanstandet, in der Werbung werde nicht darauf hingewiesen, dass der Leistungsumfang des Produkts der Beklagten gegenüber dem der Klägerin erheblich eingeschränkt sei, weil das "Entertain" – Angebot der Beklagten nur den Fernsehempfang mit einem einzigen Fernseher beinhalte, sofern man nicht einen kostenpflichtigen Zusatzempfänger buche.

[5] Über analoge Mehrnutzeranschlüsse der Klägerin könnten hingegen beliebig viele Fernsehgeräte angeschlossen werden.

[6] Der Kläger hat – soweit für die Revision von Bedeutung – beantragt, I. die Beklagte unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen, durch eine geschäftliche Handlung im Wettbewerb für ein Angebot für Fernsehen, Telefonie und Internet b) mit der Aussage "Sie sparen die monatliche Kabelanschlussgebühr" (Seite 3 der Broschüre "Megaschnelles Internet und brillantes Fernsehen in HD") zu werben oder werben zu lassen, wenn dies geschieht wie in der als Anlage K 1 beigefügten Werbeproschüre; II. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 689 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 4. Dezember 2013 zu zahlen.

[7] Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht den Klageantrag I b) abgewiesen und auf den Klageantrag II. lediglich Abmahnkosten in Höhe von 349,95 € nebst Zinsen zugesprochen. Mit der zuzulassenden Revision möchte die Klägerin die Klageanträge I b und II vollen Umfangs weiterverfolgen.

[8] II. Die Nichtzulassungsbeschwerde hat Erfolg und führt gemäß § 544 Abs. 7 ZPO zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Das Berufungsgericht hat den Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör in entscheidungserheblicher Weise verletzt.

[9] 1. Das Berufungsgericht hat den Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör verletzt.

[10] Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die angegriffene Werbung sei nicht irreführend, weil sie dahingehend verstanden werde, dass bei Inanspruchnahme des "Entertain" -Angebots keine Kabelanschlussgebühr anfallt und diese gegenüber einem vergleichbaren Angebot eines anderen Anbieters mit Kabelanschluss erspart werden könne. Eine Irreführung liege nicht vor. Dem angesprochenen Verkehr werden nicht in Aussicht gestellt, im Falle des Wechsels zur Beklagten ohne weiteres von der Verpflichtung zur Zahlung von Kabelanschlussgebühren befreit zu werden oder sich von vertraglichen Beziehungen zum Kabelanschlussunternehmen lösen zu können.

[11] Das Berufungsgericht hat hierbei nicht den Vortrag der Klägerin in Erwägung gezogen, in der Werbung werde nicht darauf hingewiesen, dass der Leistungsumfang des Produkts der Beklagten gegenüber dem der Klägerin erheblich eingeschränkt sei. Die Klägerin hat geltend gemacht, das "Entertain" – Angebot der Beklagten beinhalte nur den Fernsehempfang mit einem einzigen Fernseher, sofern man nicht einen kostenpflichtigen Zusatzempfänger buche.

[12] Über analoge Mehrnutzeranschlüsse der Klägerin könnten hingegen beliebig viele Fernsehgeräte angeschlossen werden.

[13] 2. Die Gehörsverletzung ist entscheidungserheblich.

[14] a) Dass die Klägerin den vom Berufungsgericht übergangenen Irreführungsaspekt zwar erstinstanzlich vorgetragen, jedoch in der Berufungsinstanz weder auf ihren erstinstanzlichen Vortrag Bezug genommen noch ihn wiederholt hat, steht einer sachlichen Entscheidung darüber nicht entgegen.

[15] Der weitere Irreführungsaspekt ist ungeachtet dessen in der Berufungsinstanz angefallen, dass das Landgericht seine Entscheidung nicht auf ihn gestützt hat. Legt der Beklagte gegen ein Urteil, das einer im Wege objektiver Klagehäufung auf zwei Klagegründe gestützten Klage aus einem der Gründe stattgegeben hat, ein zulässiges Rechtsmittel ein, so fällt auch der nicht beschiedene Klagegrund der Rechtsmittelinstanz an (BGH, Urteil vom 24. September 1991 – XI ZR 245/90, ZIP 1991, 1419, 1420). Dieser Gedanke ist auf die Geltendmachung mehrerer Irreführungsaspekte innerhalb eines einheitlichen Streitgegenstandes übertragbar, der durch die in Bezug genommene konkrete Verletzungsform bestimmt wird (vgl. BGH, Urteil vom 13. September 2012 – I ZR 230/11, BGHZ 194, 314 Rn. 24 – Biomineralwasser). Stützt das erstinstanzliche Gericht seine Verurteilung zur Unterlassung auf einen von mehreren Irreführungsaspekten, die mit einem einheitlichen, auf eine konkrete Verletzungsform bezogenen Klageantrag geltend gemacht werden, so fällt auch der erstinstanzlich nicht berücksichtigte Irreführungsaspekt in der Berufungsinstanz an.

[16] b) Eine Gehörsverletzung ist schon dann entscheidungserheblich, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Berufungsgericht bei Berücksichtigung des übergangenen Vorbringens anders entschieden hätte (vgl. BGH, Urteil vom 20. September 2010 – II ZR 296/08, BGHZ 187, 69 Rn. 14 mwN; Beschluss vom 19. Januar 2012 – V ZR 141/11, WuM 2012, 164 Rn. 11; Beschluss vom 11. April 2013 – I ZR 160/12, TranspR 2013, 383 Rn. 16). Diese Voraussetzungen sind im Streitfall erfüllt.

[17] aa) Eine Irreführung gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 UWG dürfte allerdings nicht gegeben sein, weil die Angabe, man könne die Kabelanschlussgebühren sparen, lediglich einen Hinweis darauf enthält, dass eine Kabelanschlussgebühr nicht anfällt, hingegen aber keinen Hinweis darauf, dass ein bestimmter, dem Kabelanschluss entsprechender Leistungsumfang bereitgestellt werde. Nach dem Gesamtzusammenhang der Broschüre ergeben sich die Leistungsmerkmale nicht aus der Angabe "Sie sparen die monatliche Kabelanschlussgebühr", sondern allenfalls aus weiteren Angaben (etwa: "Rund 100 Sender, davon 17 in HD-Qualität; Über 19.000 Film-, TV- und Serien-Highlights auf Abruf"). Ein vergleichender Bezug zu den Leistungsmerkmalen des Kabelanschlusses einerseits und des "Entertain"-Angebots andererseits wohnt diesen Angaben nicht inne. Die Angabe bestimmter Vorzüge beinhaltet nicht zugleich die Behauptung, nicht genannte Nachteile existierten nicht. Es besteht keine Pflicht des Werbenden, der sich nur mit seiner eigenen Ware befasst, auf Nachteile seines Produkts hinzuweisen (BGH, Urteil vom 29. November 1963 – Ib ZR 71/62, GRUR 1964, 269, 271 – Grobdesin; Bornkamm in Köhler/Bornkamm, UWG, 34. Aufl., § 5 Rn. 2. 113).

[18] bb) Es kommt aber eine Irreführung durch Unterlassen gemäß § 5a Abs. 2 UWG in Betracht.

[19] Nach der Vorschrift des § 5a Abs. 2 Satz 1 UWG, deren Änderung durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb die zuvor unter der Geltung des § 5a Abs. 2 UWG aF bestehende Rechtslage nicht geändert hat (vgl. BGH, Urteil vom 21. Juli 2016 – I ZR 26/15, GRUR 2016, 1076 Rn. 18 = WRP 2016, 1221 – LGA tested), handelt unlauter, wer im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände dem Verbraucher eine wesentliche Information vorenthält, die dieser je nach den Umständen benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen (Nr. 1), und deren Vorenthalten geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte (Nr. 2).

[20] Als Vorenthalten gilt nach § 5a Abs. 2 Satz 2 UWG auch das Verheimlichen wesentlicher Informationen (Nr. 1), die Bereitstellung wesentlicher Informationen in unklarer, unverständlicher oder zweideutiger Weise (Nr. 2) und die nicht rechtzeitige Bereitstellung wesentlicher Informationen (Nr. 3).

[21] Eine Information ist wesentlich im Sinne des § 5a Abs. 2 UWG, wenn ihre Angabe unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen vom Unternehmer erwartet werden kann und ihr für die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers ein erhebliches Gewicht zukommt (vgl. BGH, Urteil vom 16. Mai 2012 – I ZR 74/11, GRUR 2012, 1275 Rn. 36 = WRP 2013, 57 – Zweigstellenbriefbogen; BGH, GRUR 2016, 1076 Rn. 31 – LGA tested Rn. 31).

[22] "Wesentliche Merkmale der Ware oder Dienstleistung" im Sinne des § 5a Abs. 3 Nr. 1 UWG sind Eigenschaften des Produkts, hinsichtlich derer ein Durchschnittsverbraucher eine Information billigerweise erwarten darf, um eine informierte Entscheidung treffen zu können (Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 5a Rn. 4. 24 f.). Eine Irreführung durch Unterlassen hat der Senat angenommen, wenn bei Verwendung des Slogans "Kein Telekom-Anschluss nötig" nicht darauf hingewiesen worden ist, dass Call-by-Call-Gespräche nicht möglich sind. Dies hatte seinen Grund darin, dass der Verkehr erwartete, ein als vollständige Alternative beworbener Telefonanschluss erlaube stets auch Callby-Call-Gespräche (BGH, GRUR 2011, 846 Rn. 23 f. – Kein Telekom-Anschluss nötig).

[23] Es erscheint nicht fernliegend, dass der Verkehr erwartet, das "Entertain"-Angebot erlaube die Nutzung mehrerer Empfangsgeräte. Zwar handelt es sich beim internetbasierten Fernsehempfang um eine neue Form des Fernsehempfangs, auf die bisherigen Erfahrungen und Gewohnheiten nicht ohne weiteres übertragbar sein müssen. Fraglich ist jedoch, ob der Verbraucher damit rechnet, dass – anders als im Falle des Kabelanschlusses oder des herkömmlichen Antennenfernsehens – das beworbene Angebot nur den Anschluss eines Fernsehers beinhaltet. Dass – wie die Beklagte geltend macht – mittels eines Receivers ein weiteres Empfangsgerät angeschlossen werden kann, könnte der Annahme einer Informationspflicht mit Blick darauf nicht entgegenstehen, dass dieser Receiver

gesondert zu bestellen ist, eine monatliche Mietgebühr von 3,94 € kostet und zudem den Anschluss nur eines weiteren Fernsehers gestattet. Die hier in Rede stehende Information betrifft die vom bisher Gewohnten – unbegrenzte Anzahl von Empfangsgeräten bei gleichbleibendem Preis – abweichende Nutzbarkeit und Wirtschaftlichkeit des beworbenen Angebots. Nach dem Vorstehenden erscheint nicht ausgeschlossen, dass eine solche Information unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen vom Unternehmer erwartet werden kann und ihr für die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers ein erhebliches Gewicht zukommt.

[24] III. Danach ist gemäß § 544 Abs. 7 ZPO das angegriffene Urteil aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

[25] Für das weitere Verfahren wird auf Folgendes hingewiesen: Sofern das Berufungsgericht zu dem Ergebnis kommen sollte, dass die Voraussetzungen des § 5a Abs. 2 UWG erfüllt sind, sollte auf eine Fassung des Unterlassungsantrags hingewirkt werden, die die beanstandete Informationspflichtverletzung charakteristisch wiedergibt.