

## **Agenturen müssen Werbemaßnahmen wettbewerbsrechtlich prüfen**

*Werbung soll ansprechen und auffallen. Auftraggeber werden sich daher im Zweifel für die gewagtere Werbemaßnahme entscheiden. Dabei wird häufig übersehen, wer die Werbung rechtlich überprüfen muss: Im Zweifel die Agentur.*

### **OLG Düsseldorf vom 13.03.2003, I- 5 U 39/02 – Prüfpflicht von Agenturen**

Entscheidung des Gerichts

Im zugrunde liegenden Fall bestand die Agenturleistung aus der Konzeption, Gestaltung und Formulierung von drei unterschiedlichen Mailings. Der Inhalt eines Mailings war vom LG Hamburg im einstweiligen Rechtsschutz (rechtskräftig) als wettbewerbswidrig untersagt worden. Die Auftraggeberin verlangte nun von der Agentur die dadurch verursachten Kosten. Auftraggeber und Agentur hatten nicht vereinbart, wer für die rechtliche Prüfung der Mailings zuständig war. Der Auftraggeber sah dies nunmehr als Aufgabe der Agentur, während die Agentur meinte, ihre vertraglich geschuldete Tätigkeit erschöpfe sich in einer rechtlich nicht geprüften Anregung für eine Werbemaßnahme.

Das OLG Düsseldorf hielt den Vertrag zwischen Auftraggeber und Agentur für einen Werkvertrag mit Geschäftsbesorgungscharakter (nach altem Schuldrecht), da er sich auf ein individualisierbares Werk beziehe. Geschuldet von der Agentur sei der werkvertragliche Erfolg bestehend aus drei Mailings. Die Werkleistung der Agentur sei fehlerhaft gewesen, da sie gegen Vorschriften des Wettbewerbsrechtes verstieß und deshalb von der Auftraggeberin nicht verwendet werden konnte.

Die Agentur habe nicht nachweisen können, dass eine rechtliche Prüfung durch den Auftraggeber vereinbart worden sei. Soweit die Agentur behauptete, darauf hingewiesen zu haben, dass eine rechtliche Prüfung nicht durchgeführt worden sei, ginge dieser Hinweis ins Leere. Denn der bloße Hinweis der Agentur darauf, dass sie die geschuldete Werkleistung nicht auf Mangelfreiheit geprüft habe, lasse den Sachmangel grundsätzlich nicht entfallen.

### **Konsequenzen für die Praxis**

Auftraggeber wollen besonders auffällige und wirksame Werbung. Agenturen nehmen diesen Ball auf und versuchen, dieses Ziel kreativ zu erreichen. Wo viel Kreativität wirkt, ist das Wettbewerbsrecht nicht weit. Gleichwohl sprechen Auftraggeber und Agentur meist nicht darüber, wer die Werbeaktion auf rechtliche Zulässigkeit überprüfen soll.

Das OLG Düsseldorf weist die rechtliche Prüfungspflicht allein der Agentur zu. Auch wenn es Vorläufer gab (vgl. LG Frankfurt vom 10.08.2001, 3-12 O 96/01), ist dies die erste obergerichtliche Entscheidung, die das in dieser Deutlichkeit fordert.

Eine Agentur sollte daher eindeutig vereinbaren, wer die rechtliche Überprüfung der Agenturleistung vornimmt. Falls die Prüfung über die Agentur erfolgt, sollte das damit verbundene Risiko bei der Vergütung berücksichtigt werden. Die Grenzen zur verbotenen Rechtsberatung sind zu beachten.

Gerade die wettbewerbs- oder datenschutzrechtliche Prüfung einer Werbemaßnahme kann sehr komplex sein und nur Tendenzaussagen zulassen. Falls eine ausdrückliche Vereinbarung über die Zuständigkeit für die Rechtskonformität der Werbung nicht möglich ist, sollte aus Sicht der Agentur zumindest versucht werden, die Prüfungspflicht dem Auftraggeber durch AGB aufzuerlegen. Es bleibt jedoch abzuwarten, ob eine solche Vereinbarung und unter welchen Bedingungen (insbesondere bei grober Fahrlässigkeit der Agentur) zulässig ist.

Ein anderer Ansatz wäre, dass die Agentur die Überprüfung durch einen Rechtsanwalt als selbstständigen Kostenpunkt anbietet. Verzichtet der Auftraggeber hierauf, so trägt er zumindest eine Mitverantwortung, wenn man hieraus nicht sogar auf eine Übernahme der Prüfungspflicht schließen möchte.

14. November 2003

Bernhard Kloos  
Rechtsanwalt

---

HK2 Rechtsanwälte  
Hartmann Kloos Koch  
Karlplatz 7

D-10117 Berlin

Telefon: +49 (0)30 27 89 00 - 0  
Telefax: +49 (0)30 27 89 00 - 10

<mailto:kloos@hk2.info>  
[www.hk2.info](http://www.hk2.info)