

Vorsicht bei automatischer Mitabmahnung des Geschäftsführers

Eigener Leitsatz:

In einem Urteil entschied das KG Berlin, dass der Geschäftsführer einer GmbH nicht automatisch auch selbst für einen Wettbewerbsverstoß der GmbH haftet, sondern nur in besonderen Konstellationen eine persönliche Haftung des Geschäftsführers in Betracht kommt. Eine persönliche Haftung kommt hierbei in erster Linie in Betracht, wenn der Geschäftsführer den Wettbewerbsverstoß selbst begangen hat oder Kenntnis davon und die Möglichkeit hatte, ihn zu verhindern. Ferner wäre eine persönliche Haftung denkbar, wenn der Geschäftsführer die Pflicht übernommen hat, Dritte vor Wettbewerbsverstößen der GmbH zu schützen oder vertragliche Beziehungen zwischen der GmbH und den anderen Wettbewerbern bestehen.

Kammergericht Berlin

Urteil vom 13.11.2012

Az.: 5 U 30/12

Tenor:

1.

Auf die Berufung des Beklagten zu 2) wird das am 10. Februar 2012 verkündete Urteil der Zivilkammer 15 des Landgerichts Berlin – 15 O 547/09 – zum Teil geändert:

Die gegen den Beklagten zu 2) gerichtete Klage wird insgesamt

abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten erster Instanz sowie die erstinstanzlichen außergerichtlichen Kosten der Klägerin haben die Klägerin und die Beklagte zu 1) je zur Hälfte zu tragen. Die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 2) erster Instanz sowie die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Klägerin zu tragen.

3.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Klägerin wird nachgelassen, die Vollstreckung des Beklagten zu 2) wegen der Kosten durch Sicherheitsleistung in Höhe des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht der Beklagte zu 2) vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

4.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

A.

Die Klägerin bietet unter anderem Verbrauchern in Berlin Erdgas an.

Die Beklagte zu 1), deren Geschäftsführer der Beklagte zu 2) ist, ist im Direktvertrieb tätig.

Die Beklagte zu 1) vertrieb im Auftrag der e... GmbH im Wege der Haustürwerbung Gaslieferverträge in Berlin. Die e... GmbH ist eine Tochtergesellschaft der R... ... AG und bezeichnet sich als zentrale Discountvertriebsgesellschaft des Konzerns für Strom und Erdgas.

Die Klägerin wandte sich am 13. Juli 2009 an die R... .. AG und beanstandete einen Vorfall bei der Kundenwerbung für die e... GmbH („Fall P... “). Die R... .. GmbH antwortete mit E-Mail vom 24. Juli 2009 (Anlage K 3 zur Klageschrift).

Die Klägerin hat behauptet, die von der Beklagten zu 1) bei der Haustürwerbung eingesetzten Personen hätten gegenüber zwei Verbrauchern angegeben, sie seien im Auftrag der Klägerin unterwegs. Die von der Beklagten zu 1) bei der Haustürwerbung eingesetzten Personen hätten drei Verbrauchern vorgespiegelt, es bestünde eine rechtliche oder geschäftliche Verbindung zwischen der e... GmbH und der Klägerin. Zwei Verbrauchern hätten die von der Beklagten zu 1) bei der Haustürwerbung eingesetzten Personen vorgespiegelt, die Klägerin und V... würden zusammengelegt.

Gegenüber vier Verbrauchern hätten die von der Beklagten zu 1) bei der Haustürwerbung eingesetzten Personen nicht nur angegeben, im Auftrag der Klägerin unterwegs zu sein, sondern auch erklärt, der Wechsel zur e... GmbH führe zu einer Gutschrift oder Preisreduzierungen.

Gegenüber zwei Verbrauchern hätten die von der Beklagten zu 1) bei der Haustürwerbung eingesetzten Personen verschleiert, dass die ihnen vorgelegten Unterlagen zu einem Wechsel des Gaslieferanten führten.

Die Klägerin hat beantragt,

I. die Beklagten unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen, im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Gaslieferverträgen gegenüber Verbrauchern zu behaupten,

1. ihre Mitarbeiter kämen im Auftrag der Klägerin und/oder es bestehe sonst eine rechtliche oder geschäftliche Verbindung zwischen der e... GmbH und der Klägerin und/oder die Klägerin und die V... AG würden zusammengelegt,

2. im Zusammenhang mit der Behauptung nach Nr. 1 zu behaupten, für den Wechsel von G... – Kunden zur e... GmbH gebe es Gutschriften oder Preisreduzierungen,

3. im Zusammenhang mit dem Wechsel von Kunden der Klägerin zur e... GmbH den Eindruck zu erwecken, es handele sich nicht um einen Lieferantenwechsel,

II. die Beklagten zu verurteilen, ihr Auskunft darüber zu erteilen, in welchen Fällen sie (bzw. ihre Mitarbeiter oder Beauftragten) im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Gaslieferverträgen gegenüber Verbrauchern im Zuständigkeitsbereich des Landgerichts Berlin Behauptungen nach I. Nr. 1 – 3 aufgestellt haben, unter Angabe des vollständigen Namens und der Adresse des jeweiligen Behauptenden und des betreffenden Verbrauchers,

III. festzustellen, dass die Beklagten gesamtschuldnerisch verpflichtet sind, ihr sämtliche infolge von Behauptungen nach I. bereits entstandenen oder künftig noch entstehenden Schäden zu ersetzen,

IV. auszusprechen, dass sie zur Bekanntmachung des Urteils gemäß § 12 Abs. 3 UWG auf Kosten der Beklagten befugt ist.

Die Beklagten haben beantragt,

die Klage abzuweisen.

Mit dem am 10. Februar 2012 verkündeten Urteil hat das Landgericht Berlin den Klageanträgen zu I. bis III. stattgegeben und den Klageantrag zu IV. abgewiesen. Es wird insoweit auf das erstinstanzliche Urteil verwiesen, und zwar auch hinsichtlich des weitergehenden erstinstanzlichen Vortrages der Parteien.

Der Beklagte zu 2) wendet sich mit der Berufung gegen dieses Urteil. Er sieht sich als Geschäftsführer der Beklagten zu 1) nicht in der Haftung für deren Wettbewerbsverstöße.

Der Beklagte zu 2) beantragt,

das am 10. Februar 2012 verkündete Urteil der Zivilkammer 15 des Landgerichts Berlin – 15 0 547/09 – zu ändern und die Klage, soweit sie gegen ihn gerichtet ist, abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung des Beklagten zu 2) zurückzuweisen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

Das Gericht hat die Akten des Landgerichts Berlin 16 0 2/10 und 16 0 354/09 (= Kammergericht 24 U 176/09) beigezogen. Diese waren zu Informationszwecken Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

Entscheidungsgründe:

B.

Die Berufung des Beklagten zu 2) ist statthaft und zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt worden. Die Berufung des Beklagten zu 2) ist auch begründet.

1.

Der Klägerin steht gegen den Beklagten zu 2) auch nach § 8 Abs. 1 und 3 Nr. 1, §§ 3, 5 Abs. 1 und 2 UWG kein Anspruch auf Unterlassung zu, im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Gaslieferverträgen gegenüber Verbrauchern zu behaupten,

– ihre Mitarbeiter kämen im Auftrag der Klägerin und/oder es bestehe sonst eine rechtliche oder geschäftliche Verbindung zwischen der e... GmbH und der Klägerin und/oder die Klägerin und die V... AG würden zusammengelegt

– im Zusammenhang mit einer Behauptung nach Nr. 1 zu behaupten, für den Wechsel von G... -Kunden zur e... GmbH gebe es

Gutschriften oder Preisreduzierungen

– im Zusammenhang mit dem Wechsel von Kunden der Klägerin zur e... GmbH den Eindruck zu erwecken, es handele sich nicht um einen Lieferantenwechsel.

Auch wenn man den Vortrag der Klägerin zu den Äußerungen der von der Beklagten zu 1) bei der Haustürwerbung eingesetzten Personen in den Monaten Juli und August 2009 gegenüber diversen Verbrauchern in Berlin als wahr unterstellt, haftet der Beklagte zu 2) nicht wegen etwaiger in diesen Äußerungen liegender Wettbewerbsverstöße auf Unterlassung.

Es liegt weder Wiederholungsgefahr, noch Erstbegehungsgefahr, die die Klägerin hilfsweise geltend macht, vor.

a)

Wiederholungsgefahr scheidet aus. Aus dem Vorbringen der Klägerin zu den Vorkommnissen in den Monaten Juli und August 2009 ergibt sich kein Wettbewerbsverstoß des Beklagten zu 2).

aa)

Der Geschäftsführer einer GmbH haftet nach ständiger Rechtsprechung persönlich für einen Wettbewerbsverstoß, wenn er die Rechtsverletzung selbst begangen hat oder wenn er jedenfalls von ihr Kenntnis hatte und die Möglichkeit, sie zu verhindern (vgl. BGH GRUR 1986, 248 – Sporthosen; BGH GRUR 2010, 616 – marions-kochbuch.de, Rn 34; BGH GRUR 2012, 184 – Branchenbuch Berg, Rn 32; OLG Hamburg GRUR-RR 2006, 182; Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Aufl., § 8, Rn 2.19. 2.20; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, Kap. 14, Rn 23).

Im vorliegenden Fall bestreitet der Beklagte zu 2) jedoch die Behauptung der Klägerin, unmittelbar nach dem ersten von der Klägerin dargestellten Vorfall Kenntnis von den Vorwürfen der Klägerin erlangt zu haben. Tatsächlich hat die Klägerin sich

auch weder an die Beklagte zu 1) noch an deren Auftraggeberin, die e... GmbH, gewandt, sondern nur an die Muttergesellschaft der e... GmbH, die R... .. AG. Aus dem Antwortschreiben der R... .. AG vom 24. Juli 2009 (Anlage K 3 zur Klageschrift) lässt sich auch nur entnehmen, dass diese die e... GmbH von den Vorwürfen der Klägerin informiert hat. Es ist dem Vorbringen der Klägerin nicht zu entnehmen, wann und auf welche Weise die Beklagten vor dem 3. September 2009 von den Vorwürfen der Klägerin Kenntnis erlangt haben sollen. Der Vortrag der Klägerin hierzu, insbesondere auch im Schriftsatz der Klägerin vom 9. November 2012, ist rein spekulativ.

bb)

Die Grundsätze der Störerhaftung, mit denen die persönliche Haftung des Geschäftsführers einer GmbH ursprünglich begründet worden ist (vgl. BGH GRUR 1986, 248 – Sporthosen), lassen sich hier jedenfalls nicht mehr heranziehen, da sie für das Wettbewerbsrecht aufgegeben worden sind (vgl. BGH GRUR 2011, 152 – Kinderhochstühle im Internet, Rn 48; Seichter in: jurisPK-UWG, 2. Aufl., § 8, Rn 140).

Der Standpunkt der Klägerin, der BGH habe lediglich die Terminologie geändert und bezeichne die Störerhaftung, ohne dass sich an den Voraussetzungen und Rechtsfolgen etwas geändert hätte, heute als täterschaftliche Haftung wegen Verletzung wettbewerbsrechtlicher Verkehrspflichten oder als Verletzung zumutbarer Prüfpflichten, trifft jedenfalls nicht mit der Konsequenz einer täterschaftlichen Haftung des Beklagten zu 2) zu.

cc)

Das Landgericht hat letztlich in der von der Beklagten zu 1) aufgebauten Vertriebsstruktur das Moment gesehen, das die Haftung des Beklagten zu 2) begründet.

Diese Struktur ist offenbar dadurch gekennzeichnet, dass die Beklagte zu 1) den Vertrieb der Produkte ihrer Auftraggeber

nicht durch eigene Angestellte organisiert, sondern selbständige, regionale Handelsvertreter einschaltet, die eigene oder freie Mitarbeiter in der Kundenwerbung einsetzen, deren Einkommen maßgeblich von der Zahl der geworbenen Neukunden abhängig ist.

Wenn das Landgericht in den Entscheidungsgründen ausführt, der Beklagte zu 2) hafte vor diesem Hintergrund, weil ihm die (naheliegende) Möglichkeit bewusst gewesen sei, dass Werber im Kundenkontakt falsche oder irreführende Angaben machen und er dies nicht verhindert habe, will es offenbar auf ein pflichtwidriges Unterlassen abstellen.

Dies überzeugt nicht.

Ein Unterlassen steht dann einem Handeln gleich, wenn der Betroffene zum Handeln verpflichtet war und die Vornahme der gebotenen Handlung den eingetretenen Schaden verhindert hätte. Eine solche Garantenstellung kann sich aus Gesetz, Vertrag, Vertrauen oder vorangegangenen gefährlichen Tun (Ingerenz) ergeben (vgl. Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Aufl., § 8, Rn 2.8).

(1)

Allein mit der Stellung des Beklagten zu 2) als Geschäftsführer der Beklagten zu 1) lässt sich die Haftung des Beklagten zu 2) nach der Rechtsprechung des BGH nicht begründen (vgl. BGH 1994, 1801, 1803; BGH MDR 2012, 1029, Rn 21).

Der unter Berufung auf ein Urteil des OLG Hamburg vom 1. Juli 2009, 5 U 183/07, vertretene Standpunkt des Landgerichts, es entspreche allgemeiner Auffassung, dass der Geschäftsführer einer GmbH kraft seiner Organstellung und der daraus resultierenden Verantwortung für die ordnungsgemäße Geschäftsführung für Wettbewerbsverstöße oder Schutzrechtsverletzungen neben der Gesellschaft persönlich mithafte, hat keine Grundlage.

(2)

Wer durch sein Handeln im geschäftlichen Verkehr die ernsthafte Gefahr begründet, dass Dritte durch das Wettbewerbsrecht geschützte Interessen von Marktteilnehmern verletzen, ist zwar aufgrund einer wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflicht dazu verpflichtet, diese Gefahr im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren zu begrenzen, und haftet im Fall eines Verstoßes als Täter einer unlauteren Wettbewerbshandlung (vgl. BGH GRUR 2007, 890 – Jugendgefährdende Medien bei eBay).

Da die Beklagte zu 1) als Unternehmensträgerin die oben beschriebenen Strukturen geschaffen hat, trifft eine wettbewerbsrechtliche Verkehrspflicht, durch geeignete Maßnahmen falsche oder irreführende Darstellungen der eingesetzten Werber zu unterbinden, zumindest in erster Linie die Beklagte zu 1) (vgl. Haas/Ziemons in: Michalski, GmbHG, § 43, Rn 336; Werner GRUR 2009, 820, 824).

Die Ausführungen des BGH (GRUR 2007, 890 – Jugendgefährdende Medien bei eBay, Rn 22):

5. In Betracht kommt aber ein täterschaftlicher Verstoß der Beklagten gegen die Generalklausel des § 3 UWG. Derjenige, der durch sein Handeln im geschäftlichen Verkehr in einer ihm zurechenbaren Weise die Gefahr eröffnet, dass Dritte Interessen von Marktteilnehmern verletzen, die durch das Wettbewerbsrecht geschützt sind, kann eine unlautere Wettbewerbshandlung begehen, wenn er diese Gefahr nicht im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren begrenzt. Die Beklagte hat in ihrem eigenen geschäftlichen Interesse eine allgemein zugängliche Handelsplattform geschaffen, deren Nutzung in naheliegender Weise mit der Gefahr verbunden ist, schutzwürdige Interessen von Verbrauchern zu beeinträchtigen. Der Beklagten ist auch bekannt, dass Versteigerer unter Nutzung ihrer Handelsplattform mit konkreten Angeboten gegen das Jugendschutzgesetz verstoßen. Ihr Verhalten ist wettbewerbswidrig, wenn sie es unterlässt, im Hinblick auf die

ihr konkret bekannt gewordenen Verstöße zumutbare Vorkehrungen zu treffen, um derartige Rechtsverletzungen künftig soweit wie möglich zu verhindern, und es infolge dieses Unterlassens entweder zu weiteren derartigen Verstößen von Versteigerern gegen das Jugendschutzrecht kommt oder derartige Verstöße ernsthaft zu besorgen sind.

betreffen dementsprechend auch die Unternehmensträgerin, die die Handelsplattform betrieben hat.

Eine Begründung, warum den Beklagten zu 2) neben der Beklagten zu 1) eine wettbewerbsrechtliche Verkehrspflicht treffen soll, ist damit nicht gegeben.

Die oben zitierten Ausführungen sprechen vielmehr dagegen, den Geschäftsführer einer GmbH grundsätzlich neben der Gesellschaft als weiteren Adressaten einer wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflicht anzusehen, da nicht ohne weiteres unterstellt werden kann, dass der Geschäftsführer mit dem Handeln für die Gesellschaft eigene geschäftliche Interessen verfolgt.

(3)

Nach § 43 Abs. 1 GmbHG hat der Geschäftsführer einer GmbH in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden.

Die Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung, die dem Geschäftsführer einer GmbH aufgrund seiner Organstellung obliegt, umfasst auch die Verpflichtung, dafür zu sorgen, dass sich die Gesellschaft rechtmäßig verhält und ihren gesetzlichen Verpflichtungen nachkommt (BGH MDR 2012, 1029, Rn 22; Schneider in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl., § 43, Rn 307; Paefgen in: Ulmer, GmbHG, § 43, Rn 166, 167; Werner GRUR 2009, 820, 823).

Diese Pflicht besteht aber grundsätzlich nur der Gesellschaft gegenüber und nicht auch im Verhältnis zu außenstehenden

Dritten. Denn die Bestimmung in § 43 Abs. 1 GmbHG regelt allein die Pflichten des Geschäftsführers aus seinem durch die Bestellung begründeten Rechtsverhältnis zur Gesellschaft. Sie dient nicht dem Zweck, Dritte vor den mittelbaren Folgen einer sorgfaltswidrigen Geschäftsleitung zu schützen. Wie sich aus § 43 Abs. 2 GmbHG ergibt, lässt eine Verletzung der Pflichten zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung Schadensersatzansprüche nur der Gesellschaft, nicht hingegen der Gläubiger entstehen (vgl. BGH 1994, 1801; BGH MDR 2012, 1029, Rn 23; Keller GmbHR 2005, 1235, 1241; Kleindiek in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., § 43, Rn 77; Haas/Ziemons in: Michalski, GmbHG, § 43, Rn 340; Fleischer in: Münchener Kommentar, GmbHG, § 43, Rn 339; Schneider in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl., § 43, Rn 307; Paefgen in: Ulmer, GmbHG, § 43, Rn 166, 167; Werner GRUR 2009, 820, 823).

Eine Außenhaftung des Geschäftsführers einer GmbH kommt nur in begrenztem Umfang aufgrund besonderer Anspruchsgrundlagen in Betracht (vgl. BGH 1994, 1801, 1803; BGH MDR 2012, 1029, Rn 24; Kleindiek in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., § 43, Rn 78; Fleischer in: Münchener Kommentar, GmbHG, Rn. 340, 350; Haas/Ziemons in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl., § 43 Rn. 284 f.; Paefgen in: Ulmer, GmbHG, § 43, Rn. 188).

(4)

Der BGH bejaht in seiner sogenannten Baustoffentscheidung für das Deliktsrecht die Einstandspflicht des Organs, wenn mit den Pflichten aus der Organstellung gegenüber der Gesellschaft Pflichten einhergehen, die von dem Geschäftsführer nicht mehr nur für die Gesellschaft als deren Organ zu erfüllen sind, sondern die ihn aus besonderen Gründen persönlich gegenüber dem Dritten treffen. Dies kann im außervertraglichen, deliktischen Bereich insbesondere wegen einer dem Geschäftsführer als Aufgabe zugewiesenen oder von ihm jedenfalls in Anspruch genommenen Garantenstellung zum Schutz fremder Schutzgüter im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB der Fall sein, die ihre Träger der Einflussphäre der Gesellschaft

anvertraut haben. Hier kann über die Organstellung hinaus eine mit der Zuständigkeit für die Organisation und Leitung und der daraus erwachsenden persönlichen Einflussnahme auf die Gefahrenabwehr bzw. -steuerung verbundene persönliche Verantwortung des Organs den betroffenen Außenstehenden gegenüber zum Tragen kommen, wenn zur Abwehr der sich in dieser Weise aktualisierenden Gefahrenlage der Geschäftsführer gerade in seinem Aufgabenbereich gefordert ist. Als Grundlage für eine deliktische Eigenhaftung muss die Verantwortung des Geschäftsführers aus der mit seinen Geschäftsführeraufgaben verbundenen Garantstellung zum Schutz Außenstehender vor Gefährdung oder Verletzung ihrer Schutzgüter im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB betroffen sein (BGH NJW 1990, 976).

In einer neueren Entscheidung hat der BGH das Organ einer Gesellschaft aufgrund seiner Stellung als organschaftlich verpflichtet angesehen, vertragliche Interessenwahrungs-, Loyalitäts- und Schutzpflichten der Gesellschaft gegenüber einem Vertragspartner der Gesellschaft zu wahren, und das Organ im Fall einer Missachtung dieser Pflichten deliktsrechtlich persönlich haften lassen, weil die Pflichtverletzung zu einem Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Vertragspartners der Gesellschaft geführt hat (vgl. BGH NJW 2006, 830, Rn 122 ff).

Ansatzpunkte, die vor diesem Hintergrund eine persönliche wettbewerbsrechtliche Haftung des Beklagten zu 2) gegenüber der Klägerin oder anderen Gasanbietern begründen könnten, weil bei der Haustürwerbung eingesetzte Personen irreführende Angaben gegenüber Verbrauchern gemacht haben, liegen hier nicht vor. Der Beklagte zu 2) hat durch nichts zu erkennen gegeben, gegenüber den Mitbewerbern seiner Auftraggeber, insbesondere der Klägerin, persönlich die Verantwortung für den Schutz eines lautereren Wettbewerbs übernehmen zu wollen (vgl. auch BGH MDR 2012, 1029, Rn 26; Keller GmbH 2005, 1235, 1242). Vertragliche Beziehungen zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1) bestehen nicht.

(5)

Nach wohl überwiegender Auffassung in der Literatur trifft die Haftung für Organisationsmängel zumindest primär die Gesellschaft als Unternehmensinhaberin (vgl. Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl., § 43, Rn 77; Keller GmbHR 2005, 1235, 1240; Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Aufl., § 8, Rn 2.20; Kleindiek in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., § 43, Rn 75; Haas/Ziemons in: Michalski, GmbHG, § 43, Rn 336; Fritzsche in: Münchener Kommentar, Lauterkeitsrecht, § 8, Rn 250; Paefgen in: Ulmer; GmbHG, § 43, Rn 207, 255; Werner GRUR 2009, 820, 824).

Unter welchen Voraussetzungen auch eine Eigenhaftung des Geschäftsführers in Betracht kommt, ist streitig.

(a)

Eine Reihe von Vertretern sehen den Geschäftsführer als Adressat einer Verpflichtung zur Abwendung von Rechtsverletzungen, wenn eine Abwägung der Besonderheiten des Einzelfalls dies rechtfertigt.

Als relevante Kriterien für eine Verpflichtung zur Abwendung eines wettbewerbswidrigen Erfolgs werden in Anlehnung an die für einen Fahrlässigkeitsvorwurf maßgeblichen Sorgfaltspflichten die Unternehmensgröße und die Branche des Geschäftsbetriebs, die faktische Stellung und die Funktion des Geschäftsführers innerhalb des Betriebs, die situationsbedingte Wahrscheinlichkeit von Wettbewerbsverstößen, die tatsächliche Organisation des Geschäftsablaufs, Qualifikation und Erfahrung des Geschäftsführers, das Ausmaß der Pflichtwidrigkeit, die Schwere des Organisationsmangels sowie Art und Umfang des drohenden Schadens genannt (Ottofülling GmbHR 1991, 304, 309, allerdings auf der Grundlage der Störerhaftung).

Enger sind demgegenüber die Auffassungen, nur eine schwerwiegende Rechtsgutsgefährdung könne im Einzelfall unter

Berücksichtigung des jeweiligen gesetzlichen Schutzzwecks und nach einer Güterabwägung eine persönliche Haftung des Geschäftsführers für Wettbewerbsverstöße begründen (Maier WRP 1986, 71, 75, ebenfalls auf der Grundlage der Störerhaftung) bzw. nur eine Vernachlässigung von Pflichten, die eine solche Bedeutung haben, dass ihre Verletzung die Sanktionierung durch die Möglichkeit der persönlichen Inanspruchnahme des Geschäftsführers durch betroffene Dritte rechtfertigt, führe zu einer persönlichen Haftung des Geschäftsführers für Wettbewerbsverstöße (Werner GRUR 2009, 820).

Im Hinblick auf Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB wird weiter die Auffassung vertreten, dass sich in Sondersituationen aus der Funktion des Geschäftsführers als Leiter eines Geschäftsbetriebs eine Garantenpflicht ergeben könne, wenn es etwa darum gehe, besonders hochrangige Rechtsgüter anderer vor Schaden zu bewahren, die Wahrscheinlichkeit einer Schädigung Dritter oder der potentielle wirtschaftliche Schaden besonders hoch sei oder gefahrträchtige Vorgänge besonders komplex seien (Haas/Ziemons in: Michalski, GmbHG, § 43, Rn 343a, 343b).

Je detaillierter nach diesen Standpunkten die Einzelfallbetrachtung sein soll, desto größer erscheinen jedoch die Gefahren von Rechtsunsicherheit und eines unkalkulierbaren Haftungsrisikos durch ergebnisbestimmte Billigkeitsentscheidungen (vgl. Götting GRUR 1994, 6; Keller GmbHR 2005, 1235, 1241). Jedenfalls im Zusammenhang mit der früher auch für Wettbewerbsverstöße bejahten Störerhaftung hat der BGH die Unkalkulierbarkeit des Haftungsrisikos auch als Argument angeführt, um diese auf Fälle zu begrenzen, in denen der gesetzliche Vertreter der Gesellschaft die Rechtsverletzung kannte und die Möglichkeit hatte, diese zu verhindern (BGH GRUR 1986, 248 – Sporthosen).

Berücksichtigt man hier aber die Umstände des Einzelfalls, lässt sich eine Haftung des Beklagten zu 2) ohnehin nicht begründen.

Der Beklagte zu 2) durfte aufgrund ständiger Rechtsprechung (vgl. Reich GRUR 2011, 589) darauf vertrauen, dass Haustürwerbung wettbewerbsrechtlich grundsätzlich zulässig ist.

Es liegt auf der Hand, dass diese Art der Werbung nur effektiv ist, wenn eine Vielzahl von Personen als Werber eingesetzt wird und demzufolge eine arbeitsteilige Unternehmensstruktur erforderlich ist.

Die Auslagerung der Werbetätigkeit auf selbständige Dritte schafft keine Vertriebsstrukturen, die in einem beachtlich höheren Maß die Gefahr bergen, dass Möglichkeiten der Kenntnis- und Einflussnahme verloren gehen, die üblicherweise über die unternehmensinterne Hierarchie und Organisation ein wettbewerbskonformes Auftreten der Unternehmensmitarbeiter nach außen gewährleisten. Unabhängig von der Art des Beschäftigungsverhältnisses besteht stets die Gefahr, dass der einzelne im Kundenkontakt nicht kontrollierbare Werber unrichtige Angaben macht, um seine Erfolgsquote zu erhöhen. Das Arbeitsrecht stellt dem Unternehmensinhaber weitgehend auch nur Mittel zur Verfügung, auf entdeckte Verfehlungen seiner Arbeitnehmer nachträglich zu reagieren.

Die beschriebene Gefahr dürfte zwar im Fall einer erfolgsabhängigen Bezahlung höher sein als bei einem fixen Gehalt der Werber. Grundsätzlich ist aber eine erfolgsabhängige Bezahlung als zulässiges Mittel der Mitarbeitermotivation anzusehen und nicht zu beanstanden. Eine zu einer Garantienstellung führende Erhöhung der Gefahr eines wettbewerbswidrigen Vorgehens der Werber wäre allenfalls dann anzunehmen, wenn das beworbene Produkt ohne Täuschung oder Irreführung des Verbrauchers nicht oder nur schwer absetzbar ist. Hierfür gibt es im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte.

Berücksichtigt man bei einer Einzelfallabwägung weiter den Zweck des § 5 UWG, dem Verbraucher eine informierte geschäftliche Entscheidung zu ermöglichen und die Mitbewerber

vor wirtschaftlichen Schäden zu schützen, die irreführende Werbung eines anderen Mitbewerbers nach sich ziehen kann, sowie den Maßstab des durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Verbrauchers, erweist sich ebenfalls, dass die Umstände des hier zu beurteilenden Falls nicht so gewichtig sind, um neben der unzweifelhaft gegebenen Haftung der Beklagten zu 1) auch die Haftung des Beklagten zu 2) zu bejahen.

Es steht außer Frage, dass sich die Werber der Beklagten zu 1) unlautere Wettbewerbsvorteile verschaffen, wenn sie aufgrund einer Täuschung Zutritt zur Wohnung eines Verbrauchers erhalten und dort versuchen können, den Verbraucher zu einer auf einen Geschäftsabschluss gerichteten Unterschrift zu bewegen, oder sich durch unrichtige Angaben Unterschriften erschleichen, die zu einem Vertragsschluss führen.

Da trotz aller vorherigen täuschenden oder irreführenden Angaben des Werbers ein durchschnittlich informierter, situationsadäquat aufmerksamer und verständiger Verbraucher jedenfalls dann merken wird, dass er einen Vertrag mit einem neuen Gasversorger geschlossen hat, wenn ihm schriftliche Unterlagen vorliegen, er diesen Unterlagen auch die konkreten Vertragsbedingungen entnehmen kann und dem Verbraucher bei Haustürgeschäften das unschwer geltend zu machende und durchzusetzende Recht zum Widerruf nach § 312 BGB zusteht, über das er zu belehren ist (§ 355 Abs. 2 BGB), sind die Rechtsverletzungen der Werber hier im Ergebnis nicht als so gravierend anzusehen, dass nach den oben dargestellten Maßstäben eine persönliche Erfolgsabwendungspflicht des Beklagten zu 2) bestanden hat.

(b)

Für Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB wird angenommen, der Geschäftsführer habe eine Garantenstellung aus Organisationsherrschaft. Ihn treffe auch gegenüber Dritten aufgrund seiner Organstellung die besondere Pflicht, das

Unternehmen so zu organisieren und zu überwachen, dass Dritte nicht durch eine fehlende oder fehlerhafte Organisation Schaden erleiden. Diese Pflicht sei aber weniger weitgehend als die internen Organisationspflichten und dürfe nicht überspannt werden (Schneider in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl., § 43, Rn 327).

Dieser Auffassung stehen nicht nur die gleichen Einwände entgegen, wie den unter (a) dargestellten Ansichten. Aus den unter (a) dargestellten Gründen wäre die Annahme einer Haftung des Beklagten zu 2) im vorliegenden Fall überdies als Überspannung der Anforderungen anzusehen.

(c)

Im Übrigen wird eine persönliche Haftung des Geschäftsführers bejaht, wenn dieser die Tatbestandsvoraussetzungen einer Verkehrspflicht persönlich verwirklicht, etwa durch eigene Aktivität Gefahrenquellen schafft oder aufgrund besonderer Umstände eine Art persönlicher Garantenstellung gegenüber dem geschädigten Dritten übernommen hat (Götting GRUR 1994, 6; Kleindiek in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., § 43, Rn 78; Fleischer in: Münchener Kommentar, GmbHG, § 43, Rn 350, 351).

Wie bereits ausgeführt hat der Beklagte zu 2) hat jedoch durch nichts zu erkennen gegeben, gegenüber den Mitbewerbern seiner Auftraggeber, insbesondere der Klägerin, persönlich die Verantwortung für den Schutz eines lautereren Wettbewerbs übernehmen zu wollen. Zwischen der Klägerin und dem Beklagten zu 2) hat vor dem letzten der streitgegenständlichen Vorfälle offenbar kein Kontakt bestanden.

(d)

Im Hinblick auf die Haftung für Wettbewerbsverstöße wird zudem mit einem ganz anderen Ansatz die Auffassung vertreten, das Ausmaß der wirtschaftlichen Vorteile, die der Geschäftsführer aus der Tätigkeit der Gesellschaft ziehe (Gehalt, Tantiemen,

Gewinnbeteiligung etc.), könne dessen persönliche Haftung ausnahmsweise begründen, da der Adressat einer Verkehrssicherungspflicht sich auch durch das Interessenprinzip (Vorteils-Nachteils-Kohärenz) bestimme (Keller WRP 2005, 1235, 1242).

Dies greift einen Aspekt auf, mit dem der BGH die Haftung aufgrund wettbewerbsrechtlicher Verkehrspflichten begründet (vgl. BGH GRUR 2007, 890 – Jugendgefährdende Medien bei eBay, Rn 22).

Es ist jedoch – wie bereits ausgeführt – nicht zu erkennen, dass der Beklagte zu 2) so außergewöhnliche Vorteile aus seiner Geschäftsführertätigkeit gezogen hätte, dass ausnahmsweise deshalb eine Haftung zu begründen wäre.

(e)

Ohne eigene Kenntnis von Wettbewerbsverstößen bzw. Markenrechtsverletzungen der Gesellschaft ist in der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung eine persönliche Haftung des Geschäftsführers einer Gesellschaft unter dem Gesichtspunkt des Organisationsverschuldens angenommen worden, wenn er sich (durch dauerhafte Ortsabwesenheit) bewusst der Möglichkeit zur Kenntnis- und Einflussnahme entzogen hat (vgl. OLG Nürnberg GRUR 1983, 595; OLG Hamburg GRUR-RR 2002, 240; OLG Hamburg GRUR-RR 2006, 182).

Ein dem gleichgelagerter Fall liegt hier nicht vor.

Die von der Beklagten zu 1) aufgebaute Vertriebsstruktur mag die Möglichkeiten des Beklagten zu 2), Erkenntnisse über das Vorgehen der Werber zu erhalten und ihr Auftreten zu beeinflussen, zwar erschweren. Wie bereits ausgeführt trifft die Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung den Beklagten zu 2) nur gegenüber der Beklagten zu 1), nicht aber gegenüber Dritten.

Dem hier vertretenen Standpunkt entspricht es auch, dass der

BGH die Störerhaftung des Organs einer juristischen Person verneint hat, das sich durch Aufgabenhäufung die Verhinderung von Wettbewerbsverstößen und Schutzrechtsverletzungen erschwert oder unmöglich gemacht hat (vgl. BGH GRUR 1986, 248 – Sporthosen).

(f)

Wer eine Garantenstellung des Geschäftsführers auf den Schutz für Leib und Leben Dritter beschränkt (Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 43. Aufl., § 43, Rn 78) oder generell ablehnt (vgl. Paefgen in: Ulmer, GmbHG, § 43, Rn 207, 255), kommt hier ohnehin nicht zu einer Haftung des Beklagten zu 2).

(g)

Wer hingegen annimmt, jede deliktische Haftung der juristischen Person setze eine deliktische Haftung des Organs voraus, die nach § 31 BGB auf die Gesellschaft ausgedehnt werde (Altmeppen in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl., § 43, Rn 61 sowie ZIP 1995, 881), müsste hier grundsätzlich zu einer Haftung des Beklagten zu 2) kommen.

Dieser Auffassung ist jedoch zum einen entgegen zu halten, dass natürliche und juristische Personen einander haftungsrechtlich gleichstehen. Zum anderen entspricht es auch dem Gerechtigkeitsgebot einer Korrespondenz von Risiko und Nutzen, der Gesellschaft, die von den Vorteilen der Arbeitsteilung im Unternehmen profitiert, auch die Risiken einer mangelhaften Unternehmensorganisation anzulasten (Kleindiek in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., § 43, Rn 75; Paefgen in: Ulmer, GmbHG, § 43, Rn 207).

(h)

Der auf Wiederholungsgefahr gestützte Unterlassungsanspruch der Klägerin scheidet demzufolge an einer Erfolgsabwendungspflicht des Beklagten zu 2).

Die von der Klägerin nach der Erörterung dieser Problematik in der mündlichen Verhandlung geäußerten Bedenken, die Notwendigkeit der Beachtung der Regeln des lautereren Wettbewerbs könne den Organen juristischer Personen nicht mehr vermittelt werden, wenn der Senat – wie geschehen – an seiner vorläufigen Rechtsauffassung festhalte, rechtfertigt kein anderes Ergebnis.

Es wird ausdrücklich klargestellt, dass diese Entscheidung nicht von der oben dargestellten ständigen Rechtsprechung abweicht, nach der der Geschäftsführer einer GmbH als Täter (vgl. BGH GRUR 2010, 616 – marions-kochbuch.de, Rn 34) persönlich für einen Wettbewerbsverstoß haftet, wenn er die Rechtsverletzung selbst begangen hat oder wenn er jedenfalls von ihr Kenntnis hatte und die Möglichkeit, sie zu verhindern.

Im Übrigen ist es Aufgabe des Gesetzgebers, Grundlagen für eine deliktische oder wettbewerbsrechtliche Haftung der Organe juristischer Personen in Fällen von Organisationsmängeln zu schaffen, wenn dies aus generalpräventiven Gründen erforderlich sein soll.

Zumindest in den Fällen, in denen der Geschäftsführer nicht alleiniger oder Mehrheitsgesellschafter ist, dürfte aber schon die gegenüber der Gesellschaft und den Gesellschaftern bestehende Pflicht, Schaden von der Gesellschaft abzuwenden, den Geschäftsführer im Regelfall zur Beachtung des Wettbewerbsrechts anhalten. Zudem muss der Geschäftsführer sich in jedem Fall der Möglichkeit gewahr sein, dass ein Geschädigter, der einen Titel auf Schadensersatz gegen die Gesellschaft erstritten hat, den Schadensersatzanspruch der Gesellschaft gegen ihn pfändet.

b)

Auch unter dem Gesichtspunkt der Erstbegehungsgefahr steht der Klägerin kein Unterlassungsanspruch gegen den Beklagten zu 2) zu.

Ein auf Erstbegehungsgefahr gestützter vorbeugender Unterlassungsanspruch besteht nur, soweit ernsthafte und greifbare tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, der Anspruchsgegner werde sich in naher Zukunft rechtswidrig verhalten. Dabei muss sich die Erstbegehungsgefahr auf eine konkrete Verletzungshandlung beziehen. Die die Erstbegehungsgefahr begründenden Umstände müssen die drohende Verletzungshandlung so konkret abzeichnen, dass sich für alle Tatbestandsmerkmale zuverlässig beurteilen lässt, ob sie verwirklicht sind (vgl. BGH GRUR 2008, 912 – Metrosex, Rn 17; Bornkamm in: Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Aufl., § 8, Rn. 1.25; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 10. Aufl., Kap. 10, Rn 6).

Derartige Anhaltspunkte sind nicht gegeben. Dies wirkt sich zu Lasten der Klägerin aus, da sie für die die Erstbegehungsgefahr begründenden Umstände die Darlegungs- und Beweislast trägt (vgl. Bornkamm in: Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Aufl., § 8, Rn 1.17).

Weder die Beklagte zu 1) noch der Beklagte zu 2) haben in diesem Rechtsstreit Anlass zu der Befürchtung gegeben, dass sie die Werbung mit Angaben, die nach den Behauptungen der Klägerin gegenüber Verbrauchern im Juli und August 2009 in Berlin gemacht worden sein sollen, für unbedenklich halten. Mit der Vorlage der Formulare „Wir wollen Missverständnisse vermeiden!“ in den Anlagen zur Klageerwiderung und dem ausdrücklichen Vorbringen, auf diese Weise Wettbewerbsverstöße von Außendienstmitarbeitern verhindern zu wollen, haben die Beklagten vielmehr deutlich gemacht, dass sie Erklärungen, mit denen sich ein Werber als Mitarbeiter des örtlichen Grundversorgers vorstellt, sowie die Behauptungen, die e... GmbH arbeite mit dem örtlichen Grundversorger zusammen bzw. der Werber komme im Auftrag des örtlichen Grundversorgers, für wettbewerbswidrig halten.

Die Verteidigung der Beklagten zu 1) gegen die Klage hat sich im Wesentlichen darauf beschränkt, den von der Klägerin

behaupteten Sachverhalt streitig zu stellen. Nach der vom Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme hat die durch den Beklagten zu 2) vertretene Beklagte zu 1) das gegen sie ergangene Urteil rechtskräftig werden lassen und ihre Unterlassungsverpflichtung damit anerkannt.

Die Fälle „G...“ und „B...“, die Gegenstand des Zwangsvollstreckungsverfahrens zu dem Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung – Landgericht 15 O 389/09 – waren, geben zu einer anderen Beurteilung keinen Anlass, auch wenn bei der Frage, ob Erstbegehungsgefahr vorliegt, auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung abzustellen ist (vgl. Bornkamm in: Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Aufl., § 8, Rn 1.11; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 10. Aufl., Kap. 10, Rn 3).

Beide Zuwiderhandlungen sind im Februar 2010, also innerhalb eines kurzen Zeitraums, von nur einer als Werber eingesetzten Person begangen worden und reichen damit als Grundlage für die Schlussfolgerung, dass der Beklagte zu 2) in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der Beklagten zu 1) keine oder nur unzureichende organisatorische Maßnahmen ergriffen hat, um die Einhaltung der im Wege der einstweiligen Verfügung ausgesprochenen Verbote zu gewährleisten, nicht aus.

Entsprechendes gilt, wenn man neben diesen Fällen auch das Vorbringen der Klägerin zum Vorgehen eines weiteren im (Unter-)Auftrag der Beklagten zu 1) für das Unternehmen T... M... GmbH eingesetzten Werbers im Fall am 11. Februar 2010 „P...“ berücksichtigt.

Es entspricht der Lebenserfahrung, dass es sich bei derartigen Einzelfällen auch um „Ausreißer“ gehandelt haben kann, die auch dann nicht auszuschließen sind, wenn mit der erforderlichen Umsicht und Sorgfalt vorbeugende Maßnahmen getroffen worden sind. Auch der lange Zeitraum zwischen dem Ausbleiben weiterer Kundenbeschwerden über die Beklagte zu 1), Mitte September 2009, und der letzten mündlichen Verhandlung,

13. November 2012, spricht mit hohem Gewicht dafür, die von der Klägerin angeführten drei Einzelfälle so zu betrachten.

Aus den Anlagen K 8 und K 9 zum Schriftsatz der Klägerin vom 29. Juli 2010 (Sitzungsniederschrift der mündlichen Verhandlung vom 21. April 2010 und Urteil vom 5. Mai 2010 in dem Verfahren Landgericht Berlin, 96 O 47/10), ergibt sich überdies nicht nur, dass der eingesetzte Werber sich im Fall „P...“ nach Aussage der aufgesuchten Verbraucherin als von der G... kommend vorgestellt haben soll, und dass das Landgericht von der Richtigkeit dieser Aussage überzeugt war. Aus der Sitzungsniederschrift ergibt sich auch, dass dem Werber, dem diese Täuschung vorgeworfen worden ist, bewusst war, mit einer außerordentlichen Kündigung rechnen zu müssen, wenn er sich nicht ordnungsgemäß ausweist.

Dem Werber, der in den Fällen „G...“ und „B...“ tätig war, hat der für die Beklagte zu 1) tätige Handelsvertreter nach dem unwidersprochen gebliebenen Vorbringen der Beklagten zudem fristlos gekündigt.

Auch aus der Entscheidung des BGH GRUR 2008, 814 – Kommunalversicherer ergibt sich nichts anderes. Danach kann ein vorbeugender Unterlassungsanspruch gegen den Teilnehmer (Anstifter) eines Wettbewerbsverstoßes in Betracht kommen, falls es noch nicht zu einer Haupttat gekommen ist, die Teilnahmehandlung aber die Gefahr eines Wettbewerbsverstoßes begründet (Rn 44). Ein Anknüpfungspunkt für Erstbegehungsgefahr, der einer Teilnahmehandlung entspricht, fehlt hier jedoch.

2.

Auskunfts- und Schadensersatzansprüche der Klägerin bestehen dementsprechend nicht.

C.

Der Klägerin brauchte Gelegenheit zur Stellungnahme zum

Schriftsatz des Beklagten zu 2) vom 12. November 2012 nicht gewährt zu werden, da dieser Schriftsatz kein neues und entscheidungserhebliches Vorbringen enthalten hat.

D.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

Die Revision war gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO zuzulassen, da die Frage der Haftung des Organs einer juristischen Person für von der juristischen Person begangene Rechtsverletzungen nach Aufgabe der Grundsätze der Störerhaftung im Wettbewerbsrecht von grundsätzlicher Bedeutung ist.