Wettbewerbswidrige unwahre Behauptung einer Beauftragung durch die IHK

Eigener Leitsatz:

Die unwahre Behauptung eines Versicherungsmaklers bei einer telefonischen Kontaktaufnahme zu einem potentiellen Kunden, im Auftrag der IHK Dienstleistungen durchzuführen, ist als irreführende Werbung und belästigende Telefonwerbung unzulässig.

Oberlandesgericht Saarbrücken

Urteil vom 23.10.2013

Az.: 1 U 225/12

Tenor

I. Die Berufung des Beklagten gegen das am 25.04.2012 verkündete Urteil des Landgerichts Saarbrücken – 7 O 188/11 – wird zurückgewiesen.

II. Der Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

III. Dieses Urteil sowie das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Entscheidungsgründe:

A.

Die Klägerin, ein Verband zur Förderung gewerblicher Interessen nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG, nimmt den Beklagten auf

Unterlassung von ihr als irreführend beanstandeter Werbung sowie der telefonischen Kontaktaufnahme ohne zumindest mutmaßliche Einwilligung in Anspruch. Den mit dem Klageantrag zu 2), gerichtet auf Unterlassung unvollständiger Angaben bei seinem Internetauftritt, geltend gemachten Anspruch hat der Beklagte unter Verwahrung gegen die Kostenlast anerkannt. Insoweit ist unter dem 06.01.2012 (GA 71 f.) ein Teilanerkenntnisurteil ergangen.

Durch das angefochtene Schlussurteil vom 25.04.2012 (GA 138 ff.), auf dessen tatsächliche und rechtliche Feststellungen vollumfänglich gemäß § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen wird, hat das Landgericht den Beklagten antragsgemäß verurteilt, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr

1. die Dienstleistungen eines Versicherungsvermittlers in der Weise zu bewerben, dass gegenüber potentiellen Kunden die Behauptung aufgestellt wird, es läge eine Beauftragung der IHK vor und/oder

2. mittels Telefonanrufen gegenüber sonstigen Marktteilnehmern wie Gewerbetreibenden zu werben, ohne dass deren zumindest mutmaßliche Einwilligung für eine telefonische Kontaktaufnahme vorliegt, wenn dies geschieht wie im Fall der Firma und GbR mit Telefonat vom Februar 2011, um ihr ein Angebot über die Dienstleistungen eines Versicherungsmaklers zu unterbreiten, ohne dass zuvor eine Geschäftsbeziehung zu dieser Firma bestand.

Für jeden Fall der Zuwiderhandlung wurde dem Beklagten ein Ordnungsgeld, ersatzweise Ordnungshaft angedroht und die Kosten des gesamten Rechtsstreites auferlegt.

Mit seiner Berufung verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

Er beanstandet in erster Linie, dass das Landgericht die von ihm erhobene Einrede der Verjährung nicht für durchgreifend erachtet hat. Zu Unrecht habe das Landgericht darauf

abgestellt, dass die Klägerin erst am 05.05.2011 Kenntnis von den hier beanstandeten Handlungen erhalten habe. Dies sei im Hinblick auf die bereits im Februar 2011 erfolgten Handlungen wenig plausibel und unglaubhaft. Zudem beruhe die Entscheidung insoweit auf fehlenden Hinweisen des Landgerichts und einem nicht ausreichend substantiierten Vortrag der Klägerin. Schließlich müsse sich die Klägerin auch das Wissen der IHK – diese hat von dem Vorfall durch Schreiben des Zeugen vom 04.04.2011 (GA 126 f.) Kenntnis erlangt –, von der sie selbst ihre Informationen erhalten habe, zurechnen lassen, da sie die Klage aufgrund einer mit der ebenfalls klagebefugten IHK getroffenen Vereinbarung erhoben habe, sie ihren Anspruch also „quasi von dieser herleite“. Eine Hemmung der Verjährung durch die bloßen Abmahnschreiben der Klägerin sei nicht eingetreten.

Des Weiteren beanstandet der Beklagte die Beweiswürdigung des Landgerichts, das der Aussage des Zeugen gefolgt sei, obwohl dieser bzgl. des Gesprächstermins ein falsches Datum angegeben habe. Es habe auch weder berücksichtigt, dass die Zeugin es – ohne Erinnerung an das streitgegenständliche Telefonat – ausgeschlossen habe, gegenüber Kunden erklärt zu haben, sie seien im Auftrag der IHK tätig. Schließlich sei auch die Versicherungsvermittlerin A. die treibende Kraft für die Anzeige des Zeugen gewesen.

Zu Unrecht habe das Landgericht dem Beklagten die Kosten hinsichtlich des anerkannten Klageantrages auferlegt, denn dieser habe schon deshalb keine Veranlassung zur Klageerhebung gegeben, weil der Antrag weit überwiegend unberechtigt gewesen sei, was das Landgericht hätte berücksichtigen müssen.

Der Beklagte beantragt (GA 170/178, 211),

unter Aufhebung der angefochtenen Entscheidung die Klage mit Ausnahme des durch Schriftsatz vom 08.12.11 in erster Instanz anerkannten Teiles abzuweisen.

Die Klägerin beantragt (GA 164, 212),

die Berufung des Beklagten zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres früheren Vorbringens. Weiter verweist sie darauf, dass die Verjährungsfrist wegen der zwischen den Parteien geführten Verhandlungen jedenfalls zwischen dem 06.06. und 19.09.2011 gehemmt gewesen sei.

Wegen des Sach- und Streitstandes im Übrigen wird auf die zwischen den Parteien zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Sitzungsniederschrift vom 18.09.2013 (GA 211 ff.) Bezug genommen.

B.

Die Berufung des Beklagten ist nach den §§ 511, 513, 517, 519 und 520 ZPO statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, mithin zulässig.

In der Sache hat sie jedoch keinen Erfolg, denn die angefochtene Entscheidung beruht weder auf einer kausalen Rechtsverletzung im Sinne des § 546 ZPO noch rechtfertigen die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung (§ 513 ZPO).

Der Klägerin stehen auf dem Boden der nach § 529 ZPO zugrunde zulegenden erstinstanzlichen Feststellungen die mit den nunmehrigen Klageanträgen zu 1) und 2) geltend gemachten Unterlassungsansprüche aus §§ 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2, 3 Abs. 1, 5 Abs. 1, 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG zu. Auf die Begründung der angefochtenen Entscheidung wird vorab zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen.

1. Die Klägerin ist als Verband zur Förderung gewerblicher Interessen klagebefugt nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG.

2. Der mit dem Klageantrag zu 1) geltend gemachte Unterlassungsanspruch ergibt sich aus § 8 Abs. 1, 3 Abs. 1, 5

Abs. 1 UWG. Das Landgericht ist aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme zu der Überzeugung gelangt, dass die von dem Beklagten mit der Vereinbarung von Beratungsterminen beauftrage Zeugin dem Zeugen bei der telefonischen Kontaktaufnahme gesagt hat, die Firma sei von der beauftragt, dessen Versicherungsdaten zu überprüfen, um das Bestehen von dessen gerade erst gegründeter Firma zu sichern. Das Landgericht ist hierbei den Angaben des Zeugen gefolgt, der die Kontaktaufnahme so geschildert hat (vgl. GA 121 ff.). Demgegenüber hat es die Aussage der Zeugin, die an das streitgegenständliche Telefonat keine Erinnerung mehr hatte, für nicht überzeugend erachtet.

An dieses Beweisergebnis ist der Senat nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO gebunden, da der Beklagte keine konkreten Anhaltspunkte aufzeigt, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Zweifel im Sinne dieser Vorschrift können sich zum einen aus Verfahrensfehlern, insbesondere Fehlern der Beweiswürdigung ergeben. Dies ist der Fall, wenn die Beweiswürdigung unvollständig oder in sich widersprüchlich ist, oder wenn sie gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt (vgl. BGHZ 158, 269 ff. Rn. 9; BGHZ 158, 295 ff. Rn. 16; jeweils zitiert nach juris). Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen können sich aber auch aus der Möglichkeit unterschiedlicher Wertung ergeben, insbesondere daraus, dass das Berufungsgericht das Ergebnis einer erstinstanzlichen Beweisaufnahme anders würdigt als das Gericht der Vorinstanz (vgl. BGHZ 162, 313 ff. Rn. 7, zitiert nach juris), sowie daraus, dass aus der Sicht des Berufungsgerichts eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass im Falle einer eigenen Beweiserhebung die erstinstanzliche Feststellung keinen Bestand haben wird, sich also deren Unrichtigkeit herausstellt (vgl. BGH BGHReport 2006, 192, 193).

Das Landgericht hat die Aussagen der Zeugen umfassend gewürdigt und schlüssig und überzeugend begründet, warum es den Angaben des Zeugen W… folgt.

Dass der Zeuge das Datum, an dem der Termin mit dem Beklagten stattgefunden hat, zunächst falsch angegeben hat, beeinträchtigt die Glaubhaftigkeit seiner Aussage nicht. Hier handelt es sich lediglich um ein unwesentliches Detail, das dem Zeugen über 1 Jahr später wohl nicht mehr so genau in Erinnerung war. Schließlich hat er selbst auch die Terminsnachricht des Beklagten vorgelegt, aus der sich klar ergibt, dass der Termin nicht am 25. sondern am 24.02.2011 stattgefunden hat (vgl. GA 129). Im Kerngeschehen hat er jedenfalls klar und deutlich bestätigt, dass ihm bei der ersten telefonischen Kontaktaufnahme gesagt wurde, dass der Anruf „im Auftrag der IHK“ erfolge. Dies sei überhaupt der Grund gewesen, warum er den Termin vereinbart habe. Seinerzeit habe er viele Anrufe wegen Versicherungen erhalten, auf die er aber nicht eingegangen sei. Vorliegend hätte er sich ebenso verhalten, wenn nicht der Hinweis auf den Auftrag der IHK erfolgt wäre. Diese Angaben sind in sich schlüssig und plausibel und decken sich auch mit den Angaben des Zeugen in seinem Schreiben vom 04.04.2011 an die IHK (GA 126 f.), dem zur Bekräftigung noch eine eidesstattliche Versicherung (GA 128 f.) beigefügt war. Selbst wenn, was der Zeuge W… bei seiner Vernehmung freimütig angedeutet hat, er diese Meldung mit Unterstützung seiner Versicherungsmaklerin Frau gemacht haben sollte, ändert dies nichts an der Glaubhaftigkeit seiner Angaben, denn jedenfalls beruht das Schreiben (auch) auf seiner eigenen Entscheidung. So hat er bei seiner Vernehmung angegeben, er habe die nur darüber informieren wollen, dass in ihrem Namen Personen tätig seien.

Zwar hat die Zeugin demgegenüber angegeben, sie habe sich bei den telefonischen Kontaktaufnahmen an den von dem Beklagten vorgegebenen Gesprächsleitfaden (Anlag B 2 = GA 38) gehalten, in dem es lediglich heißt: „Wir haben Ihre Adresse von der und

führen Beratungswochen für Selbständige und Arbeitnehmer durch.“ Gleichzeitig hat sie ausgeschlossen, hiervon je abgewichen zu sein. Es ist dennoch nicht zu beanstanden, dass das Landgericht aufgrund des Umstandes, dass keinerlei Grund für den Zeugen bestanden hätte, die von diesem Vorfall in Kenntnis zu setzen, wenn die Kontaktanbahnung nicht, wie von ihm behauptet, erfolgt wäre, der Aussage des Zeugen W… folgt. Demgegenüber hat die Zeugin mit ihrer generellen Angabe, nicht gegen die Anweisungen des Beklagten verstoßen zu haben, offensichtlich ein nachvollziehbares eigenes Interesse verfolgt.

Danach steht fest, dass der Zeuge aufgrund einer unlauteren, weil irreführenden Behauptung über den Auftraggeber des Beklagten dazu veranlasst wurde, den Gesprächstermin mit dem Beklagten zu vereinbaren. Dass nicht der Beklagte selbst, sondern die für ihn tätige Mitarbeiterin Bild den Anruf getätigt hat, ist unerheblich, da der Beklagte sich deren Verhalten gemäß § 8 Abs. 2 UWG zurechnen lassen muss.

Die erforderliche Wiederholungsgefahr wird aufgrund des Wettbewerbsverstoßes vermutet, nachdem der Beklagte die begehrte strafbewehrte Unterlassungserklärung nicht abgegeben hat (Bornkamm in Köhler/Bornkamm, UWG, 31. Auflage 2013, § 8 Rn. 1.33 f.).

3. Rechtsfehlerfrei hat das Landgericht auch festgestellt, dass der Beklagte gemäß §§ 8 Abs. 1, 7 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 UWG verpflichtet ist, die telefonische Kontaktaufnahme, wie im Tenor Ziffer 2) festgehalten, zu unterlassen (vgl. dazu BGH, Urteil vom 01. Juni 2006 – I ZR 167/03 – Telefax-Werbung II, NJW 2006, 3781 f., zit. nach juris Rn. 8 m. w. N.). Im Streitfall konnte der Beklagte nicht von einer zumindest mutmaßlichen Einwilligung des Zeugen W… ausgehen, zumal dieser auf den ihm zugeschickten Erstinformationsflyer (GA 95 f.) keine Reaktion gezeigt hat. Gegen diese Feststellungen hat der Beklagte auch nichts erinnert.

4. Der Geltendmachung dieser Unterlassungsansprüche steht auch nicht die von dem Beklagten erhobene Einrede der Verjährung entgegen, § 214 BGB.

Gemäß § 11 Abs. 1 UWG verjähren die auf § 8 UWG gestützten Unterlassungsansprüche in 6 Monaten. Nach § 11 Abs. 2 UWG beginnt die Verjährungsfrist, wenn der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste. Die tatsächlichen Voraussetzungen der Verjährung hat der Anspruchsgegner, hier der Beklagte, zu beweisen (Köhler in Köhler/Bornkamm aaO. § 11 Rn. 1.54).

Nach dem Vortrag der Klägerin hat sie erst durch Übersenden der entsprechenden Unterlagen der IHK am 05.05.2011 von dem Vorgang Kenntnis erlangt. Hiervon ausgehend ist die Verjährungsfrist durch die Einreichung der Klage am 03.11.2011 und deren alsbaldige Zustellung am 10.11.2011 rechtzeitig gehemmt worden, §§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB, 167 ZPO.

Der Beklagte hat den behaupteten Zeitpunkt der Kenntniserlangung zwar bestritten, das reicht aber im Hinblick auf die ihn treffende Darlegungs- und Beweislast nicht aus. Er kann sich in diesem Zusammenhang auch nicht darauf berufen, dass das Vorbringen der Klägerin nicht ausreichend substantiiert sei, denn diese hat alle Umstände, von denen sie Kenntnis hatte, vorgetragen. Inwiefern sie damit ihrer Darlegungslast nicht genügt haben sollte, erschließt sich nicht.

Soweit der Beklagte geltend macht, für den Zeitpunkt der Kenntniserlangung sei auf das Wissen der IHK abzustellen, die hiervon bereits Anfang April 2011 durch das Schreiben des Zeugen W… vom 04.04.2011 Kenntnis erlangt habe, teilt der Senat diese Auffassung nicht.

Die Klägerin macht gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG einen eigenen

Unterlassungsanspruch geltend. Zwar muss sich auch ein Verband wie die Klägerin die Kenntnis von Wissensvertretern zurechnen lassen (§ 166 BGB). Wissensvertreter ist allerdings nur, wer im Rahmen der betrieblichen Organisation in einen Aufgabenkreis eingebunden ist, in den die Aufnahme, Bearbeitung und Weiterleitung wettbewerbsrechtlich erheblicher Informationen auch und gerade der hier in Rede stehenden Art fällt (Sosnitza in Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, 5. Auflage 2010, § 11 Rn. 29 m. w. N.). Dagegen ist nicht jedes Mitglied eines Verbandes als Wissensvertreter anzusehen (OLG Karlsruhe, GUR-RR 2007, 51, 53; Sosnitza aaO. § 11 Rn. 29).

Entgegen der Auffassung des Beklagten liegt auch kein Fall der Beauftragung der Klägerin durch die vor. Zwar ist die selbst auch klagebefugt nach § 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG. Daraus folgt aber nicht, dass sie die Klägerin mit der Geltendmachung ihrer Rechte beauftragt hat, denn sie hat lediglich die ihr zur Kenntnis gebrachten Umstände an die Klägerin weitergeleitet. Die Entscheidung, ob die Klägerin gegen den Beklagten vorgehen will, hat diese allein und aufgrund des ihr nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG zustehenden Unterlassungsanspruchs entschieden. Für den Beginn der Verjährungsfrist kommt es deshalb entscheidend nur darauf an, wann sie selbst von dem Wettbewerbsverstoß Kenntnis erlangt hat. Es liegt offensichtlich kein Fall der „Rechtsnachfolge“ vor, noch ist der Streitfall einer solchen vergleichbar oder der Rechtsgedanke des § 404 BGB entsprechend anwendbar. Im Fall der Rechtsnachfolge leitet der Kläger seine Rechte von seinem Rechtsvorgänger ab, so dass er die in dessen Person bereits eingetretenen Umstände auch gegen sich gelten lassen muss. Demgegenüber macht die Klägerin vorliegend einen eigenen Anspruch geltend, der selbständig neben demjenigen der steht. Dass in einem solchen Fall der Verjährungsbeginn, für den es allein auf eine subjektive Kenntnis ankommt, unterschiedlich sein kann, ist offensichtlich.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der vom Beklagten zitierten Entscheidung des BGH vom 04. November 2010 (I ZR

139/09, WRP 2011, 858, hier zit. nach juris), denn dort ging es allein um eine Wissenszurechnung nach § 166 Abs. 2 BGB im Anwendungsbereich des § 7 EG-Verbraucherschutzdurchführungsgesetzes (VSchDG), der einen innerhalb der Europäischen Union grenzüberschreitend begangenen Rechtsverstoß voraussetzt (BGH aaO., juris Rn. 39). Da es hier – wie in dem vom BGH entschiedenen Fall – nicht um einen solchen Verstoß geht, ist für eine Heranziehung des § 7 VSchDG und – daran anknüpfend – des Rechtsgedankens des § 166 Abs. 2 BGB kein Raum.

Auf die Frage, ob, wie die Klägerin meint, die Verjährungsfrist wegen schwebender Vergleichsverhandlungen nach § 203 BGB gehemmt war, kommt es deshalb nicht mehr an.

5. Es ist auch nicht zu beanstanden, dass das Landgericht die gesamten Kosten des Rechtsstreits dem Beklagten auferlegt hat, obwohl dieser die mit dem ursprünglichen Klageantrag zu 2) geltend gemachten Ansprüche anerkannt hat und insoweit ein Teilanerkenntnisurteil ergangen ist.

Rechtsfehlerfrei hat das Landgericht ausgeführt, dass es nach dem Anerkenntnis des Beklagten auch im Rahmen der Kostenentscheidung die Begründetheit des anerkannten Anspruchs nicht mehr überprüfen muss, weil es dem Beklagten frei steht, über den sachlich-rechtlichen Anspruch zu disponieren (BGH, Beschluss vom 10. 11. 2009 – XI ZB 15/09 – NJW-RR 2010, 275, 276 Tz. 15; Zöller/Vollkommer, ZPO, 29. Aufl., § 307 Rn. 4). Deshalb hat der Beklagte auch bei Anerkenntnis grundsätzlich gemäß § 91 ZPO die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, wenn er den geltend gemachten Anspruch nicht sofort i. S. d. § 93 ZPO anerkannt hat, vorprozessual also keine Veranlassung zur Klageerhebung gegeben hat. Eine solche Veranlassung zur Klageerhebung besteht dann, wenn der Kläger annehmen muss, ohne Klageerhebung sein Ziel nicht erreichen zu können (Brandenburgisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 03. April 2007 – 9 UF 49/07 –, NJW-RR 2007, 1657, zit. nach juris Rn. 2).

Hiervon ist im Streitfall auszugehen. Die Klägerin hat den Beklagten mehrfach aufgefordert, eine entsprechende strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben, ohne dass der Beklagte dem gefolgt wäre. Soweit er mit Anwaltsschreiben vom 19.09.2011 (Anlage B 1 = GA 36 f.) mitteilen lässt, dass er – beschränkt auf bestimmte Punkte – bereit sei, eine Unterlassungserklärung abzugeben, genügt dies nicht, da er eine solche dem Schreiben gerade nicht beigefügt hat. Es war aber Sache des Beklagten, auf Grund der Abmahnung die zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr erforderliche Erklärung abzugeben. Wenn er die vom Kläger vorgelegte Unterlassungserklärung für zu weitgehend erachtet hat, hätte er eine entsprechend angepasste Unterlassungserklärung vorlegen müssen (Bornkamm in Köhler Bornkamm aaO. § 12 Rn. 1.17). Die bloße Erklärung, zu einer solchen Abgabe bereit zu sein, genügt nicht, um die Wiederholungsgefahr zu beseitigen.

Der Beklagte kann sich im Rahmen der Kostenentscheidung auch nicht darauf berufen, dass der Klageantrag lediglich in den Unterpunkten d) und e) cc) berechtigt und im Übrigen zu weit gefasst gewesen sei, denn die Berechtigung des anerkannten Anspruchs ist im Rahmen der Kostenentscheidung nicht mehr zu überprüfen. Der Beklagte kann auch nichts für sich Günstiges daraus herleiten, dass er sich darauf beruft, der Antrag wiederhole nur die gesetzliche Regelung in § 5 TMG, denn entscheidend für die geforderte Unterlassungserklärung ist, ob der Beklagte mit seinem Internetauftritt gegen diese Vorschrift verstoßen hat. Das ist aber nicht mehr zu prüfen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO, diejenige über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus den §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO, 26 Nr. 8 EGZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, da es an den erforderlichen Voraussetzungen fehlt (§§ 542 Abs. 1, 543 Abs. 1 Ziffer 1 i. V. m. Abs. 2 Satz 1 ZPO).