

# **Anruf beim Verbraucher: Anrufender Mitarbeiter muss eigenen Namen nicht angeben**

**Bundesgerichtshof**

**Urteil vom 19.04.2018**

**Az.: I ZR 244/16**

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. April 2018 durch die Richter (...)

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Oberlandesgerichts Bamberg – 3. Zivilsenat – vom 5. Oktober 2016 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

## **Tatbestand**

Die Parteien sind im Wettbewerb stehende Stromlieferanten. Im Auftrag der Beklagten rief ein Herr M. L. im Oktober und November 2014 zwei Kundinnen der Klägerin an, um diese für einen Wechsel zur Beklagten zu werben, und erklärte dabei wahrheitswidrig, er heiße A. F..

Die Klägerin ist der Ansicht, die Nennung eines falschen Namens durch den Anrufer sei wettbewerbswidrig. Nach erfolgloser Abmahnung hat sie Klage auf Unterlassung und

Erstattung der Abmahnkosten erhoben und beantragt,

1. die Beklagte unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Strom, Kunden der Klägerin, die Verbraucher im Sinne von § 13 BGB sind, für ein Stromprodukt der Beklagten telefonisch zu kontaktieren und zu bewerben, ohne dass der Anrufer zu Beginn des Gesprächs seinen vollen bürgerlichen Vor- und Zunamen nennt;

2. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin einen Betrag in Höhe von 765,95 € zuzüglich neun Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 26. Juni 2015 zu zahlen.

Das Landgericht hat der Klage bis auf einen Teil der geforderten Abmahnkosten stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht die Klage abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

## **Entscheidungsgründe**

A. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Klage sei unbegründet, weil der Klägerin der geltend gemachte Unterlassungsanspruch nicht zustehe.

Hierzu hat es ausgeführt:

Nenne eine Person, die nicht selbst Unternehmer, sondern nur Mitarbeiter eines solchen sei, bei einem Werbeanruf ihren (wirklichen) Namen nicht, stelle das keinen Verstoß gegen § 312a Abs. 1 BGB dar. Dem Wortlaut der Vorschrift lasse sich nicht eindeutig entnehmen, ob die Identität der anrufenden Person oder des den Anruf veranlassenden Unternehmens offenbart werden müsse. Die Kommentarliteratur dazu sei uneinheitlich. Aus der Gesetzesbegründung ergäben sich keine weiteren Hinweise. Bei der Auslegung sei zu berücksichtigen, dass § 312a BGB die Richtlinie 2011/83/EU über die Rechte der

Verbraucher in nationales Recht umsetze, die eine Vollharmonisierung verfolge. Nach dem Wortlaut von Art. 8 Abs. 5 der Richtlinie 2011/83/EU treffe die Offenbarungspflicht nur den Unternehmer. So sei auch § 312a Abs. 1 BGB zu verstehen. Für diese Auslegung spreche der Sinn und Zweck der Regelung, der im Informationsbedürfnis des Verbrauchers darüber liege, mit wem er überhaupt in geschäftlichen Kontakt trete. Dieses Informationsbedürfnis beziehe sich jedenfalls in aller Regel auf das Unternehmen und nicht auf dessen Mitarbeiter.

Ein Unterlassungsanspruch aus § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Nr. 3 UWG stehe der Klägerin ebenfalls nicht zu. Die Verbote dieser Vorschrift bezögen sich auf das die Werbung veranlassende Unternehmen und nicht auf Angaben eines Mitarbeiters zu seiner eigenen Identität. Die Klägerin habe bei richtlinienkonformer Auslegung auch keinen Unterlassungsanspruch aus § 3 Abs. 1 UWG aF. Über die Generalklausel könne eine geschäftliche Handlung nicht verboten werden, die die Richtlinie erlaube. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass es vorliegend um eine vorsätzliche Verschleierung der eigenen Identität gehe. Die Richtlinie verpflichte nur den Unternehmer, Angaben zur eigenen Identität zu machen. Überdies sei zweifelhaft, ob das beanstandete Vorgehen geeignet sei, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar im Sinne von § 3 Abs. 1 UWG aF zu beeinträchtigen.

B. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Die Revision ist uneingeschränkt zulässig (dazu B I). Mit Recht ist das Berufungsgericht zwar davon ausgegangen, dass die Klage weder wegen eines Verstoßes gegen §§ 3, 4 Nr. 11 UWG aF sowie §§ 3, 3a UWG, jeweils in Verbindung mit § 312a Abs. 1 BGB (dazu B II), noch wegen eines Verstoßes gegen § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Fall 2 Nr. 3 UWG (dazu B III) begründet ist. Nach den bislang vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen kann jedoch ein Anspruch der Klägerin auf Unterlassung (§ 8 Abs. 1 Satz 1,

Abs. 3 Nr. 1 UWG) und Erstattung von Abmahnkosten (§ 12 Abs. 1 Satz 2 UWG) aus § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Fall 1 UWG wegen der falschen Namensangabe nicht verneint werden (dazu B IV).

I. Die Revision ist uneingeschränkt, auch mit Blick auf mögliche Ansprüche wegen einer Irreführung durch die falsche Namensangabe (§ 5 UWG), zulässig. Der Entscheidungssatz des angefochtenen Urteils enthält keine Beschränkung der Revisionszulassung. Eine solche Beschränkung ergibt sich auch nicht aus den Entscheidungsgründen. Das Berufungsgericht hat dort zwar ausgeführt, die Auslegung des § 312a BGB sei über den entschiedenen Einzelfall hinaus von grundsätzlicher Bedeutung. Damit ist indes lediglich der Grund für die Zulassung der Revision genannt. Das genügt nicht, um mit der notwendigen Sicherheit von einer nur beschränkten Zulassung des Rechtsmittels auszugehen. Der Grundsatz der Rechtsmittelklarheit gebietet es, dass für die Parteien zweifelsfrei erkennbar ist, welches Rechtsmittel für sie in Betracht kommt und unter welchen Voraussetzungen es zulässig ist (vgl. BGH, Urteil vom 1. Februar 2018 – I ZR 82/17, GRUR 2018, 627 Rn. 9 – Gefäßgerüst, mwN).

II. Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, dass der Klägerin als Mitbewerberin (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG) die geltend gemachten Ansprüche auf Unterlassung (§ 8 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Nr. 1 UWG) und Erstattung von Abmahnkosten (§ 12 Abs. 1 Satz 2 UWG) nicht aus § 3 Abs. 2, § 3a UWG (§ 4 Nr. 11 UWG aF) wegen eines Verstoßes gegen § 312a Abs. 1 BGB zustehen.

1. Die Änderung des Lauterkeitsrechts nach den von der Klägerin beanstandeten Verletzungshandlungen im Oktober und November 2014 durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 2. Dezember 2015 (BGBl. I, S. 2158) hat zu keiner für den Streitfall relevanten Änderung des Tatbestands des Rechtsbruchs (§ 4 Nr. 11 UWG aF, jetzt § 3a UWG) geführt (vgl. BGH, Urteil vom 25. Februar 2016 – I ZR 238/14, GRUR 2016, 957 Rn. 8 = WRP 2016, 980 –

Mehrwertdienstenummer; Urteil vom 16. November 2017 – I ZR 161/16, GRUR 2018, 535 Rn. 15 = WRP 2018, 424 – Knochenzement I, jeweils mwN).

2. Ruft der Unternehmer oder eine Person, die in seinem Namen oder Auftrag handelt, den Verbraucher an, um mit diesem einen Vertrag zu schließen, hat der Anrufer nach § 312a Abs. 1 BGB zu Beginn des Gesprächs seine Identität und gegebenenfalls die Identität der Person, für die er anruft, sowie den geschäftlichen Zweck des Anrufs offenzulegen. Das Berufungsgericht hat diese Vorschrift zu Recht als Marktverhaltensregelung im Sinne des § 3a UWG und § 4 Nr. 11 UWG aF angesehen (vgl. dazu Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 36. Aufl., § 3a Rn. 1.311 f.; Alexander, WRP 2014, 501 Rn. 76).

Die Anerkennung dieser Bestimmung als Marktverhaltensregelung im Sinne von § 3a UWG (§ 4 Nr. 11 UWG aF) ist mit dem Unionsrecht vereinbar. Dem steht nicht entgegen, dass die Richtlinie 2005/29/EG das Lauterkeitsrecht in ihrem Anwendungsbereich vollständig harmonisiert hat. Die Richtlinie 2005/29/EG lässt nach ihrem Art. 3 Abs. 2 das Vertragsrecht und insbesondere die Bestimmungen über die Wirksamkeit, das Zustandekommen oder die Wirkungen eines Vertrags unberührt (vgl. auch Erwägungsgrund 9 Satz 2 der Richtlinie 2005/29/EG). Bei den Vorschriften über vorvertragliche und vertragliche Informationspflichten des Unternehmers gegenüber dem Verbraucher handelt es sich um solche Bestimmungen (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 3a Rn. 1.24; vgl. auch Erwägungsgrund 10 Satz 3 der Richtlinie 2005/29/EG). Die hier in Rede stehende Regelung des § 312a Abs. 1 BGB hat zudem eine Grundlage im Unionsrecht (vgl. dazu BGH, GRUR 2016, 957 Rn. 11 – Mehrwertdienstenummer, mwN). Sie setzt die Regelung über Informationspflichten bei telefonischen Verkaufsgesprächen mit Verbraucherinnen und Verbrauchern aus Art. 8 Abs. 5 der Richtlinie 2011/83/EU um.

3. Die Angabe des falschen Namens durch den Mitarbeiter der

Beklagten hat die von § 312a Abs. 1 BGB aufgestellten Informationspflichten nicht verletzt. Bei einer telefonischen Kontaktaufnahme mit dem Verbraucher im Sinne dieser Vorschrift muss nur die Identität des Unternehmers sowie der geschäftliche Zweck offengelegt werden, nicht aber die Identität des für den Unternehmer anrufenden Mitarbeiters, der selbst nicht Unternehmer ist. Da die Offenlegung des Namens des anrufenden Mitarbeiters nicht vom Schutzzweck des § 312a Abs. 1 BGB erfasst ist, wird diese Vorschrift auch nicht dadurch verletzt, dass der anrufende Mitarbeiter einen falschen Namen angibt.

a) Die streitgegenständlichen Anrufe erfolgten zum Zwecke des Vertragsschlusses im Sinne von § 312a Abs. 1 BGB. Ausweislich der vom Landgericht getroffenen Feststellungen sollten die Kundinnen der Klägerin für einen Wechsel zur Beklagten geworben werden. Mangels abweichender Feststellungen ist für das Revisionsverfahren weiter davon auszugehen, dass es sich bei den Kundinnen der Klägerin um Verbraucherinnen im Sinne von § 13 BGB handelte.

b) Der Mitarbeiter der Beklagten hat bei den Anrufen statt seines eigenen Namens einen falschen Namen angegeben. Darin liegt keine Verletzung von § 312a Abs. 1 BGB. Die Vorschrift begründet keine Verpflichtung von Personen, die nicht selbst Unternehmer sind, sondern nur Mitarbeiter eines solchen, bei einem Werbeanruf ihren Namen zu nennen. Dann verletzt auch die Nennung eines falschen Namens die Vorschrift nicht.

aa) Das Berufungsgericht hat angenommen, dem Wortlaut der Vorschrift könne nicht eindeutig entnommen werden, ob mit „Anrufer“ die tatsächlich anrufende Person gemeint sei oder das Unternehmen, ob also die Identität der anrufenden Person oder, wenn diese nicht mit dem Unternehmer identisch ist, die Identität des den Anruf veranlassenden Unternehmers offenzulegen sei. Bei richtlinienkonformer Auslegung treffe die Offenbarungspflicht nur den Unternehmer. Diese Beurteilung lässt keinen Rechtsfehler erkennen.

bb) § 312a Abs. 1 BGB dient der Umsetzung von Art. 8 Abs. 5 der Richtlinie 2011/83/EU. Diese Regelung lautet: Ruft der Unternehmer den Verbraucher im Hinblick auf den Abschluss eines Fernabsatzvertrags an, so hat er ... zu Beginn des Gesprächs mit dem Verbraucher seine Identität und gegebenenfalls die Identität der Person, in deren Auftrag er anruft, sowie den geschäftlichen Zweck des Anrufs offenzulegen.

Aus der unionsrechtlichen Grundlage folgt zugleich, dass § 312a Abs. 1 BGB richtlinienkonform, also so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen ist, um das in ihr festgelegte Ergebnis zu erreichen (vgl. EuGH, Urteil vom 26. Oktober 2016 – C-611/14, GRUR 2016, 1307 Rn. 32 = WRP 2017, 31 – Canal Digital; BGH, Urteil vom 21. Dezember 2011 – I ZR 190/10, GRUR 2012, 842 Rn. 21 = WRP 2012, 1096 – Neue Personenkraftwagen I, mwN). Dabei ist zu berücksichtigen, dass gemäß Art. 4 und Erwägungsgrund 7 der Richtlinie 2011/83/EU eine Vollharmonisierung der von der Richtlinie erfassten Aspekte des Verbraucherschutzes verfolgt wird; die Mitgliedstaaten dürfen weder strengere noch weniger strenge Rechtsvorschriften aufrechterhalten oder einführen. Art. 8 Abs. 10 der Richtlinie 2011/83/EU verbietet darüber hinaus ausdrücklich, dass die Mitgliedstaaten weitere formelle vorvertragliche Informationsanforderungen festlegen.

cc) Die richtlinienkonforme Auslegung der Vorschrift des § 312a Abs. 1 BGB stellt keine den Gerichten verbotene Auslegung des nationalen Rechts contra legem dar.

(1) Die Pflicht zur Verwirklichung des Richtlinienziels im Auslegungswege findet ihre Grenzen an dem nach innerstaatlicher Rechtstradition methodisch Erlaubten (BVerfG, NJW 2012, 669 Rn. 47; BGH, Urteil vom 7. Mai 2014 – IV ZR 76/11, BGHZ 201, 101 Rn. 20). Der Wortlaut der nationalen Regelung bildet dabei keine Grenze (vgl. BVerfG NJW 2012, 669 Rn. 57). Eine richtlinienkonforme Auslegung darf aber nicht dazu führen, dass das Regelungsziel des Gesetzgebers in einem

wesentlichen Punkt verfehlt oder verfälscht wird (vgl. BVerfGE 119, 247, 274 [juris Rn. 93]; 138, 64 Rn. 86, jeweils zur verfassungskonformen Auslegung), oder dazu, dass einer nach Wortlaut und Sinn eindeutigen Norm ein entgegengesetzter Sinn gegeben oder der normative Gehalt der Norm grundlegend neu bestimmt wird (vgl. BVerfGE 118, 212, 234 [juris Rn. 91] zur verfassungskonformen Auslegung). Richterliche Rechtsfortbildung berechtigt die Gerichte nicht dazu, ihre eigene materielle Gerechtigkeitsvorstellung an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers zu setzen (vgl. BVerfG, NJW 2012, 669 Rn. 45). Demgemäß kommt eine richtlinienkonforme Auslegung nur in Betracht, wenn eine Norm tatsächlich unterschiedliche Auslegungsmöglichkeiten im Rahmen dessen zulässt, was der gesetzgeberischen Zweck- und Zielsetzung entspricht (vgl. BGH, Urteil vom 5. Oktober 2017 – I ZR 232/16, GRUR 2018, 438 Rn. 19 = WRP 2018, 420 – Energieausweis, mwN).

(2) Die Vorschrift des § 312a Abs. 1 BGB kann unter Wahrung dieser richterlichen Kompetenzgrenzen aus Art. 20 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 GG dahin ausgelegt werden, dass im Falle eines von einem Unternehmer veranlassten Anrufs durch eine Person, die nicht selbst Unternehmer ist, der den Anruf veranlassende Unternehmer als „Anrufer“ im Sinne von § 312a Abs. 1 BGB anzusehen ist. § 312a Abs. 1 BGB erfasst sowohl den Fall, dass der Unternehmer selbst anruft, als auch den Fall, dass der Unternehmer durch eine andere Person, die in seinem Namen oder Auftrag handelt, anrufen lässt. Auch im letztgenannten Fall kann davon gesprochen werden, dass es sich um einen Anruf des Unternehmers handelt und der Unternehmer daher „der Anrufer“ im Sinne von § 312a Abs. 1 BGB ist. Dass der Anrufer nach § 312a Abs. 1 BGB zu Beginn des Gesprächs nicht nur „seine Identität“, sondern „gegebenenfalls“ auch „die Identität der Person, für die er anruft“, offenzulegen hat, steht einer solchen Auslegung nicht entgegen. Mit der Person, für die er – der Unternehmer, der selbst anruft oder durch eine andere Person anrufen lässt – anruft, kann die Person gemeint sein, mit der der Verbraucher den Vertrag schließen soll; damit wird

„gegebenenfalls“ der Fall erfasst, dass der Vertrag nicht mit dem Unternehmer selbst, sondern durch Vermittlung des Unternehmers mit einem Dritten zustande kommen soll.

dd) Diese Auslegung von § 312a Abs. 1 BGB, nach der nur die Identität des Unternehmers offenzulegen ist, trägt dem Willen des Gesetzgebers sowie der zugrunde liegenden unionsrechtlichen Regelung in Art. 8 Abs. 5 der Richtlinie 2011/83/EU Rechnung.

(1) In der Literatur wird die Frage, ob nur die Identität des Unternehmers oder – soweit abweichend – auch die des Anrufers offengelegt werden müssen, allerdings uneinheitlich beantwortet. Zum Teil wird der Wortlaut der Vorschrift wiederholt und ohne vertiefte Erörterung ausgeführt, die Identität des Anrufers sei anzugeben (vgl. Föhlisch in Bittner/Clausnitzer/Föhlisch, Das neue Verbrauchervertragsrecht, 2014, S. 25 Rn. 55; Ljutscher in Stumpf, Verbraucherrechte, 2014, S. 75, 85 f.; MünchKomm.BGB/Wendehorst, BGB, 7. Aufl., § 312a Rn. 4; Erman/Koch, BGB, 15. Aufl., § 312a BGB Rn. 3; Palandt/Grüneberg, BGB, 77. Aufl., § 312a Rn. 2; Schulte-Nölke in Schulze, BGB, 9. Aufl., § 312a Rn. 2; Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 3a Rn. 1.312). Teilweise wird auf die Identität des Unternehmers abgestellt und ausgeführt, der Name oder die Firma des Unternehmers sei mitzuteilen (vgl. Tamm in Tamm/Tonner, Verbraucherrecht, 2. Aufl., Kap. 4 § 8 Rn. 24; Haas in Stumpf aaO S. 153, 161; BeckOK/ Martens, BGB, Stand: 1. November 2017, § 312a Rn. 6; Hofmann, jurisPR-ITR 13/2014, Anm. 2; Ehmann/Forster, GWR 2014, 163, 165; Alexander, WRP 2014, 501 Rn. 32). Teilweise wird dagegen ausdrücklich die Ansicht vertreten, auf die Identität des Mitarbeiters, insbesondere eines Call-Center Mitarbeiters, komme es nicht an (vgl. BeckOK/Schmidt-Räntsch, BGB, Stand: 13. Juni 2014, § 312a Rn. 21; BeckOGK/Busch, BGB, Stand: 1. November 2017, § 312a Rn. 5; PWW/Stürner, BGB, 12. Aufl., § 312a Rn. 2; Schirmbacher in Spindler/Schuster, Recht der

elektronischen Medien, 3. Aufl., § 312a BGB Rn. 11; Köbrich/Froitzheim, WRP 2017, 1188 Rn. 27).

In der Rechtsprechung verlangt – soweit veröffentlicht – bislang nur das Landgericht, dass der anrufende Unternehmensmitarbeiter seinen Namen nennt. Dagegen ist das Landgericht Ravensburg wie das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass allein die Identität des Unternehmens, nicht die des Mitarbeiters offenzulegen ist (vgl. LG Ravensburg, Urteil vom 27. März 2017 – 6 O 289/16, juris Rn. 33).

(2) Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 6. März 2013 (BT-Drucks. 17/12637) enthält zwar keine eindeutige Aussage zu der Frage, wessen Identität offenzulegen ist. Im Zusammenhang mit der Offenlegungspflicht bei telefonischen Verkaufsgesprächen erwähnt die Gesetzesbegründung aber mehrfach „die Identität des Unternehmers“, nicht dagegen die Identität eines Anrufers oder Mitarbeiters. Der neu in die Regelung des § 312a Abs. 1 BGB aufgenommene „Anrufer“ wird in der Gesetzesbegründung nicht erwähnt.

Die Regelung des § 312a Abs. 1 BGB (im Gesetzentwurf noch § 312c Abs. 1 BGB-E) sollte der in § 312c Abs. 2 BGB aF enthaltenen Regelung entsprechen, wonach der Unternehmer bei von ihm veranlassten Telefongesprächen seine Identität und den geschäftlichen Zweck des Kontakts zu Beginn des Gesprächs ausdrücklich offenzulegen hatte. In Umsetzung von Art. 8 Abs. 5 der Richtlinie 2011/83/EU wurde die Regelung lediglich auf Angaben zu der Person, in deren Auftrag der Anruf erfolgt und damit auf Angaben zum eigentlichen Vertragspartner des Verbrauchers, erweitert. Der Unternehmer soll die Anonymität des Telefonats nicht dazu nutzen können, seine Identität zu verbergen (vgl. Haas in Stumpf aaO S. 153, 161). Diese erweiterte Informationspflicht bei Fernabsatzverträgen entspricht der bereits mit Art. 7 Abs. 4 Buchst. b der Richtlinie 2005/29/EG eingeführten lauterkeitsrechtlichen

Regelung in § 5a Abs. 3 Nr. 2 UWG (vgl. Föhlisch in Bittner/Clausnitzer/Föhlisch aaO Rn. 98). Die begrenzte Erweiterung der Offenlegungspflicht des § 312c Abs. 2 BGB aF entspricht ferner dem Wortlaut des von § 312a Abs. 1 BGB ausweislich der Gesetzesbegründung ebenfalls umgesetzten Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2002/65/EG (Fernabsatzfinanzdienstleistungsrichtlinie; im Folgenden: FinFARL; vgl. BT-Drucks. 17/12637, S. 51).

Die „Identität des Unternehmers“, die im Interesse eines hohen Verbraucherschutzniveaus offenzulegen sei, wird von der Begründung des Regierungsentwurfs auch im Rahmen der Erläuterungen zu den Bereichsausnahmen in § 312 Abs. 2 bis 5 BGB betont, die die Informationspflicht nach § 312c Abs. 1 BGB-E bei telefonischen Verkaufsgesprächen jeweils ausdrücklich unberührt lassen (vgl. BT-Drucks. 17/12637, S. 46 und 48). Soweit § 312 Abs. 6 BGB diese Informationspflicht für Versicherungs- und Versicherungsvermittlungsverträge für nicht anwendbar erklärt, folgt dies daraus, dass die entsprechende Informationspflicht bereits in § 5 Abs. 1 VVG-Informationspflichtenverordnung geregelt ist (VVG-InfoV; vgl. BT-Drucks. 17/12637, S. 49). Nach dem Wortlaut dieser Vorschrift, die ebenfalls der Umsetzung von Art. 3 Abs. 3 FinFARL dient, geht es dort allein um die Identität des Versicherungsunternehmens (vgl. MünchKomm.VVG/Armbrüster, 2. Aufl., § 5 VVG-InfoV Rn. 6).

(3) Gegen eine Pflicht, neben der Identität des Unternehmens als potentielltem Vertragspartner auch die Identität des anrufenden Mitarbeiters offenzulegen, spricht weiter der Wortlaut der unionsrechtlichen Bestimmung des Art. 8 Abs. 5 der Richtlinie 2011/83/EU, die der Regelung in § 312a Abs. 1 BGB zugrunde liegt und ihr mit Blick auf die Vollharmonisierung sowie das Verbot weitergehender Informationsanforderungen im nationalen Recht gemäß Art. 8 Abs. 10 der Richtlinie 2011/83/EU Grenzen setzt. Der Bestimmung des Art. 8 Abs. 5 der Richtlinie 2011/83/EU ist zu

entnehmen, dass der Unternehmer seine Identität und – für den Fall, dass er im Auftrag einer anderen Person anruft – die Identität der Person, in deren Auftrag er anruft, offenzulegen hat. Die Richtlinie 2011/83/EU spricht dabei ausschließlich von „dem Unternehmer“ und „seiner Identität“. Der in § 312a Abs. 1 BGB erwähnte „Anrufer“ findet in Art. 8 Abs. 5 der Richtlinie 2011/83/EU keine Entsprechung.

Der Wortlaut der Regelung des Art. 8 Abs. 5 der Richtlinie 2011/83/EG erfasst danach den auch vom Wortlaut des § 312a Abs. 1 BGB umfassten Fall, dass der Unternehmer im Auftrag einer anderen Person anruft. Der hier in Rede stehende und vom Wortlaut des § 312a Abs. 1 BGB gleichfalls erfasste Fall, dass eine andere Person im Namen oder Auftrag des Unternehmers anruft, wird in Art. 8 Abs. 5 der Richtlinie 2011/83/EU über die Definition des „Unternehmers“ in Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 2011/83/EU berücksichtigt. Danach ist „Unternehmer“ jede natürliche oder juristische Person, unabhängig davon, ob letztere öffentlicher oder privater Natur ist, die bei den von dieser Richtlinie erfassten Verträgen selbst oder durch eine andere Person, die in ihrem Namen oder Auftrag handelt, zu Zwecken tätig wird, die ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können. Auch für den Fall, dass der Unternehmer im Sinne von Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 2011/83/EU durch eine andere Person, die in seinem Namen oder Auftrag handelt, Verbraucher im Hinblick auf den Abschluss eines Fernabsatzvertrags anrufen lässt, ist indessen nach dem eindeutigen Wortlaut des Art. 8 Abs. 5 der Richtlinie 2011/83/EU zu Beginn des Gesprächs mit dem Verbraucher alleine die Identität des Unternehmers offenzulegen. Die Identität des anrufenden Mitarbeiters, der selbst nicht Unternehmer ist, muss dagegen nicht offengelegt werden. Darin liegt entgegen der Auffassung der Revision keine sprachlich unzureichende Berücksichtigung des nicht unternehmerisch tätigen Gehilfen; dieser findet in der Richtlinienbestimmung vielmehr keine Erwähnung, weil es auf seine Identität nicht ankommt.

(4) Systematische Erwägungen sprechen gleichfalls dafür, dass lediglich die Identität des Unternehmers sowie die Identität eines eventuell dazwischen geschalteten Unternehmers offenbart werden müssen. Die Bestimmung des § 5a Abs. 3 Nr. 2 UWG, der Art. 7 Abs. 4 Buchst. b der Richtlinie 2005/29/EG umsetzt und die Pflicht zur Information über die Identität des Unternehmers regelt, beruht wie die hier in Rede stehenden Informationspflichten auf dem Grundgedanken, dass der Wettbewerbsauftritt nicht anonym erfolgen darf (vgl. BGH, Urteil vom 18. April 2013 – I ZR 180/12, GRUR 2013, 1169 Rn. 14 = WRP 2013, 1459 – Brandneu von der IFA). Das in diesen Vorschriften verkörperte Transparenzgebot soll sicherstellen, dass Verbraucherinnen und Verbraucher die Basisinformationen erhalten, die sie benötigen, um eine informationsgeleitete geschäftliche Entscheidung treffen zu können (vgl. Erwägungsgrund 14 der Richtlinie 2005/29/EG; vgl. auch OGH, M&R 2003, 339, 340). Die Information über die Identität des Vertragspartners ist dabei auch deshalb für die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers wesentlich, weil dieser dadurch in die Lage versetzt wird, den Ruf des Unternehmers im Hinblick auf Qualität und Zuverlässigkeit der von ihm angebotenen Waren oder Dienstleistungen, aber auch dessen wirtschaftliche Potenz, Bonität und Haftung einzuschätzen (vgl. BGH, GRUR 2013, 1169 Rn. 13 – Brandneu von der IFA; BGH, Urteil vom 18. Oktober 2017 – I ZR 84/16, GRUR 2018, 324 Rn. 18 = WRP 2018, 324 – Kraftfahrzeugwerbung, mwN). Ein lauterkeitsrechtlich schützenswertes Informationsinteresse der Verbraucher besteht danach im Rahmen von § 5a Abs. 3 Nr. 2 UWG nur im Hinblick auf den künftigen Geschäftspartner (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 5a Rn. 4.39; MünchKomm.UWG/Alexander, 2. Aufl., § 5a Rn. 249). Aus denselben Erwägungen kommt es auch im Rahmen von § 312a Abs. 1 BGB nur auf den Namen des Unternehmers, nicht dagegen auf den Namen des anrufenden Mitarbeiters an.

(5) Verbraucherschutzgesichtspunkte erfordern keine andere Auslegung. Verbrauchern entsteht dadurch, dass der Name des

anrufenden Mitarbeiters nicht genannt wird, kein Nachteil, solange die Identität ihres Vertragspartners offengelegt wird. Sinn und Zweck der vorvertraglichen Information ist es, dass Verbraucher sich von Beginn an darüber im Klaren sind, mit wem sie geschäftlich verkehren (vgl. VersR 2008, 183, 191 zur Begründung des Bundesministeriums der Justiz als Verordnungsgeber von § 5 Abs. 1 VVG-InfoV). Als Entscheidungshilfe für den Verbraucher dafür, ob der rechtsgeschäftliche Kontakt aufrechterhalten und zum angestrebten Abschluss gebracht werden soll, ist der Name des anrufenden Mitarbeiters nicht erforderlich.

Soweit die Revision darauf abstellt, der Verbraucher könne ein telefonisches Verkaufsgespräch regelmäßig nur nachverfolgen, wenn er die Person des Anrufers namentlich identifizieren könne, berücksichtigt dieser Ansatz nicht hinreichend, dass es um vorvertragliche Informationspflichten geht und damit in erster Linie um die Frage, ob der Kontakt mit dem Unternehmer überhaupt fortgesetzt werden soll. Dementsprechend ist nach Art. 8 Abs. 5 der Richtlinie 2011/83/EU genauso wie nach Art. 7 Abs. 4 Buchst. b der Richtlinie 2005/29/EG nur die Information über die Identität des Unternehmers wesentlich. Wird der Vertrag am Telefon tatsächlich geschlossen, ist der Unternehmer zudem nach § 312f Abs. 2 BGB und Art. 8 Abs. 7 der Richtlinie 2011/83/EU verpflichtet, den Fernabsatzvertrag innerhalb einer angemessenen Frist nach Vertragsschluss auf einem dauerhaften Datenträger (§ 126b BGB) zu bestätigen (vgl. BGH, Beschluss vom 14. Juni 2017 – I ZR 54/16, GRUR 2017, 930 Rn. 24 = WRP 2017, 1074 – Werbeprospekt mit Bestellpostkarte); für eine ausreichende Dokumentation – auch für Rückfragen – ist mithin gesorgt (vgl. BT-Drucks. 17/12637, S. 55). Dem Verbraucher steht außerdem bei Fernabsatzverträgen gemäß § 312g Abs. 1 in Verbindung mit § 355 BGB regelmäßig ein Widerrufsrecht zu. Ein verbraucherrechtlich schützenswertes Informationsinteresse besteht bei einer telefonischen Kontaktaufnahme zur Vertragsanbahnung deshalb nur im Hinblick auf den künftigen Vertragspartner, nicht aber dessen

Mitarbeiter.

Überdies ist nach dem europäischen Verbraucherleitbild auf den durchschnittlich informierten und verständigen Verbraucher abzustellen, der einer Werbung die der Situation angemessene Aufmerksamkeit entgegenbringt (vgl. BGH, Urteil vom 5. November 2015 – I ZR 182/14, GRUR 2016, 521 Rn. 10 = WRP 2016, 590 – Durchgestrichener Preis II, mwN). Diesem Durchschnittsverbraucher ist es zuzumuten, den Namen des anrufenden Mitarbeiters zu erfragen, wenn er diese Information als weitere Entscheidungshilfe benötigt.

III. Der Klägerin stehen die von ihr geltend gemachten Ansprüche auch nicht wegen eines Verstoßes gegen § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Fall 2 Nr. 3 UWG zu.

1. Eine mögliche Irreführung im Sinne von § 5 UWG durch die Nennung eines falschen Namens ist ungeachtet dessen Gegenstand des Rechtsstreits und des Revisionsverfahrens, dass der Antrag der Klägerin nur auf die Offenlegung der Identität des Anrufers zielt. Die Klägerin hat ihre Klage bereits in erster Instanz sowohl auf eine mangelnde Offenlegung der Identität als auch auf eine falsche Angabe des Namens gestützt. Das Berufungsgericht hat die Nennung des falschen Namens durch den Anrufer demgemäß nicht nur unter dem Aspekt des Rechtsbruchs wegen eines Verstoßes gegen § 312a Abs. 1 BGB geprüft, sondern auch unter dem Aspekt der Irreführung im Sinne von § 5 UWG. Hätte es sich mit Blick auf den Wortlaut des Antrags daran gehindert gesehen, hätte es gemäß § 139 Abs. 1 ZPO auf eine sachdienliche Antragstellung hinwirken müssen (vgl. BGH, Urteil vom 12. Mai 2011 – I ZR 20/10, GRUR 2011, 1140 Rn. 24 = WRP 2011, 1606 – Schaumstoff Lübke).

2. Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 UWG handelt unlauter, wer eine irreführende geschäftliche Handlung vornimmt, die geeignet ist, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Nach § 5 Abs. 1 Satz 2 UWG ist eine

geschäftliche Handlung irreführend, wenn sie unwahre Angaben enthält oder sonstige – nachfolgend aufgezählte – zur Täuschung geeignete Angaben enthält. Nach § 5 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 Nr. 3 UWG ist eine geschäftliche Handlung irreführend, wenn sie sonstige zur Täuschung geeignete Angaben über die Person, Eigenschaften oder Rechte des Unternehmers wie die Identität enthält.

3. Einer Anwendung von § 5 Abs. 1 UWG wegen einer unwahren Namensangabe steht nicht entgegen, dass die auf Art. 8 Abs. 5 der Richtlinie 2011/83/EU beruhende Bestimmung des § 312a Abs. 1 BGB bei richtlinienkonformer Auslegung durch die Nennung eines falschen Namens bei Werbeanrufen nicht verletzt wird (dazu oben B II 2 b). Über § 5 Abs. 1 UWG wird nicht entgegen § 312a Abs. 1 BGB die Information über die Identität eines anrufenden Mitarbeiters verpflichtend. Es geht bei § 5 Abs. 1 UWG nicht um das Vorenthalten von Informationen, sondern um die bewusst unwahre Angabe eines Namens und damit um die Frage einer irreführenden geschäftlichen Handlung. Für das Verhältnis von § 312a Abs. 1 BGB zu § 5 Abs. 1 UWG kann insofern nichts anderes gelten als für das Verhältnis von § 5a Abs. 3 UWG zu § 5 Abs. 1 UWG. Auch wenn die „Basisinformationen“ gemäß § 5a Abs. 3 UWG, die sich in § 312a Abs. 1 BGB wiederfinden, erteilt werden, ist ein Verstoß gegen § 5 Abs. 1 UWG nicht ausgeschlossen (vgl. zu Art. 7 Abs. 4 der Richtlinie 2005/29/EG EuGH, GRUR 2016, 1307 Rn. 72 – Canal Digital; Köhler in Köhler/ Bornkamm/Feddersen aaO § 5a Rn. 3.20).

4. Ein Verstoß gegen § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Nr. 3 liegt nicht vor. Ziel der Regelung ist es, dem Adressaten der Werbung Klarheit darüber zu verschaffen, um welches Unternehmen es sich handelt (vgl. Bornkamm/Feddersen in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 5 Rn. 4.3).

Das Berufungsgericht hat daher zutreffend angenommen, dass sich das Verbot des § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG auf das die Werbung veranlassende Unternehmen und nicht auf Angaben eines

Mitarbeiters zu seiner eigenen Identität bezieht. Die Klägerin aber beanstandet nur, dass der Mitarbeiter der Beklagten bei dem Telefonat nicht seinen eigenen Namen genannt, sondern einen falschen Namen angegeben hat. Sie macht dagegen nicht geltend, der Mitarbeiter habe unwahre oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben über die Identität der Beklagten gemacht.

IV. Mit Erfolg rügt die Revision, das Berufungsgericht habe rechtsfehlerhaft einen Anspruch der Klägerin auf Unterlassung (§ 8 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Nr. 1 UWG) und Erstattung von Abmahnkosten (§ 12 Abs. 1 Satz 2 UWG) aus § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Fall 1 UWG nicht in Betracht gezogen. Aufgrund der bisher getroffenen Feststellungen kann ein solcher Anspruch nicht verneint werden.

1. Die Bestimmung des § 5 Abs. 1 Satz 2 UWG umfasst wie die ihr zugrunde liegende Regelung des Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2005/29/EG zwei Varianten der irreführenden geschäftlichen Handlung. Die erste Variante erfasst den Fall der – wie hier – objektiv unrichtigen Angabe und enthält einen völlig offenen Tatbestand; die zweite Variante stellt auf die Eignung zur Täuschung des Durchschnittsverbrauchers ab (vgl. Bornkamm/Feddersen in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 5 Rn. 1.54 ff.). Offenbleiben kann, ob § 5 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 UWG einen abschließenden Katalog der Umstände enthält, über die zur Täuschung geeignete Angaben gemacht werden können, mit der Folge, dass eine irreführende Handlung vorliegt (vgl. zum Streitstand Pfeifer/Obergfell in Fezer/ Büscher/Obergfell, UWG, 3. Aufl., § 5 UWG Rn. 270 mwN). Im Streitfall geht es um eine geschäftliche Handlung, die eine im Sinne von § 5 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 UWG unwahre Angabe enthält; eine solche geschäftliche Handlung kann auch dann im Sinne von § 5 Abs. 1 UWG irreführend sein, wenn die Angabe keinen der in § 5 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 aufgeführten Umstände betrifft.

2. Ob auch unwahre Angaben zur Täuschung geeignet sein müssen (so Bornkamm/Feddersen in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 5

Rn. 1.52; Sosnitza in Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl., § 5 Rn. 158; Sosnitza, WRP 2008, 1014, 1028; MünchKomm.UWG/Ruess, 2. Aufl., § 5 Rn. 161) oder ob bei unwahren Angaben das Erfordernis der Täuschungseignung entfällt (so Pfeifer/Obergfell in Fezer/Büscher/Obergfell aaO § 5 UWG Rn. 234; Dreyer in Harte/Henning, UWG, 3. Aufl., § 5 Rn. 144), kann vorliegend offenbleiben, weil die Angabe des falschen Namens durch den Anrufer zur Täuschung der Verbraucherinnen geeignet war.

3. Unlauter ist eine irreführende geschäftliche Handlung gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 UWG nur, wenn sie geeignet ist, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Auf eine solche wettbewerbsrechtliche Relevanz der Irreführung kann zwar in der Regel aus dem Hervorrufen einer Fehlvorstellung geschlossen werden. Anders verhält es sich jedoch dann, wenn über Umstände getäuscht worden ist, die für das Marktverhalten der Gegenseite lediglich eine unwesentliche Bedeutung haben (BGH, Urteil vom 29. März 2007 – I ZR 122/04, GRUR 2007, 1079 Rn. 26 = WRP 2007, 1346 – Bundesdruckerei, mwN). Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob die unwahre Namensangabe geeignet war, die geschäftliche Entscheidung der Kundinnen der Klägerin zu beeinflussen.

C. Danach ist das Berufungsurteil aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO) und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO).

Im wiedereröffneten Berufungsverfahren wird das Berufungsgericht Feststellungen zur Frage der geschäftlichen Relevanz treffen müssen. Eine solche geschäftliche Relevanz ist nach der Lebenserfahrung nicht ausgeschlossen. Das gilt insbesondere mit Blick auf die vertragliche Rechtsdurchsetzung, für die es auf Angaben des Mitarbeiters am Telefon und damit zu Beweis Zwecken auf dessen wirklichen Namen

ankommen könnte. Als geschäftliche Handlung des Unternehmers wird auch ein Verhalten vor oder bei Geschäftsabschluss erfasst, das sich erst bei Durchführung des Vertrags auswirkt (vgl. Köhler in Köhler/ Bornkamm/Feddersen aaO § 2 Rn. 80; vgl. auch BGH, Urteil vom 31. März 2010 – I ZR 34/08, GRUR 2010, 1117 Rn. 18 = WRP 2010, 1475 – Gewährleistungsausschluss im Internet). Insofern ist es für die Anwendung von § 5 Abs. 1 UWG unerheblich, sollte die Angabe eines falschen Namens für die Eingehung vertraglicher Ansprüche, hier also die Entscheidung für oder gegen einen Wechsel des Stromversorgers, noch keine Rolle spielen, sondern erst später relevant werden.

Sofern das Berufungsgericht zu dem Ergebnis kommt, dass der Tatbestand des § 5 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 UWG aufgrund der falschen Namensangabe durch den Mitarbeiter der Beklagten erfüllt ist, ist der Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 2 UWG auch gegen die Beklagte als Inhaberin des Unternehmens begründet.

Das Berufungsgericht sollte ferner darauf hinwirken, dass der Unterlassungsantrag so gefasst wird, dass er die beanstandete Irreführung wiedergibt.

D. Eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 Abs. 1 Buchst. b und Abs. 3 AEUV ist nicht veranlasst; an der Auslegung von Art. 8 Abs. 5 der Richtlinie 2011/83/EU bestehen keine vernünftigen Zweifel (vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982 – 283/81, Slg. 1982, 3415 Rn. 21 = NJW 1983, 1257 Rn. 21 – C.I.L.F.I.T.; Urteil vom 1. Oktober 2015 – C-452/14, GRUR Int. 2015, 1152 Rn. 43 – Doc Generici). Überdies lässt sich aufgrund der fehlenden Feststellungen zu § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Fall 1 UWG noch nicht abschließend beurteilen, ob die Auslegung dieser Richtlinienbestimmung entscheidungserheblich ist.

## **Vorinstanzen**

LG Bayreuth, Entscheidung vom 28.04.2016 – 31 O 354/15 –

