

6 U 193/18

3/10 O 40/18 Landgericht Frankfurt am Main

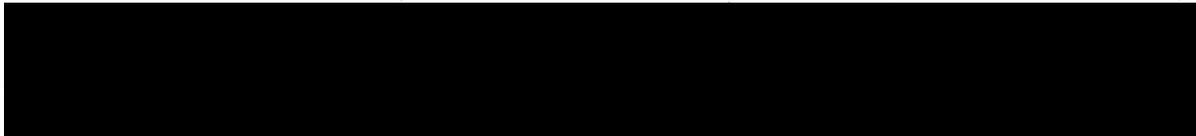
Verkündet laut Protokoll
am 10.12.2002

Picha, Justizangestellter als Ur-
kundsbeamter der Geschäfts-
stelle

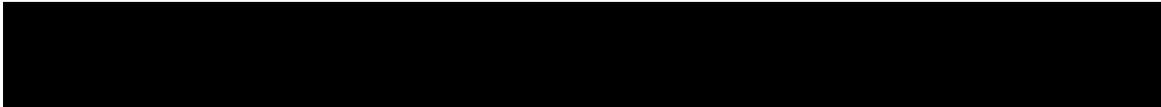


OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

In dem Rechtsstreit



- Beklagte und Berufungsklägerin -



gegen

Deutsche Umwelthilfe e. V., vertreten durch die Geschäftsführer Jürgen Resch
und Sascha Müller-Kraenner, Fritz-Reichle-Ring 4, 78315 Radolfzell,

- Kläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Roland Demleitner, Rheinstraße 11, 65549 Limburg,

hat der 6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main durch

Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Nöhre, Richterin am Oberlandesgericht

Dr. Meckel und Richter am Oberlandesgericht Dr. Hasse aufgrund der mündlichen

Verhandlung vom 10.12.2020 für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 10. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Frankfurt am Main vom 9.11.2018 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Dieses und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 40.000,- € abwenden, wenn nicht der Kläger zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

G r ü n d e

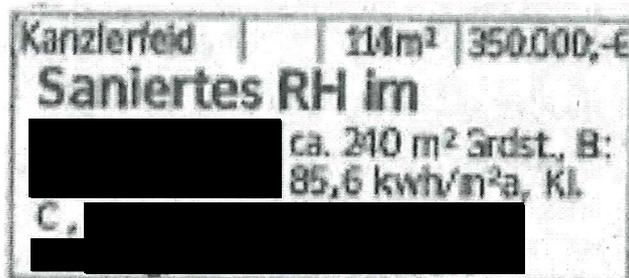
I.

Der Kläger macht gegen die Beklagte wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche sowie Abmahnkosten geltend.

Der Kläger ist ein Umwelt- und Verbraucherschutzverband. Die Beklagte mit Sitz in Frankfurt am Main ist ein bundesweit agierendes Immobilienmaklerunternehmen. Sie bedient sich dabei einer Reihe von Vertriebspartnern, die in der Regel für die Beklagte als selbstständige freie Handelsvertreter im Sinne von § 84 HGB tätig werden und im Namen und Rechnung für sie handeln.

In einer Immobilienanzeige in der Braunschweiger Zeitung vom 14.10.2017 wurde

für den Verkauf einer Wohnimmobilie zum Kaufpreis von 350.000,- € wie folgt geworben:



Diese Anzeige wurde nicht von der Beklagten selbst geschaltet, sondern von ihrer in Braunschweig ansässigen Vertriebspartnerin [REDACTED], die als selbstständige Handelsvertreterin für die Beklagte tätig ist.

Der Kläger mahnte die Beklagte mit Schreiben vom 10.11.2017 (Anlage K6) ab.

Das Landgericht hat durch Urteil vom 9.11.2018, auf das gemäß § 540 Abs. 1 ZPO hinsichtlich der tatsächlichen Feststellungen Bezug genommen wird, die Beklagte zur Unterlassung und zum Ersatz der Aufwendungen für die Abmahnung verurteilt. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, die Handelsvertreterin habe als Beauftragte der Beklagten im Sinne von § 8 Abs. 2 UWG gehandelt. Es sei zu unterscheiden, ob der Absatzmittler dem anderen Unternehmen die Leistung selbst abkaufe und dann im eigenen Namen zu eigenen Konditionen weiterverkaufe (Eigenhändler) oder ob er nur als Vertreter des Betriebsinhabers in dessen Namen und auf dessen Rechnung die Leistungen vermittele. Im letztgenannten Fall sei eine Beauftragtenstellung zu bejahen. Aus der Stellung als Handelsvertreterin folge, dass die Handelsvertreterin im Namen und auf Rechnung der Beklagten handle und für diese auch Geschäfte vermittele. Hieraus ergebe sich, dass die erfolgte Geschäftstätigkeit der Handelsvertreterin der Beklagten als Geschäftsherrin zugutekomme. Die Handelsvertreterin sei in die Vertriebsorganisation der Beklagten eingegliedert. Damit habe der Beklagten grundsätzlich die Möglichkeit zugestanden, auf die Vertriebstätigkeit der Handelsvertreter bestimmten und durchsetzbaren

Einfluss zu nehmen. Diese Möglichkeit ergebe sich aus § 6 des Handelsvertretervertrages, in dem sich die Beklagte gerade Informationspflichten und Untersagungsrechte habe einräumen lassen. Ob sie von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht habe, sei unerheblich.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten, mit der sie ihren erstinstanzlichen Klageabweisungsantrag weiterverfolgt.

Die Beklagte trägt vor:

Die Vertragspartner der Beklagten seien grundsätzlich frei in der Gestaltung ihrer Werbung. Im Vertrag sei ausdrücklich festgehalten, dass sich die Beklagte nur dann eine Überprüfung vorbehalte, wenn Fragen der Corporate Identity oder Ähnliches betroffen seien. Die Beklagte stelle den Vertragspartnern ein Konzept mit Marken und Vorschlägen für die Aufmachung der Läden im Sinne einer Corporate-Design-Idee zu Verfügung. Sie gebe den Vertragspartnern hingegen nicht die Gestaltung der Anzeigen im Einzelnen vor. Die Beklagte könne und wolle nicht für Hunderte von Vertragspartnern die Einhaltung der Vielzahl von Vorschriften sicherstellen. In der Ausgestaltung der Anzeigen verfügten die Vertragspartner über dieselben Freiheiten wie ein Eigenhändler. Dies gelte nicht nur für die Werbung, sondern auch für die Preisgestaltung. Es liege kein bestimmender durchsetzbarer Einfluss der Beklagten vor. Es könne nicht darauf ankommen, ob sich die Beklagte Einfluss auf den Absatzmittler habe verschaffen können, sondern nur darauf, ob sie einen entsprechenden Einfluss auch habe.

Die Beklagte beantragt,

die Klage in Abänderung des angefochtenen Urteils kostenpflichtig abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt das angefochtene Urteil.

II.

Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Das Landgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Beklagte für die als unlauter anzusehende Werbeanzeige ihrer Handelsvertreterin [REDACTED] nach § 8 Abs. 2 UWG haftet, da diese als Beauftragte der Beklagten gehandelt hat.

1. Die streitgegenständliche Werbung ohne Angaben zum Energieverbrauch stellte zum Verletzungszeitpunkt eine unlautere Handlung dar.

a) Die Unlauterkeit zum Verletzungszeitpunkt ergab sich allerdings nicht aus § 3a UWG i.V.m. § 16a EnEV. Zwar stellt - wie das Landgericht zu Recht ausgeführt hat - § 16a EnEV eine Marktverhaltensregel dar. Die dort getroffene Regelung soll gewährleisten, dass die Verbraucher über die Energieeffizienz der beworbenen Immobilie informiert werden und ihre Entscheidung, ob sie diese erwerben oder mieten, in voller Sachkenntnis treffen können (BGH GRUR 2018, 438, Rn 12 - Energieausweis). Allerdings ist die Beklagte als Maklerin nicht Adressatin dieser Regelung. Der Verpflichtung nach § 16a EnEV unterliegen Verkäufer; der Pflicht zur Information nach Abs. 2 unterliegen Vermieter, Verpächter und Leasinggeber (vgl. BGH a.a.O., Rn 14 ff.). Die Beklagte kann daher nicht als Täterin haften.

Auch eine Haftung als Teilnehmerin an einem fremden Wettbewerbsverstoß kommt nicht in Betracht. Diese setzt zwar nicht voraus, dass der Immobilienmakler selbst Normadressat der Informationsverpflichtung ist. Als Teilnehmer haftet auf Unterlassung, wer - zumindest bedingt vorsätzlich - den Wettbewerbsverstoß eines anderen fördert (BGH GRUR 2008, 810 - Kommunalversicherer; BGH GRUR 2013, 301 Rn 47 - Solarinitiative). Es ist allerdings keine Haupttat erkennbar, zu der die Beklagte Beihilfe geleistet haben könnte. Die Immobilienanzeigen, in denen allein die Be-

klagte als Ansprechpartnerin verzeichnet ist, hat sie selbst (bzw. ihre Handelsvertreterin - siehe nachfolgend) aufgegeben und nicht ein Dritter, der Normadressat des § 16a EnEV wäre.

b) Die Unlauterkeit ergibt sich allerdings aus § 5a Abs. 2 UWG.

Nach § 5a Abs. 2 Nr. 1 UWG handelt unlauter, wer im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände dem Verbraucher eine wesentliche Information vorenthält, die dieser je nach den Umständen benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen (Nr. 1), und deren Vorenthalten geeignet ist, ihn zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er anderenfalls nicht getroffen hätte (Nr. 2). Als Vorenthalten gilt nach § 5a Abs. 2 Satz 2 UWG auch das Verheimlichen wesentlicher Informationen (Nr. 1), die Bereitstellung wesentlicher Informationen in unklarer, unverständlicher oder zweideutiger Weise (Nr. 2) und die nicht rechtzeitige Bereitstellung wesentlicher Informationen (Nr. 3).

c) Die in Rede stehenden Angaben für den Energieverbrauch der beworbenen Immobilie gehören zu den als wesentlich anzusehenden Informationen, die dem Verbraucher in Immobilienanzeigen von Maklern nicht vorenthalten werden dürfen.

Gemäß § 5a Abs. 4 UWG gelten als wesentlich im Sinne des Absatzes 2 Informationen, die dem Verbraucher aufgrund unionsrechtlicher Verordnungen oder nach Rechtsvorschriften zur Umsetzung unionsrechtlicher Richtlinien für kommerzielle Kommunikation einschließlich Werbung und Marketing nicht vorenthalten werden dürfen. Zu den Informationspflichten im Sinne des § 5a Abs. 4 UWG zählen die in Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2010/31/EU vorgesehenen Angaben. Nach dieser Bestimmung verlangen die Mitgliedstaaten, dass bei Verkauf oder Vermietung von Gebäuden oder Gebäudeteilen in einem Gebäude, für die ein Ausweis über die Energieeffizienz vorliegt, in Verkaufs- und Vermietungsanzeigen in kommerziellen Medien der in dem Ausweis über die Gesamtenergieeffizienz des Gebäudes oder Gebäudeteils angegebene Indikator der Gesamtenergieeffizienz genannt wird. Die Bestimmung nimmt von dieser Verpflichtung keinen bestimmten Personenkreis aus. Von Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2010/31/EU sind deshalb auch Verkaufs- und Vermietungsanzeigen erfasst, die ein Immobilienmakler aufgegeben hat (BGH GRUR 2018, 438 – Rnr. 27 – Energieausweis).

2. Die Werbung stellt sich auch im Schluss der mündlichen Verhandlung als unlauter dar.

Der in die Zukunft gerichtete Unterlassungsanspruch kann nur dann zugebilligt werden, wenn zum Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts das geltende Recht die dem Unterlassungsschuldner vorgeworfene Handlungsweise (noch) verbietet (BGH GRUR 2016, 88, Rn 20 - Deltamethrin). Daher muss die Handlung sowohl zum Tatzeitpunkt als auch zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz unrechtmäßig gewesen sein, damit sich ein Unterlassungsanspruch auf sie stützen lässt.

Durch eine Gesetzesänderung ist § 16a EnEV am 1.11.2020 außer Kraft getreten und durch § 87 GEG ersetzt worden. Die neue Norm ist inhaltsgleich mit § 16a EnEV. Als Verantwortlicher für die Sicherstellung der Pflichtangaben ist indes neben dem Verkäufer, Vermieter, Verpächter, Leasinggeber nunmehr auch der Immobilienmakler aufgenommen. Ob dies dazu führt, dass - im Gegensatz zur alten Rechtslage - § 87 GEG auch im Hinblick auf Handlungen des Maklers als Schutzgesetz im Sinne von § 3a UWG anzusehen ist, kann dahinstehen, da das Vorenthalten der Informationen durch den Makler auch in Ansehung von § 87 GEG weiterhin nach § 5a Abs. 2 UWG als unlauter anzusehen ist.

Ein Anwendungsvorrang von § 3a UWG bei der Umsetzung unionsrechtlich begründeter Informationspflichten besteht gegenüber § 5a Abs. 2 UWG nicht. Vielmehr liegt ein Fall der Anspruchsgrundlagenkonkurrenz vor (BGH WRP 2015, 1464 Rn 29, 30 - Der Zauber des Nordens). Soweit teilweise ein Vorrang von § 5a UWG gegenüber § 3a UWG angenommen wird (OLG Frankfurt am Main WRP 2018, 241 Rn 22; MüKoUWG/Alexander § 5a Rn 69; Köhler WRP 2017, 1 Rn 45 -57; Köhler WRP 2017, 302), würde dies hier nicht zu einem anderen Ergebnis führen, da der Senat § 5a UWG anwendet.

3. Das Landgericht ist auch zu Recht davon ausgegangen, dass die Beklagte nach § 8 Abs. 2 UWG für das Verhalten ihrer Handelsvertreterin [REDACTED] haftet. Die

in der Berufung hiergegen vorgebrachten Einwendungen vermögen nicht zu überzeugen.

a) Nach der Rechtsprechung des BGH (GRUR 1995, 605 - Franchisenehmer) sind die Begriffe "geschäftlicher Betrieb" und "Beauftragter" in § 8 Abs. 2 UWG weit auszulegen. Nach dem Zweck der Vorschrift soll verhindert werden, dass der Betriebsinhaber sich bei Wettbewerbsverstößen hinter mehr oder weniger von ihm abhängigen Dritten verstecken kann (BGH GRUR 1990, 1039, 1040 - Anzeigenauftrag). Die Bestimmung begründet eine Erfolgshaftung des Betriebsinhabers ohne Entlastungsmöglichkeit. Er haftet auch für die ohne sein Wissen und gegen seinen Willen von einem Beauftragten begangenen Wettbewerbsverstöße. Der innere Grund dafür ist vor allem in einer dem Betriebsinhaber zugutekommenden Erweiterung seines Geschäftsbereichs und einer gewissen Beherrschung des Risikobereichs zu sehen. Dementsprechend knüpft die Rechtsprechung die Haftung des Betriebsinhabers nach § 8 Abs. 2 UWG an die Voraussetzung, dass die Handlung, deren Unterlassung verlangt wird, innerhalb des Betriebsorganismus des Betriebsinhabers begangen worden ist, zu dem namentlich die Vertriebsorganisation gehört. Weiter ist erforderlich, dass der Handelnde kraft eines Rechtsverhältnisses in diesen Organismus - zumal in die Vertriebsorganisation - dergestalt eingegliedert ist, dass einerseits der Erfolg seiner Handlung zumindest auch dem Betriebsinhaber zugutekommt und andererseits dem Betriebsinhaber ein bestimmender Einfluss jedenfalls auf diejenige Tätigkeit eingeräumt ist, in deren Bereich das beanstandete Verhalten fällt (BGH GRUR 1964, 263, 267 - Unterkunde). Dabei kommt es nicht darauf an, welchen Einfluss sich der Betriebsinhaber gesichert hat, sondern welchen Einfluss er sich sichern konnte und musste. Auch selbstständige Unternehmen können als Beauftragte in Betracht kommen, so z. B. ein selbstständiger Handelsvertreter (BGH GRUR 1971, 119, 120 - Branchenverzeichnis) oder ein Franchisenehmer (BGH GRUR 1995, 605).

b) Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe ist die Vertriebspartnerin [REDACTED] als „Beauftragte“ im Sinne von § 8 Abs. 2 UWG anzusehen.

Zwischen der Beklagten und der Vertriebspartnerin [REDACTED] besteht ein franchiseähnliches Verhältnis. Die Beklagte stellt ein Konzept mit Marken und Vorschlägen zur Aufmachung der Läden ebenso zur Verfügung wie ein werbliches Konzept,

das „in seinen Grundzügen“ von den Franchisenehmern genutzt wird. Im Gegensatz zu den klassischen Franchisenehmern ist das Rechtsverhältnis sogar als Handelsvertreterverhältnis ausgestaltet, d.h. die Zeugin ██████████ handelt - im Gegensatz zum BGH-Fall „Franchisenehmer“ (GRUR 1995, 605) - nicht in eigenem Namen, sondern (sogar) im Namen und für Rechnung der Beklagten. Die Beklagte hatte die Möglichkeit, ihre Vertriebsmittler vertraglich zu binden und auf die Gestaltung der Anzeigen Einfluss zu nehmen, was sie ausweislich des in Auszügen in Anlage B 1 vorgelegten Handelsvertretervertrages auch getan hat.

Soweit die Beklagte darauf hinweist, die konkrete Gestaltung der Anzeigen habe in der Verantwortung der Handelsvertreter gelegen, hat dieses Argument schon den BGH nicht überzeugt: *„Die Kennzeichnung als Franchise-Verhältnis lässt hier aber insbesondere auch keine Trennung der regionalen Werbung und deren alleinige Zurechnung zum geschäftlichen Betrieb der A.-GmbH zu. Denn auch diese Werbung kommt zugleich der Beklagten zugute; einmal, weil sie an allen Nettoerlösen der A.-GmbH prozentual beteiligt ist, und sodann auch deshalb, weil die blickfangartige Herausstellung der Marke S. zu deren Bekanntheit beiträgt“* (BGH a.a.O. - Franchisenehmer). Hinzuzufügen ist, dass die Anzeige keinerlei Hinweis auf die Handelsvertreterin Strootmann erkennen lässt. Für den Verkehr handelt es sich um eine Anzeige der Beklagten.

Der Einwand der Beklagten, sie hätte auf das Schalten der Immobilienanzeige keinen Einfluss nehmen können, ist vor dem Hintergrund, dass die Beklagte spezifische Layouts vorgibt und ihre Vertragsnehmer allgemein vertraglich zur Einhaltung der Vorgaben des Lizenzsystems verpflichtet, schon tatsächlich nicht nachvollziehbar. Die Beklagte ist in der Lage, den Vertriebsmittlern konkrete Vorgaben zum Layout der Anzeige zu machen, damit ihre Marke prominent und einheitlich präsentiert wird. In § 6 des Vertrages behält sie sich vor, Werbemaßnahmen zu untersagen, wenn ihre Interessen oder diejenigen des Konzeptsystems betroffen sind, insbesondere, wenn die Corporate Identity, das Corporate Design oder Qualitätsvorgaben nicht eingehalten sind. Die Beklagte ist dann selbstredend auch in der Lage - und verpflichtet - Vorgaben zur inhaltlichen Ausgestaltung von Anzeigen zu machen, zumal es sich beim konkreten Fall um ein „typisches“ Problem in der Immobilien-

branche handelt. Die Beklagte ist verpflichtet, nicht nur dann auf die Anzeigen Einfluss zu nehmen, wenn ihre wirtschaftlichen Interessen betroffen, sondern auch - und gerade - dann, wenn die Interessen Dritter im Sinne von § 1 UWG oder die Rechtsordnung betroffen sind.

c) Die streitgegenständliche Werbung für eine Immobilie ist schließlich auch eine Handlung, die „im Unternehmen“ der Beklagten begangen worden ist.

Maßgebend ist allein, dass der Zuwiderhandelnde nicht für einen Dritten oder zu privaten Zwecken, sondern in seiner Eigenschaft als Mitarbeiter oder Beauftragter des Unternehmers tätig wurde, die Handlung also in den Geschäftskreis oder die tatsächlich ausgeübte gewerbliche Tätigkeit des Unternehmers fiel und diesem zugutekommen sollte (BGH GRUR 1995, 605, 608 - Franchisenehmer). Eine Zurechnung findet folglich nur dann nicht statt, wenn Mitarbeiter oder Beauftragte die geschäftlichen Einrichtungen ausschließlich für private Zwecke missbrauchen (BGH GRUR 2007, 994 Rn 19 - Gefälligkeit),

d) Schließlich spricht auch der Normzweck von § 8 Abs. 2 UWG nicht gegen eine Haftung der Beklagten.

Der Gesetzgeber hat die Haftung des Betriebsinhabers selbstständig neben die Haftung des Dritten gestellt, weil der Verletzte als Außenstehender nicht immer in der Lage ist, die Hintergründe des Verstoßes aufzudecken (BGH GRUR 1995, 605, Rn 35 - Franchisenehmer). Dieser Gedanke greift auch hier, denn nach der Ausgestaltung der Werbeanzeige drängt sich aufgrund der blickfangartigen Herausstellung der Kennzeichnung [REDACTED] der Eindruck auf, es handele sich um eine Werbung der Beklagten. Wer von seinen Vertriebsmittlern die Herausstellung seiner Kennzeichnung in der Werbung verlangt, erweitert damit bewusst seinen Risikobereich, dass unter Verwendung dieser Kennzeichnung Wettbewerbsverstöße begangen werden, er und muss sich diese daher zurechnen lassen (BGH a.a.O.).

Soweit die Beklagte einwendet, sie könne nicht die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben bei der Vielzahl von Lizenznehmern kontrollieren, so wird in einem möglichen Ordnungsmittelverfahren zu prüfen sein, ob die Beklagte unter Verschuldensaspekten alle zumutbaren Maßnahmen ergriffen hat, um künftige Verstöße der in ihrer

Absatzorganisation eingebundenen Absatzmittler zu unterbinden (vgl. hierzu Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler/Feddersen, 38. Aufl. 2020, UWG § 12 Rn 6.7)

4. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit findet ihre Grundlage in §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Zulassung der Revision war nicht veranlasst. Zulassungsgründe im Sinne von § 543 ZPO sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Der Senat hat anerkannte Grundsätze der Beauftragtenhaftung auf den Einzelfall angewendet.

Nöhre

Dr. Meckel

Dr. Hasse

