



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

I ZR 243/16

Verkündet am:  
15. Februar 2018  
Führinger  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein  
BGHR: ja

Gewohnt gute Qualität

ZPO §§ 139, 286 A; UWG § 4 Nr. 3

- a) Ein Rechtsmittelführer, der die Verletzung einer gerichtlichen Hinweispflicht gemäß § 139 ZPO geltend macht, muss darlegen, wie er auf einen entsprechenden Hinweis reagiert, insbesondere was er hierauf im Einzelnen vorgetragen hätte und wie er weiter vorgegangen wäre. Er ist dabei grundsätzlich nicht gehindert, sein bisheriges Vorbringen zu ändern und insbesondere zu präzisieren, zu ergänzen oder zu berichtigen. Eine durch Änderungen etwa entstehende Widersprüchlichkeit in seinem Vortrag ist allein im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen.
- b) Eine "gute und professionelle Beratung" und ein "Service in gewohnt guter Qualität" sind keine besonderen Merkmale einer Dienstleistung und daher nicht geeignet, die wettbewerbliche Eigenart einer Dienstleistung zu begründen.

BGH, Urteil vom 15. Februar 2018 - I ZR 243/16 - OLG Naumburg  
LG Stendal

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündlichen Verhandlung vom 15. Februar 2018 durch die Richter Prof. Dr. Koch, Prof. Dr. Schaffert, Dr. Löffler, die Richterin Dr. Schwonke und den Richter Feddersen

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg vom 3. November 2016 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin ist auf dem Gebiet der Schädlingsbekämpfung tätig. Sie steht in Wettbewerb mit der im Jahr 2014 gegründeten Beklagten. Deren beiden Geschäftsführer, die früheren Beklagten zu 2 und 3, waren bis zum 28. Februar 2014 bei der Klägerin angestellt. Die früheren Beklagten zu 2 und 3 versandten am 3. März 2014 an potentielle Kunden der Beklagten zu 1 folgende E-Mail:

Sehr geehrte Damen und Herren,

zum 28.02.2014 habe ich meine langjährige Mitarbeit bei der Firma R. I. GmbH auf eigenen Wunsch beendet, um zum 01.03.2014 mit neuer Gesellschaft Ihnen die gewohnte, gute Zusammenarbeit langfristig gewährleisten zu können. Umstrukturierungen im Konzern sowie die sich veränderte Schädlingsbekämpfungsbranche haben mich dazu bewegt, diesen Schritt zu gehen.

Als Anlage übersende ich Ihnen unser Firmenschreiben mit gleichzeitiger Präsentation unserer Dienstleistungen.

Ich hoffe sehr, dass Sie weiterhin meine gute und professionelle Beratung in Anspruch nehmen werden und werde mich selbstverständlich jederzeit darum bemühen, weiterhin Ihr vollstes Vertrauen zu erlangen sowie den Service in gewohnt guter Qualität ausführen zu lassen.

Mit freundlichen Grüßen

M. T. Geschäftsführer  
E. P. C. GmbH

S. D. Geschäftsführer  
E. P. C. GmbH

B.  
Tel.

D.  
Tel.

2 Die Klägerin hat diese E-Mail als wettbewerbswidrig beanstandet. Sie hat geltend gemacht, die E-Mail enthalte irreführende Angaben. Außerdem nutze die Beklagte mit ihr die Wertschätzung der von ihr nachgeahmten Dienstleistung der Klägerin unangemessen aus.

3 Die Klägerin hat die Beklagte - soweit noch von Interesse - auf Unterlassung, Auskunftserteilung, Schadensersatzfeststellung und Abmahnkostenersatz in Anspruch genommen. Das Landgericht hat der Klage mit diesen Anträgen stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Mit der vom Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter.

#### Entscheidungsgründe:

4 I. Das Berufungsgericht hat offen gelassen, ob die streitgegenständliche E-Mail - wie das Landgericht angenommen hatte - irreführend im Sinne von § 5 UWG war. Die E-Mail habe jedenfalls eine unzumutbare Belästigung im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG sowie eine unter dem Gesichtspunkt einer unlauter-

ren Nachahmung gemäß § 4 Nr. 3 Buchst. b UWG (§ 4 Nr. 9 Buchst. b UWG aF) unzulässige geschäftliche Handlung dargestellt.

5           II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision der Beklagten hat Erfolg und führt zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Dieses hat dadurch, dass es die Beklagte vor dem Erlass seines Urteils nicht auf seine Ansicht hingewiesen hat, die Versendung der streitgegenständlichen E-Mail-Nachricht verstoße gegen § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG, den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG verletzt (dazu unter II 1). Seine Annahme, die Klage sei auch unter dem Gesichtspunkt einer unlauteren Nachahmung gemäß § 4 Nr. 3 Buchst. b UWG begründet, hält der rechtlichen Nachprüfung ebenfalls nicht stand (dazu unter II 2). Die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen rechtfertigen weiterhin nicht die Annahme, die E-Mail enthalte irreführende Angaben im Sinne von § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Nr. 1 und 3 UWG oder behindere die Klägerin gezielt im Sinne von § 4 Nr. 4 UWG (dazu unter II 3).

6           1. Die Revision rügt mit Recht, das Berufungsgericht habe den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör verletzt, weil es diese vor Erlass seines Urteils nicht auf seine Rechtsansicht hingewiesen habe, dass die beanstandete E-Mail gegen § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG verstoße.

7           a) Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs verstößt ein Gericht gegen Art. 103 Abs. 1 GG und das Gebot eines fairen Verfahrens, wenn es bei einer Entscheidung ohne vorherigen Hinweis auf einen rechtlichen Gesichtspunkt abstellt, mit dem auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter nach dem bisherigen Prozessverlauf nicht zu rechnen brauchte (vgl. BVerfG, NVwZ-RR 2011, 460 Rn. 13; NJW 2015, 1867 Rn. 20; BGH, Beschluss vom 17. September 2015 - IX ZR 263/13, NJW 2015, 3453 Rn. 7, jeweils mwN; Urteil vom 17. Dezember 2015 - IX ZR 61/14, NJW-RR 2016, 1171 Rn. 52). So verhält es sich hier.

- 8           aa) Die Klägerin hatte die E-Mail zunächst allein unter dem Aspekt einer Irreführung und später auch unter dem Gesichtspunkt einer Nachahmung beanstandet. Das Landgericht hat der Klage wegen Irreführung stattgegeben. In der Berufungsinstanz hat die Klägerin allein auf Irreführung abgestellt. Ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter musste nach diesem Prozessverlauf nicht damit rechnen, dass das Berufungsgericht die Klage wegen eines Verstoßes gegen § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG für begründet hält, weil es in der E-Mail eine Werbung ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten sieht.
- 9           bb) Der Annahme einer Überraschungsentscheidung steht im Streitfall nicht entgegen, dass - wie die Revisionserwiderung vorbringt - bereits das Landgericht die Bestimmung des § 7 UWG als mögliche Anspruchsgrundlage genannt hatte. Das Landgericht hat diese Vorschrift lediglich insoweit angeführt, als es die Vorschrift des § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG zitiert hat ("Gemäß § 8 Abs. 1 S. 1 UWG kann ... in Anspruch genommen werden, wer eine nach ... oder § 7 [UWG] unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt."). Aus dieser Formulierung war nicht zu ersehen, dass die Klage - anders als von der Klägerin geltend gemacht - auch unter dem Gesichtspunkt einer unzumutbaren Belästigung der Adressaten der E-Mail vom 3. März 2014 aus § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG begründet sein könnte.
- 10          cc) Die Revisionserwiderung macht weiterhin ohne Erfolg geltend, die Beklagte habe selbst auf die zu § 7 UWG ergangene Senatsentscheidung "Telefonwerbung nach Unternehmenswechsel" (Urteil vom 11. März 2010 - I ZR 27/08, GRUR 2010, 939 = WRP 2010, 1249) hingewiesen, um darzutun, dass im Streitfall keine unlautere Abwerbung von Kunden des früheren Arbeitgebers durch ehemalige Beschäftigte vorgelegen habe. Die Beklagte hat sich an den von der Revisionserwiderung in diesem Zusammenhang angeführten Aktenstellen allein auf die Ausführungen bezogen, die der Senat in der Randnummer 30 dieser Entscheidung im Rahmen seiner Prüfung des § 7 Abs. 2

Nr. 2 UWG (Rn. 19 bis 34) gemacht hat, um darzutun, dass das Abwerben von Kunden durch frühere Mitarbeiter eines Wettbewerbers grundsätzlich zulässig ist. Dagegen hat sich die Beklagte zu ihrer Verteidigung nicht auf die Ausführungen des erkennenden Senats in den Randnummern 35 bis 38 jener Entscheidung zu der Bestimmung des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG bezogen, die das Berufungsgericht im Streitfall als einschlägig angesehen hat.

11 dd) Die Revisionserwiderung macht ferner ohne Erfolg geltend, beide Parteien hätten in den Vorinstanzen die Frage erörtert, ob das beanstandete Verhalten der Beklagten nicht nur irreführend, sondern auch unter dem Gesichtspunkt unlauterer Kundenabwerbung wettbewerbswidrig sei. Die Parteien hatten dabei nach dem Zusammenhang, in dem ihr Vortrag jeweils erfolgte, allein die Vorschrift des § 4 Nr. 4 UWG (§ 4 Nr. 10 UWG aF) im Auge; ein Verstoß gegen § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG stand auch insoweit nicht in Rede.

12 b) Soweit das Berufungsgericht die Klage im angefochtenen Urteil unter dem Gesichtspunkt eines Verstoßes gegen § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG als begründet angesehen hat, beruht seine Entscheidung darauf, dass es die Beklagte vor Erlass seiner Entscheidung entgegen § 139 ZPO nicht auf diesen im Prozess von keiner Seite angesprochenen rechtlichen Gesichtspunkt hingewiesen hat.

13 aa) Ein Rechtsmittelführer, der die Verletzung einer gerichtlichen Hinweispflicht gemäß § 139 ZPO geltend macht, muss darlegen, wie er auf einen entsprechenden Hinweis reagiert, insbesondere was er hierauf im Einzelnen vorgetragen hätte und wie er weiter vorgegangen wäre (vgl. BGH, Beschluss vom 26. April 2016 - VI ZB 4/16, juris Rn. 14 mwN). Nur hierdurch wird das Rechtsmittelgericht in die Lage versetzt zu beurteilen, ob die angefochtene Entscheidung auf dem geltend gemachten Verstoß gegen die Hinweispflicht beruht.

- 14           bb) Die Revision macht geltend, die Beklagte hätte, wenn das Berufungsgericht sie auf seine erst im Urteil vertretene Auffassung zu § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG hingewiesen und ihr Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hätte, vorgetragen und unter Beweis gestellt, dass sie die E-Mail allein an Empfänger versandt habe, die ihre Einwilligung hierzu zuvor ausdrücklich erteilt hätten. Außerdem sei davon auszugehen, dass die Voraussetzungen des § 7 Abs. 3 Nr. 1 bis 4 UWG vorgelegen hätten, unter denen bei einer E-Mail-Werbung eine unzumutbare Belästigung im Sinne von § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG nicht anzunehmen sei.
- 15           cc) Es ist nicht auszuschließen, dass das Berufungsgericht unter Berücksichtigung dieses Vorbringens einen Verstoß der Beklagten gegen § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG verneint hätte.
- 16           (1) Dem steht die Feststellung des Berufungsgerichts nicht entgegen, eine Einwilligung der Empfänger der E-Mail sei weder behauptet noch ersichtlich. Die Beklagte hatte ohne einen Hinweis auf § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG keinen Anlass, zu einer Einwilligung der Empfänger der E-Mail vorzutragen.
- 17           (2) Die Revisionserwiderung macht ohne Erfolg geltend, das von der Revision zur Begründung ihrer Rüge, das Berufungsgericht habe den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG verletzt, vorgetragene hypothetische Vorbringen der Beklagten stehe im Gegensatz zu deren in der ersten Instanz gehaltenem Vortrag, bei der streitgegenständlichen E-Mail habe es sich lediglich um einen versehentlich versandten Entwurf gehandelt, und erscheine auch ansonsten wenig glaubhaft sowie im Übrigen unklar. Das Vorbringen ist deswegen nicht schon als ins Blaue hinein gehalten und deshalb unbeachtlich anzusehen. Eine Partei ist grundsätzlich nicht gehindert, ihr Vorbringen im Laufe des Rechtsstreits zu ändern und insbesondere zu präzisieren, zu ergänzen oder zu berichtigen. Eine Bindung an das Vorbringen besteht nur bei einem gerichtlichen Geständnis und auch bei ihm nur dann, wenn nicht be-

wiesen wird, dass das Geständnis der Wahrheit nicht entspricht und durch einen Irrtum veranlasst ist (vgl. §§ 288, 290 ZPO). Eine durch Änderungen etwa entstehende Widersprüchlichkeit im Parteivortrag ist allein im Rahmen der Beweiswürdigung gemäß § 286 ZPO zu berücksichtigen (vgl. BGH, Urteil vom 18. April 2013 - I ZR 66/12, TranspR 2014, 80 Rn. 41 = VersR 2015, 210; Beschluss vom 10. November 2016 - I ZR 235/15, WuM 2017, 48 Rn. 15; Urteil vom 6. Juli 2017 - IX ZR 271/16, ZInsO 2017, 1753 Rn. 18, jeweils mwN).

- 18 (3) Dasselbe gilt entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung für den Vortrag der Revision zum Vorliegen der Voraussetzungen des § 7 Abs. 3 UWG. Zudem wäre der Klageanspruch, soweit das Berufungsgericht ihn als aus § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG begründet angesehen hat, bereits dann zu verneinen, wenn entweder der Vortrag der Beklagten zum Vorliegen ausdrücklicher Einwilligungen der Werbeadressaten im Sinne von § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG oder deren Vortrag zuträfe, insoweit hätten (auch) die Voraussetzungen des § 7 Abs. 3 UWG vorgelegen.
- 19 2. Das angefochtene Urteil hat auch nicht deshalb im Ergebnis Bestand, weil die Klage - wie das Berufungsgericht weiterhin gemeint hat - unter dem Gesichtspunkt einer unlauteren Nachahmung begründet ist. Die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Klageansprüche seien nach § 4 Nr. 3 Buchst. b UWG (§ 4 Nr. 9 Buchst. b UWG aF) begründet, hält der rechtlichen Nachprüfung ebenfalls nicht stand.
- 20 a) Das Berufungsgericht hat angenommen, die Beklagte habe die Dienstleistung der Klägerin zwar nicht insgesamt, aber hinsichtlich deren Merkmale "gute und professionelle Beratung" und "Service in gewohnt guter Qualität" durch ihre Geschäftsführer nachgeahmt. Dieser Bezug auf einzelne Merkmale reiche im Rahmen des § 4 Nr. 3 Buchst. b UWG aus.

- 21           b) Die Revision rügt mit Recht, dass das Berufungsgericht bei diesen Ausführungen keine Feststellungen zur grundlegenden Voraussetzung des wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes getroffen hat, dass die Dienstleistung wettbewerbliche Eigenart aufweist. Die vom Berufungsgericht angesprochene "gute und professionelle Beratung" ist kein besonderes Merkmal einer Beratungsleistung und damit nicht geeignet, die wettbewerbliche Eigenart einer solchen Dienstleistung zu begründen. Dasselbe gilt für den vom Berufungsgericht in diesem Zusammenhang weiterhin angesprochenen "Service in gewohnt guter Qualität". Ohne tragfähige Feststellungen zur wettbewerblchen Eigenart der Dienstleistung der Klägerin hängen die daran anzuknüpfenden Ausführungen des Berufungsgerichts zu den weiteren Tatbestandsmerkmalen des § 4 Nr. 3 Buchst. b UWG in der Luft.
- 22           3. Die Revision ist auch nicht deshalb gemäß § 561 ZPO zurückzuweisen, weil sich das Berufungsurteil aus anderen Gründen als richtig darstellt.
- 23           a) Das Berufungsgericht hat die Frage offen gelassen, ob - wie das Landgericht angenommen hat - eine Irreführung vorliegt. Die von ihm getroffenen Feststellungen rechtfertigen nicht die Annahme, die E-Mail enthalte irreführende Angaben im Sinne von § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Nr. 1 und 3 UWG.
- 24           aa) Das Berufungsgericht hat im Zusammenhang mit seinen Ausführungen zum wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz festgestellt, die E-Mail erwecke den Eindruck, dass man die Leistung, mit der man positive Assoziationen verbinde, nicht mehr bei der Klägerin, sondern nur noch bei der Beklagten erhalten könne.
- 25           bb) Mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts ist bei der Beurteilung der in der E-Mail gemachten Ausführungen der Vortrag der Beklagten zugrunde zu legen, dass die E-Mail allein an Kunden der Klägerin gesandt wurde, die vor dem Ausscheiden der Geschäftsführer der Beklagten bei

der Klägerin von diesen betreut worden waren. Diese Kunden konnten die E-Mail nur dahin verstehen, dass die Geschäftsführer der Beklagten sie darauf hinweisen wollten, dass sie ihre zuvor im Unternehmen der Klägerin erbrachten Leistungen in Zukunft im Unternehmen der Beklagten erbringen würden. Dieser Hinweis entsprach den Tatsachen und war nicht irreführend.

26            b) Das Berufungsgericht hat keine besonderen Umstände festgestellt, die die Abwerbung von Kunden der Klägerin durch die früher bei dieser beschäftigt gewesenen Geschäftsführer der Beklagten zu einer nach § 4 Nr. 4 UWG (§ 4 Nr. 10 UWG aF) unlauteren gezielten Behinderung machten (vgl. dazu BGH, Urteil vom 11. März 2010 - I ZR 27/08, GRUR 2010, 939 Rn. 30 = WRP 2010, 1289 - Telefonwerbung nach Unternehmenswechsel; Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 36. Aufl., § 4 Rn. 4.44; Götting/Hetmank in Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, 3. Aufl., § 4 Nr. 4 Rn. 114). Damit erweist sich die angefochtene Entscheidung auch nicht unter diesem Gesichtspunkt als im Ergebnis richtig.

27            III. Danach hat das mit der Revision angefochtene Urteil weder aus den vom Berufungsgericht angenommenen Gründen noch aus anderen Gründen Bestand; es ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Sache nicht zur

Endentscheidung reif ist, ist sie zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 ZPO).

Koch

Schaffert

Löffler

Schwonke

Feddersen

Vorinstanzen:

LG Stendal, Entscheidung vom 10.03.2016 - 31 O 48/14 -

OLG Naumburg, Entscheidung vom 03.11.2016 - 9 U 22/16 -