



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

I ZR 128/21

Verkündet am:  
24. Februar 2022  
Brauer  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein  
BGHR: ja

Zweitmarkt für Lebensversicherungen II

UWG § 2 Abs. 1 Nr. 3, § 8 Abs. 3 Nr. 1 nF

- a) Nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG nF ist die Anspruchsberechtigung von Mitbewerbern zusätzlich zu dem Bestehen eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses davon abhängig, dass sie in nicht unerheblichem Maße und nicht nur gelegentlich Waren oder Dienstleistungen vertreiben oder nachfragen. Damit soll Missbrauchsmöglichkeiten vorgebeugt werden, die sich aus einer nur pro forma, aber nicht ernsthaft und nachhaltig betriebenen Geschäftstätigkeit ergeben und sich durch ein Missverhältnis der Abmahntätigkeit zur sonstigen Geschäftstätigkeit auszeichnen können.
- b) Für die Annahme eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses genügt es, dass das Wettbewerbsverhältnis erst durch die beanstandete Wettbewerbshandlung begründet worden ist (im Anschluss an BGH, Urteil vom 10. April 2014 - I ZR 43/13, GRUR 2014, 1114 Rn. 30 = WRP 2014, 1307 - nickelfrei).

BGH, Urteil vom 24. Februar 2022 - I ZR 128/21 - OLG Nürnberg  
LG Nürnberg-Fürth

ECLI:DE:BGH:2022:240222UIZR128.21.0

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Februar 2022 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Koch, die Richterin Dr. Schwonke, den Richter Feddersen, die Richterin Dr. Schmaltz und den Richter Odörfer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Oberlandesgerichts Nürnberg - 3. Zivilsenat und Kartellsenat - vom 10. August 2021 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 eine Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten. Die Beklagte ist ein Unternehmen, das sich darauf spezialisiert hat, Versicherungs- und Bausparverträge sowie Fonds und Beteiligungen zu erwerben, um diese weiterzuführen, zu kündigen oder zu verkaufen.

2 Im Rahmen ihres Internetauftritts wirbt die Beklagte unter der Überschrift "Ihre Vorteile beim Verkauf!" mit folgenden Aussagen:

Garantierte Auszahlung bereits nach 18 Tagen  
Einfache und schnelle Online-Abwicklung  
Prüfung der Rückkaufswerte  
Überprüfung der Verträge auf eine Rückabwicklungsmöglichkeit  
Verkauf als bessere Alternative zur einfachen Kündigung

3 Die Klägerin hält diese Werbung unter dem Gesichtspunkt der Irreführung für wettbewerbswidrig. Sie ist der Ansicht, sie sei als Mitbewerberin der Beklagten berechtigt, Ansprüche wegen eines Wettbewerbsverstößes geltend zu machen. Dazu trägt sie vor, sie berate Versicherungsnehmer bei Lebensversicherungsverträgen über die Möglichkeit, aus diesen Verträgen Liquidität zu erhalten, unterstütze diese bei der Umsetzung gegenüber dem Versicherer, Darlehensvermittlern, Banken und sonstigen Dritten und prüfe die Kündigungs- und Rückabwicklungsmöglichkeiten.

4 Nach erfolgloser Abmahnung hat die Klägerin zuletzt beantragt, der Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln zu untersagen,

zu Zwecken des Wettbewerbs wie auf ihrer Internetseite unter für den Ankauf von Lebensversicherungen wie folgt geschehen zu werben:

- (Garantierte) Auszahlung bereits nach 18 Tagen
- Einfache und schnelle Online-Abwicklung
- Prüfung der Rückkaufswerte
- Überprüfung der Verträge auf eine Rückabwicklungsmöglichkeit
- Verkauf als bessere Alternative zur einfachen Kündigung

5 Außerdem hat sie Auskunftserteilung, Schadensersatzfeststellung sowie die Erstattung vorgerichtlicher Rechtsverfolgungskosten verlangt.

6 Das Landgericht hat die Klage mangels Aktivlegitimation der Klägerin abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist ohne Erfolg geblieben. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihre zuletzt gestellten Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

7 I. Das Berufungsgericht hat die Klage mangels Mitbewerbereignschaft der Klägerin für unbegründet erachtet und dazu ausgeführt:

8 Die Klägerin habe mit der Vorlage zweier von ihr als Prozessbevollmächtigte verfasster Klagen gegen eine Versicherungsgesellschaft nach Widerspruch hinsichtlich der zugrundeliegenden Versicherungsverträge hinreichend begründet, dass sie überhaupt als Mitbewerberin der Beklagten in Betracht komme. Die Parteien versuchten jedoch nicht, gleichartige Dienstleistungen innerhalb desselben Endverbraucherkreises abzusetzen. Die Leistungen der Parteien seien nicht unter dem Gesichtspunkt der Beratung substituierbar. Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis lasse sich auch nicht wegen eines Rechtsberatungsanscheins oder unter Heranziehung des zum Behinderungswettbewerb entwickelten weiten Mitbewerberbegriffs begründen.

9 II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision der Klägerin hat Erfolg und führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann der Klägerin eine Anspruchsberechtigung als Mitbewerberin im Sinne von § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG nicht abgesprochen werden.

10 1. Der auf Wiederholungsgefahr gestützte Unterlassungsanspruch ist nur begründet, wenn das beanstandete Verhalten sowohl nach dem zum Zeitpunkt seiner Vornahme geltenden Recht wettbewerbswidrig war als auch nach dem zur Zeit der Revisionsentscheidung geltenden Recht wettbewerbswidrig ist (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Beschluss vom 10. Februar 2022 - I ZR 38/21, GRUR 2022, 500 Rn. 15 = WRP 2022, 452 - Zufriedenheitsgarantie, mwN). Nach der beanstandeten Werbung im Jahr 2018 und nach Erlass des Berufungsurteils ist die in § 8

Abs. 3 Nr. 1 UWG geregelte Anspruchsberechtigung der Mitbewerber mit Wirkung vom 1. Dezember 2021 neu gefasst worden (Art. 9 Abs. 2 Nr. 1 des Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs vom 26. November 2020, BGBl. I S. 2568; UWG nF). Die Ansprüche aus § 8 Abs. 1 UWG stehen nunmehr nicht mehr - wie noch unter § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG in der bis zum 30. November 2021 geltenden Fassung (UWG aF) - jedem Mitbewerber zu, sondern nur dem Mitbewerber, der Waren oder Dienstleistungen in nicht unerheblichem Maße und nicht nur gelegentlich vertreibt oder nachfragt. Eine Übergangsregelung sieht das Gesetz - anders als in § 15a Abs. 1 UWG nF für die Neufassung von § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG - für die Vorschrift des § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG nF nicht vor.

11 Für die Frage, ob der Klägerin Schadensersatzansprüche und - als Hilfsansprüche zur Durchsetzung dieser Ansprüche - Auskunftsansprüche zustehen, ist dagegen das zur Zeit der beanstandeten Handlung geltende Recht und somit § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG aF maßgeblich (vgl. BGH, Urteil vom 24. März 2005 - I ZR 131/02, GRUR 2005, 600, 602 [juris Rn. 27] = WRP 2005, 878 - Handtuchklemmen). Dasselbe gilt hinsichtlich des Anspruchs auf Erstattung von Abmahnkosten, für den es auf die Rechtslage zum Zeitpunkt des Zugangs der anwaltlichen Abmahnung mit Schreiben vom 25. Januar 2018 ankommt (vgl. BGH, Urteil vom 18. November 2021 - I ZR 214/18, GRUR 2022, 391 Rn. 71 = WRP 2022, 434 - Gewinnspielwerbung II, mwN).

12 2. Die Eigenschaft als Mitbewerber gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG aF/nF erfordert ein konkretes Wettbewerbsverhältnis im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG (dazu II 2 a). Darüber hinaus setzt die Anspruchsberechtigung nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG nF voraus, dass der Mitbewerber Waren oder Dienstleistungen in nicht unerheblichem Maße und nicht nur gelegentlich vertreibt oder nachfragt (dazu II 2 b).

- 13 a) Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis ist gegeben, wenn beide Parteien gleichartige Waren oder Dienstleistungen innerhalb desselben Endverbraucherkreises abzusetzen versuchen und daher das Wettbewerbsverhalten des einen den anderen beeinträchtigen, das heißt im Absatz behindern oder stören kann. Da im Interesse eines wirksamen lauterkeitsrechtlichen Individualschutzes grundsätzlich keine hohen Anforderungen an das Vorliegen eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses zu stellen sind, reicht es hierfür aus, dass sich der Verletzer durch seine Verletzungshandlung im konkreten Fall in irgendeiner Weise in Wettbewerb zu dem Betroffenen stellt. Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis ist daher anzunehmen, wenn zwischen den Vorteilen, die die eine Partei durch eine Maßnahme für ihr Unternehmen oder das eines Dritten zu erreichen sucht, und den Nachteilen, die die andere Partei dadurch erleidet, eine Wechselwirkung in dem Sinne besteht, dass der eigene Wettbewerb gefördert und der fremde Wettbewerb beeinträchtigt werden kann und die von den Parteien angebotenen Waren oder Dienstleistungen einen wettbewerblichen Bezug zueinander aufweisen (vgl. BGH, Urteil vom 5. November 2020 - I ZR 234/19, GRUR 2021, 497 Rn. 15 = WRP 2021, 184 - Zweitmarkt für Lebensversicherungen I, mwN).
- 14 b) Nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG nF ist die Anspruchsberechtigung der Klägerin als Mitbewerberin zusätzlich davon abhängig, dass sie in nicht unerheblichem Maße und nicht nur gelegentlich Waren oder Dienstleistungen vertreibt oder nachfragt. Damit soll Missbrauchsmöglichkeiten vorgebeugt werden, die sich aus einer nur pro forma, aber nicht ernsthaft und nachhaltig betriebenen Geschäftstätigkeit ergeben (vgl. Goldmann in Harte/Henning, UWG, 5. Aufl., § 8 Rn. 361) und sich durch ein Missverhältnis der Abmahntätigkeit zur sonstigen Geschäftstätigkeit auszeichnen können (vgl. Fritzsche, WRP 2020, 1367 Rn. 6; Köhler/Feddersen in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl., § 8 Rn. 3.29a). Nach der Gesetzesbegründung sowie mit Blick auf die erforderliche Effektivität der Durchsetzung des Lauterkeitsrechts dürfen jedoch keine zu hohen

Hürden an Umfang und Dauer der Geschäftstätigkeit gestellt werden (vgl. Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs, BT-Drucks. 19/12084, S. 26; Köhler/Feddersen in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 8 Rn. 3.29b). Bei der Prüfung der Voraussetzungen von § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG nF sind ferner die Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu berücksichtigen.

- 15            3. Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien kann danach mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht abgelehnt werden. Das Berufungsgericht hat zu Unrecht einen Substitutionswettbewerb unter dem Gesichtspunkt von Beratungsleistungen in Form einer Überprüfung von Versicherungsverträgen auf eine Rückabwicklungsmöglichkeit abgelehnt.
- 16            a) Das Berufungsgericht hat angenommen, die Klägerin berate Versicherungsnehmer bei Lebensversicherungsverträgen über die Möglichkeiten, aus diesen Verträgen Liquidität zu erhalten, und prüfe dabei die Kündigungs- und Rückabwicklungsmöglichkeiten. Die Beklagte kaufe und verwerte Forderungen und Rechte aus Versicherungsverträgen auf dem Zweitmarkt. Sie werde neben dem "Ankauf" von Versicherungen nicht (rechts-)beratend tätig. Dass die Beklagte über die streitgegenständlichen Angaben auf ihrer Internetseite hinaus tatsächlich eine Rechtsberatung der Versicherungsnehmer vornehme, trage selbst die Klägerin nicht vor. Die Beklagte habe immer wieder ausdrücklich erklärt, sie erbringe keine Beratungsleistung und kaufe lediglich Versicherungsverträge auf. Da nicht jeder Vertrag durch einfache Abtretung übertragen werden könne, prüfe die Beklagte dies individuell. Dem Sachvortrag sei nicht zu entnehmen, dass darüber hinaus Beratungsleistungen gegenüber Versicherungsnehmern erbracht würden, die darauf abzielten, diese darüber zu informieren, ob es sich für sie lohne, sich von dem Versicherungsvertrag zu trennen. Die Klägerin interpretiere letztlich die streitgegenständlichen Werbeaussagen der Beklagten und stütze sich auf Mutmaßungen. Eine werbliche Anpreisung sei noch keine tatsächliche

Beratung. Die Angabe "Verkauf als bessere Alternative zur einfachen Kündigung" unter der Überschrift "Lebensversicherung verkaufen" stelle sich für einen interessierten durchschnittlichen Verbraucher nicht als Beratung, sondern als bloße werbliche Anpreisung des Verkaufs dar.

17           b) Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hat bei der Ablehnung eines Substitutionswettbewerbs unter dem Gesichtspunkt von Beratungsleistungen wesentliche Umstände unter Verstoß gegen § 286 Abs. 1 ZPO unberücksichtigt gelassen.

18           aa) Dabei kann offenbleiben, ob die Ansicht der Revision zutrifft, eine im Wettbewerb zur Klägerin stehende Beratungsleistung der Beklagten folge bereits aus der angegriffenen Werbeaussage "Verkauf als bessere Alternative zur einfachen Kündigung", weil es danach auf der Hand liege, dass die Beklagte nach Prüfung der Übertragbarkeit und der Liquidierbarkeit des Vertrags den Versicherungsnehmer in seinem Entschluss zur Liquidation des angesparten Rückkaufwerts bestärke (vgl. dazu BGH, GRUR 2021, 497 Rn. 22 f. - Zweitmarkt für Lebensversicherungen I).

19           bb) Die Revision weist jedenfalls mit Recht darauf hin, dass die Beklagte ausweislich ihres Streitgegenständlichen Internetauftritts die "Überprüfung der Verträge auf eine Rückabwicklungsmöglichkeit" als einen "Vorteil beim Verkauf" bewirbt. Diese Aussage hat das Berufungsgericht bei seiner Würdigung außer Acht gelassen. Sie kann nur dahin verstanden werden, dass die Beklagte eine entsprechende (außergerichtliche) Überprüfung der Versicherungsverträge im Interesse der Kunden auf die Möglichkeit einer Rückabwicklung - zum Beispiel wegen eines noch bestehenden Widerspruchs- bzw. Widerrufsrechts (vgl. § 5a VVG aF und §§ 8, 9 VVG) - auch tatsächlich anbietet. Ein darüber hinausgehender Vortrag der Klägerin zu einer Beratung war deshalb entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht erforderlich; das Beratungsangebot in Form einer

Überprüfung der Versicherungsverträge auf eine Rückabwicklungsmöglichkeit ergibt sich unmittelbar aus der streitgegenständlichen Werbung.

20 Mit diesem Angebot, die Versicherungsverträge im Interesse der Kunden zu überprüfen, stellt sich die Beklagte in direkten Wettbewerb zu der von der Klägerin als Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten angebotenen Rechtsberatung auch in Versicherungssachen, die eine Prüfung von Kündigungs- und Rückabwicklungsmöglichkeiten von Lebensversicherungsverträgen umfasst, um aus diesen Verträgen Liquidität zu erhalten. Der wettbewerbliche Bezug besteht in den insoweit gleichartigen und damit substituierbaren Beratungsleistungen.

21 Soweit die Beklagte geltend macht, sie erbringe keine Beratungsleistungen, prüfe die Möglichkeit einer eventuellen Rückabwicklung des Vertrags im Vorfeld der Übernahme eines Versicherungsvertrags nicht und habe noch in keinem Fall einen Widerspruch nach § 5a VVG aF oder Widerruf nach §§ 8, 9 VVG erklärt, steht das der Annahme eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses nicht entgegen. Maßgeblich ist insoweit die beanstandete Werbeaussage "Überprüfung der Verträge auf eine Rückabwicklungsmöglichkeit" als konkrete (und unstrittige) Verletzungshandlung. Da es für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung regelmäßig nur um die konkret beanstandete Wettbewerbshandlung geht, genügt es, dass das Wettbewerbsverhältnis erst durch diese Wettbewerbshandlung begründet worden ist, auch wenn die Parteien unterschiedlichen Branchen angehören (vgl. BGH, Urteil vom 10. April 2014 - I ZR 43/13, GRUR 2014, 1114 Rn. 30 = WRP 2014, 1307 - nickelfrei).

22 cc) Die Annahme eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses führt entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung nicht zu einer ungebührlichen Ausweitung der wettbewerbsrechtlichen Anspruchsberechtigung von Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten. Anders als in dem der Entscheidung "Wettbewerbsbezug" zugrundeliegenden Sachverhalt (BGH, Urteil vom 26. Januar 2017

- I ZR 217/15, GRUR 2017, 918 Rn. 19 f. = WRP 2017, 1085 - Wettbewerbsbezug) geht es im Streitfall nicht um eine bloß nachteilige Auswirkung auf die Tätigkeit der Klägerin durch vollständig ungleichartige Dienstleistungen der Beklagten, sondern um gleichartige Dienstleistungsangebote und ein durch ein Konkurrenzmoment geprägtes Verhältnis zwischen den Parteien, die um die Gunst derselben Kunden werben.

23           4. Das Berufungsurteil erweist sich nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO). Für die Frage, ob die Klägerin die weiteren Voraussetzungen als Mitbewerberin gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG nF erfüllt, fehlt es an den dafür erforderlichen Feststellungen des Berufungsgerichts.

24           III. Danach ist das Berufungsurteil aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO) und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, weil sie nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 ZPO).

25           Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

26           1. Das Berufungsgericht hatte seiner angefochtenen Entscheidung noch allein die Vorschrift des § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG aF zugrunde zu legen. Im wiedereröffneten Berufungsverfahren wird es deshalb erstmals prüfen müssen, ob die Klägerin die weiteren Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG nF erfüllt. Im Streitfall sind dabei die zwei vorgelegten Klageschriften gegen Versicherungsgesellschaften zu berücksichtigen. Dass es sich dabei lediglich um Zufallsmandate handelt, hat die Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht substantiiert dargelegt.

27            2. Kommt das Berufungsgericht zu dem Ergebnis, die weiteren Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG nF seien erfüllt, wird es die von der Klägerin geltend gemachten Wettbewerbsverstöße zu prüfen haben.

Koch

Schwonke

Feddersen

Schmaltz

Odörfer

Vorinstanzen:

LG Nürnberg-Fürth, Entscheidung vom 20.12.2018 - 19 O 3943/18 -

OLG Nürnberg, Entscheidung vom 10.08.2021 - 3 U 233/19 -