BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 223/11

Verkündet am:
17. Juli 2013
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. März 2013 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Prof. Dr. Büscher, Prof. Dr. Schaffert, Dr. Kirchhoff und Dr. Löffler

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 29. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 10. November 2011 aufgehoben.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Memmingen - 1. Kammer für Handelssachen - vom 22. Dezember 2010 abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin und die Beklagte sind jeweils auf dem Gebiet der Hörgeräteakustik tätig, bei dem es sich nach der Nr. 34 der Anlage A zur Handwerksordnung um ein zulassungspflichtiges Handwerk handelt. Die Klägerin unterhält in Süddeutschland 33 Filialen, darunter eine in Günzburg, wo auch die Beklagte geschäftsansässig ist. Im Jahr 2009 war der Hörgeräteakustik-Meister Tobias M. sowohl für die Beklagte als auch für deren Schwestergesellschaft in Dillin-

gen, das von Günzburg 26 Straßenkilometer entfernt ist, als Betriebsleiter in der Handwerksrolle eingetragen und eingesetzt.

2 Nach Ansicht der Klägerin ist die Einsetzung eines gemeinsamen Betriebsleiters für die beiden Betriebe wegen Verstoßes gegen die Handwerksordnung und wegen Irreführung der Kundschaft wettbewerbsrechtlich unzulässig. Die Beklagte sei zur ständigen Meisterpräsenz in ihrem Betrieb verpflichtet, die bei der beworbenen zeitgleichen Öffnung der Geschäfte in Dillingen und Günzburg nicht gewährleistet sei. Testkunden hätten festgestellt, dass in dem Geschäft in Dillingen während der Abwesenheit des Meisters M. diesem vorbehaltene Tätigkeiten durchgeführt oder angeboten worden seien.

3 Die Klägerin hat beantragt,

> es der Beklagten unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu untersagen, im geschäftlichen Verkehr
>
> a) einen Hörgeräteakustiker-Betrieb als stehendes Gewerbe zu betreiben, ohne einen in die Handwerksrolle eingetragenen Hörgeräteakustiker als Betriebsleiter zu beschäftigen, der jederzeit unmittelbar im Ladenlokal persönlich erreichbar ist, zumindest aber innerhalb von zehn Minuten, nachdem ein Kunde das Ladenlokal betreten hat, und/oder
>
> b) zeitlich ohne Einschränkung der Öffnungszeiten mit der Erbringung von Leistungen eines Hörgeräteakustikers in Bezug auf einen Betrieb zu werben, in dem nicht wenigstens ein vollzeitbeschäftigter Betriebsleiter zur Verfügung steht, der in die Handwerksrolle eingetragen ist und jederzeit unmittelbar im Ladenlokal persönlich erreichbar ist, zumindest aber innerhalb von zehn Minuten, nachdem ein Kunde das Ladenlokal betreten hat, und/oder
>
> c) gegenüber Versicherten der gesetzlichen Krankenkassen mit der Erbringung von Leistungen eines Hörgeräteakustikers in Bezug auf einen Geschäftsbetrieb zu werben oder solche Leistungen in einem Geschäftsbetrieb zu erbringen, in dem entgegen den vertraglichen Verpflichtungen gegenüber solchen Kassen nicht in Vollzeit ein Betriebsleiter zur Verfügung steht, der in die Handwerksrolle eingetragen ist.

4 Darüber hinaus hat die Klägerin den Ersatz von Abmahnkosten in Höhe von 3.452 € und von Detekteikosten in Höhe von 1.250 € - jeweils nebst Zinsen - begehrt.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

5 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

6 I. Das Berufungsgericht hat die Klage unter dem Gesichtspunkt einer Irreführung über die Verfügbarkeit der von der Beklagten angebotenen Dienstleistungen als begründet angesehen und hierzu ausgeführt:

7 Der Unterlassungsantrag zu a) sei dahin auszulegen, dass die Klägerin die Unterlassung des Offenhaltens des Gewerbebetriebs der Beklagten für den Fall begehre, dass kein in die Handwerksrolle eingetragener Hörgeräteakustiker als Betriebsleiter beschäftigt werde, der innerhalb von zehn Minuten, nachdem ein Kunde das Ladenlokal betreten habe, dort persönlich erreichbar sei. Der Antrag sei mit diesem Inhalt hinreichend bestimmt und auch begründet, weil der Durchschnittsverbraucher, der das geöffnete Ladengeschäft eines Hörgeräteakustiker-Betriebs sehe, davon ausgehe, dass der zur Ausübung des Hörgeräteakustiker-Handwerks Berechtigte grundsätzlich unmittelbar vor Ort verfügbar sei. Es entspreche dabei noch seinem Verständnis, dass der Ausübungsberechtigte etwa aus einem nahegelegenen Büro oder einer wenige Minuten entfernten Werkstatt herbeigerufen werden müsse, nicht aber, dass der Berechtigte lediglich mittelbar über ein EDV-Netzwerk kontaktiert werden oder eingreifen könne oder erst aus einer anderen Stadt herbeigerufen werden müsse und bis zu seinem Eintreffen im Ladengeschäft länger gewartet werden müsse. Einer Irreführung der Verbraucher stehe nicht entgegen, dass Tobias M. sowohl als Betriebsleiter des Dillinger als auch des Günzburger Betriebs in die Handwerks-

rolle eingetragen sei. Denn die Verbraucher hätten hiervon keine Kenntnis; außerdem enthalte die Handwerksrolle im Streitfall keine konkreten Festlegungen hinsichtlich der Betriebsführung und insbesondere zu den Ladenöffnungszeiten. Eine geschäftliche Handlung sei auch dann irreführend, wenn sie keine unmittelbare Relevanz für die Marktentscheidung habe, sondern von ihr lediglich eine Anlockwirkung ausgehe. Ob der Unterlassungsanspruch zu a) auch unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs begründet sei, könne danach dahinstehen.

8 Nach diesen Grundsätzen seien auch der Unterlassungsantrag zu b), wonach der Beklagten eine entsprechende Werbung verboten werden solle, und der Unterlassungsantrag zu c), der darauf abstelle, dass die Beklagte mit ihrem beanstandeten Verhalten ihre vertraglichen Pflichten gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen verletze, unter dem Gesichtspunkt der Irreführung über die angebotenen Dienstleistungen begründet.

9 II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision der Beklagten ist begründet und führt zur Abweisung der Klage.

10 1. Die Revision rügt allerdings ohne Erfolg, das Berufungsgericht habe der Klägerin unter Verstoß gegen § 308 Abs. 1 ZPO etwas zugesprochen, was sie nicht beantragt habe, da es den allein auf den Gesichtspunkt des Rechtsbruchs gemäß §§ 3, 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit §§ 1, 7 HwO gestützten Unterlassungsantrag zu a) unter dem Gesichtspunkt der Irreführung als begründet angesehen habe. Die Klägerin hat auch diesen Klageantrag, wenn nicht von vornherein, so doch jedenfalls im weiteren Verlauf des Rechtsstreits ersichtlich mit darauf gestützt, dass Verbraucher insoweit irregeführt würden.

11 2. Mit Erfolg wendet sich die Revision aber gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, der Unterlassungsantrag zu a) sei unter dem Gesichtspunkt der Irreführung begründet.

12 a) Das Berufungsgericht ist im rechtlichen Ansatz allerdings zutreffend davon ausgegangen, dass ein Unternehmen, das eine Dienstleistung anbietet, dem Werbeadressaten damit grundsätzlich - nicht anders als ein Warenhandelsunternehmen beim Angebot von Waren (vgl. dazu Bornkamm in Köhler/ Bornkamm, UWG, 31. Aufl., § 5 Rn. 8.9 mwN) - den Eindruck vermittelt, dass die Dienstleistung in seinem Geschäftslokal während der Geschäftszeiten den Kunden, die an ihrer Inanspruchnahme interessiert sind, unmittelbar erbracht werden kann. Die Verfügbarkeit stellt ein wesentliches Merkmal eines Produkts dar, über das gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UWG keine unwahren oder sonst zur Täuschung geeigneten Angaben gemacht werden dürfen. Soweit es sich bei der angebotenen Dienstleistung - wie im Streitfall - um eine Beratungsleistung handelt, muss daher während der Öffnungszeiten des Geschäftslokals grundsätzlich (wenigstens) eine Person dort anwesend oder zumindest unmittelbar erreichbar sein, die dazu befähigt und berechtigt ist, die Dienstleistung zu erbringen. Der Verbraucher, der sich in ein Geschäftslokal begibt, um sich dort beraten zu lassen, rechnet zwar damit, gegebenenfalls warten zu müssen, weil zunächst vor ihm eingetroffene Kunden oder Kunden, die einen Termin vereinbart haben, vor ihm an der Reihe sind. Dagegen rechnet der Verbraucher grundsätzlich nicht damit, dass seine Beratung an dem betreffenden (Halb-)Tag nur dann möglich ist, wenn die dazu befähigte und befugte Person sich - wohl nur im Ausnahmefall - vertretbarerweise von einem anderem Geschäftslokal, das immerhin 26 (Land-)Straßenkilometer entfernt ist und in dem sie aktuell die Betriebsleitung innehat, für die Dauer der nachgefragten Beratung und die für den doppelten Weg benötigte Zeit entfernen kann.

13 b) Das Berufungsgericht hat bei seiner Beurteilung allerdings unberücksichtigt gelassen, dass der Verbraucher bei seiner vorstehend dargestellten generellen Leistungserwartung auch die Art der von ihm nachgefragten Dienstleistung sowie die Üblichkeiten im Geschäftsverkehr in Rechnung stellt. Er berücksichtigt insbesondere, dass sich in bestimmten Bereichen und insbesondere dort, wo die Erbringung der Dienstleistung in Form einer Beratung oder Behandlung einen längeren Zeitraum in Anspruch nimmt, häufig die Gewohnheit herausgebildet hat, dass eine solche Beratung oder Behandlung auch dann, wenn das Ladenlokal - wie etwa bei Friseuren - oder die Praxis - bei medizinischen Dienstleistungen - geöffnet ist, üblicherweise nur nach vorheriger Terminvereinbarung durchgeführt wird. Entsprechend verhält es sich auf dem hier in Rede stehenden Gebiet der Hörgeräteakustik. Eine ordnungsgemäß und dementsprechend mit der erforderlichen Sorgfalt durchgeführte Untersuchung und Beratung des Kunden erfordert eine fundierte und deshalb nur von einem Hörgeräteakustik-Meister zu erbringende Leistung. Es handelt sich damit nicht um eine Ad-hoc-Leistung, zumal sich das Nachlassen des Hörvermögens meist über einen längeren Zeitraum erstreckt. Patienten, die an einem plötzlich auftretenden Verlust oder einem starken Nachlassen des Hörvermögens (Hörsturz) leiden, werden einen Facharzt oder eine Krankenhaus-Ambulanz aufsuchen, nicht dagegen einen Hörgeräteakustiker. Vor diesem Hintergrund wird ein Verbraucher, der sich in das Ladenlokal der Beklagten begibt, um sich von einem Hörgeräteakustik-Meister untersuchen und beraten zu lassen, nicht getäuscht, wenn er erfährt, dass die von ihm nachgefragte Dienstleistung nicht sofort erbracht werden kann, weil der zuständige Hörgeräteakustik-Meister an diesem halben Arbeitstag in einem Schwesterunternehmen tätig und dort grundsätzlich unabkömmlich ist.

14 3. Die vom Berufungsgericht hinsichtlich des Unterlassungsantrags zu a) getroffene Entscheidung erweist sich auch nicht deshalb als im Ergebnis richtig,

weil der Anspruch unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs gemäß §§ 3, 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit §§ 1, 7 HwO besteht.

15 a) Die Vorschriften der Handwerksordnung stellen, soweit sie eine bestimmte Qualität, Sicherheit oder Unbedenklichkeit der hergestellten Waren oder angebotenen Dienstleistungen gewährleisten sollen, Marktverhaltensregelungen im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG dar (vgl. OLG Frankfurt, GRUR 2005, 695; LG Arnsberg, WRP 2011, 937, 939; Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 4 Rn. 11.79; v. Jagow in Harte/Henning, UWG, 3. Aufl., § 4 Nr. 11 Rn. 81; Fezer/Götting, UWG, 2. Aufl., § 4-11 Rn. 135; v. Walter, Rechtsbruch als unlauteres Marktverhalten, 2007, S. 211; Elskamp, Gesetzesverstoß und Wettbewerbsrecht, 2008, S. 162). Der Umstand, dass die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, die keinen den § 3 Abs. 1, § 4 Nr. 11 UWG vergleichbaren Verbotstatbestand kennt, in ihrem Anwendungsbereich (Art. 3 der Richtlinie) nach ihrem Artikel 4 eine vollständige Harmonisierung bezweckt, steht der Anwendung der nationalen Vorschriften im Streitfall nicht entgegen. Denn bei den hier in Rede stehenden §§ 1 und 7 HwO handelt es sich um Bestimmungen, die einerseits einen Sicherheits- und - jedenfalls bei Gesundheitshandwerken wie dem des Hörgeräteakustikers - Gesundheitsbezug im Sinne von Art. 3 Abs. 3 und Erwägungsgrund 9 Satz 2 und 3 der Richtlinie 2005/29/EG aufweisen und andererseits auch berufsrechtliche Bestimmungen im Sinne von Art. 3 Abs. 8 dieser Richtlinie darstellen (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 4 Rn. 11.6a, 11.h und 11.k mwN).

16 b) Bei Gesundheitshandwerken, bei denen eine unzureichende Handwerkstätigkeit weitreichende Folgen haben kann, ist allerdings - von ganz engen Ausnahmefällen abgesehen (vgl. dazu VG Schleswig, GewArch 2000, 426, 427) - für jede Betriebsstätte ständige Meisterpräsenz zu verlangen (vgl. Honig/Knörr, HwO, 4. Aufl., § 7 Rn. 39; Karsten in Schwannecke, HwO, 37. Lfg. III/06,

§ 7 Rn. 45; Detterbeck, HwO, 4. Aufl., § 7 Rn. 21; Wiemers, DVBl 2012, 942, 945, jeweils mwN). Der sich aus diesem Erfordernis ergebende Eingriff in die durch Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG gewährleistete Freiheit der Berufsausübung ist im Hinblick auf die dadurch geschützten Gesundheitsinteressen der Bevölkerung gerechtfertigt.

17 c) Aus dem Erfordernis der Meisterpräsenz folgt jedoch nicht, dass der Betreiber eines Hörgeräteakustik-Unternehmens sein Ladenlokal nur so lange offenhalten darf, wie ein Hörgeräteakustik-Meister in diesem anwesend ist oder jedenfalls kurzfristig erreicht werden kann. Ist das Geschäftslokal geöffnet, können - auch ohne Anwesenheit des Meisters - vom übrigen Personal Termine mit in das Ladenlokal kommenden Kunden vereinbart, Ersatz- und Verschleißteile wie etwa Batterien abgegeben und ähnliche Leistungen erbracht werden, bei denen eine Gefährdung der Gesundheit der Kunden ausgeschlossen ist. Insoweit dient ein solches Offenhalten sogar den gesundheitlichen Interessen der Kunden an einer - insbesondere auch in zeitlicher Hinsicht - umfassenden Versorgung mit Hörgeräten. Die nicht ganz auszuschließende abstrakte Gefahr, dass ein Mitarbeiter dabei eine Dienstleistung erbringt, die dem Hörgeräteakustik-Meister vorbehalten ist, muss ins Verhältnis zu den zuvor erwähnten Vorteilen gesetzt werden, die sich für die Kunden aus der von der Klägerin beanstandeten Praxis der Beklagten etwa im Blick auf die erleichterte Vereinbarung von Untersuchungs- und Beratungsterminen und die Versorgung mit Batterien und sonstigen Ersatz- bzw. Verschleißteilen für Hörgeräte ergeben. Bei diesen Gegebenheiten stellte das von der Klägerin erstrebte Verbot eine im Blick auf die durch Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG gewährleistete Freiheit der Berufsausübung nicht zu rechtfertigende Beschränkung der Beklagten dar.

18 c) Dem Erfordernis der Meisterpräsenz wäre allerdings nicht genügt, wenn ein Meister nur ganz gelegentlich in dem fraglichen Betrieb zur Verfügung

stünde, etwa weil er eine Vielzahl von Betrieben oder weit voneinander entfernt liegende Betriebe zu betreuen hätte. So verhält es sich im Streitfall aber nicht. Nach den getroffenen Feststellungen war der Hörgeräteakustik-Meister Tobias M. jeden Tag zur Hälfte im Betrieb der Beklagten in Dillingen und im Übrigen im Betrieb der Schwestergesellschaft in Günzburg tätig und dort ohne weiteres erreichbar. Unter diesen Umständen steht eine Gefährdung der Gesundheit der Kunden, die sich daraus ergeben könnte, dass der Meister neben dem Betrieb in Dillingen noch den Betrieb im benachbarten Günzburg zu betreuen hatte, nicht in Rede.

19 4. Aus diesen Gründen kann auch die Verurteilung der Beklagten gemäß den Unterlassungsanträgen zu b) und zu c) sowie zur Erstattung der Abmahn- und Detekteikosten keinen Bestand haben.

20 III. Nach allem ist das Urteil des Berufungsgerichts aufzuheben, das Urteil des Landgerichts abzuändern und die Klage abzuweisen.

21 Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.

Bornkamm Büscher Schaffert

Kirchhoff Löffler

Vorinstanzen:
LG Memmingen, Entscheidung vom 22.12.2010 - 1 HKO 1561/09 -
OLG München, Entscheidung vom 10.11.2011 - 29 U 157/11 -