
Datum: 22.10.2013
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 66/13
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2013:1022.4U66.13.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 19 O 114/13

Tenor:

Auf die Berufung der Antragsgegnerinnen wird das am 17. April 2013 verkündete Urteil der V. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Dortmund abgeändert.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Gründe:

Von der Darstellung des Tatbestandes wird gemäß § 313 a Abs. 1 S. 1 ZPO abgesehen.

Die Berufung der Antragsgegnerinnen ist begründet. Das angefochtene Urteil ist auf deren Hauptantrag abzuändern. Der Antrag der Antragstellerin auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist zurückzuweisen, weil es an einem Verfügungsgrund fehlt.

1) Mit dem Einwand, dass bei dem Handelsrichter X die Besorgnis der Befangenheit bestanden haben soll, können die Antragsgegnerinnen allerdings in diesem Zusammenhang nicht gehört werden. Fraglich ist schon, ob nach dem Ende der Instanz noch geltend gemacht werden kann, dass im Hinblick auf einen der ehrenamtlichen Richter, nämlich den Handelsrichter X, die Besorgnis der Befangenheit bestanden haben soll. Selbst wenn die Voraussetzungen für eine Ablehnung nach § 42 Abs. 1 ZPO vorgelegen haben sollten, so könnte der Richter angesichts der Heilungsmöglichkeit des § 43 ZPO nicht mehr abgelehnt werden, wenn den Antragsgegnerinnen die maßgeblichen Umstände zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung bekannt gewesen wären. Nur wenn sie nicht bekannt gewesen

1

2

3

4

wären, könnte die Partei an sich die deswegen unterbliebene Ablehnung später noch nachholen, müsste dann allerdings glaubhaft machen, dass der vermeintliche Ablehnungsgrund, der hier der Tätigkeitsbereich des Handelsrichters X sein soll, erst später bekannt geworden ist (§ 44 Abs. 4 ZPO). Ob eine solche Glaubhaftmachung hier erfolgt ist, kann allerdings offen bleiben. Denn im Rahmen eines anhängigen Berufungsverfahrens kann die Mitwirkung eines befangenen Richters ohnehin nur im Rahmen eines Angriffs in der Form des § 520 Abs. 3 Nr. 2 ZPO geltend gemacht werden (Zöller/Vollkommer, ZPO § 44 Rdn. 5). Darauf könnte dann nur ein Antrag auf Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung der Sache gestützt werden, der im Verfügungsverfahren untunlich ist. Der Eilcharakter des Verfügungsverfahrens steht für sich schon einer solchen Aufhebung und Zurückverweisung entgegen (Berneke, Die einstweilige Verfügung, Rdn. 220). Die Antragsgegnerinnen haben in Anbetracht des Verfügungsverfahrens in der Hauptsache die Abänderung des Urteils und die Zurückweisung des Antrags begehrt, also eine Sachentscheidung des Senats. Die Aufhebung des Urteils und die Zurückweisung des Urteils machen sie nur mit einem Hilfsantrag geltend, der hier nicht praktisch wird. Es kann deshalb auch dahinstehen, ob die Antragsgegnerinnen den geltend gemachten Ablehnungsgrund im einzelnen gemäß § 42 Abs. 2 ZPO glaubhaft gemacht haben.

2) Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung hat bereits deshalb keinen Erfolg, weil 5
der für eine solche Eilregelung erforderliche Verfügungsgrund entgegen dem Vortrag der Antragstellerin nicht gegeben ist.

Die Antragstellerin macht neben Ansprüchen aus dem Bereich der unerlaubten Handlung 6
auch einen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch auf der Grundlage einer gezielten Behinderung im Sinne des § 4 Nr. 10 UWG geltend. In Zusammenhang damit streitet für sie zwar zunächst die Dringlichkeitsvermutung des § 12 Abs. 2 UWG. Diese zunächst bestehende Vermutung ist hier aber widerlegt. Die Antragstellerin hat sich als Anspruchsberechtigte nach der Kenntnis von den maßgeblichen Umständen, die im Hinblick auf einen Wettbewerbsverstoß eine Wiederholungsgefahr oder eine Erstbegehungsgefahr begründen, länger als einen Monat Zeit gelassen und damit gezeigt, dass es ihr mit der Regelung und dem Verbot doch nicht so eilig ist, wie zunächst zu vermuten war.

Die Antragstellerin erhielt am 15. Februar 2012 durch eine E-Mail eines Rechtsanwalts Dr. C 7
(Anlage ASt 5) erstmals Kenntnis von einem Versicherungsvertrag vom 7. Juli 2011 (Anlage ASt 4) mit der Antragsgegnerin zu 1), der von der Generalagentur H AG als Versicherer unterzeichnet wurde. Dieser Vertrag sollte der Absicherung des Anlageprodukts der Antragsgegnerin zu 1) in Bezug auf die Garantie-Vermietung und den garantierten Rückkauf der zu Anlagezwecken verkauften Container dienen. Rechtsanwalt Dr. C fragte an, ob der Generalvertreter H bevollmächtigt gewesen sei, einen solchen Versicherungsvertrag mit einem angeblichen Risiko bis zu 400 Mio € abzuschließen.

Die Compliance-Abteilung der Antragstellerin nahm daraufhin Kontakt mit Herrn H auf und 8
deren Mitarbeiter D befragte ihn am 22. Februar 2012 zu den Umständen der Vertragsunterzeichnung. Bei der Befragung stellte sich dann heraus, dass Herr H ohne Vollmacht der Antragstellerin und in dem Bewusstsein gehandelt hatte, dass er als Versicherer unter Hinweis auf die H AG einen solchen Vertrag nicht hätte unterzeichnen dürfen. Ihm sei aber erklärt worden, dass ein echter Versicherungsschaden nicht eintreten könnte, weil mit der Vereinbarung eine sog. „no claims Garantie“ verbunden gewesen sei. In einem Nachtrag vom selben Tag (Anlage ASt 4a), den Herr H vorlegte, sei nämlich ein Selbstbehalt vereinbart worden, der größer gewesen sei als der versicherte Garantiezins oder der Rückkaufwert. Herr H schätzte Vertrag und Nachtrag erklärtermaßen so ein, dass damit

offenbar die Kunden der Antragsgegnerin betrogen werden sollten, indem ihnen der Nachtrag vorenthalten und damit der Eindruck erweckt wurde, es gebe nur die die Anlagerisiken absichernde Versicherungspolice der Antragstellerin ohne die sog. „no claims Garantie“. Auch das ergibt sich aus dem Protokoll der Einvernahme des Herrn H am fraglichen Tag (Anlage ASt 6).

Die Antragstellerin schrieb nach der Kenntnis von diesen Umständen am 28. Februar 2012 die Antragsgegnerin zu 1) an (Anlage ASt 7). Sie wies darauf hin, dass ein Versicherungsvertrag mit ihr nicht bestünde. Zu der Unterzeichnung des Vertrages sei es ohne ihre Kenntnis gekommen. Herr H als Versicherungsvertreter und Vermittler von Verträgen sei nicht berechtigt gewesen, sie bei dem Abschluss eines solchen Vertrages zu vertreten. Sie habe insoweit auch keinen zurechenbaren Rechtsschein gesetzt. Diverse Merkmale ließen vielmehr erkennen, dass es sich nicht um einen echten Versicherungsvertrag gehandelt habe. Vor diesem Hintergrund machte die Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin zu 1) einen Anspruch geltend, es zu unterlassen, **anzugeben oder durch Vorlage des Dokuments den Eindruck zu erwecken, als ob durch die H AG oder eine andere Gesellschaft der H2-Gruppe Versicherungsschutz für die genannten Risiken gewährt würden.** Es wurde angedroht, Zuwiderhandlungen gegen dieses Verbot rechtlich zu verfolgen. Die Antragstellerin forderte die Antragsgegnerin zu 1) ferner auf, etwaige unrichtige Erklärungen gegenüber Dritten insoweit richtig zu stellen und das irreführende Originaldokument herauszugeben. 9

Die angeschriebene Antragsgegnerin nahm mit Schreiben vom 2. März 2012 (Anlage ASt 8) zu den geltend gemachten Ansprüchen überhaupt nicht Stellung, sondern verlangte ihrerseits von der Antragstellerin im Rahmen des von deren Generalagenten H unterzeichneten Vertrages, ihr innerhalb einer bestimmten Frist die Versicherungspolice zu erteilen. Sie bestand somit auf einer Erfüllung des Vertrages. Mit weiterem Schreiben vom 29. März 2012 (Anlage ASt 9) kündigte die Antragsgegnerin Schadensersatzansprüche an und forderte ein Anerkenntnis, welches die Antragstellerin mit Schreiben vom 4. April 2012 (Anlage ASt 10) verweigerte. 10

Mit Schreiben vom 26. Juni 2012 (Anlage ASt 11) meldete sich anstelle von Rechtsanwalt G Rechtsanwalt Dr. I für die Antragsgegnerinnen und wies darauf hin, dass Herr H nach ihren Informationen sehr wohl den Anschein erweckt hätte, zum Abschluss des Versicherungsvertrages bevollmächtigt zu sein. Er bat um bestimmte Auskünfte und erklärte, dass die Antragsgegnerin zu 1) nirgends damit werbe, den Versicherungsschutz der H2 zu besitzen. Die Antragstellerin stellte mit Schreiben vom 4. Juli 2012 (Anlage ASt 12) klar, dass die Voraussetzungen für eine Anscheins- oder Duldungsvollmacht nicht vorlägen. Sie erklärte, dass mit Ausnahme der zurückgewiesenen Überweisung der Maklerin im Mai 2012 keine Zahlungen bei ihr eingegangen seien. 11

In der Folge ging die Antragstellerin dann nach eigenem Vortrag davon aus, die Angelegenheit habe sich erledigt, und ließ sie auf sich beruhen. 12

Erst auf eine Nachfrage des Journalisten F vom 11. Februar 2013, ob die Antragsgegnerin ihren Angaben entsprechend tatsächlich das Anlagekapital und die Basismiete bei einer führenden Versicherung versichert habe und ob es sich dabei um die H2-Versicherung handele, griff die Antragstellerin die Angelegenheit wieder auf. Sie stellte dabei fest, dass die Antragsgegnerin zu 1) gegenüber Anlegern auf Nachfragen auf die H2 verweise und die Police vorweise. In einem Telefongespräch vom 1. März 2013 brachte Herr u2 von der Rechtsabteilung der Antragstellerin in einem Gespräch mit Herrn u von der SCI Bad Oeynhausen in Erfahrung, dass ihm von einem Geschäftsführer der Antragsgegnerin zu 1) 13

am Telefon gesagt worden sei, dass die H2 das Investmentprodukt „Protect“ der Solvium abgesichert hätte, dies aber unter der Decke halte. Das ergibt sich aus der eidesstattlichen Versicherung des Herrn u2 vom 1. März 2013 (Anlage ASt 17). Nach einem ergänzenden Vortrag der Antragstellerin soll es sogar eine Geheimhaltungsvereinbarung mit den jeweiligen Anlegern geben (Anlage ASt 32).

Die Antragstellerin hat am 6. März 2013 den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gestellt, mit der den Antragsgegnern untersagt werden sollte, im geschäftlichen Verkehr damit zu werben, dass für die Investmentprodukte der Antragsgegnerin zu 2) Versicherungsschutz durch die Antragstellerin oder eine andere Gesellschaft der H2 Gruppe gewährt werde. 14

Aus diesen Zeitläufen folgt, dass die Antragstellerin im Februar 2012 Kenntnis von dem von Herrn H abgeschlossenen Versicherungsvertrag erhielt, auch von den Umständen seines Abschlusses und insbesondere davon, dass ein echter Versicherungsschaden überhaupt nicht eintreten konnte und sollte. Sie erfuhr dann auch alsbald, dass sich die Antragsgegnerin zu 1) eines wirksamen Versicherungsvertrages mit ihr berühmte und auf Erfüllung bestand. Auf das Unterlassungsbegehren der Antragstellerin war diese überhaupt nicht eingegangen. 15

In der Folge ließen die Parteien zunächst die Streitfrage ungeklärt, ob ein Versicherungsvertrag mit der Antragstellerin wirksam zustande gekommen ist, wozu es nach wie vor bis heute unterschiedliche Rechtsauffassungen gibt. Die Antragstellerin gab sich mit der allerdings erst am 26. Juni 2012 nach einem Anwaltswechsel abgegebenen allgemeinen Erklärung zufrieden, mit dem Versicherungsschutz der H2 werbe die Antragsgegnerin zu 1) nicht. 16

Als die Seriosität der Antragsgegnerinnen und insbesondere ihres Anlagemodells in der Fachpresse in Zweifel gezogen wurde, verwiesen diese dann auf Nachfragen erneut auf den nach ihrer Rechtsauffassung gegebenen Versicherungsschutz bei der Antragstellerin, die sie zunächst als große deutsche Versicherung umschrieben. 17

Durch diese Entwicklung hat sich keine so andere Sachlage ergeben, dass es nach dem ursprünglich so langen Zuwarten und der verbliebenen Unsicherheit über die Rechtslage einen neuen Grund für eine nunmehrige Eilregelung gab. 18

Dagegen spricht, dass der ein Jahr vorher im Wesentlichen genauso formulierte Unterlassungsanspruch erst nunmehr gerichtlich verfolgt wird. Die Tatsache, dass nun die Werbung mit dem angeblich abgeschlossenen Vertrag ausdrücklich in den Antrag aufgenommen wurde, kann nichts daran ändern, dass es bei der zuvor zu unterlassenen Vorlage des Vertrages an Dritte oder des Erweckens des Eindrucks, es bestehe ein solcher Vertrag gegenüber Dritten, ausschließlich um Werbung für das damit angeblich abgesicherte Anlagemodell handeln konnte. Die Antragstellerin störte an dem Geschäftsmodell am meisten, dass es um einen zum Betrug einladenden Versicherungsvertrag ging, weil der Nachtrag mit der „no claims Garantie“ der Versicherungszusage den wirtschaftlichen Wert nahm, ohne dass dieser den Anlegern und Interessenten gleichzeitig bekannt gemacht werden sollte. Es sollte der falsche Anschein erweckt werden, das Risiko sei bei der H2 versichert. Ein solcher Anschein, ein solches Risiko so zu versichern und damit an einem möglichen Anlegerbetrug mitzuwirken, könnte zu einer behindernden Rufschädigung der Antragstellerin führen. Die Existenz dieses Vertrages mit einem solchen Nachtrag war aber schon 2012 bekannt. Deshalb sollten nach der Aufforderung der Antragstellerin auch Falschinformationen korrigiert und der Originalvertrag herausgegeben werden. 19

Im Jahre 2013 hat sich dann nur herausgestellt, dass die Antragsgegnerinnen offenbar zwar nicht in ihrer unmittelbaren Werbung aber jedenfalls auf unbequeme Nachfragen der Anleger und der Presse auf die entsprechende Absicherung durch die Antragstellerin hinwiesen und zum Beleg den auf die Aufforderung nicht herausgegebenen Vertrag vorwiesen. Die damals von der Antragstellerin zu Recht als solche gesehene Begehungsgefahr hatte sich in vorhersehbarer Weise verwirklicht. Die Schaffung eines solchen Vertrages konnte ersichtlich allein das Ziel haben, ihn gegebenenfalls auch Anlegern gegenüber zu benutzen, weil er aus ihrer Sicht als Scheinvertrag ohne risikomindernde Bedeutung war. Ein solcher Vertrag machte nur Sinn, wenn er als besonders wirksame Werbung für die Anlage eingesetzt wurde. Die Beeinträchtigung der Antragstellerin dadurch drohte unmittelbar und konkret. Deshalb kann es auch nicht entscheidend sein, dass es damals noch keine festgestellte Verletzungshandlung in dem Sinne gab, dass mit dem schon als solchen hindernden Vertrag konkret Werbung gemacht worden ist. Kern der Beeinträchtigung der Antragstellerin war und blieb der Vertragsabschluss als der Umstand, der eine Begehungsgefahr begründete. Die zu Recht befürchtete Verletzungshandlung stand aufgrund der Schaffung eines solchen Vertrages unmittelbar bevor und diese Gefahr bestärkte sich sogar noch dadurch, dass sich die Antragsgegnerin zu 1) auf einen wirksamen Versicherungsvertrag mit der Antragstellerin berief, auf den sie dann auch jederzeit hätte verweisen können, wenn es um die Absicherung der Anlage gegangen wäre.

Die Gefahr, auf die sich die Antragstellerin später zur Begründung der Eilbedürftigkeit berufen hat, dass noch mehr Kunden der Antragsgegnerinnen über die Absicherung von deren Fondprodukten bei der H2-Versicherung getäuscht würden mit der Folge, dass der Imageschaden der Antragstellerin dann nicht mehr rückgängig gemacht werden könnte (Bl.17), hatte sich bereits dadurch verwirklicht, dass die Antragstellerin nach der Kenntnisnahme nicht sofort auf eine entsprechende Eilregelung hingewirkt hat. 21

Die einfache Erklärung der Antragsgegnerinnen durch Rechtsanwalt Dr. I, dass nicht mit dem Namen der H2 geworben werde, reicht als Aufgabe der Berühmung nicht aus. Es wird noch nicht einmal eine zukünftige Unterlassung versprochen, den weiterhin für wirksam gehaltenen Vertrag vorzulegen. Von einer Strafbewehrung ist gleichfalls keine Rede. Im Übrigen wäre eine solche Erklärung der Antragstellerin auch erst lange nach Ablauf der Monatsfrist zur Kenntnis gelangt. Während des Laufs der Monatsfrist musste die Antragstellerin ganz sicher von einer weiteren Begehungsgefahr ausgehen. 22

Entgegen den Ausführungen der Antragstellerin im Schriftsatz vom 7. Oktober 2013 kann im vorliegenden Fall nach den obigen Ausführungen nicht so scharf zwischen dem Vertragsschluss als Vorbereitungshandlung und der späteren tatsächlichen Werbung mit dem Vertrag als Verletzungshandlung getrennt werden. Die Beeinträchtigung der Antragstellerin, die zwischen diesen Parteien, die sich in völlig unterschiedlichen Marktsegmenten bewegen, erst ein ad hoc Wettbewerbsverhältnis hätte begründen können, erfolgte schon durch einen **solchen** Vertragsschluss unter Einbeziehung des guten Namens der H2. Das ist keine echte noch unerhebliche Vorbereitungshandlung, sondern eine wettbewerbslich relevante Handlung, die hier wegen ihrer vorgesehenen und drohenden Außenwirkung (vgl. Köhler / Bornkamm, UWG 31. Aufl., Einl. 5.11; § 2 Rdn. 30, 36) die Begehungsgefahr für den streitgegenständlichen Wettbewerbsverstoß begründet hat. Die Antragstellerin hat sich folgerichtig auch nicht nur eines vorbeugenden Unterlassungsanspruchs, sondern sogar eines Beseitigungsanspruchs im Hinblick auf eine bereits stattgefundene Verwendung des Vertrages berühmt. Damit wird ganz deutlich, dass sie nicht nur den sicheren Eindruck hatte, dass die Antragsgegnerinnen den Vertrag zu Werbezwecken verwenden wollten, sondern gut für möglich hielt, dass das schon geschehen sein könnte. Somit ist es auch nicht richtig, dass 23

im Jahre 2012 noch kein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien vorlag. Wenn es überhaupt eines gab, was nicht ganz unproblematisch ist, dann ab Februar 2012. Die im Raum stehende drohende Verletzungshandlung war nicht die Tatsache, dass die Antragsgegnerin zu 1) aus ihrer Sicht einen wirksamen Vertragsabschluss reklamierte, sondern die beabsichtigte Täuschung von Anlegern unter Hinweis auf einen solchen Versicherungsvertrag mit der Antragstellerin ohne Vorlage des gesonderten Nachtrags, der den Versicherungsvertrag nach der eigenen Auffassung der Antragstellerin zum Scheinvertrag machte. Darauf weist die Antragstellerin in der weiteren Berufungserwiderung auf Seite 16 zutreffend selbst hin. Danach wurde ein reines Scheingeschäft zum Zwecke der Werbung abgeschlossen, welches nicht nur nicht wirksam, sondern auch inhaltlich für die Anleger völlig wertlos war, ohne dass sie es erkennen konnten.

Diese greifbare Gefahr der Täuschung der Anleger und des Missbrauchs, die der einzige vernünftige Sinn eines solchen Vertragsabschlusses unter Einbeziehung des Namens der Antragstellerin sein konnte, stellte auch keine bloß theoretische Möglichkeit einer Verwendung des Vertrages im Rahmen der Werbung für die Anlage dar. Es lag vielmehr auf der Hand, dass die Antragsgegnerinnen den Vertrag bei einer sich bietenden Gelegenheit zu Werbezwecken verwenden würden. Die vorgelegten Unterlagen und insbesondere das Protokoll der Anhörung des Generalagenten H machen deutlich, dass die Antragstellerin genau diesen Eindruck gewinnen musste und gewonnen hat. Der Eindruck verstärkte sich noch dadurch, dass die Antragsgegnerin zu 1) auf das Unterlassungsverlangen hin sich sogar noch ausdrücklich auf die Wirksamkeit des Vertrages berief, die sie in ihren Augen zu einer Werbung damit berechtigt hätte. Es trifft deshalb nicht zu, dass die Antragstellerin unter der Voraussetzung, dass der Anspruch auf Unterlassung einer solchen wettbewerbswidrigen Behinderung sachlich gerechtfertigt gewesen wäre, einen solchen Unterlassungsanspruch nicht mit Aussicht auf Erfolg hätte gerichtlich geltend machen können. Wegen der besonderen Umstände musste sie sofort vorgehen, wenn sie eine Eilregelung wünschte, und durfte nicht darauf warten, bis sie aus irgendeiner Quelle erfuhr, dass die Antragsgegnerinnen den Vertrag tatsächlich in der vorgesehenen und drohenden Art und Weise verwendeten. Da es um eine Begehungsgefahr ging, brauchte die Antragstellerin auch gerade keine konkrete Verletzungshandlung abzuwarten. Wenn sie die Angelegenheit wegen der drohenden Beeinträchtigung ihrer Interessen als eilbedürftig ansah, musste sie handeln. Wenn sie aus Gründen des Prozessrisikos dennoch erst eine nachweisbare Verletzungshandlung abwarten wollte, konnte sie wegen des dadurch begründeten Verletzungsunterlassungsanspruchs immer noch im Wege der Klage vorgehen. Für eine Eilregelung fehlte es dann aber an der Dringlichkeit.

24

Bei ihrer Argumentation spart die Antragstellerin in diesem Zusammenhang gezielt aus, dass es bei ihrer Beeinträchtigung von Anfang an um die Konstruktion eines täuschenden Scheinvertrages ging, der seinen Sinn nur in einer entsprechenden Verwendung zur Werbung von Anlegern haben konnte.

25

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.

26