

Oberlandesgericht Celle,

Urteil vom 6.9.2012, 13 U 188/11

Tenor

Das Urteil der 18. Zivilkammer des Landgerichts Hannover vom 28. Juni 2011 wird abgeändert und klarstellend wie folgt neu gefasst.

1. Es wird der Beklagten zu 1 untersagt, Kfz-Sachverständige im geschäftlichen Verkehr aufzufordern, ihr Einverständnis mit der Veröffentlichung der von ihnen im Rahmen der Erstellung von Kfz-Schadensgutachten erstellten Lichtbildern in Internet-Restwertbörsen zu erklären, wenn dies mit dem für den Fall der Nichteinwilligung erteilten Hinweis geschieht wie:

„Allerdings hat dies für uns dann zur Folge, dass Ihre Gutachten möglicherweise für uns nicht prüffähig sind, obwohl wir das Recht zur Prüfung haben. Die sich daraus ergebenden Folgen werden wir im Einzelfall prüfen“.

2. Es wird der Beklagten zu 2 untersagt, Kfz-Sachverständige im geschäftlichen Verkehr aufzufordern oder durch die Beklagte zu 1 auffordern zu lassen, ihr Einverständnis mit der Veröffentlichung der von ihnen im Rahmen der Erstellung von Kfz-Schadensgutachten erstellten Lichtbildern in Internet-Restwertbörsen zu erklären, wenn

dies mit dem für den Fall der Nichteinwilligung erteilten Hinweis geschieht wie:

„Allerdings hat dies für uns dann zur Folge, dass Ihre Gutachten möglicherweise für uns nicht prüffähig sind, obwohl wir das Recht zur Prüfung haben. Die sich daraus ergebenden Folgen werden wir im Einzelfall prüfen“.

3. Für jeden Fall der Zuwiderhandlung wird den Beklagten die Verhängung eines Ordnungsgeldes von jeweils bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft jeweils bis zu 6 Monaten, zu vollziehen an den jeweiligen Vorstandsvorsitzenden, im Wiederholungsfalle bis zu jeweils 2 Jahren, angedroht.

4. Die Beklagte zu 1 wird verurteilt, an den Kläger 208,65 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszins seit dem 27. Juli 2010 zu zahlen.

Von den im Berufungsverfahren entstandenen Gerichtskosten und außergerichtlichen Kosten des Klägers tragen dieser und die Beklagte zu 1 jeweils die Hälfte; die der Beklagten zu 2 entstandenen außergerichtlichen Kosten trägt der Kläger. Die Beklagte zu 1 trägt die ihr entstandenen außergerichtlichen Kosten selbst. Von den im erstinstanzlichen Verfahren entstandenen gerichtlichen Kosten und dem Kläger entstandenen Kosten tragen die Beklagten jeweils die Hälfte. Die Beklagten tragen zudem die ihnen entstanden außergerichtlichen Kosten selbst.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Es bleibt den Beklagten nachgelassen, die Vollstreckung des Unterlassungsgebots durch Sicherheitsleistung in Höhe von jeweils 15.000 € abzuwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung in dieser Höhe Sicherheit leistet. Im Übrigen bleibt es den Parteien nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des jeweils vollstreckbaren Betrags abzuwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrags leistet.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf insgesamt 30.000 € (jeweils 15.000 € für die Anträge zu 1. und 2.) festgesetzt.

Gründe

I.

Der Kläger macht gegen die Beklagten wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche geltend. Der Bundesgerichtshof hatte mit Urteil vom 29. April 2010 (I ZR 68/08 - *Restwertbörse*) entschieden, dass der Haftpflichtversicherer, dem ein von einem Sachverständigen im Auftrag eines Unfallgeschädigten erstattetes Gutachten über den Schaden an einem Unfallfahrzeug vorgelegt wird, grundsätzlich nicht berechtigt ist, im Gutachten enthaltene Lichtbilder ohne Einwilligung des Sachverständigen in eine Restwertbörse im Internet einzustellen, um den von dem Sachverständigen ermittelten Restwert überprüfen und ggf. dem Geschädigten ein höheres Restwertangebot machen zu können. Die Beklagte zu 1 bat die Sachverständigen um Mitteilung, ob sie generell mit der Einstellung der Gutachten und Lichtbildern in Internet-Restwertbörsen einverstanden seien. Das entsprechende Anschreiben enthielt folgende Passagen:

„Sofern Sie uns mitteilen, dass Sie mit einer Einstellung nicht einverstanden sind, werden wir bei Ihren Gutachten inkl. Lichtbildern selbstverständlich keine Einstellungen in Internet-Restwertbörsen vornehmen.“

Allerdings hat dies für uns dann zur Folge, dass Ihre Gutachten möglicherweise für uns nicht prüffähig sind, obwohl wir das Recht zur Prüfung haben. Die sich daraus ergebenden Folgen werden wir im Einzelfall prüfen.“

Die Beklagte zu 2 teilte denjenigen Sachverständigen, die in ihren Gutachten auf ihr Urheberrecht hingewiesen hatten, Folgendes mit:

„Als Krafthaftpflichtversicherer des Schädigers steht uns jedoch das Recht zur inhaltlichen Prüfung des Gutachtens zu. Aufgrund des von Ihnen verwendeten Hinweises in dem Gutachten sind wir der Auffassung, dass dieses Recht eingeschränkt wurde und uns eine vollständige Prüfung dadurch erschwert wird. Wir übersenden Ihnen daher das Gutachten im Original zurück. Nach der von uns vertretenen Meinung können wir es daher nicht zur Grundlage unserer Regulierung machen und es besteht kein Anspruch auf Erstattung der Gutachterkosten gegen uns.“

Der Kläger sieht darin eine nach §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 1 UWG unzulässige Handlung.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das Urteil des Landgerichts Hannover vom 28. Juni 2011 Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO).

Das Landgericht hat die auf Unterlassen gerichtete Klage als unzulässig und den Klageanspruch auf Erstattung der vorgerichtlichen Kosten als unbegründet abgewiesen.

Dem Kläger fehle die nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG erforderliche Klagebefugnis. Die dem Kläger angehörenden Unternehmen stünden zu den Beklagten auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt nicht im Wettbewerb. Die Mitglieder des Klägers hätten mangels Wettbewerbsverhältnisses keinen eigenen wettbewerblichen Unterlassungsanspruch (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG) gegen die Beklagten. Versicherungsunternehmen und Sachverständige böten keine Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art im Sinne § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG an. Die Beklagten würden ferner weder fremden Wettbewerb fördern noch sich an einem Wettbewerbsverstoß eines Mitbewerbers als Störer beteiligen. Die beanstandeten Anschreiben der Beklagten seien darauf gerichtet, dass der Sachverständige den Beklagten unentgeltlich eine urheberrechtliche Nutzungsbefugnis überträgt. Damit würden indessen keine Mitbewerber der von dem Kläger vertretenen Mitglieder gefördert.

Da es sich bei den Anschreiben nicht um Allgemeine Geschäftsbedingungen der Beklagten handele, folge die Klagebefugnis ferner nicht aus §§ 3, 1 UKlaG. We-

der werde ein Vertragsinhalt gestaltet, noch eine rechtsgeschäftliche Erklärung des anderen Teils vorformuliert.

Infolgedessen bestehe auch kein Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten.

Hiergegen richtet sich die Berufung des Klägers. Die Klagebefugnis ergebe sich seiner Meinung nach daraus, dass die Kfz-Sachverständigen sowie die Beklagten aufgrund der Gewerbesteuerpflicht Zwangsmitglieder der Industrie- und Handelskammer Hannover sind, die klagebefugt nach § 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG sei. Die IHK sei - so die Behauptung des Klägers - Mitglied des Klägers. Darüber hinaus sei auch der Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. Mitglied beim Kläger. Durch die beanstandeten Handlungen werde der Wettbewerb zwischen den einzelnen Versicherungsunternehmen spürbar beeinträchtigt. Die Beklagten würden in die Lage versetzt, auf der Nachfrageseite Leistungen günstiger einzukaufen. Schließlich stünden die Beklagten auch im Wettbewerb mit den Sachverständigen, da sie selbst - wie andere Versicherungsunternehmen - über ihren Schadensservice „Kfz-Dienstleistungen“ den Geschädigten anbieten und dazu Gutachten einholen würden.

Das Verhalten der Beklagten sei unlauter. Hierzu wiederholt und vertieft der Kläger sein erstinstanzliches Vorbringen. Das Verhalten der Beklagten sei geeignet, eigenen und fremden Wettbewerb zu fördern. Sie würden sich Abrechnungsvorteile verschaffen und die Sachverständigen, die sich mit der Veröffentlichung einverstanden erklärten, durch Beauftragung oder Empfehlung wirtschaftlich fördern.

Der Kläger hat zunächst mit der Berufung seine erstinstanzlich gestellten Anträge wiederholt.

Auf den Hinweis, die der Beklagten zu 2 vorgeworfene konkrete Verletzungsform in Widerspruch zu dem abstrakt formulierten Verbot stehen könnte, weil die Beklagte zu 2 nicht um eine Zustimmung zur Veröffentlichung des Gutachtens bittet, behauptet der Kläger, dass die Beklagte zu 2 sich das von der Beklagten zu 1 verwendete Anschreiben zu eigen gemacht und die Beklagte zu 1 insoweit auch für die Beklagte zu 2 gehandelt habe.

Er beschränkt das angestrebte Verbot ferner auf die nachfolgend kursiv dargestellten Textpassagen und beantragt,

das angefochtene Urteil abzuändern und

1. es der Beklagten zu 1 zu untersagen, Kfz-Sachverständige im geschäftlichen Verkehr aufzufordern, ihr Einverständnis mit der Veröffentlichung von Kfz-

Schadensgutachten und darin enthaltenen Lichtbildern in Internet-Restwertbörsen zu erklären, wenn dies mit - kursiv hervorgehobenen - Hinweisen geschieht wie

„Sofern Sie uns mitteilen, dass Sie mit einer Einstellung nicht einverstanden sind, werden wir bei Ihren Gutachten inkl. Lichtbildern selbstverständlich keine Einstellungen in Internet-Restwertbörsen vornehmen.

Allerdings hat dies für uns dann zur Folge, dass Ihre Gutachten möglicherweise für uns nicht prüffähig sind, obwohl wir das Recht zur Prüfung haben. Die sich daraus ergebenden Folgen werden wir im Einzelfall prüfen“,

2. es der Beklagten zu 2 zu untersagen, Kfz-Sachverständige im geschäftlichen Verkehr aufzufordern oder durch die Beklagte zu 1 auffordern zu lassen, ihr Einverständnis mit der Veröffentlichung von Kfz-Schadensgutachten und darin enthaltenen Lichtbildern in Internet-Restwertbörsen zu erklären, wenn dies mit - kursiv hervorgehobenen - Hinweisen geschieht wie

„Sofern Sie uns mitteilen, dass Sie mit einer Einstellung nicht einverstanden sind, werden wir bei Ihren Gutachten inkl. Lichtbildern selbstverständlich keine Einstellungen in Internet-Restwertbörsen vornehmen.

Allerdings hat dies für uns dann zur Folge, dass Ihre Gutachten möglicherweise für uns nicht prüffähig sind, obwohl wir das Recht zur Prüfung haben. Die sich daraus ergebenden Folgen werden wir im Einzelfall prüfen“,

hilfsweise, wenn dies mit - kursiv hervorgehobenen - Hinweisen geschieht wie

„Als Krafthaftpflichtversicherer des Schädigers steht uns jedoch das Recht zur inhaltlichen Prüfung des Gutachtens zu. *Aufgrund des von Ihnen verwendeten Hinweises in dem Gutachten sind wir der Auffassung, dass dieses Recht eingeschränkt wurde und uns eine vollständige Prüfung dadurch erschwert wird. Wir übersenden Ihnen daher das Gutachten im Original zurück. Nach der von uns vertretenen Meinung können wir es daher nicht zur Grundlage unserer Regulierung machen und es besteht kein Anspruch auf Erstattung der Gutachterkosten gegen uns“*,

3. jeder Beklagten für jeden Fall der Zuwiderhandlung die Verhängung eines Ordnungsgeldes bis 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu vollziehen an ihrem Vorstandsvorsitzenden, im Wiederholungsfalle bis zu 2 Jahren anzudrohen, sowie

4. die Beklagte zu 1 zu verurteilen, an den Kläger 208,65 € nebst Zinsen i. H. v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszins seit dem 27. Juli 2010 zu zahlen.

Die Beklagten beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigen das angefochtene Urteil und wiederholen und vertiefen ihr erstinstanzliches Vorbringen.

II.

Die nach § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO statthafte und auch im Übrigen (§§ 517, 519, 520 Abs. 1 bis 3 ZPO) zulässige Berufung hat Erfolg.

1. Der Kläger ist nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG prozessführungsbefugt.

a) Bei der Prozessführungsbefugnis handelt es sich um eine Prozessvoraussetzung, die in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen ist. Das Berufungsgericht ist dabei weder an die Feststellungen der ersten Instanz gebunden, noch beschränkt sich seine Prüfung auf die Tatsachen und Beweismittel, die bislang verwertet worden sind. Vielmehr hat es selbstständig festzustellen, ob die Voraussetzungen für die Prozessführungsbefugnis vorliegen. (vgl. BGH, Urteil vom 11. August 2010 - XII ZR 181/08, juris Rn. 7, zur Prüfung durch das Revisionsgericht; KG, Urteil vom 27. März 2012 - 5 U 39/10, juris Rn. 26 f.).

b) Die Klägerin wird nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH, Urteil vom 29. September 1994 - I ZR 138/92, juris Rn. 33 f.; Urteil vom 6. Februar 1997 - I ZR 234/94, juris Rn. 14; vgl. auch Köhler in ders./Bornkamm, UWG, 30. Aufl., § 8 Rn. 3.43) in umfassendem Umfang als prozessführungsbefugt angesehen. Das Erfordernis der "erheblichen Zahl von Gewerbetreibenden, die Waren oder gewerbliche Leistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben" erfüllt die Klägerin schon deshalb, weil ihr sämtliche Industrie- und Handelskammern (fortan IHK) angehören, die nach § 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG selbst zur Verfolgung von Wettbewerbsverstößen der gegebenen Art prozessführungsbefugt wären. Die durch diese Institutionen vermittelte mittelbare Mitgliedschaft, die den Anforderungen genügt, erstreckt sich auch auf den hier maßgebenden Bereich. Neben den Beklagten sind sämtliche Versicherungsunternehmen mit Sitz im Bezirk der IHK auch deren Mitglieder. Auf ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den betroffenen Sachverständigen und den Beklagten kommt es nicht an. Entscheidend ist vielmehr, dass die Beklagten ihre eigene Wettbewerbslage gegenüber anderen Kraftfahrzeughaftpflicht- oder Kaskoversicherungen verbessern, indem sie ei-

gene Aufwendungen vermeiden, die ihnen dadurch entstünden, dass sie eigene Lichtbilder der geschädigten Fahrzeuge erstellen oder den Sachverständigen eine Lizenzgebühr bezahlen, und gleichwohl eine Überprüfung des in dem Gutachten ausgewiesenen Restwerts und ggf. eine Reduzierung der Schadensausgleichsaufwendungen erreichen. Die IHK darf Wettbewerbsverstöße ihrer Mitglieder aus dem Bereich Industrie und Handel verfolgen (Köhler in ders./Bornkamm, a. a. O., § 8 Rn. 3.64). Nach § 2 Abs. 1 der Satzung der IHK Hannover hat die IHK die Aufgabe, das Gesamtinteresse der ihr zugehörigen Gewerbetreibenden ihres Bezirks wahrzunehmen, für die Förderung der gewerblichen Wirtschaft zu wirken und dabei die wirtschaftlichen Interessen einzelner Gewerbezweige oder Betriebe abwägend und ausgleichend zu berücksichtigen. Dabei obliegt es ihr insbesondere, [...] für Wahrung von Anstand und Sitte des ehrbaren Kaufmanns zu wirken und die ihr sonst durch Gesetz oder Rechtsverordnung übertragenen Aufgaben zu erfüllen.

2. Die Berufung hat Erfolg, soweit es die gegen die Beklagte zu 1 gerichtete Klage betrifft. Der Kläger kann von der Beklagten zu 1 nach §§ 8 Abs. 1, 3 Abs. 1, 4 Nr. 1 UWG das Unterlassen des beanstandeten Verhaltens verlangen.

a) Es handelt sich bei dem Anschreiben um eine geschäftliche Handlung nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG. Es liegt ein unternehmerisch-marktbezogenes Tätigwerden vor und eine Maßnahme, die der Förderung eigenen oder fremden Wettbewerbs dient, sei es beim Absatz, sei es beim Bezug von Waren oder Dienstleistungen. Um eigene Aufwendungen für die Überprüfung des Restwerts von Unfallfahrzeugen zu ersparen und die an die Geschädigten zu zahlenden Versicherungsleistungen ggf. reduzieren zu können, werden die Sachverständigen aufgefordert, unter Verzicht auf eine Ihnen grundsätzlich nach §§ 30, 32 Abs. 1 Satz 1 UrhG zustehende Lizenzgebühr ein urheberrechtliches Nutzungsrecht einzuräumen. Durch die Kostenersparnis können insbesondere die von den Versicherungsnehmern zu leistenden Beiträge gering gehalten werden, was für die Beklagten einen Wettbewerbsvorteil darstellt.

b) Die von dem Anschreiben betroffenen Sachverständigen sind Marktteilnehmer im Sinne §§ 2 Abs. 1 Nr. 2, 4 Nr. 1 UWG. Dabei handelt es sich um Marktbeteiligte, die ohne Mitbewerber oder Verbraucher zu sein, am Marktgeschehen als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen teilhaben. Dadurch soll sichergestellt werden, dass im Rahmen des § 4 Nr. 1 UWG der Schutz vor unlauterem Wettbewerb im Vertikalverhältnis nicht auf Verbraucher beschränkt, sondern auf alle sonstigen Personen erstreckt wird, die als Abnehmer oder Anbieter in Betracht kommen (vgl. Köhler in ders./Bornkamm, a. a. O., § 2 Rn. 89).

c) Die Entscheidungsfreiheit der Sachverständigen wird durch das Anschreiben mittels Ausübung von Druck beeinträchtigt.

aa) Geschützt ist die marktbezogen-rechtsgeschäftliche Freiheit der dem Wettbewerber auf der Marktgegenseite gegenüberstehenden Marktteilnehmer (vgl. Sosnitza in Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, 5. Aufl., § 4.1 Rn. 1/4) in ihrer Eigenschaft als Nachfrager oder Anbieter, gleich, auf welcher Wirtschaftsstufe die geschäftliche Handlung vorgenommen wird (Köhler in ders./Bornkamm, a. a. O., § 4 Rn. 1.20). Erfasst werden sollen auch Handlungen im Verhältnis zweier Unternehmer auf verschiedenen Wirtschaftsstufen (Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, BT-Drucks. 15/1487, S. 17). So verhält es sich hier. Zwar tritt der von dem Geschädigten mit der Schadensermittlung beauftragte Sachverständige im Rahmen der Schadensabwicklung den Beklagten nicht unmittelbar als Anbieter oder Nachfrager gegenüber. Auftraggeber des Sachverständigen ist der Geschädigte, der auch Schuldner des Vergütungsanspruchs des Sachverständigen ist. Der Sachverständige kann aber darüber entscheiden, ob und in welchem Umfang er von seinem Recht auf wirtschaftliche Nutzung seines Werks Gebrauch macht und zu welchen Bedingungen er Dritten daran Nutzungsrechte einräumt.

bb) Die Entscheidungsfreiheit wird erheblich beeinträchtigt. Hierzu genügt nicht die Eignung zu einer nur geringfügigen Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit, vielmehr müssen die zu befürchtenden Nachteile so erheblich sein, dass sie den (sonstigen) Marktteilnehmer veranlassen können, die von ihm erwartete geschäftliche Entscheidung zu treffen (vgl. Köhler in ders./Bornkamm, a. a. O., § 4 Rn. 1.21 i. V. m. 1.4). Das setzt voraus, dass für den Eintritt der Folge eine gewisse objektive Wahrscheinlichkeit besteht (vgl. OLG München, Urteil vom 2. Juli 2009 - 29 U 3992/08, juris Rn. 68). So liegt es hier. Zwar ist in dem Anschreiben der Beklagten zu 1 lediglich davon die Rede, dass die sich aus der Nichterteilung der Einwilligung ergebenden Folgen im Einzelfall geprüft würden. Allerdings weist die Beklagte zu 1 darauf hin, dass die Gutachten aus ihrer Sicht möglicherweise nicht prüfbar seien. Daraus folgt aus Sicht der Sachverständigen zwanglos die Ankündigung, im Rahmen der Schadensabwicklung jedenfalls nicht den Gebührenanspruch des Sachverständigen auszugleichen. Denn der Geschädigte kann vom Schädiger, beziehungsweise nach § 115 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VVG vom Versicherer nach § 249 Abs. 2 BGB als erforderlichen Herstellungsaufwand nur die Kosten erstattet verlangen, die vom Standpunkt eines verständigen, wirtschaftlich denkenden Menschen in der Lage des Geschädigten zur Behebung des Schadens zweckmäßig und angemessen erscheinen (vgl. BGH, Urteil vom 23. Januar 2007 - VI ZR 67/06, juris Rn. 17). Falls das Gutachten mangels Eignung im Rahmen der außergerichtlichen Schadensabwicklung nicht verwertet werden sollte, wird es zum Streit darüber

kommen, wer letztlich die Kosten des Sachverständigen zu tragen hat. Naheliegender ist ferner, dass dem Geschädigten ein höherer Restwert angerechnet wird und er zur Durchsetzung seiner Ansprüche auf einen Rechtsstreit angewiesen ist. Das wiederum würde dazu führen, dass die Sachverständigen, die ihre Einwilligung nicht erteilen, aufgrund der befürchteten Verzögerung oder Schwierigkeiten bei der Schadensabwicklung künftig von Geschädigten nicht mehr beauftragt werden. Dass tatsächlich der Anspruch auf Ersatz der für den Sachverständigen angefallenen Vergütung von Seiten der Versicherung abgelehnt wird, wird durch die Reaktion der demselben Konzern der Beklagten zu 1 zugehörigen Beklagten zu 2 belegt.

cc) Die Drohung mit den rechtlichen Folgen ist unangemessen unsachlich (vgl. Köhler in ders./Bornkamm, a. a. O., § 4 Rn. 1.30). Die Drohung muss entweder mit einem für sich gesehen rechtswidrigen Mittel, oder zu einem rechtswidrigen Zweck erfolgen oder aber es muss die Anwendung dieses Mittels zu diesem Zweck als ungerechtfertigt anzusehen sein (vgl. BGH, Urteil vom 4. Februar 2010 - IX ZR 18/09, juris Rn. 33, zu § 123 Abs. 1 BGB; Köhler in ders./Bornkamm, a. a. O.). So verhält es sich hier. Ob schon das Mittel rechtswidrig ist, weil die Beklagten zwar das Recht haben, die Brauchbarkeit des Gutachtens zu überprüfen, auf der anderen Seite aber dem Geschädigten die Kosten des Sachverständigen grundsätzlich auch dann zu erstatten sind, wenn sich das Gutachten als objektiv ungeeignet erweist (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 6. Februar 2006 - 1 U 148/05, juris Rn. 17), kann offenbleiben. Ebenso kann dahinstehen, ob schon der angestrebte Zweck widerrechtlich ist, weil der Beklagten zu 1 ein Anspruch auf eine kostenfreie Übertragung von Nutzungsrechten nicht zusteht (vgl. § 32 Abs. 1 UrhG). Denn jedenfalls aufgrund der Zweck-Mittel-Relation ist hier von einer rechtswidrigen Drohung auszugehen.

Denn für die Frage der Überprüfbarkeit des Gutachtens kommt es nicht darauf an, die Lichtbilder in die internetgestützten Restwertbörsen einstellen zu können.

Denn im Allgemeinen leistet der Geschädigte dem Gebot der Wirtschaftlichkeit Genüge und bewegt sich in den für die Schadensbehebung nach § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB gezogenen Grenzen, wenn er die Veräußerung seines beschädigten Kraftfahrzeuges zu demjenigen Preis vornimmt, den ein von ihm eingeschalteter Sachverständiger als Wert auf dem allgemeinen regionalen Markt ermittelt hat. Der Geschädigte ist grundsätzlich nicht verpflichtet, einen Sondermarkt für Restwertaufkäufer im Internet in Anspruch zu nehmen und kann vom Schädiger auch nicht auf einen höheren Restwertaufkäufer verwiesen werden, der auf einem solchen Sondermarkt durch spezialisierte Restwertaufkäufer erzielt werden könnte; er muss sich einen höheren Erlös allerdings anrechnen lassen, wenn er

ihn bei tatsächlicher Inanspruchnahme eines solchen Sondermarktes ohne besondere Anstrengungen erzielt. Dabei können besondere Umstände dem Geschädigten Veranlassung geben, eine ihm ohne weiteres zugängliche, günstigere Verwertungsmöglichkeit wahrzunehmen und durch eine entsprechende Verwertung seines Fahrzeuges in Höhe des tatsächlich erzielten Erlöses den ihm entstandenen Schaden auszugleichen. Doch müssen derartige Ausnahmen, deren Voraussetzungen zur Beweislast des Schädigers stehen, in engen Grenzen gehalten werden. Insbesondere dürfen dem Geschädigten bei der Schadensbehebung nicht die vom Haftpflichtversicherer des Schädigers gewünschten Verwertungsmodalitäten aufgezwungen werden (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juli 2007 - VI ZR 217/06, juris Rn. 9). Mit der Überprüfung der Gutachten auf ihre generelle Richtigkeit und Tauglichkeit hat das Ansinnen der Beklagten nichts zu tun. Es geht ihr vielmehr darum, dem Geschädigten einen höheren Restwert vorzuhalten. Dafür bleibt es den Beklagten jedoch unbenommen, von dem Fahrzeug selbst Lichtbilder zu erstellen und diese zu veröffentlichen oder eine Lizenzgebühr zu zahlen. Entgegen der Auffassung der Beklagten wird die Nutzung der Lichtbilder schließlich nicht dadurch vergütet, dass das Versicherungsunternehmen dem Geschädigten die mit der Beauftragung des Sachverständigen entstandenen Aufwendungen ersetzt. Denn im Regelfall überträgt der Sachverständige seinem Auftraggeber schon nicht die Nutzungsrechte an seinem Werk (BGH, Urteil vom 29. April 2010 - Aktenzeichen: I ZR 68/08, juris Rn. 21, 25)

d) Das unlautere Verhalten ist zudem geeignet, die Interessen der Mitbewerber, auf die hier mit Blick auf die zur Bejahung der Prozessführungsbefugnis herangezogenen Grundlagen abzustellen ist, spürbar zu beeinträchtigen. Erforderlich ist eine objektive Wahrscheinlichkeit dafür, dass die konkrete Handlung zu einer spürbaren Beeinträchtigung der Interessen der Mitbewerber führt (vgl. Köhler in ders./Bornkamm, a. a. O., § 3 Rn. 116). Es ist davon auszugehen, dass sich die übrigen Versicherungsunternehmen nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs, wonach den Sachverständigen das Urheberrecht an den von ihnen gefertigten Lichtbildern zusteht und der Versicherer ohne Einwilligung des Sachverständigen nicht befugt ist, die Lichtbilder in einer Restwertbörse zu veröffentlichen (vgl. BGH, Urteil vom 29. April 2010 - I ZR 68/08, juris), nicht unlauter verhalten und daher nicht versuchen, die Sachverständigen unter Anwendung von Druck zur Einwilligung in die gebührenfreie Nutzung zu bewegen. Zwar mag der von der Beklagten zu 1 erlangte Wettbewerbsvorsprung in quantitativer Hinsicht gering sein (vgl. BGH, Urteil vom 5. Juli 2001 - I ZR 104/99, juris Rn. 33). Es kommt jedoch entscheidend darauf an, dass die Frage des Restwerts eines Fahrzeugs bei - wirtschaftlichem oder technischem - Totalschaden von wesentlicher Bedeutung für die Höhe der zu leistenden Entschädigung ist

und der Verstoß mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf die Marktchancen der sich lauter verhaltenden, also entweder Lizenzgebühren zahlenden oder eigene Untersuchungen anstellenden Unternehmen durchschlägt.

3. Die Berufung hat auch Erfolg, soweit der Kläger eine Verurteilung der Beklagten zu 2 erreichen möchte.

a) Die in der Berufungsinstanz vorgenommene Klageänderung ist nach § 533 ZPO zulässig.

aa) Sie ist sachdienlich, weil nicht über einen völlig neuen Streitstoff zu entscheiden ist (vgl. dazu Zöller/Heßler, ZPO, 29. Aufl., § 533 Rn. 6). Denn die Klägerin knüpft lediglich nur an das der Beklagten zu 1 vorgeworfene Verhalten an.

bb) Die Voraussetzungen von § 533 Nr. 2 ZPO liegen ebenfalls vor. Dieser Vorschrift zufolge kann eine erst in zweiter Instanz erfolgte Klageänderung nur auf Tatsachen gestützt werden, die das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hat.

§ 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO gestattet neues, d. h. in erster Instanz noch nicht geltend gemachtes Vorbringen zu tatsächlichen oder rechtlichen Gesichtspunkten, die von dem Standpunkt des Berufungsgerichts aus betrachtet entscheidungserheblich sind, von dem erstinstanzlichen Gericht jedoch erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten wurden und aus einem von diesem mit zu verantwortenden Grund in erster Instanz nicht geltend gemacht worden sind (vgl. BGH, Urteil vom 19. März 2004 - V ZR 104/03, juris Rn. 18). Darüber hinaus gelangt der gesamte in erster Instanz vorgetragene Tatsachenstoff in die Berufungsinstanz, auch wenn ihn das erstinstanzliche Gericht als unerheblich ansieht und es daher keine Feststellungen trifft. Nichts anderes gilt, wenn die Tatsachen erst durch eine in zweiter Instanz erfolgte Klageänderung erheblich geworden sind (BGH, Urteil vom 13. Januar 2012 - V ZR 183/10, juris Rn. 11). Daran gemessen ist die Klageänderung zulässig. Der Kläger stützt sich auf erstinstanzlichen Vortrag der Beklagten. Aus den mitgeteilten Tatsachen soll sich ergeben, dass das zunächst nur der Beklagten zu 1 zugeordnete Anschreiben auch von der Beklagten zu 2 verwendet wird, beziehungsweise ihr das wettbewerbliche Vorgehen der Beklagten zu 1 zuzurechnen sei.

b) Die geänderte Klage ist überwiegend begründet. Dem Kläger steht der Anspruch auf Unterlassen nach §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 1, 8 Abs. 1 UWG auch gegenüber der Beklagten zu 2 zu.

aa) Ob sich die Beklagte zu 2 selbst mit dem Anschreiben gemäß Anlagen K1 und K2 an die Sachverständigen wandte, kann offenbleiben.

(1) Dass es sich so verhält, könnte zwar aus dem Vortrag der Beklagten in der Klageerwiderung (dort Seite 24) folgen. Danach hatte die Beklagte zu 2 nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs zum Urheberrecht der Sachverständigen (*Restwertbörse*) die Sachverständigen, die in ihren Gutachten keine Hinweise auf ihr Urheberrecht aufgenommen hatten, „direkt mit dem Schreiben vom Antrag zu 1) um Einwilligung angeschrieben“. Dies sei dem Kläger bereits im Sommer 2010 mitgeteilt worden. Der Vortrag ist auch eindeutig und wird im weiteren Prozessverlauf weder relativiert noch haben sich Umstände ergeben, die auf eine missverständliche Formulierung hingedeutet hätten. Vielmehr haben die Beklagten diesen Sachvortrag im Schriftsatz vom 19. April 2011 (dort Seite 4) im Grunde bestätigt.

Ob das pauschale Bestreiten der Beklagten im Schriftsatz vom 31. Juli 2012 beachtlich ist kann dahinstehen. Allerdings fehlt schon im Ansatz eine nachvollziehbare Erklärung, warum der früher gehaltene Vortrag unrichtig sein soll. Dabei ist davon auszugehen, dass eine Prozesspartei nach § 138 Abs. 1 ZPO ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und wahrheitsgemäß abgibt. Das gilt auch hinsichtlich solcher Umstände, die eine Prozesspartei für unerheblich hält (vgl. BGH, Urteil vom 31. Mai 2011 – XI ZR 369/08, juris Rn. 15).

Allein dadurch, dass sich der Kläger diesen Vortrag im Berufungsverfahren zu eigen gemacht hat, kommt dem Vorbringen noch nicht die Wirkung eines (vorweggenommenen) Geständnisses im Sinne § 288 ZPO (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 13. November 2003 - III ZR 70/03, juris Rn. 22; Musielak/Huber, ZPO, 9. Aufl., § 288 Rn. 5) zu. Denn Geständniswirkung hätte dieses Vorbringen erst entfalten können, wenn, nachdem der Kläger es sich zu eigen gemacht hat, alsdann darüber vorbehaltlos verhandelt worden wäre (vgl. BGH, Urteil vom 29. September 1989 - V ZR 326/87, juris Rn. 15). Daran fehlt es. Denn die Beklagten haben ihr Vorbringen noch vor Ablauf der für abschließenden Vortrag nach § 128 Abs. 2 Satz 2 ZPO gesetzten Frist revidiert.

(2) Die Beklagte zu 1 hat jedoch im Auftrag der Beklagten zu 2 gehandelt, so dass der Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 2 Alt. 2 UWG auch gegen die Beklagte zu 2 besteht.

Die Tatbestandsmerkmale des § 8 Abs. 2 UWG sind weit auszulegen. Dem Inhaber eines Unternehmens werden danach Zuwiderhandlungen seiner Beauftragten wie eigene Handlungen zugerechnet, weil die arbeitsteilige Organisation des Unternehmens die Verantwortung für die geschäftliche Tätigkeit nicht

beseitigen soll. Der Unternehmensinhaber, dem die Geschäftstätigkeit seiner Beauftragten zugutekommt, soll sich bei seiner Haftung nicht hinter den von ihm abhängigen Dritten verstecken können. Dabei ist es unerheblich, wie die Beteiligten ihre Rechtsbeziehungen ausgestaltet haben. Beauftragter kann auch ein selbstständiges Unternehmen sein. Entscheidend ist, dass der Beauftragte in die betriebliche Organisation des Betriebsinhabers in der Weise eingegliedert ist, dass der Erfolg der Geschäftstätigkeit des beauftragten Unternehmens dem Betriebsinhaber zugutekommt und der Betriebsinhaber einen bestimmenden, durchsetzbaren Einfluss auf diejenige Tätigkeit des beauftragten Unternehmens hat, in deren Bereich das beanstandete Verhalten fällt. Dabei kommt es nicht darauf an, welchen Einfluss sich der Betriebsinhaber gesichert hat, sondern welchen Einfluss er sich sichern konnte und musste. Der Unternehmensinhaber haftet daher gegebenenfalls auch für ohne sein Wissen und gegen seinen Willen von einem Beauftragten begangene Rechtsverstöße (vgl. BGH, Urteil vom 7. Oktober 2009 - I ZR 109/06, Rn. 21; Urteil vom 5. April 1995 - I ZR 133/93, juris Rn. 28). So liegt es hier. Die Beklagte zu 1 übernimmt für die Beklagte zu 2, als Inhaberin des Unternehmens, die Schadensbearbeitung in dem hier relevanten Bereich der Kraftfahrzeughaftpflicht- und -kaskoversicherungen. Das an die Sachverständigen gerichtete Anschreiben ist nicht nur in der ersten Person Plural formuliert; vielmehr sollen die Sachverständigen ausweislich des beigefügten Antwortschreibens (vgl. Anlagenkonvolut K15) ihre Einverständniserklärung auch gegenüber der Beklagten zu 2 abgeben, die mit voller Firma aufgeführt wird, und für die die Beklagte zu 1 handelt. Damit wurde die Beklagte zu 1 im Geschäftskreis der Beklagten zu 2 tätig; jener kam die Übernahme der Schadensbearbeitung und die Einholung der Einverständniserklärungen zugute, soweit es ihre Versicherten betraf. Die Beklagte zu 2 beherrscht diesen Risikobereich in einem gewissen Umfang und hätte auf das fragliche Verhalten auch Einfluss nehmen können. Die Beklagte zu 2 hat die Schadensbearbeitung auf die konzernzugehörige Beklagte zu 1 übertragen.

bb) Zur Frage der Unlauterkeit nach § 4 Nr. 1 UWG kann auf die Ausführungen betreffend die Beklagte zu 1 unter 2. verwiesen werden.

4. Der Kläger hat gegen die Beklagte zu 1 einen Anspruch auf Erstattung der ihm für die Abmahnung entstandenen Aufwendungen nach § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG. Dem hinreichend dargelegten Anspruch ist die Beklagte zu 1 jedenfalls der Höhe nach nicht entgegengetreten.

5. Der Zinsanspruch beruht auf §§ 286 Abs. 2 Nr. 3, 288 Abs. 1 BGB. Einer Mahnung hat es nicht bedurft. Denn die Beklagte zu 1 hat auch den Anspruch des Klägers auf Ersatz der Abmahnkosten am 27. Juli 2010 endgültig zurückgewiesen.

6. Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 91 Abs. 1, 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 und 2, 100 Abs. 1, 516 Abs. 3 Satz 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Kosten des Berufungsverfahrens, soweit sie die Beklagte zu 2 betreffen, waren nach § 97 Abs. 2 ZPO dem Kläger aufzuerlegen. Zum neuen Vorbringen in diesem Sinne zählen neben Tatsachenvortrag und Beweisantritt alle Angriffs- und Verteidigungsmittel; dazu gehört auch eine Klageänderung (vgl. Musielak/Lackmann, ZPO, 9. Aufl., § 97 Rn. 9). Der Erfolg der Berufung beruht insoweit auf der Klageänderung. Für eine sorgfältige und auf Förderung des Verfahrens i. S. d. § 282 ZPO bedachte Partei bestand ungeachtet des Hinweises des Senats auf die Unzulässigkeit des die Beklagte zu 2 betreffenden Klageantrags auch Anlass für die geänderte Klage. Der Kläger hat nicht lediglich seinen Antrag dem Senatshinweis angepasst, sondern nunmehr das gegen die Beklagte zu 1 beantragte Verbot auch auf die Beklagte zu 2 erstreckt, was sich ohne weiteres von vornherein angeboten hätte.

Anlass, die Revision nach § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO zuzulassen, besteht nicht. Weder hat die Sache grundsätzliche Bedeutung, noch erfordern die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung oder die Fortbildung des Rechts eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Es handelt sich hier um eine aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalls getroffene Entscheidung.