

Auftragsbestätigung

Amtlicher Leitsatz:

a) Nr. 29 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG erfasst auch die Ankündigung einer fortlaufenden Lieferung von Waren, bei der eine unbestellte, aber als bestellt dargestellte Ware zugesandt und, falls der Verbraucher nicht binnen einer Frist widerspricht, deren Zusendung gegen Entgelt fortgesetzt wird.

b) Das Zusenden unbestellter Ware stellt regelmäßig ebenso wie die entsprechende Ankündigung eine unzumutbare Belästigung im Sinne des § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG dar.

c) Die Zusendung unbestellter Ware fällt dann nicht unter Nr. 29 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG oder unter § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG, wenn der Unternehmer irrtümlich von einer Bestellung ausgeht und der Irrtum seine Ursache nicht im Verantwortungsbereich des Unternehmens hat.

d) Beruht der Irrtum des Unternehmers darauf, dass ihn diejenigen Personen, die er für die Akquisition eingesetzt hat, über das Vorliegen einer Bestellung getäuscht haben, haftet er für den in der Zusendung der unbestellten Ware liegenden Wettbewerbsverstoß ungeachtet einer Wissenszurechnung nach § 166 Abs. 1 BGB nach § 8 Abs. 2 UWG.

Bundesgerichtshof

Urteil vom 17.08.2011

Az.: I ZR 134/10

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Juli 2011 durch den Vorsitzenden Richter

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 2.

Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 1. Juli 2010 unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels im Unterlassungsausspruch teilweise aufgehoben und insoweit wie folgt neu gefasst:

Auf die Berufung der Klägerin wird die Beklagte unter teilweiser Abänderung des Urteils der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Heilbronn vom 27. November 2009 verurteilt, im geschäftlichen Verkehr gegenüber Verbrauchern den Bezug von Zeitschriftenabonnements zu bestätigen, wenn die Verbraucher nicht zuvor dem Abschluss eines Zeitschriftenabonnementvertrages zugestimmt haben und die angebliche Bestätigung wie nachstehend im Tatbestand wiedergegeben gestaltet ist.

Der Beklagten wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen das vorstehende Verbot ein Ordnungsgeld bis zu 250.000 € und für den Fall seiner Nichtbeitreibbarkeit Ordnungshaft bis zu sechs Monaten oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten und im Wiederholungsfall bis zu zwei Jahren angedroht, wobei die Ordnungshaft an der Geschäftsführerin der Beklagten zu vollziehen ist.

Die Kosten der Revision werden der Beklagten auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist die Verbraucherzentrale Hamburg, ein in die Liste qualifizierter Einrichtungen eingetragener Verbraucherschutzverband. Sie nimmt die Beklagte, die Zeitschriftenabonnements vertreibt, im Hinblick auf zwei Schreiben, die die Beklagte an eine Verbraucherin versandt hat, auf Unterlassung und Ersatz von Abmahnkosten in Anspruch. In den als "Auftragsbestätigung" bezeichneten Schreiben wurde der Verbraucherin jeweils mitgeteilt, sie habe eine Zeitschrift bestellt. Die Verbraucherin könne nach Erhalt des kostenlosen ersten Heftes acht Tage lang prüfen, ob sie das

betreffende Magazin weiterhin beziehen wolle. Falls dies nicht der Fall sei, genüge eine kurze Nachricht an die Beklagte. Die Rechnung folge mit der nächsten Lieferung. Im Einzelnen waren die beiden Schreiben wie folgt gestaltet:

(Abbildung)

Die Verbraucherin ist dem noch vor Auslieferung der ersten Hefte mit der Begründung entgegengetreten, sie habe die Zeitschriften nicht bestellt.

Die Klägerin hält das Verhalten der Beklagten wegen unzumutbarer Belästigung, Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit und Irreführung sowie unter dem Gesichtspunkt der Aufforderung zur Bezahlung unbestellter Waren für wettbewerbswidrig.

Die Klägerin hat beantragt,

es der Beklagten unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu untersagen, im geschäftlichen Verkehr gegenüber Verbrauchern den Bezug von Zeitschriftenabonnements zu bestätigen, wenn der Verbraucher nicht zuvor dem Abschluss eines Zeitschriftenabonnementvertrages zugestimmt hat.

Darüber hinaus hat die Klägerin Abmahnkosten in Höhe von 192,60 € nebst Zinsen ersetzt verlangt.

Die Beklagte hat zuletzt nicht mehr bestritten, dass die Verbraucherin die fraglichen Zeitschriften nicht bestellt hatte. Sie hat aber geltend gemacht, sie und ihre Vertriebspartnerin, die ihrerseits mit provisionsberechtigten Vertriebspartnern (sogenannten Affiliates) zusammenarbeite, die wiederum mit verschiedenen Sub-Affiliates kooperierten, seien selbst Opfer eines auf dieser Vertriebsstufe begangenen groß angelegten Betrugs geworden. Die Sub-Affiliates spielten die Daten der Beklagten über deren Vertriebspartnerin über einen elektronischen Verweis und eine eigene Händlercodenummer zu. Ein bislang noch unbekannter Täter habe, um sich

unrechtmäßig Provisionen zu verschaffen, unter den Namen real existierender Personen E-Mail-Adressen eingerichtet, dort Kaufabsicht vorgetäuscht und die Konten nach Vereinnahmung der dadurch angefallenen Provisionen wieder löschen lassen. Für solche kriminellen Verhaltensweisen von außerhalb ihres Vertriebssystems stehenden Personen müsse die Beklagte nicht einstehen.

Das Berufungsgericht hat die im ersten Rechtszug erfolglose Klage sowohl unter dem Gesichtspunkt der Aufforderung zur Bezahlung unbestellter Waren (Nr. 29 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG) als auch unter dem der unzumutbaren Verbraucherbelästigung als begründet angesehen (OLG Stuttgart, VuR 2011, 144).

Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. Die ordnungsgemäß geladene Klägerin war im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgericht nicht vertreten. Die Beklagte beantragt, über ihr Rechtsmittel durch Versäumnisurteil zu entscheiden.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat in dem Verhalten der Beklagten eine Aufforderung zur Bezahlung nicht bestellter Waren im Sinne von Nummer 29 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG gesehen. Dieser Tatbestand stelle auf die Drucksituation für den Verbraucher ab; dabei sei unerheblich, ob der Unternehmer irrtümlich von einer Bestellung ausgehe. Unabhängig davon sei das Verhalten der Beklagten auch unter dem Gesichtspunkt einer unzumutbaren Belästigung unzulässig. Auch insoweit komme es auf subjektive Momente auf Seiten des Unternehmers nicht an.

II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision hat lediglich insoweit Erfolg, als der Beklagten die Bestätigung des Bezugs der

Zeitschriftenabonnements allein in der Form zu verbieten ist, in der sie gegenüber der Verbraucherin erfolgt ist. Insoweit ist über die Revision der Beklagten durch (echtes) Teil-Versäumnisurteil und im Übrigen durch streitiges Urteil (unechtes Versäumnisurteil) zu entscheiden (vgl. BGH, Urteil vom 9. September 2010 – I ZR 98/08, GRUR 2010, 1133 Rn. 8 = WRP 2010, 1477 – Bonuspunkte; Musielak/Ball, ZPO, 8. Aufl., § 555 Rn. 6).

1. Das Berufungsgericht ist im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, dass die beiden Streitgegenständlichen Schreiben sowohl unzulässige Aufforderungen zur Bezahlung nicht bestellter Waren im Sinne von Nr. 29 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG (dazu II 2 a) als auch wegen unzumutbarer Belästigung der Adressatin nach § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG unzulässige geschäftliche Handlungen darstellten (dazu II 2 b).

a) Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass der Tatbestand der Nr. 29 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG auch die Ankündigung einer fortlaufenden Lieferung von Waren erfasst, wobei eine unbestellte, aber als bestellt dargestellte Ware zugesandt und, falls der Verbraucher nicht binnen einer Frist widerspricht, deren Zusendung gegen Entgelt fortgesetzt wird. Es hat hierzu zutreffend ausgeführt, dass eine solche unberechtigte Ankündigung den Verbraucher mindestens ebenso verunsichert wie die mit einer Zahlungsaufforderung verbundene Übersendung unbestellter Ware und ihn dabei noch stärker belästigt. Ob auch die weitere

Erwägung zutrifft, es sei unerheblich, ob der Gewerbetreibende irrtümlich von einer Bestellung ausgehe, weil die Nr. 29 des Anhangs zu § 3 Nr. 3 UWG auf die Drucksituation für den Verbraucher abstelle (aA MünchKomm.UWG/Micklitz, EG H Rn. 34; Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 29. Aufl., Anh. zu § 3 III Rn. 29.2; Koch in Ullmann, jurisPK-UWG, 2. Aufl., Anh. zu § 3 III Nr. 29 Rn. 4; Fezer/Mankowski, UWG, 2. Aufl., § 7 Rn. 366; Duursma/Duursma-Kepplinger in Gumpoldsberger/Baumann, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Ergänzungsband, Wien 2009, Anhang Rn. 118 mwN), bedarf im Streitfall keiner Entscheidung. Denn ein insoweit relevanter Irrtum liegt hier jedenfalls deshalb nicht vor, weil die Beklagte sich die Bösgläubigkeit der in ihrem Geschäfts- und Verantwortungsbereich tätig gewordenen unbekanntenen Personen zurechnen lassen muss, die unter den Namen real existierender Personen E-Mail-Adressen eingerichtet, dort Kaufabsicht vorgetäuscht und die Konten nach Vereinnahmung der dadurch angefallenen Provisionen haben löschen lassen.

Die Beklagte hat selbst vorgetragen, dass die streitgegenständlichen Aufforderungsschreiben die Folge eines auf der Vertriebsstufe der "Sub-Affiliates" ihrer Vertriebspartnerin begangenen Betrugs darstellten. Die Täter wurden dadurch zu den begangenen Manipulationen veranlasst, dass für Zeitschriftenabonnements noch vor der Bestätigung des Vertragsschlusses durch den (vermeintlichen) neuen Kunden Provisionen bezahlt wurden. Damit stellt sich die von den

beanstandeten Schreiben ausgehende Belästigung der Adressatin als Folge und Realisierung eines in der Sphäre der Beklagten begründeten Risikos dar. Ungeachtet einer Wissenszurechnung nach § 166 Abs. 1 BGB begründet dies die Haftung der Beklagten nach § 8 Abs. 2 UWG für die von ihr unmittelbar oder mittelbar eingesetzten Zeitschriftenwerber.

b) Das Berufungsgericht hat die streitgegenständlichen Schreiben mit Recht auch als gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG unzulässige geschäftliche Handlungen angesehen, weil sie deren Adressatin in unzumutbarer Weise belästigen.

aa) Das Berufungsgericht ist mit Recht davon ausgegangen, dass die Rechtsprechung des Senats, nach der eine vom Kundenauftrag abweichende Auftragsbestätigung nur dann wettbewerbsrechtlich relevant war, wenn sie zielgerichtet und systematisch als Mittel des Wettbewerbs eingesetzt wurde (vgl. BGH, Urteil vom 29. März 2007 – I ZR 164/04, GRUR 2007, 987 Rn. 36 = WRP 2007, 1341 – Änderung der Voreinstellung I, mwN), infolge der Änderungen durch das am 30. Dezember 2008 in Kraft getretene Erste Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb überholt ist. Anders als vor der Änderung gilt das Gesetz nicht mehr (nur) für Wettbewerbshandlungen im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG aF, d.h. für Handlungen mit dem Ziel, zugunsten eines Unternehmens den Absatz oder Bezug von Produkten zu fördern. Der Anwendungsbereich des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb erstreckt sich gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG nunmehr auf geschäftliche Handlungen, d.h. auf alle Verhaltensweisen zugunsten eines Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, die mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Produkten oder mit dem Abschluss oder der

Durchführung eines Vertrags über Produkte objektiv zusammenhängen.

bb) Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, dass die spezielle

Regelung in Nr. 29 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG in ihrem Anwendungsbereich das in § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG statuierte generelle Verbot unzumutbarer Belästigungen nicht verdrängt, sondern ergänzt (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 7 Rn. 82 i.V.m. Rn. 5; Fezer/Mankowski aaO § 7 Rn. 370; Hasselblatt in Gloy/Loschelder/Erdmann, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 4. Aufl., § 61 Rn. 91). Dasselbe gilt für die Beurteilung des Berufungsgerichts, dass das Zusenden unbestellter Ware und deren Ankündigung regelmäßig – zumal wenn sie an einen Verbraucher und unter den in Nr. 29 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG bestimmten Voraussetzungen erfolgt – eine unzumutbare Belästigung im Sinne des § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG darstellt (vgl. Fezer/Mankowski aaO § 7 Rn. 371 mwN; zur Zusendung unbestellter Ware an Unternehmer vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 7 Rn. 86; Harte/Henning/Ubber, UWG, 2. Aufl., § 7 Rn. 96).

cc) Für die Frage, ob der Tatbestand des § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG auch die

Erfüllung subjektiver Voraussetzungen erfordert und ob (daher) insbesondere

die beim Handelnden bestehende irriige Annahme, es liege eine Bestellung vor,

der Bejahung einer unzumutbaren Belästigung entgegensteht, gelten die oben in Rn. 13 [II 1 a Abs. 2] angestellten Erwägungen entsprechend.

2. Der dem allgemein gefassten Klageantrag folgende Unterlassungsausspruch im Berufungsurteil erfasst allerdings auch Fälle, in denen die Beklagte

irrtümlich von einer Bestellung ausgeht und der Irrtum seine Ursache – anders

als im Streitfall – nicht im Verantwortungsbereich der

Beklagten hat, weil die Ware beispielsweise von einem Dritten unter dem Namen des Belieferten bestellt worden ist oder wenn unter derselben Adresse mehrere Personen gleichen Namens wohnen. In solchen Fällen sind weder die Voraussetzungen von Nr. 29 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG noch die Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG erfüllt.

Die Klägerin hat jedoch mit ihrem in den Vorinstanzen gehaltenen Vortrag und insbesondere bei ihren Ausführungen in der Berufungsbegründung zu erkennen gegeben, dass jedenfalls die konkret beanstandete Verhaltensweise der Beklagten verboten werden soll. Da der abstrakt gefasste Antrag die Unterlassung der konkreten Verletzungsform als Minus umfasst, ist der Klage daher in diesem Umfang unter Bezugnahme auf die konkret beanstandeten Auftragsbestätigungen stattzugeben; im Übrigen ist sie abzuweisen (vgl. BGH, Urteil vom 16. November 2000 – I ZR 186/98, GRUR 2001, 446, 447 = WRP 2001, 392 – 1-Pfennig-Farbbild; BGH, GRUR 2007, 987 Rn. 23 – Änderung der Voreinstellung I).

3. Der Anspruch auf Ersatz der Abmahnkosten folgt aus § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG. Der Umstand, dass die von der Klägerin unter dem 15. April 2009 ausgesprochene Abmahnung zu weit reichte und damit nur teilweise berechtigt war, ist insoweit unerheblich (vgl. BGH, Urteil vom 16. Juli 2008 VIII ZR 348/06, BGHZ 177, 253 Rn. 50 – Payback; Urteil vom 10. Dezember 2009 – I ZR 149/07, GRUR 2010, 744 Rn. 51 = WRP 2010, 1023 – Sondernewsletter, mwN). Der Zinsausspruch folgt aus § 288 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 286 Abs. 1 Satz 1, § 287

BGB.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.