



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

4 R 161/17a

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin Dr. Primus als Vorsitzende, die Richterin Mag. Elhenicky und die Kommerzialrätin Schmidt in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch die Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei **Mediengruppe „Österreich“ GmbH**, Friedrichstraße 10, 1010 Wien, vertreten durch Dr. Peter Zöchbauer, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert: EUR 30.500) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert: EUR 5.500; Gesamtstreitwert: EUR 36.000), über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 24.8.2017, GZ: 68 Cg 38/17w-12, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **nicht Folge** gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 3.051,12 (darin EUR 508,52 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt EUR 30.000,--.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

Entscheidungsgründe:

Sachverhalt

Der Kläger ist ein nach § 29 KSchG und § 14 Abs 2 UWG klagebefugter Verein.

Die Beklagte ist Medieninhaberin und Herausgeberin der periodischen Druckwerke „Österreich“, „Madonna“, „ReiseLust“ und „NaturLust“. Anfang des Jahres 2016 versandte sie an Abonnenten der Tageszeitung „Österreich“ ein Schreiben des Inhalts, sie habe ihnen die beiden Magazine „ReiseLust“ und „NaturLust“ einen Monat lang völlig gratis zugesendet, dieser Test werde mit 5. März enden. Falls den Abonnenten die täglichen Magazine gefielen und sie sie weiter zugesandt erhalten möchten, habe sie für sie ein besonders günstiges Angebot. Sie biete ihnen die beiden Magazine „ReiseLust“ und „NaturLust“ für nur 4 Euro/Monat Aufpreis an. Falls der Abonnent dieses einmalige Sonderangebot nicht in Anspruch nehmen möchte, könne er die Magazine gerne abbestellen, dazu reiche ein Fax, eine Mail oder ein Anruf (Beilage ./C).

Parteienvorbringen

Der Kläger begehrte, die Beklagte schuldig zu erkennen, es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, ihre Abonnenten, insbesondere Abonnenten der Tageszeitung „Österreich“, zur ausdrücklichen Ablehnung von von ihnen nicht bestellten, von der Beklagten aber zunächst mit den bestellten Zeitschriften gelieferten Magazinen aufzufordern, widrigenfalls diese Magazine hinkünftig zu bezahlen seien, dies insbesondere durch die Übermittlung von Schreiben des Inhalts, dass die Abonnenten bislang die Magazine gratis zugesandt bekommen hätten, dieser Test nunmehr ende und sie für einen bestimmten monatlichen Aufpreis, etwa 4 Euro, angeboten würden, und die Abonnenten den bisherigen Abo-Preis nur dann weiter bezahlten, wenn sie die Magazine abbestellten, etwa über Fax, e-mail oder

Anruf bei einer Abo-Hotline. Hilfsweise stellte er zwei Eventualbegehren. Weiters beehrte er die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung.

Das Verhalten der Beklagten sei wettbewerbswidrig. Sie habe den Abonnenten der Tageszeitung „Österreich“ zunächst kostenlos die Magazine „ReiseLust“ und „NaturLust“ mitgeliefert. Nach einiger Zeit habe sie die Abonnenten, unter anderem den Konsumenten [REDACTED] [REDACTED] darüber informiert, dass sie für diese von den Abonnenten nicht bestellten Magazine in Zukunft ein zusätzliches Entgelt in Rechnung stellen werde, und dass, wenn der Kunde dies nicht wolle, er die Magazine mit Fax, e-mail oder Anruf bei der Abo-Hotline abbestellen müsse. Die Beklagte sei als Gewerbetreibende iSd UWG anzusehen. Ihr Verhalten verstoße gegen Z 29 des Anhangs zum UWG, weil die Beklagte damit Verbraucher zur Bezahlung von Waren auffordere, die diese nicht bestellt und für deren Lieferung sie auch keine Veranlassung gesetzt hätten. Darüber hinaus erfülle es den Tatbestand der aggressiven Geschäftspraktik gemäß § 1a UWG. Es sei geeignet, die Entscheidungs- und Verhaltensfreiheit der Marktteilnehmer in Bezug auf das Produkt durch Belästigung, Nötigung oder unzulässige Beeinflussung wesentlich zu beeinträchtigen und sie dazu zu veranlassen eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die sie anderenfalls nicht getroffen hätten. Der Verbraucher werde in die unzulässige Situation gedrängt, tätig werden zu müssen, wolle er eine Zahlungspflicht, für von ihm nicht veranlasste Warenlieferungen, vermeiden. Im Schreiben der Beklagten sei die Zahlungsverpflichtung im Fließtext versteckt. Nur ein Satz lasse darauf schließen, dass bei Unterbleiben einer Abbestellung automatisch ein höherer Preis in Rechnung gestellt werde. Die Beklagte suggeriere, zum einseitigen Abschluss eines Vertrages mit den Kunden

berechtigt zu sein, obwohl es ihr für eine Erklärungsfiktion an einer vertraglichen Basis fehle. Daher sei ihr auch eine irreführende Geschäftspraktik iSd § 2 UWG vorzuwerfen. Letztlich widerspreche das Verhalten der Beklagten auch § 6 Abs 1 Z 2 KSchG, da sie sich nicht auf eine dieser Bestimmung konforme Regelung einer Erklärungsfiktion berufen könne. Voraussetzung für eine solche Fiktion sei, dass der ursprüngliche Vertrag eine Frist für die Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung vorsehe, sowie die vertraglich festgehaltene Pflicht des Unternehmers, den Verbraucher zu Beginn dieser Frist auf die Bedeutung des Verhaltens besonders hinzuweisen. Ein solches „Widerspruchsrecht“ in AGB verstoße gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG. Mit der Versendung solcher Schreiben beeinträchtige sie die allgemeinen Interessen der Verbraucher durch die Vereinbarung missbräuchlicher Vertragsklauseln.

Die Beklagte bestritt, beantragte Klagsabweisung und wendete ein, sie habe [REDACTED] [REDACTED] im Rahmen der seit 2006 bestehenden Geschäftsbeziehung Ende 2015/Anfang 2016 lediglich darüber informiert, dass seinem Abonnement künftig zwei weitere Magazine beigelegt würden. Dabei habe sie auf die zweimonatige Gratis-Leseprobe hingewiesen. Drei Wochen vor Ablauf des Gratisbezugs sei ihm ein weiteres Schreiben übermittelt worden, das auf das Ende des Testzeitraumes hingewiesen und zugleich ein abbestellbares Angebot für den Weiterbezug gemacht habe. [REDACTED] [REDACTED] habe daraufhin am 22.2.2016 die Abo-Hotline kontaktiert und bekannt gegeben, keine entgeltliche Zusendung erhalten zu wollen. [REDACTED] [REDACTED] sei Inhaber diverser Medien und beziehe das Abonnement als Medieninhaber. Er sei daher nicht als Konsument anzusehen. Ein Verstoß gegen Z 29 des Anhangs zum UWG könne schon

deshalb nicht vorliegen, da sich diese Bestimmung nur an Gewerbetreibende nach der österreichischen GewO wende. Die Herausgabe, das Herstellen und das Verbreiten periodischer Druckwerke sowie deren Kleinverkauf durch den Medieninhaber sei jedoch von der GewO ausgenommen. Zudem sei Z 29 des Anhangs nur im B2C Bereich anzuwenden, nicht aber im Verhältnis zu [REDACTED] [REDACTED] der Unternehmer sei. Dem Obersten Gerichtshof zufolge falle die Mitteilung einer Änderung von Konditionen nicht unter Z 29 UWG-Anhang, sodass eine unbestellte Vertragsänderung nicht unlauter sei. Die Beklagte habe zunächst im Rahmen des Abonnementvertrags wöchentlich zwei zusätzliche Druckwerke zugesandt, ohne dies mit einer Zahlungsaufforderung verbunden zu haben. Zudem bestehe die beispielhafte Geschäftsbeziehung seit fast 10 Jahren, dabei sei es branchenüblich auch neue Produkte des Verlages vorzustellen. Es liege daher keine „nicht veranlasste Sendung“ iSd UWG vor. Z 29 des Anhang verlange außerdem das Zusenden nicht veranlasster Waren/Dienstleistungen unmittelbar verbunden mit einer Zahlungsaufforderung. Dies sei hier nicht erfolgt. Die Beklagte habe nur angekündigt, die Gratiszusendungen einzustellen, es sei denn es werde die weitere Lieferung gegen ein erhöhtes Entgelt gewünscht.

Ein Verstoß gegen das KSchG könne nicht vorliegen, da [REDACTED] [REDACTED] kein Konsument sei. Zudem sei er drei Wochen vor Ablauf des Testzeitraums ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass die Unentgeltlichkeit enden und fortan der Bezug zu einem Preis von EUR 4,-pro Monat erfolgen werde, es sei denn, man bestelle die Magazine ab. Diese Klausel verstoße nicht gegen § 6 KSchG. Gegenüber anderen Abonnenten seien etwaige gleichgelagerte Ansprüche verjährt.

Angefochtene Entscheidung

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht dem Klage(haupt)begehren statt. Es stellte den auf den Seiten 7 bis 8 wiedergegebenen Sachverhalt fest, auf den zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird. In rechtlicher Hinsicht führte es aus, dass nach § 1 Abs 1 Z 2 UWG unlauter handle, wer im geschäftlichen Verkehr eine unlautere Geschäftspraktik anwende, die den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt widerspreche und in Bezug auf das jeweilige Produkt geeignet sei, das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers, den sie erreiche oder an den sie sich richte, wesentlich zu beeinflussen. Gemäß Abs 3 fielen darunter insbesondere Geschäftspraktiken, welche als aggressiv im Sinne des § 1a UWG anzusehen seien. Gemäß Ziffer 29 des Anhangs zum UWG sei die Aufforderung des Verbrauchers zur sofortigen oder späteren Zahlung oder zur Rücksendung oder Verwahrung von Produkten, die der Gewerbetreibende ohne Veranlassung des Verbrauchers geliefert habe, jedenfalls als aggressive Geschäftspraktik anzusehen.

Nach den identen Vorschriften des § 1 Abs 1 Z 1 KSchG und § 1 Abs 1 UGB sei Unternehmer jeder, der ein Unternehmen betreibe. Ein Unternehmen sei nach § 1 Abs 2 UGB jede auf Dauer angelegte Organisation selbstständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, möge sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein. Personen, auf welche dies nicht zutreffe, seien als Verbraucher anzusehen (§ 1 Abs 1 Z 2 KSchG). Die Anwendbarkeit des UWG setze ein Handeln im geschäftlichen Verkehr voraus. Dazu zähle jede selbstständige, auf Erwerb gerichtete Tätigkeit, wie etwa die Abonnentenverwaltung und Vermarktung der Tageszeitung „Österreich“ durch die Beklagte, die darauf ausgerichtet sei, das eigene Produkt an bestehende und neue Kunden zu vertreiben. Daher finde

das UWG grundsätzlich Anwendung. [REDACTED] [REDACTED] sei demgegenüber Verbraucher, da er die auf ihn registrierte Website seit 2010 nicht mehr zu wirtschaftlichen Zwecken genutzt habe.

Der in Z 29 des Anhangs zum UWG verwendete Begriff des Gewerbetreibenden sei im Sinne des Art 2 lit b RL-UGP dahingehend auszulegen, dass davon jede geschäftlich tätige Person erfasst sei. Eine Beschränkung auf Gewerbetreibende im Sinn der GewO wäre sinnwidrig, weil der Anwendungsbereich des UWG grundsätzlich sowohl den B2B als auch den B2C Bereich betreffe. Eine Differenzierung wäre sachlich nicht zu rechtfertigen. Der Begriff des Gewerbetreibenden sei daher gleichbedeutend mit dem Begriff des Unternehmers iSd KSchG und des UGB. Die Vorschrift sei demnach auf die Beklagte als Herausgeberin von Printmedien anzuwenden, auch wenn diese Tätigkeit nicht der GewO unterliege. Das Verhalten der Beklagten sei daher anhand Z 29 des Anhangs zum UWG zu prüfen. Der Empfänger der Leistung, [REDACTED] [REDACTED] sei nicht Unternehmer. Eine Geschäftspraktik liege bei jeder Handlung vor, die unter anderem mit der Absatzförderung oder dem Verkauf eines Produktes zusammenhänge, die Praktik müsse daher wirtschaftliche Interessen betreffen. Die Beklagte habe mit der Zusendung der neuen Magazine die Steigerung des Verkaufs/der Auflagezahlen bezüglich dieser Magazine bezweckt, da beabsichtigt gewesen sei, diese auch an die bestehenden Abonnenten zu verkaufen. Dafür spreche auch der angekündigte höhere Abo-Preis. Es liege daher eine relevante Geschäftspraktik vor. Die Warenlieferung durch die Zusendung von Magazinen sei nicht veranlasst worden, weil sie - wie hier bei Erbringung nicht vereinbarter Zusatzleistungen im Rahmen eines bestehenden Vertrags - ohne adäquate Verursachung des Empfängers erfolgt sei. Als

unlauter sei ein solches Verhalten anzusehen, wenn der Warenlieferung eine Zahlungsaufforderung beigegeben werde. Die gleichzeitige Zusendung von Ware und Zahlungsaufforderung werde weder im Gesetzestext noch in der Literatur gefordert. Daher sei es irrelevant, ob die Beklagte dem Abonnenten zunächst die Zustellung der Ware zu einem Gratistest angekündigt und erst in einem späteren Schreiben auf die künftige Zahlungspflicht aufmerksam gemacht habe. In der Ankündigung der Zusendung liege keine Veranlassung durch den Verbraucher, und zwar auch dann nicht, wenn angekündigt werde, dass eine weitere Lieferung kostenpflichtig werde, wenn der Verbraucher nicht ausdrücklich binnen einer bestimmten Frist den gegenteiligen Willen kundtue. Auch wenn im Schreiben der Beklagten nicht ausdrücklich zur Zahlung aufgefordert werde, so sei die aktive Handlungsverpflichtung zur Abwendung der erhöhten Kosten im Einklang mit der RL-UGP ebenso als unlauter und daher als verboten anzusehen.

Zu 4 Ob 27/13v sei der Fall anders gelegen. Dort sei keine unbestellte Ware oder Leistung geliefert, sondern es seien die Konditionen einer bestehenden Vertragsbeziehung geändert worden. Im vorliegenden Fall hätten die nicht bestellten Magazine in das bestehende Abonnement integriert und dafür ein neuer höherer Preis gezahlt werden sollen. Es liege hier also eine unbestellte Ware iSd Z 29 des Anhangs zum UWG vor. Die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs zu 4 Ob 27/13v könne daher nicht herangezogen werden.

Auf eine Vertragsbestimmung, nach welcher das Schweigen des Verbrauchers als Zustimmung zu einer Vertragsänderung zu werten sei, habe sich die Beklagte nicht gestützt. Eine solche Vertragsklausel wäre aber ohnehin nach § 6 Abs 1 Z 2 KSchG unzulässig. Die Beklagte

habe angekündigt, erst in weiterer Folge werde das Verhalten des Konsumenten eine bestimmte Rechtsfolge auslösen. Das Nichthandeln solle zur Erklärungsfiktion werden, dass einer Vertragsänderung zugestimmt werde. Auch dies würde eine eindeutige Bestimmung in der zugrunde liegenden Vertragsbeziehung erfordern, die hier fehle.

Eine weitere Prüfung nach den §§ 1, 1a, 2 UWG erübrige sich, weil die Prüfungsreihenfolge bei unlauteren Geschäftspraktiken - zuerst Anhang, dann §§ 1a oder 2 UWG, dann die Generalklausel nach § 1 UWG - auf jeder Stufe für sich abgeschlossen sei. Da der Sachverhalt unter den Anhang subsumierbar sei, sei keine weitere Prüfung mehr erforderlich.

Dem Veröffentlichungsbegehren sei nach § 30 Abs 1 KSchG iVm § 25 Abs 3 UWG stattzugeben. An der Veröffentlichung bestehe ein berechtigtes Interesse, um der Öffentlichkeit, insbesondere den Lesern der Tageszeitung „Österreich“ mitzuteilen, dass ein derartiges Verhalten der Beklagten eine unlautere Geschäftspraktik iSd des UWG darstelle. Dies auch in Anbetracht der Wiederholungsgefahr, da die Beklagte noch immer Zeitschriften an Abonnenten vertreibe und durch ein derartiges Vorgehen erneut an Leser herantreten könne. Die erforderliche Publizität der unlauteren Wettbewerbshandlung liege aufgrund der regelmäßigen Versendung ähnlicher Schreiben an eine Vielzahl von Abonnenten vor.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten aus dem Berufungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil in klagsabweisendem Sinn abzuändern; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Berufungsentscheidung Die Berufung

ist nicht berechtigt.

1. Die Berufung hält der Auffassung des Erstgerichts, die inkriminierte Geschäftspraktik verstoße gegen die Bestimmung der Z 29 des Anhangs zum UWG, zunächst entgegen, die Beklagte sei als Medieninhaberin keine von der Bestimmung erfasste Gewerbetreibende. Die Herausgabe, das Herstellen und das Verbreiten periodischer Druckwerke sowie deren Kleinverkauf durch den Medieninhaber seien nämlich von der GewO ausgenommen (§ 2 Abs 1 Z 18 GewO).

2. Gemäß Z 29 des Anhangs zum UWG iVm § 1a Abs 3 UWG gilt die Aufforderung des Verbrauchers zur sofortigen oder späteren Zahlung oder zur Rücksendung oder Verwahrung von Produkten, die der Gewerbetreibende ohne Veranlassung des Verbrauchers geliefert hat (unbestellte Waren oder Dienstleistungen), als jedenfalls aggressive Geschäftspraktik. Die besondere Unlauterkeit in solchen Fällen ergibt sich einerseits daraus, dass Verbraucher sich dadurch veranlasst fühlen können, Handlungen setzen zu müssen, zu denen sie letztlich auch nach § 864 Abs 2 ABGB nicht verpflichtet sind. Andererseits soll dieses forsche Vorgehen der Unternehmer ohne weiteres als Belästigung untersagbar sein, so die Tatbestandselemente der Ziffer 29 vorliegen (*Burgstaller in Wiebe/G. Kodek UWG² Anhang zu § 1a Rz 106*).

Die Ziffer 29 des Anhangs stellt auf eine Leistungserbringung durch einen Gewerbetreibenden ab; auch der Anhang I RL-UGP legt der Ziffer 29 den Begriff des Gewerbetreibenden zugrunde. Da nach Art 2 lit b RL-UGP als Gewerbetreibender im Ergebnis jede geschäftlich tätige Person anzusehen ist und die RL-UGP die Bestimmungen über unlautere Geschäftspraktiken zwischen Unternehmen und Verbraucher in den Mitgliedstaaten generell harmonisiert,

ist der Begriff des „Gewerbetreibenden“ auch in dieser Hinsicht zu interpretieren (*Burgstaller in Wiebe/G. Kodek UWG² Anhang zu § 1a Rz 108*).

3. Die von der Beklagten angestrebte Beschränkung der Anwendbarkeit der Ziffer 29 UWG-Anhang auf Gewerbetreibende iSd österreichischen Rechts (insb GewO) ist daher abzulehnen. Sie wäre systemwidrig, weil der Anwendungsbereich des UWG grundsätzlich den B2B- oder/und B2CBereich betrifft, und auch sachlich nicht zu rechtfertigen, weil eine Differenzierung zwischen Unternehmer und Gewerbetreibenden in dieser Hinsicht ohne Grundlage/Sinn wäre. Zudem würde eine derartige Interpretation den vom RL-Geber geforderten Zielen der Rechtssicherheit und der Schaffung „einheitlicher Regeln“, die ein hohes Verbraucherschutzniveau gewährleisten sollen, diametral entgegenstehen. Der Begriff des Gewerbetreibenden iSd Ziffer 29 des Anhangs ist daher nicht iSd GewO, sondern – wie vom Erstgericht zu Recht angenommen – gleichbedeutend mit „Unternehmer“ und iSd § 1 KSchG und § 1 UGB zu interpretieren (vgl. *Burgstaller aaO Rz 109f mwN*).

Aus dem Umstand, dass sie aus dem Anwendungsbereich der GewO ausgenommen ist, ist für die Beklagte daher nichts zu gewinnen. Dass sie als Medieninhaberin jedenfalls Unternehmerin iSd § 1 KSchG und § 1 UGB ist, wird von ihr nicht in Abrede gestellt.

4. Die Beklagte argumentiert des weiteren, dass Z 29 des Anhangs zum UWG eng auszulegen sei. Die Bestimmung setze voraus, dass eine nicht bestellte Ware geliefert und damit eine Entgeltforderung verknüpft werde. Das Mitteilen einer Änderung der Konditionen falle nicht darunter. Die Beklagte habe mit der Lieferung der Magazine niemals unmittelbar eine Zahlungsaufforderung verbunden. Gerade im

Bereich von Medien sei es außerdem üblich, den Abonnenten auch neue Produkte vorzustellen. Folglich liege auch keine „nicht veranlasste Sendung“ iS der Z 29 des UWG-Anhangs vor.

5. Weder die Ziffer 29 des Anhangs zum UWG noch die Ziffer 29 des Anhangs I RL-UGP fordern allerdings eine bestimmte Form der Aufforderung - es wird nicht einmal eine ausdrückliche Aufforderung verlangt. Da die konkrete Form der Aufforderung im Rahmen der Ziffer 29 nicht entscheidend ist, werden beispielsweise auch eine „Bitte“ bzw ein „Ersuchen“ um Zahlung/Aufbewahrung, in aller Regel sogar eine konkludente Aufforderung zur Zahlung durch Beifügen eines Zahlscheines die Unlauterkeit nach Ziffer 29 des Anhangs begründen, so die anderen Tatbestandsmerkmale erfüllt sind. Auch der Umstand, ob der Verbraucher letztlich der Aufforderung nachgekommen ist oder nicht, ist unerheblich für eine Beurteilung im Rahmen der Ziffer 29 des Anhangs (*Burgstaller* aaO Rz 121f).

Auch wenn die Beklagte den Abonnenten der Tageszeitung „Österreich“ die beiden zusätzlichen Magazine zunächst im Rahmen der bestehenden Abonnementverträge unentgeltlich und damit ohne Zahlungsaufforderung zugesendet hat, hat sie doch mit der Zusendung des inkriminierten Schreibens angekündigt, die Magazine, sollte sie der Abonnent nicht abbestellen, in Zukunft nur mehr gegen ein zusätzliches Entgelt zuzusenden. Damit hat sie aber - entgegen der Argumentation der Berufung - nicht bloß eine Änderung der Vertragsbedingungen, sondern den Abschluss eines Abonnementvertrags über zwei weitere Druckwerke mitgeteilt. Außerdem hat sie klargestellt, dass der Abonnent für jede zukünftige Lieferung der Magazine „NaturLust“ und „ReiseLust“ ein Entgelt von 4 Euro pro Monat zu zahlen haben wird, was, da eine besondere Form der

Zahlungsaufforderung nicht vorausgesetzt ist, einer konkludenten Aufforderung zur späteren Zahlung gleichkommt.

6. Eine ohne Veranlassung gelieferte Ware oder erbrachte Dienstleistung liegt vor, wenn dies ohne adäquate Verursachung des Empfängers erfolgte. Eine nicht veranlasste Warenlieferung oder Dienstleistung liegt daher nicht nur dann vor, wenn überhaupt keine Vertragsbeziehung zwischen Unternehmer und Verbraucher besteht, sondern auch dann, wenn der Gewerbetreibende/Unternehmer eine andere Ware liefert oder Dienstleistung erbringt, als vereinbart bzw. - wie hier - nicht vereinbarte Zusatzlieferungen erbringt (*Burgstaller* aaO Rz 111).

7. Der Forderung der Beklagten nach einer engen Auslegung des Tatbestands der Z 29 des Anhangs zum UWG hat der (deutsche) Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung I ZR 134/10 eine richtlinienkonforme und am Normzweck der (so wie Z 29 UWG-Anhang) Nr. 29 des Anhangs zu § 3 dUWG (Schutz der Verbraucher vor aggressiven Geschäftspraktiken, die eine massive Zwangslage hervorrufen) orientierte Auslegung entgegengesetzt. In deren Anwendung ist er davon ausgegangen, dass vom Tatbestand der Nr. 29 des Anhangs zum dUWG auch die Ankündigung einer fortlaufenden Lieferung von Waren erfasst ist, 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. Entscheidend dafür war die Erwägung, 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. Diese Auslegung ermöglichte es dem BGH, den Sachverhalt der bloßen Ankündigung einer Warenlieferung

kombiniert mit der Ankündigung der Rechnung unter Nr. 29 zu subsumieren, obwohl der Wortlaut der Norm nicht erfüllt ist (vgl dazu *Burgstaller* aaO Rz 116; *Scherer*, WRP 2012, 139).

Auch die Geschäftspraktik der Beklagten, bestehenden Abonnenten zunächst unentgeltliche Druckwerke zuzusenden, diese Zusendung jedoch mit der Ankündigung zu verbinden, in Zukunft weitere entgeltliche Lieferungen vorzunehmen, sollte der Abonnent nicht widersprechen, führt zu einer vergleichbaren Zwangslage. Allein dadurch, dass die Beklagte dem Abonnenten eine vom ihm nicht veranlasste Zusendung weiterer Druckwerke gegen Entgelt ankündigt und ihm dabei suggeriert, sein Schweigen auf die Ankündigung stelle eine Zustimmung zur Vertragserweiterung dar, wolle er diese nicht akzeptieren, müsse er widersprechen, setzt den Verbraucher unter einen ähnlichen Handlungsdruck wie im Fall einer aktuellen Zahlungsaufforderung verbunden mit einer vorhergehenden oder aktuell erfolgenden Zusendung unbestellter Ware, die er zurücksenden muss, will er nicht zur Zahlung verpflichtet sein. Selbst wenn man also - der Argumentation der Beklagten folgend - ihre Geschäftspraktik als nicht völlig vom Wortlaut der Z 29 des Anhangs zum UWG erfasst ansehen wollte, führt eine richtlinienkonforme und am Normzweck orientierte Auslegung zur Subsumtion der Geschäftspraktik der Beklagten als aggressiv iSd Z 29 des Anhangs zum UWG.

8. Soweit die Beklagte schließlich für ihren Standpunkt ins Treffen führt, sie habe ihrem Geschäftspartner [REDACTED] [REDACTED] nur zur Kenntnis gebracht, dass eine Änderung des Vertragsverhältnisses in der Form erfolgen könne, dass er entweder - wie bisher - sein Abo weiterbeziehe oder zu einem Aufpreis auch die beiden zunächst unentgeltlich zugesendeten Druckwerke

„ReiseLust“ und „NaturLust“ beziehe, dabei habe es sich nur um die Ankündigung gehandelt, die Zustellung einzustellen, es sei denn der Abonnent bezahle zusätzlich EUR 4,-- pro Monat, wozu er die Beklagte kontaktieren möge, entfernt sie sich vom festgestellten Sachverhalt. Danach hat die Beklagte die Fortsetzung der bisher unentgeltlichen Zusendung der Druckwerke gegen Entgelt bereits als feststehend angekündigt, es sei denn der Verbraucher lehne dies ausdrücklich ab. Davon, dass die Beklagte die Fortsetzung der Zustellungen nur für den Fall einer Kontaktaufnahme oder der Zahlung des geforderten Zusatzentgelts durch den Abonnenten angekündigt hat, kann also keine Rede sein.

9. Der Vollständigkeit halber bleibt anzumerken, dass die beanstandete Geschäftspraktik der Beklagten auch aggressiv iSd § 1a UWG ist. Sie ist geeignet, die Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit des Marktteilnehmers in Bezug auf das Produkt durch Belästigung wesentlich zu beeinträchtigen und ihn dazu zu veranlassen, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Vor allem führt die Ankündigung gegenüber einem Verbraucher, ihm eine nicht bestellte Ware zuzusenden, sollte er sie nicht vorher abbestellen, zu einer unzumutbaren Belästigung des Verbrauchers (vgl. BGH I ZR 134/10), weil er sich dazu gezwungen sehen wird, der beabsichtigten Fortsetzung der Belieferung entweder ausdrücklich zu widersprechen oder - hat er dies etwa auch nur aus Versehen unterlassen - seine Zahlungspflicht zu akzeptieren. Dabei wird die Entscheidungsfreiheit eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsabonnenten vor allem deshalb spürbar beeinträchtigt, weil ihm die Beklagte

suggeriert, er müsse die Zeitschriften abbestellen, wolle er nicht zahlungspflichtig werden.

Der unberechtigten Berufung war somit ein Erfolg zu versagen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 50, 41 ZPO.

Der Ausspruch über den Wert des Entscheidungsgegenstandes nach § 500 Abs 2 Z 1 ZPO folgt der Bewertung durch den Kläger.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig. Eine erhebliche Rechtsfrage im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO von über den Einzelfall hinausgehender Bedeutung war nicht zu beantworten.

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 4, am 26. Februar 2018

Dr. Dorit Primus

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG