

Aktenzeichen:

14 U 134/23

12 O 57/22 KfH LG Freiburg im Breisgau

verbraucherzentrale

Bundesverband

27. März 2024

EINGEGANGEN



Oberlandesgericht Karlsruhe
ZIVILSENATE IN FREIBURG

14. ZIVILSENAT

Im Namen des Volkes

Urteil

In dem Rechtsstreit

**Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände -
Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.**, vertreten durch d. Vorständin
Rudi-Dutschke-Straße 17, 10969 Berlin
- Kläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigter:

gegen

Pearl GmbH, vertreten durch d. Geschäftsführer , Pearl-Straße 1 - 3, 79426
Buggingen
- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

wegen Unterlassung u. a.

hat das Oberlandesgericht Karlsruhe - 14. Zivilsenat - durch die Vorsitzende Richterin am
Oberlandesgericht , den Richter am Oberlandesgericht und den Richter
am Landgericht am 26.03.2024 aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 11.03.2024
für Recht erkannt:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Freiburg im Breisgau - Kammer für Handelssachen - vom 16.06.2023, Az.: 12 O 57/22 KfH, wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
3. Dieses und das in Ziffer 1 genannte Urteil des Landgerichts Freiburg im Breisgau sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.
4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Der in der Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 UKlaG eingetragene Kläger nimmt die Beklagte, die im Internet einen Versandhandel unter der Adresse „www.pearl.de“ betreibt, wegen Ausgestaltung ihres Warenangebots auf Unterlassung in Anspruch.

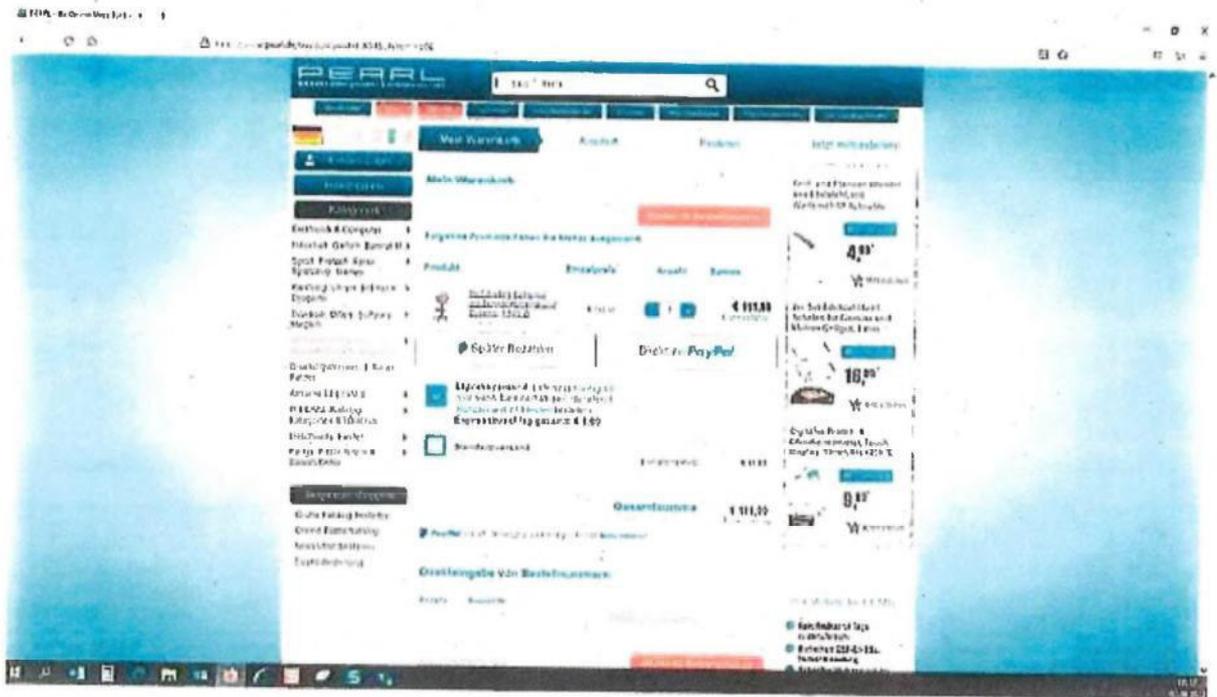
Die Beklagte bietet über ihre Internetplattform eine Vielzahl von Artikeln zum Kauf an, die sie anschließend an die Kunden versendet. Sie stellt einen Standardversand für alle Produkte sowie einen Expressversand für eine zahlenmäßig nicht näher benannte Anzahl von Waren zur Verfügung. Der Standardversand kann zwischen einem und fünf Tagen in Anspruch nehmen. Beim Expressversand wird die Ware dem Kunden - so die Hinweise der Beklagten dazu auf ihrer Internetseite - am nächsten Werktag mit einer Wahrscheinlichkeit von 95 % geliefert, wenn der Kunde bis 13 Uhr bestellt. Für diesen Expressversand fällt ein „Expresszuschlag“ von einem Euro an. Ist der Artikel expressversandfähig, wird er in der Einzelansicht mit dem Zusatz „Express“ ausgewiesen. Fügt der Kunde einen solchen Artikel dem Warenkorb hinzu, wird dieser mit dem auf der Übersichtsseite ausgewiesenen Warenpreis übernommen. Neben der Abbildung des Artikels findet sich dann im Warenkorb der Zusatz „expressfähig“. Weiter finden sich im Warenkorb zwei Kästchen, nämlich Expressversand und Standardversand. Die Option „Expressversand“ ist durch Häkchen vorausgewählt. Neben dem Kästchen „Expressversand“ befindet sich neben dem voraussichtlichen Liefertermin der Hinweis: „Expresszuschlag gesamt 1,00 €“. Der im Warenkorb ausgewiesene Gesamtpreis berücksichtigt die Kosten für den

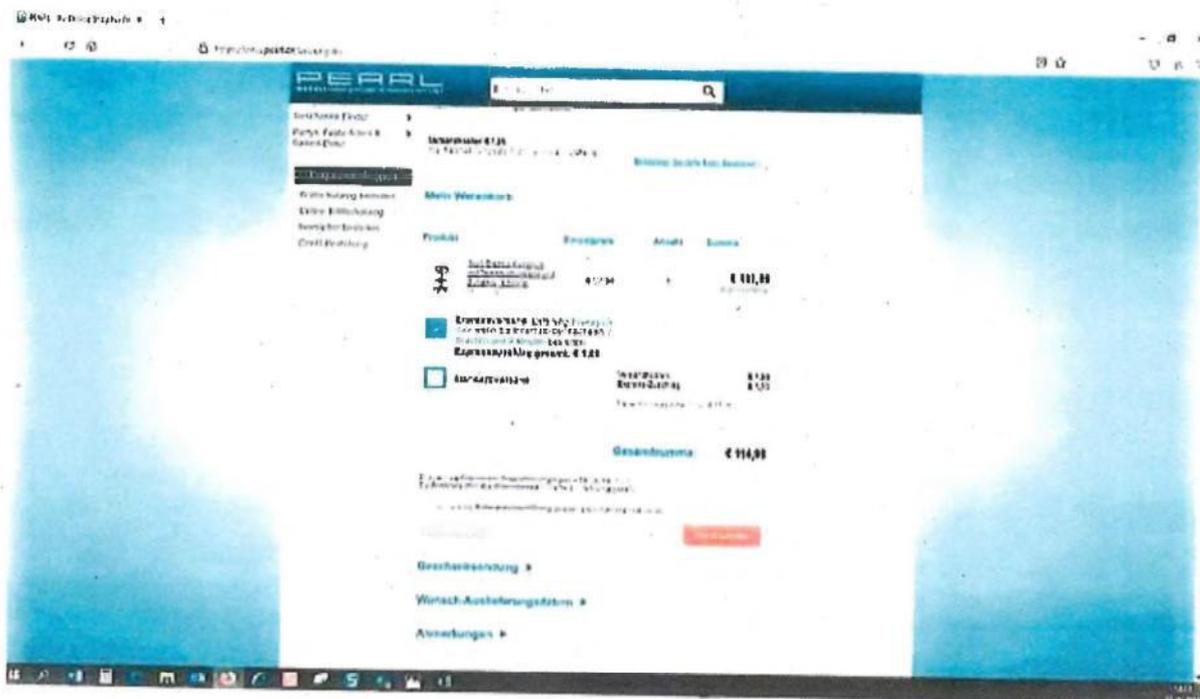
vorausgewählten Expressversand nicht. Es wird weiter der auf der Artikelübersicht und der im Warenkorb oben neben dem Artikel ausgewiesene Preis als Gesamtsumme ausgewiesen. Klickt der Kunde auf „Weiter im Bestellprozess“, finden sich erneut zwei Kästchen mit Expressversand und Standardversand. Der Expressversand ist weiter vorausgewählt. Der Hinweis auf den „Expresszuschlag gesamt: 1,00 €“ wird wiederholt. Der Gesamtpreis einschließlich der Expressversandkosten wird hier aufgeführt.

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, die Beklagte verstoße mit der Voreinstellung des Expressversands gegen § 312a Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 BGB. Das Entgelt für den Expressversand sei kein Bestandteil der Hauptleistung. Dem Verbraucher werde durch die Gestaltung des Kaufangebots suggeriert, er habe ein Wahlrecht für eine Zusatzleistung. Die Voreinstellung sei keine ausdrückliche Erklärung des Verbrauchers hinsichtlich der Vereinbarung des Zusatzentgeltes. Deswegen sei der Unterlassungsanspruch gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG begründet.

Der Kläger hat beantragt:

1. Der Beklagten wird untersagt, im Rahmen geschäftlicher Handlungen gegenüber Verbrauchern, die im Internet unter <https://www.pearl.de/> eine Warenbestellung vornehmen und für die Versendung zwischen einem Standardversand und einem Expressversand wählen können, im Bestellvorgang den Expressversand mittels eines Opt-Out voreinzustellen, für den ein Expresszuschlag erhoben wird, wenn dies geschieht wie nachfolgend abgebildet:





2. Der Beklagten wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung ein Ordnungsgeld bis zu 250.000 € (ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Wochen) oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten angedroht.
3. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 260 € (17,01 € = 7 % Mehrwertsteuer enthalten) zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus p. a. seit Klagezustellung zu bezahlen.

Die Beklagte hat beantragt:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, der Expressversand stelle keine Zusatzleistung im Sinne des § 312a Abs. 3 BGB dar. Beim Online-Handel gehöre der Versand zum Pflichtenprogramm des Verkäufers. Das für den Versand vereinbarte Entgelt sei Teil des für die Hauptleistung vereinbarten Entgelts. Dem Verbraucher werde kein zusätzliches Entgelt

überraschend untergeschoben. Die Beklagte weise an verschiedenen Stellen des Internetauftritts auf den Expressversand hin. Der Hinweis „Express“ in der Artikelübersicht mache dem Verbraucher deutlich, dass die Beklagte den Artikel mit Expressversand verkaufe und sich zu einer schnelleren Lieferung als gewöhnlich verpflichte. Der Expressversand werde nicht irreführend als optionale Leistung dargestellt, sondern als für den Artikel vorgesehene mehrkostenpflichtige Versandart. Der Wille des Kunden sei daher darauf gerichtet, den Artikel mit dieser schnelleren Versandart zu erwerben. Durch die Gestaltung werde der Expressversand Teil der vertraglichen Hauptleistungspflicht der Beklagten. Dies stehe im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu kostenpflichtigen Erhöhungen des Internet-Volumens bei Mobilfunktarifen.

Das Landgericht, dessen Urteil in MMR 2024, 197 ff. und in EWiR 2023, 722 veröffentlicht ist, hat die Beklagte mit dem angefochtenen Urteil vom 16.06.2023 antragsgemäß verurteilt. Auf das Urteil wird verwiesen.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten mit dem Ziel der Klageabweisung. Zur Begründung führt sie im Wesentlichen aus: Die Abgrenzung von Hauptleistung und entgeltlichen Zusatzleistungen im Sinne von § 312a Abs. 3 BGB sei gemäß der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anhand der Vereinbarung der Parteien und nicht objektiv vorzunehmen. Der ausgewiesene Gesamtpreis sei kein taugliches Abgrenzungskriterium für Haupt- und Nebenleistung. Andernfalls seien auch die Standardversandkosten von § 312a Abs. 3 BGB erfasst. Auch der von der Beklagten untechnisch verwendete Begriff des Expresszuschlags sei wegen § 3 PAngV unmaßgeblich. Das Bürgerliche Gesetzbuch kenne keinen fest definierten Begriff des Standardversands. Daher könne die Übergabe der Ware durch Versand nicht auf einen Standardversand reduziert und jeglicher andere Versand als Zusatzleistung eingeordnet werden. Es stünde einem Verkäufer frei, alle Artikel ausschließlich mit teurerem Expressversand zu versenden. Maßgeblich für die Abgrenzung sei, welche Leistungen bereits in der Artikelbezeichnung und der Artikelbeschreibung als Vertragsgegenstand „plakativ“ herausgestellt würden. Dies entspreche der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs etwa zu Mobilfunkverträgen. Durch die konkrete Kennzeichnung der Artikel in der Artikelbezeichnung und der Artikelbeschreibung als „Expressversand“ bzw. „Express“ und dem neben dem „Express“ abgebildeten Icon in Form eines Fragezeichens, das auf die Unterseite Versandkosten-Info führe, lege die Beklagte die vertragliche Hauptleistung fest. Sie verpflichte sich zur Lieferung der Ware per Expressversand. Es sei für den Käufer deutlich sichtbar, dass er die Ware mit Expressversand bestellen werde, wenn er die Ware in den Warenkorb lege und den Bestellprozess fortsetze. Der Leistungsumfang werde mit den höheren Kosten ausgewiesen.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landgerichts Freiburg im Breisgau vom 16.06.2023 abzuändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt:

Zurückweisung der Berufung.

Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung seines bisherigen Vorbringens.

Der Senat hat am 11.03.2024 mündlich verhandelt und die Vertreterin der Beklagten ergänzend angehört.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und das Protokoll der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung der Beklagten ist unbegründet. Das Landgericht hat die Beklagte mit überzeugender Begründung zu Recht zur Unterlassung der Voreinstellung „Expressversand“ im Bestellvorgang verurteilt. Dem Kläger steht der geltend gemachte Unterlassungsanspruch gemäß den §§ 8 Abs. 1 Satz 1, 3a UWG sowie aus § 2 Abs. 1 und Abs. 2 UKlaG zu.

A. Der Kläger ist gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG in Verbindung mit § 4 UKlaG klagebefugt. Unstreitig ist er ein in die Liste qualifizierter Einrichtungen eingetragener Verein. Er kann daher die Ansprüche nach § 8 Abs. 1 UWG und § 2 UKlaG geltend machen.

B. Der Unterlassungsanspruch wird auf § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG gestützt. Die Beklagte hat gemäß § 3a UWG unlauter gehandelt. Sie hat durch die von dem Kläger monierte Ausgestaltung ihres Online-Angebotes gegen § 312a Abs. 3 BGB verstoßen.

Nach § 3a UWG handelt unlauter, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln, und der Verstoß geeignet ist, die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen.

Diese Voraussetzungen sind im Streitfall erfüllt. § 312a Abs. 3 BGB ist Marktverhaltensregel im

Sinne von § 3a UWG (dazu 1.). Die Vorschrift ist (auch) dazu bestimmt, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln (dazu 2). Die Ausgestaltung des Online-Angebots der Beklagten in Gestalt der Voreinstellung des Expressversands ist geschäftliche Handlung der Beklagten (dazu 3.) und stellt einen Verstoß gegen § 312a Abs. 3 Satz 2 BGB dar (dazu 4). Der Verstoß ist geeignet, die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen (dazu 5).

1. § 312a Abs. 3 BGB ist Marktverhaltensregel gemäß § 3a UWG.

a) Als Marktverhalten ist jede Tätigkeit auf einem Markt anzusehen, die objektiv der Förderung des Absatzes oder Bezugs dient und durch die ein Unternehmer auf Mitbewerber, Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG einwirkt (Köhler/Odörfer, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 42. Aufl. 2024, § 3a Rn. 1.62 mwN aus Literatur und Rechtsprechung). Hierunter fallen nicht nur das Angebot und die Nachfrage von Waren und Dienstleistungen, sondern auch der Abschluss und die Durchführung von Verträgen (vgl. KG, Beschluss vom 29.04.2011 - 5 W 88/11, Rn. 29, juris).

b) Die Beklagte gestaltet das Angebot an die Verbraucher zur Förderung ihres Absatzes am Markt. Sie hat die Konzeption des Vertragsangebots unter Hinweis auf die Lieferangebote anderer, am Markt tätiger Online-Versandhändler begründet.

2. § 312a Abs. 3 BGB ist zumindest auch dazu bestimmt, das Marktverhalten im Interesse der Marktteilnehmer im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG, insbesondere der Verbraucher, zu regeln.

a) Eine Regelung bezweckt den Schutz der Interessen der Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer, wenn sie deren Informationsinteresse und Entscheidungs- und Verhaltensfreiheit in Bezug auf die Marktteilnahme schützt oder wenn sie dem Schutz von Interessen, Rechten und Rechtsgütern von Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern dient (vgl. BeckOK UWG/Niebel/Kerl, 23. Ed., Stand: 01.01.2024, § 3a Rn. 31; Ohly, in: Ohly/Sosnitzka, UWG, 8. Aufl. 2023, § 3a Rn. 23).

b) Sinn und Zweck von § 312a Abs. 3 BGB ist es, den Verbraucher davor zu schützen, sich vertraglich in einem größeren Umfang zu verpflichten, als er es tatsächlich will (vgl. BT-Drs. 17/12637, S. 53, 1. Spalte, 2. Absatz). Die Norm dient dem Schutz der Privatautonomie des Verbrauchers und seiner rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit (vgl. BeckOGK/Busch, BGB, Stand: 01.07.2023, § 312a Rn. 13; BeckOK BGB/Martens, 69. Ed., Stand: 01.02.2024, § 312a Rn. 18; Grüneberg/Grüneberg, BGB, 83. Aufl. 2024, § 312a Rn. 4; Münchener Kommentar/Wendehorst, BGB, 9. Aufl. 2022, § 312a Rn. 45; Staudinger/Thüsing,

BGB, Neubearbeitung 2019, Stand: 31.07.2021, § 312a Rn. 41).

3. Betrieb, Ausgestaltung des Internetauftritts und das von dem Kläger monierte Angebotsverhalten der Beklagten sind gemäß §§ 3a, 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG geschäftliche Handlung.

4. Durch diese geschäftliche Handlung hat die Beklagte gegen § 312a Abs. 3 BGB verstoßen. Nach dieser Vorschrift kann ein Unternehmer eine Vereinbarung, die auf eine über das vereinbarte Entgelt für die Hauptleistung hinausgehende Zahlung des Verbrauchers gerichtet ist, mit einem Verbraucher nur ausdrücklich treffen. Schließen der Unternehmer und der Verbraucher einen Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr, wird eine solche Vereinbarung nur Vertragsbestandteil, wenn der Unternehmer die Vereinbarung nicht durch eine Voreinstellung herbeiführt.

Die Vorschrift erfasst die vorliegende Angebotsausgestaltung der Beklagten (dazu a). Mit dem Aufschlag für den Expressversand liegt ein zusätzliches Entgelt im Sinne der Vorschrift vor (dazu b). Eine wirksame ausdrückliche Vereinbarung hierüber trifft die Beklagte mit dem Verbraucher nicht. Denn durch die Opt-Out-Gestaltung verstößt die Beklagte gegen § 312a Abs. 3 Satz 2 BGB (dazu c).

a) Die Angebotsgestaltung der Beklagten unterfällt § 312a Abs. 3 BGB. Die Vorschrift setzt entgegen des missverständlichen Wortlauts „vereinbartes Entgelt für die Hauptleistung“ nicht voraus, dass die Parteien bereits einen Vertrag über die Hauptleistung geschlossen haben. Das ergibt die richtlinienkonforme Auslegung der Vorschrift. § 312a Abs. 3 Satz 1 BGB setzt Art. 22 der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2011 über die Rechte der Verbraucher – Abl. L 304 vom 22.11.2011, S. 64 ff. – um. Art. 22 Abs. 1 der Richtlinie lautet:

„Bevor der Verbraucher durch den Vertrag oder das Angebot gebunden ist, hat der Unternehmer die ausdrückliche Zustimmung des Verbrauchers zu jeder Extrazahlung einzuholen, die über das vereinbarte Entgelt für die Hauptleistungspflicht des Unternehmers hinausgeht.“

Bei wortlautgetreuer Auslegung liefe der Anwendungsbereich der Vorschrift andernfalls weitgehend leer. Die Norm würde in diesem Fall nur Zusatzkosten erfassen, die nach Vertragsschluss vereinbart werden sollen. Das stellt aber nicht den Regelfall der Angebots- und Vertragsgestaltung insbesondere im Fernabsatz dar, da solche Vereinbarungen – wie im Falle der Angebotsgestaltung der Beklagten – entweder vor oder zugleich mit dem Abschluss des eigentlichen Vertrags getroffen werden (vgl. BeckOK BGB/Martens, a. a. O., § 312a Rn. 19). Es

genügt daher, dass der Preis für die Hauptleistung feststeht, falls sich der Verbraucher für den Vertragsschluss entscheidet (vgl. Schirnbacher, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 312a BGB Rn. 21).

b) Das von der Beklagten verlangte Entgelt für die Expresslieferung einer Ware ist zusätzliches Entgelt gemäß § 312a Abs. 3 Satz 1 BGB.

aa) § 312a Abs. 3 BGB greift nur ein, wenn ein zusätzliches Entgelt vorliegt, das über das für die Hauptleistung vereinbarte Entgelt hinausgeht. Im Lichte des bereits zitierten Wortlauts von Art. 22 Abs. 1 der Richtlinie 2011/83/EU, der den Begriff der „Extrazahlung“ verwendet, ist der Terminus der „über das vereinbarte Entgelt für die Hauptleistung hinausgehenden Zahlung“ weit auszulegen (allgemeine Meinung: vgl. nur BeckOK BGB/Martens, a. a. O., § 312a Rn. 20; Grüneberg/Grüneberg, a. a. O., § 312a Rn. 4; Junker/Seiter, in: jurisPK-BGB, 10. Aufl. 2023, § 312a Rn. 31; Staudinger/Thüsing, a. a. O., § 312a Rn. 44). Erfasst werden alle Zusatzleistungen, die für die Erbringung der Hauptleistung nicht zwingend erforderlich sind, sondern diese ergänzen und das Leistungsspektrum des Unternehmers erweitern (BeckOGK/Busch, a. a. O., § 312a Rn. 15; Münchener Kommentar/Wendehorst, a. a. O., § 312a Rn. 59). Abzugrenzen sind solche Zusatzleistungen von Wahlmöglichkeiten des Verbrauchers, mithilfe derer die vertragliche Hauptleistung überhaupt erst konkretisiert wird (BeckOK BGB/Martens, a. a. O., § 312a Rn. 20; Schirnbacher, in: Spindler/Schuster, a. a. O., BGB, § 312a BGB Rn. 22). So fehlt es an einer hinreichend konkretisierten Hauptleistung, wenn der Verbraucher erst noch die Größe oder Farbe eines Kleidungsstücks auswählt (vgl. Münchener Kommentar/Wendehorst, a. a. O., § 312a Rn. 54), wenn er erst noch durch Anwahl eines Mobilfunktarifs mit Datenvolumen die Hauptleistung des Unternehmers festlegt (vgl. BGH, Urteil vom 05.10.2017 - III ZR 56/17, juris) oder wenn er sich durch Klicken für eine andere Hauptleistung als der ursprünglichen zu einem höheren Preis entscheidet, beispielsweise für ein Zeitungsabonnement mit sieben statt sechs Bezugstagen (vgl. Staudinger/Thüsing, a. a. O., § 312a Rn. 48).

bb) Nach diesen Maßstäben stellt der Aufpreis für die Expresslieferung im Streitfall ein zusätzliches Entgelt dar (ebenso für Expressversandkosten im Internethandel: BeckOGK/Busch, a. a. O., § 312a Rn. 15; BeckOK BGB/Martens, a. a. O., § 312a Rn. 21; BeckOK IT-Recht/Föhlich, BGB, 12. Ed., Stand: 01.01.2024, § 312a BGB Rn. 3; Münchener Kommentar/Wendehorst, a. a. O., § 312a Rn. 59; Junker/Seiter, in: jurisPK-BGB, a. a. O., § 312a Rn. 32; Schirnbacher, in: Spindler/Schuster, a. a. O., § 312a BGB Rn. 15; ähnlich Staudinger/Thüsing, a. a. O., § 312a Rn. 46: zusätzliche Lieferkosten).

(1) Der Expressversand ist vorliegend nicht Teil der Hauptleistung. Er ist nicht zwingend für die Erbringung der vertraglichen Hauptleistung – Übergabe und Übereignung der Kaufsache und Lieferung an den Käufer – erforderlich, sondern tritt hinzu. Die Beklagte bewirbt den Expressversand als Zusatzleistung und hebt hervor, dass der Expressversand gegenüber dem Standardversand den Vorteil des schnelleren Erhalts der bestellten Ware am nächsten Werktag hat. Sie erhebt - nur für diesen Vorteil - ein höheres Entgelt von einem Euro gegenüber dem Standardversand und bezeichnet dieses Entgelt als Expresszuschlag. Der von der Beklagten gemäß § 433 Abs. 1 BGB geschuldete Leistungserfolg kann zudem bei den Produkten, welche der Kläger mit seinem Antrag beispielhaft in Bezug nimmt, ebenso ohne Expressversand erfolgen. Denn diese Produkte - wie der in der Klageschrift beispielhaft genannte Kugelgrill - müssen nicht etwa deswegen schnell zum Käufer gelangen, weil sie andernfalls verderben oder sonst Schaden nehmen.

(2) Ebenso wenig stellt der Expressversand eine Konkretisierung der Hauptleistung der Beklagten dar, ohne die der Inhalt des Vertrages unbestimmt wäre und schon nicht von einer Hauptleistung die Rede sein könnte. Der Expressversand kann hinweggedacht werden und das Leistungsspektrum der Beklagten wäre immer noch bestimmt: Übereignung und Übergabe der Kaufsache durch Lieferung an den Käufer mittels üblicher Versandmethoden. Insoweit ist der vorliegende Streitfall auch nicht vergleichbar mit dem durch Urteil des Bundesgerichtshofs vom 05.10.2017 (Az.: III ZR 56/17) entschiedenen Sachverhalt, in dem es um die Wirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen geht. Der dortige Vertrag über die Bereitstellung von Mobilfunkleistungen beinhaltete von vornherein – ohne Abwahlmöglichkeit des Kunden – die Verpflichtung des Mobilfunkunternehmens, dem Verbraucher im Falle der Erschöpfung seines im Tarif enthaltenen Datenvolumens zusätzliches Datenvolumen gegen Entgelt zur Verfügung zu stellen. Im Streitfall stellt die Beklagte den Kunden – anders als im vorerwähnten Fall des Bundesgerichtshofs – grundsätzlich vor die Wahl, ob er die Ware im Standard- oder Expressversand erhalten will.

(3) Die Angebotsgestaltung der Beklagten indiziert – anders als diese meint – bei der gebotenen Bestimmung ihres Inhalts nach dem Verständnishorizont des maßgeblichen durchschnittlich informierten und aufmerksamen Verbrauchers ebenfalls eine Zusatzleistung (vgl. zur Indizwirkung der Werbung für Zusatzentgelte: Schirnbacher, in: Spindler/Schuster, a. a. O., § 312a BGB Rn. 22; Staudinger/Thüsing, a. a. O., § 312a Rn. 44).

/a/ Die Beklagte bietet die Expresslieferung bei den als expressfähig bezeichneten Artikeln nicht – wie sie einwendet – als ausschließliche Versandoption an und weist dafür auch kein

einheitliches Entgelt aus. Sie bewirbt die Ware in der Angebotsübersicht mit einem vorab festgelegten Preis – beispielhaft für den Kugelgrill – von 111,99 €. Klickt der Kunde auf den Warenkorb, ist der Expressversand nicht die einzige Versandart. Aufgeführt wird auch der Standardversand. Der Expressversand ist lediglich von der Beklagten voreingestellt. Der Kunde muss den Expressversand aktiv zu Gunsten des Standardversandes abwählen. Daneben findet sich der Hinweis „Expresszuschlag“ (Hervorhebung durch Senat). Der Angebotspreis bleibt im Beispielsfall auch bei der Voreinstellung „Expressversand“ trotz eines dafür erhobenen „Zuschlags“ von einem Euro bei 111,99 €. Erst wenn der Kunde im Beispielsfall in der Bestellübersicht angekommen ist, addiert die Beklagte für den voreingestellten Expressversand ein weiteres Entgelt – den „Expresszuschlag“ – von einem Euro hinzu. Zum für den Kugelgrill ausgewiesenen Produktpreis von 111,99 € kommt daher ein Aufpreis hinzu. Diese Angebotsgestaltung versteht der durchschnittlich informierte und aufmerksame Verbraucher als Hinweis auf ein weiteres Entgelt gegenüber dem ebenfalls aufgeführten Standardversand der Ware.

/b/ Zu Recht und mit überzeugender Begründung hat das Landgericht angenommen, dass die übrige Angebotsgestaltung und die vorhergehenden Hinweise der Beklagten an dieser Würdigung nichts ändern. Das beispielhaft monierte Angebot eines Kugelgrills bezeichnet den Artikel im Warenkorb in grüner Schrift als „expressfähig“. In der Erläuterung der Beklagten zu den Versandkosten (Anlagenkonvolut K 3, vorgelegt mit Replik vom 22.12.2022, AS I 46 ff.) ist ebenfalls von „expressfähigen“ Artikeln die Rede. Bei natürlichem Wortverständnis setzt das mehrere Versandoptionen voraus, die nur bei solcherlei bezeichneten Artikeln gegeben sind. Hierfür unerheblich ist ebenso, ob und auf welche Weise die Beklagte mittels eines Sternchenhinweises – hier in Gestalt eines Fragezeichens – die Preisgestaltung näher erläutert.

c) Die Beklagte trifft durch ihre Angebotsgestaltung mit dem Kunden keine wirksame, nach § 312a Abs. 3 Satz 1 BGB erforderliche ausdrückliche Vereinbarung über dieses zusätzliche Entgelt. Denn die Angebotsgestaltung widerspricht § 312a Abs. 3 Satz 2 BGB.

aa) Gemäß § 312a Abs. 3 Satz 1 BGB kann eine Vereinbarung, die auf eine über das vereinbarte Entgelt für die Hauptleistung hinausgehende Zahlung des Verbrauchers gerichtet ist, nur ausdrücklich getroffen werden. Schließen der Unternehmer und der Verbraucher einen Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr, wird eine solche Vereinbarung nur Vertragsbestandteil, wenn der Unternehmer die Vereinbarung nicht durch eine Voreinstellung herbeiführt. Die ausdrückliche Vereinbarung hierüber ist daher unwirksam, wenn der Verbraucher seine Vertragserklärung abgibt, ohne eine solche Voreinstellung des Unternehmers zu ändern

(BT-Drs. 17/12637, S. 53, 2. Spalte, 2. Absatz), indem er beispielsweise eine vorausgewählte Nebenleistung durch Anklicken eines zuvor automatisch ausgewählten Häkchens wieder abwählt (vgl. BT-Drs. 17/12637, S. 53, 2. Spalte, 3. Absatz). Ein solches sogenanntes „opt-out“, das ein aktives Tätigwerden des Verbrauchers verlangt, ist unzulässig (vgl. BeckOKG/Busch, a. a. O., § 312a Rn. 20; Erman/Koch, BGB, 17. Aufl. 2023, § 312a Rn. 41; Grüneberg/Grüneberg, a. a. O., § 312a Rn. 4; Schirnbacher, in: Spindler/Schuster, a. a. O., § 312a BGB Rn. 33; OLG Koblenz, Beschluss vom 14.06.2019 - 2 U 1260/17, Rn. 12, juris). Die Vereinbarung über das zusätzliche Entgelt wird in einem solchen Fall nur dann Vertragsbestandteil, wenn der Verbraucher der Regelung auf andere Weise – beispielsweise durch ausdrückliche E-Mail – zustimmt (vgl. BT-Drs. 17/12637, S. 53, 2. Spalte, 3. Absatz).

bb) Nach dem von dem Kläger monierten Angebot der Beklagten im elektronischen Rechtsverkehr im Sinne von § 312i Abs. 1 BGB ist der Expressversand mit einem Aufpreis von einem Euro in einem Kästchen sowohl im Warenkorb als auch in der anschließenden Bestellübersicht vorausgewählt. Der Verbraucher muss das Häkchen aktiv anklicken und abwählen, damit die Zusatzleistung entfällt. Diese „Opt-Out“-Gestaltung widerspricht § 312a Abs. 3 Satz 2 BGB.

cc) Der Rechtsstandpunkt der Beklagten, bei ihrer Angebotsgestaltung handele es sich lediglich um eine sogenannte „invitatio ad offerendum“ (Aufforderung zur Abgabe eines Angebots, vgl. BeckOGK/Möslein, BGB, Stand: 01.05.2019, § 145 Rn. 114 mwN), der Verbraucher gebe das Angebot im Sinne von § 145 BGB ab, ist unerheblich. Das Gesetz differenziert unter dem Gesichtspunkt eines weiträumigen Verbraucherschutzes nicht danach, ob die nach § 312a Abs. 3 Satz 2 BGB unzulässige Voreinstellung in einer bloßen invitatio ad offerendum des Unternehmers enthalten ist. § 312a Abs. 3 BGB liefe in diesem Fall praktisch leer, weil das Internetangebot von Ware über das Massenkommunikationsmedium Internet in der Regel als invitatio ad offerendum des Unternehmers zu qualifizieren sein wird (vgl. BGH, Urteil vom 21.09.2005 - VIII ZR 284/04, Rn. 15, juris). Maßgeblich ist nach dem Wortlaut und der Zielrichtung von § 312a Abs. 3 Satz 2 BGB allein, ob der Verbraucher seine Willenserklärung – sei es das Angebot, sei es die Annahme – abgibt, ohne eine Voreinstellung des Unternehmers zu ändern.

dd) Ebenso ohne Erfolg wendet die Beklagte ein, § 312a Abs. 3 Satz 2 BGB greife vorliegend deswegen nicht ein, weil der Kunde durch die beanstandete Art der Angebots- und Vertragsgestaltung nicht überrascht werde, da die Beklagte ihren Internetauftritt zuvor entsprechend transparent gestaltet und mehrfach auf die Zusatzkosten für den Expressversand hingewiesen habe. Diese Erwägung ist schon von Rechts wegen unerheblich. Dem Einwand

angeblich transparenter Angebotsgestaltung hat das Landgericht im Übrigen auch aus tatsächlichen Gründen zutreffend den Erfolg versagt.

Auf ein Überraschungs- oder Überrumpelungsmoment beim Verbraucher kommt es nach dem Wortlaut von § 312a Abs. 3 Satz 2 BGB gar nicht an. Die (In)Transparenz einer Angebotsgestaltung ist danach unerheblich. Die Gesetzesbegründung zu § 312a Abs. 3 Satz 2 BGB lässt ebenfalls keinen Raum für die Annahme der Beklagten, erforderlich sei eine Angebotsgestaltung, die objektiv geeignet sei, den Verbraucher zu überraschen oder zu überrumpeln. In der Bundestagsdrucksache heißt es nur: „Kommt es zum Vertragsabschluss, ist der Verbraucher nachträglich dann nicht selten überrascht oder fühlt sich davon überrumpelt, dass er sich über die Bezahlung der Hauptleistung hinaus zu der Bezahlung weiterer Nebenleistungen verpflichtet hat.“ (BT-Drs. 17/1712637, S. 3, 1. Spalte, 2. Absatz). Der Gesetzgeber beschrieb damit lediglich, wie der Verbraucher solch eine Vertragsgestaltung oder ihr Ergebnis empfinden könnte. Eine objektive Überrumpelungs- oder Überraschungssituation des Verbrauchers hat der Gesetzgeber damit aber nicht zum (allenfalls ungeschriebenen) Tatbestandsmerkmal erhoben. Ebenso wenig sehen Art. 22 Abs. 1 und Abs. 2 der Richtlinie 2011/83/EU oder deren Erwägungsgründe eine solche Begrenzung vor. Die Richtlinie bezweckt gemäß Art. 1, ein hohes Verbraucherschutzniveau zu erreichen. § 312a Abs. 3 Satz 2 BGB kann daher auch im Wege richtlinienkonformer Auslegung keinerlei Beschränkungen in diese Richtung entnommen werden. Eine teleologische Reduktion von § 312a Abs. 3 BGB in diesem Sinne kommt nach dem eben Ausgeführten zum Inhalt und zur Zweckrichtung der Richtlinie 2011/83/EU ebenso wenig in Betracht. Denn nach dem Rechtsstandpunkt der Beklagten würde § 312a Abs. 3 Satz 2 BGB so sein Ziel des Verbraucherschutzes verfehlen. Die Vorschrift soll gerade verhindern, dass der Unternehmer das Erklärungsbewusstsein des Verbrauchers durch „opt-out“-Klauseln manipuliert und dem Verbraucher eine Erklärung unterschiebt, die dieser womöglich dann nicht mehr ändert, weil der Bestellvorgang schon weit fortgeschritten ist (vgl. Rodi, EWiR 2023, 722, 723). Die Beachtlichkeit des Einwands der Beklagten liefe ebenso der erklärten Absicht des Gesetzgebers zuwider, die Verwendung von Voreinstellungen für den Unternehmer unattraktiv zu machen (vgl. BT-Drs. 17/12637, S. 53, 2. Spalte, 2. Absatz) und konterkarierte den Zweck der Richtlinie, ein möglichst hohes Verbraucherschutzniveau zu erreichen.

Schließlich hat bereits das Landgericht zutreffend darauf abgestellt, dass die Angebotsgestaltung der Beklagten auch tatsächlich nicht ausreichend transparent ist. Denn der Expresszuschlag von einem Euro wird jedenfalls nach Auswahl eines expressfähigen Produkts im Warenkorb nicht ausgewiesen, sondern erst in der Bestellübersicht.

5. Der Verstoß der Beklagten gegen § 312a Abs. 3 BGB ist geeignet, die Interessen der Verbraucher spürbar zu beeinträchtigen. Die Angebotsgestaltung berührt die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher, denen der Inhalt des abzuschließenden Vertrages mit der kostenpflichtigen Zusatzleistung von der Beklagten zunächst vorgegeben wird.

C. Der Anspruch folgt zudem aus § 2 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 UKlaG. Denn der Verstoß gegen § 312a Abs. 3 BGB stellt eine Zuwiderhandlung gegen ein Verbraucherschutzgesetz nach § 2 Abs. 1 Satz 1 UKlaG dar (vgl. OLG Dresden, Urteil vom 12.01.2016 - 14 U 1425/15, Rn. 42, juris; BeckOGK/Busch, a. a. O., § 312a Rn. 23 a. E.).

D. Die nach § 8 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz UWG und § 2 Abs. 1 UKlaG erforderliche Wiederholungsgefahr wird auf Grund des festgestellten Erstverstoßes vermutet (vgl. statt vieler: BeckOK UWG/Haertel, a. a. O., § 8 Rn. 52; BGH, Urteil vom 06.06.2018 - VIII ZR 247/17, Rn. 35, juris). Mangels Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung der Beklagten ist die Vermutung nicht entkräftet.

E. Die Nebenforderung hat das Landgericht zutreffend ausgeurteilt. Hiergegen erinnert die Beklagte nichts.

III.

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen wegen der Kosten auf § 97 Abs. 1 ZPO, wegen der vorläufigen Vollstreckbarkeit auf den §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

Vorsitzende Richterin
am Oberlandesgericht

Richter
am Oberlandesgericht

Richter
am Landgericht