

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: **nein**

GWB § 34

Enthält der Vertrag zwischen einem Adressenverlag und dessen Kunden das ausnahmslose Verbot der Mehrfachverwendung der überlassenen Adressen, so bedarf er der Schriftform nach § 34 GWB.

8GH, Urt. v. 7. Mai 1986 - VIII ZR 238/85 - OLG Stuttgart
LG Tübingen

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 238/85

URTEIL

Verkündet am
7. Mai 1986
Kanik,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma A. d. [REDACTED] m. [REDACTED] B. [REDACTED] GmbH, vertreten durch
ihren Geschäftsführer Dr. Dietmar K. [REDACTED], C. [REDACTED]-B. [REDACTED]-
Straße 161 in G. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Kaufmann Roland M. [REDACTED], Informationsservice, D. [REDACTED]
Straße 39 in M. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

13

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Mai 1986 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Dr. Skibbe, Treier, Dr. Paulusch und Groß

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 3. Juli 1985 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

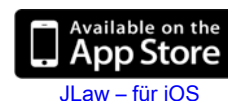
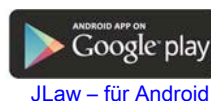
Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin ist ein Adressenverlag, der seinen Kunden ein nach Spezialgebieten aufgefächertes Adressenmaterial zum Zwecke der Direktwerbung gegen Entgelt zur Verfügung stellt. Der Beklagte - ein Kaufmann, der einen "Informationsservice" betreibt - bestellte mit Schreiben vom 26. Oktober 1983 bei der Klägerin sechs Adressengruppen. Die Klägerin bestätigte mit Schreiben vom 27. Oktober 1983 den Auftrag "zu den umseitigen Bedingungen ... als Anmietung zur einmaligen Nutzung". In Nr. 5 der auf der Rückseite der "Auftragsbestätigung" abge-



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



druckten Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin heißt es unter anderem:

"Nach Zahlung des vereinbarten Preises ist der Auftraggeber (Mieter der Adressen) berechtigt, die gelieferten Adressen EINMAL zur Adressierung einer Werbeaussendung zu benutzen. Eine andere bzw. weitere Nutzung, die Veräußerung oder Überlassung an Dritte sowie Vervielfältigung, Übertragung, Abschreiben, Fotokopieren sowie die Übernahme auf Datenträger ist unzulässig Für eine zu vereinbarende mehrfache Nutzung ist ein Mehrpreis zu zahlen. Der Auftraggeber (Mieter) haftet für die unbefugte Verwendung von Adressen sowohl durch ihn selbst als auch durch Dritte und ist bei Verstößen zum Ersatz aller Schäden verpflichtet. Im Falle einer Zuwiderhandlung ist (Klägerin) berechtigt, Schadenersatz vom Auftraggeber in dem Umfang zu verlangen, wie wenn der Auftraggeber das gesamte Adressenmaterial unbefugt genutzt hätte. Dies gilt auch dann, wenn bei einer aus mehreren Adressengruppen bestehenden Gesamtlieferung eine Adressengruppe ganz oder auszugsweise vertragswidrig benutzt worden ist. Jede einzelne vertragswidrige Benutzung bzw. die Übernahme auf andere Datenträger, ob verschuldet oder nicht, verpflichtet zur Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe des 20-fachen Mietpreises zuzüglich Mehrwertsteuer. Als Schutz und Kontrolle gegen eine vertragswidrige Verwendung oder Weitergabe der gelieferten Adressen enthalten sämtliche Adressengruppen der (Klägerin) Kontrollanschriften"

Der erste und der vorletzte der aus der Klausel Nr. 5 vorstehend wiedergegebenen Sätze sind in Fettdruck gehalten.

Der Beklagte antwortete auf die Auftragsbestätigung der Klägerin nicht. Die ihm in der Folgezeit ausgelieferten Adressen verwendete er im Dezember 1983 für eine Werbeaussendung. Die Klägerin stellte ihm am 4. November 1983 unter Berücksichtigung

eines "Agenturrabattes" den Betrag von 573,78 DM in Rechnung. Im Juli 1984 ging bei zwei "Kontrolladressen", die in zwei der sechs Adressengruppen eingebaut und von der Klägerin hinsichtlich der Namen, Anschriften und Berufsbezeichnungen der Adressanten gegenüber den dort tatsächlich wohnhaften Personen verändert worden waren, je eine weitere Zuschrift des Beklagten ein.

Die Klägerin sieht darin einen Verstoß gegen das Verbot der Mehrfachverwendung der Adressen und verlangt aufgrund der in Nr. 5 ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen Vertragsstrafenregelung das 20-fache des von ihr - ohne Berücksichtigung des Agenturrabattes - mit 581,91 DM zugrunde gelegten "Mietpreises" nebst Mehrwertsteuer, insgesamt 13.267,55 DM sowie 5 DM vorgerichtliche Kosten. Der Beklagte hat geltend gemacht, ihm sei die Übersendung an die beiden Kontrolladressen unerklärlich, weil er während seiner mehrjährigen geschäftlichen Beziehungen zur Klägerin das gelieferte Adressenmaterial stets nur einmal verwendet und auch seine Mitarbeiter auf die Notwendigkeit dieses Verfahrens hingewiesen habe. Er vertritt ferner die Auffassung, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin seien nicht wirksam in den Vertrag einbezogen worden; im übrigen halte die Klausel Nr. 5 - ob sie nun als (unangemessen hohe) Schadenspauschalierung oder als (überhöhte) Vertragsstrafe anzusehen sei - der Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz nicht stand, zumal sie dem Kunden den Gegenbeweis fehlenden Verschuldens abschneide, in unzulässiger Weise einen Anspruch der Klä-

rin auf Schadensersatz und auf eine Vertragsstrafe kumuliere und den Preis des Gesamtauftrages auch dann zur Berechnungsgrundlage mache, wenn nur Adressen aus einzelnen Gruppen wiederholt verwendet worden seien.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat ihr in Höhe von 181,20 DM nebst Zinsen stattgegeben und die weitergehende Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der - zugelassenen - Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren in vollem Umfang weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat keinen Erfolg.

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin seien Bestandteil des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages geworden. Die Klausel Nr. 5 verstoße aber gegen § 9 AGBG. Denn die in ihr getroffene Regelung wahre unter Hintanstellung der berechtigten Belange des Kunden völlig einseitig allein die Interessen der Klägerin. Das ergebe sich aus einer Gesamtschau der verschuldensunabhängigen Ausgestaltung der Vertragsstrafe,

die dem Kunden sogar den Nachweis fehlenden Verschuldens abschneide, ferner aus der Bemessungsgrundlage für die Höhe der Vertragsstrafe, nach der der Gesamtpreis für die gelieferten Adressen auch bei der Mehrfachverwendung nur einzelner Adressengruppen maßgebend sein solle, weiter aus dem Multiplikator für die Ermittlung der Höhe der Vertragsstrafe (20- facher Adressenpreis) und schließlich aus dem Umstand, daß nach dem Wortlaut der Klausel außer der Vertragsstrafe auch Schadensersatz geschuldet werde.

Die Klägerin könne mithin eine Vertragsstrafe nicht verlangen. Ihr stehe jedoch Schadensersatz für die unzulässige wiederholte Verwendung der Adressen zu. Das ergebe den zuerkannten Betrag von 181,20 DM, weil zwar die nochmalige Verwendung aller zu denjenigen beiden Adressengruppen gehörenden Einzelanschriften nachgewiesen sei, denen die erneut angeschriebenen Kontrolladressen entstammten, nicht aber die unzulässige Verwendung auch der übrigen vier Adressengruppen feststehe.

II. Die Abweisung der Klage hat Bestand, ohne daß es auf die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Wirksamkeit der Klausel Nr. 5 und die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision ankommt.

1. Gegen den Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, zwischen den Parteien sei ein Vertrag unter Einbeziehung der Allgemeinen

Geschäftsbedingungen der Klägerin zustande gekommen, wenden sich weder die Revision noch die Revisionserwiderung. Er ist in rechtlicher Hinsicht auch nicht zu beanstanden.

a) Allerdings sind Allgemeine Geschäftsbedingungen der einen Seite nur dann für die Rechtsbeziehungen zwischen Vertragspartnern maßgebend, wenn diese ihre Anwendung vereinbaren (Senatsurteil vom 20. März 1985 - VIII ZR 327/83 = WM 1985, 694 = ZIP 1985, 544 unter II 2 a m.Nachw.). Das Angebotsschreiben des Beklagten vom 26. Oktober 1983 nahm nicht auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin Bezug. Allein der Umstand, daß der Beklagte diese Bedingungen - nach der Darstellung des Berufungsgerichts - "offenbar kannte", reicht nicht aus, um hierauf ihre stillschweigende Vereinbarung zu gründen (Senatsurteil vom 18. Oktober 1978 - VIII ZR 230/77 = WM 1979, 19 unter II 1). Daraus folgt zugleich, daß das Schreiben der Klägerin vom 27. Oktober 1983, in dem kein kaufmännisches Bestätigungsschreiben, sondern eine sog. modifizierte Auftragsbestätigung zu sehen ist (Senatsurteile vom 26. September 1973 = BGHZ 61, 282, 285 und vom 5. Mai 1982 - VIII ZR 162/81 = WM 1982, 763 = ZIP 1982, 845 unter I 2), deshalb eine Ablehnung des Angebots des Beklagten verbunden mit einem neuen Antrag darstellte, weil es den Auftrag nur "zu den umseitigen Bedingungen" bestätigte (§ 150 Abs. 2 BGB).

b) Der Vertrag zwischen den Parteien kam aber dadurch zustande, daß der Beklagte die ihm gelieferten Adressen in Kenntnis der Auftragsbestätigung der Klägerin widerspruchsfrei entgegennahm, verwendete und bezahlte. Damit wurden auch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin, deren Beifügung zum Schreiben der Klägerin es im kaufmännischen Rechtsverkehr ohnehin nicht bedurft hätte (BGH Urteil vom 20. Dezember 1984 - VII ZR 340/83 = WM 1985, 522 = ZIP 1985, 623 unter II 1 m.Nachw.), Vertragsinhalt. Zwar kann die drucktechnische Ausgestaltung Allgemeiner Geschäftsbedingungen bei kaum lesbarem Text schon der Einbeziehung in den Vertrag entgegenstehen (Senatsurteil vom 7. Juni 1978 - VIII ZR 146/77 = WM 1978, 978 unter 1 d; BGH Urteil vom 30. Mai 1983 - II ZR 135/82 = WM 1983, 1083 = ZIP 1983, 1466 unter III 3 m. krit. Anm. Hensen ZIP 1984, 145). Dem Berufungsgericht ist jedoch darin beizupflichten, daß dem Beklagten die Kenntnisnahme der - wenn auch mit einiger Mühe - noch lesbaren, im übrigen auch deutlich gegliederten und teilweise in Fettdruck hervorgehobenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin zuzumuten war.

2. Gleichwohl kann die Klägerin Rechte aus dem mit dem Beklagten geschlossenen Vertrag nicht herleiten. Denn er bedurfte gemäß § 34 Satz 1 GWB der Schriftform und ist mangels Einhaltung dieser Form nichtig (§ 125 Satz 1 BGB).

a) Der Vertrag enthielt nämlich hinsichtlich der von der Klägerin erbrachten Leistungen Verwendungsbeschränkungen des Beklagten im Sinne des § 18 Abs. 1 Nr. 1 GWB (vgl. BGHZ 84, 125 = LM GWB § 34 Nr. 19 m.Anm. Hesse = GRUR 1982, 635 m.Anm. Kicker): Der Beklagte durfte das ihm gelieferte Anschriftenmaterial nur einmal verwenden; er durfte es nicht Dritten überlassen und weder vervielfältigen noch übertragen, abschreiben, fotokopieren oder auf Datenträger übernehmen. Zwar bedürfen vertragliche Nebenpflichten, die sich auch ohne ausdrückliche Vereinbarung unmittelbar aus dem Sinn und Zweck des Vertrages oder aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergeben, nicht der schriftlichen Niederlegung (BGH aaO 127 m.Nachw.). Das trifft aber jedenfalls nicht auf alle dem Beklagten auferlegten Beschränkungen zu. Dabei kann dahinstehen, ob das Verbot der Weitergabe an Dritte bereits aus dem Vertragszweck folgte. Offenbleiben kann auch, ob das ausnahmslose Verbot der Speicherung im eigenen Betrieb sich schon aus der Natur der Sache oder dem Zweck des Vertrages ergab. Dies mag hier deshalb nicht unzweifelhaft sein, weil das Interesse des Beklagten an einer Speicherung der Anschriften nicht so deutlich hervortritt wie in dem vom Kartellsenat des Bundesgerichtshofs (aaO) entschiedenen Fall; denn der Beklagte hatte die Adressen "auf Listen" bestellt, die ihm verblieben und mit deren Hilfe er die Resonanz auf seine Werbung beobachten konnte, während dem Kunden in dem dem Urteil des Kartellsenats zugrunde liegenden Sachverhalt Selbstklebe-Etiketten mit den aufgedruckten Anschriften

ten geliefert worden waren, die verschickt wurden und für eine Überwachung des Erfolgs der Werbung nicht mehr zur Verfügung standen. Indessen sieht der erkennende Senat - was der Kartellsenat offengelassen hat (aaO 128) - eine nicht unmittelbar aus dem Vertragszweck folgende Verwendungsbeschränkung in dem ausnahmslosen Verbot der wiederholten Benutzung der Adressen. Dafür, daß das Verbot der Mehrfachverwendung noch nicht der Natur des vorliegend zu beurteilenden Vertrages zu entnehmen war, könnte schon sprechen, daß die Klausel Nr. 5 die Möglichkeit mehrfacher Nutzung gegen Zahlung eines Aufpreises ausdrücklich vorsah. Das braucht aber nicht abschließend entschieden zu werden. Jedenfalls soweit dem Besteller mangels einer Einschränkung der Klausel Nr. 5 auch die nochmalige Verwendung innerhalb derselben Werbeaktion, etwa für ein Erinnerungsschreiben an nicht antwortende Adressaten, untersagt war (dazu Hesse aaO unter 4), kann ein derartiges Verbot weder dem Zweck eines auf Benutzung zur Verfügung gestellter Adressen gerichteten Vertrages noch dem Prinzip von Treu und Glauben entnommen werden. Denn es versteht sich nicht von selbst, daß die Klägerin die wiederholte Verwendung der Anschriften nicht nur für weitere selbständige Werbeaktionen, sondern auch - ohne Vereinbarung - selbst bei Ergänzungen oder Erinnerungen im Rahmen derselben Werbemaßnahme des Beklagten hätte unterbinden können. Da mithin zumindest diese Wettbewerbsbeschränkung der Vereinbarung der Parteien bedurfte, unterlag der Vertrag dem Formzwang des § 34 GWB.

b) Die gesetzliche Schriftform nach § 126 Abs. 1 BGB ist nicht gewahrt. Zwar schafft § 34 Satz 4 GWB eine Erleichterung von dem Schriftformerfordernis, weil die für Verträge ansonsten geltende Bestimmung des § 126 Abs. 2 BGB für nicht anwendbar erklärt wird. Die Unterschriftsleistung braucht deshalb nicht auf derselben Urkunde zu erfolgen, so daß ein Briefwechsel dem Schriftformerfordernis genügen kann (vgl. z.B. Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum GWB, § 34 Rdn. 43; Benisch in: Gemeinschaftskommentar zum GWB, 4. Aufl., § 34 Rdn. 4). Das Schreiben des Beklagten vom 26. Oktober 1983 muß freilich außer Betracht bleiben, weil es keinen Hinweis auf die vereinbarungsbedürftige Verwendungsbeschränkung enthält und der in ihm liegende Vertragsantrag von der Klägerin abgelehnt worden ist (oben II 1 a). Die widerspruchslöse Hinnahme des Schreibens der Klägerin vom 27. Oktober 1983 sowie die Entgegennahme und Verwendung der Adressen durch den Beklagten, die zum Zustandekommen des Vertrages unter Einschluß der die Wettbewerbsbeschränkungen enthaltenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen führte (oben II 1 b), vermag die Schriftform nach einhelliger Ansicht ebensowenig wie eine mündliche Bestätigung zu erfüllen (BGH Urteile vom 9. November 1967 - KZR 10/65 = LM GWB § 34 Nr. 2 unter II 2; vom 26. Juni 1972 - KZR 64/71 = GRUR 1974, 742 unter 2 a sowie Senatsurteil vom 15. Juni 1981 - VIII ZR 166/80 = WM 1981, 1032 unter III d, insoweit in BGHZ 81, 46 nicht abgedruckt; OLG Hamburg WuW/E OLG 1785, 1788 und 2395; Beschluß des Bundeskartellamts vom 15. März 1972 in WuW/E BKartA 1411, 1413).

3. Es bedarf daher keines Eingehens auf die Frage, ob die - zumindest in ihrer Höhe nicht unbedenkliche - formularmäßige Vertragsstrafenregelung der Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG standhält (zu einer Vertragsstrafe in Höhe des 10-fachen Betrages der insgesamt vereinbarten Vergütung vgl. Senatsurteil vom 30. Juni 1976 - VIII ZR 267/75 = WM 1976, 1161 unter II 4; zum 20-fachen Betrag z.B. OLG Frankfurt WM 1985, 1538 m. krit. Anm. Graf von Westphalen EWiR § 9 Abs. 2 AGBG 2/85, 625).

4. Da ein wirksamer Vertrag zwischen den Parteien nicht besteht, ist auch ein Schadensersatzanspruch der Klägerin nicht begründet. Zu einer Änderung des angefochtenen Urteils führt dies nicht, weil der Beklagte Revision nicht eingelegt hat. Etwa bestehende Bereicherungsansprüche hat die Klägerin nicht geltend gemacht; es fehlt dafür schon an einem Vortrag über den objektiven Verkehrswert, den die von ihr erbrachte Leistung für den Beklagten hatte (§ 818 Abs. 2 BGB).

III. Nach allem war die Revision mit der Kostenfolge aus
§ 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Braxmaier

Dr. Skibbe

Treier

Dr. Paulusch

Groß