



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 73/09

Verkündet am:
3. Dezember 2009
Kirchgeißner
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. Dezember 2009 durch den Vizepräsidenten Schlick und die Richter Dr. Herrmann, Wöstmann, Hucke und Seiders

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 11. Februar 2009 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszugs, an das Berufungsgesicht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

- 1 Der Kläger ist ein gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 UKlaG zur Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen nach §§ 1, 2 UKlaG berechtigter Verbraucherschutzverein. Die Beklagte bietet Mobilfunkleistungen an. Über ihre Webseiten eröffnet sie Verbrauchern die Möglichkeit, Mobilfunkverträge per Internet abzuschließen. Die von der Beklagten hierbei verwendete Widerrufsbelehrung enthielt unter anderem folgenden Passus:

"Ihr Widerrufsrecht erlischt vorzeitig, wenn E. mit der Ausführung der Dienstleistungen mit Ihrer ausdrücklichen Zustimmung

vor Ende der Widerrufsfrist begonnen hat oder Sie selbst diese veranlasst haben (z.B. durch Nutzung der Mobilfunkleistungen)."

2 Der Kläger hat mit seiner im Oktober 2007 erhobenen Klage beantragt, die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung von Ordnungsmitteln beim Abschluss von Dauerschuldverhältnissen über die Erbringung von Mobilfunkdienstleistungen zu unterlassen, diese - nach Auffassung des Klägers mit § 321d Abs. 3 Nr. 2 BGB nicht zu vereinbarende - Belehrung über das Widerrufsrecht abzugeben. § 312d Abs. 3 Nr. 2 BGB in der Fassung des Art. 1 Nr. 3 des Gesetzes zur Änderung der Vorschriften über Fernabsatzverträge bei Finanzdienstleistungen vom 2. Dezember 2004 (BGBl. I S. 3102) lautet: "Das Widerrufsrecht erlischt bei einer Dienstleistung auch in folgenden Fällen: ... bei einer sonstigen Dienstleistung, wenn der Unternehmer mit der Ausführung der Dienstleistung mit ausdrücklicher Zustimmung des Verbrauchers vor Ende der Widerrufsfrist begonnen hat oder der Verbraucher diese selbst veranlasst." Der Kläger ist der Meinung gewesen, diese Vorschrift sei bei teleologischer Auslegung dahingehend zu reduzieren, dass der Ausschluss des Widerrufsrechts uneingeschränkt nur für unteilbare Dienstleistungen bestehe. Bei teilbaren Leistungen gelte dies nur hinsichtlich des bereits erbrachten Teils. Im Übrigen bestehe das Widerrufsrecht fort. Dies bedeute bei einem Mobilfunkvertrag, dass dieser bei einem Widerruf ex nunc ende.

3 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat mit Urteil vom 11. Februar 2009 die dagegen gerichtete Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt er seinen Unterlassungsanspruch weiter.

4 Im Laufe des Revisionsverfahrens ist § 312d Abs. 3 BGB mit Wirkung vom 4. August 2009 durch das Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2413) neu gefasst worden. Nach der Novellierung erlischt das Widerrufsrecht bei einer Dienstleistung dann, wenn der Vertrag von beiden Seiten auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers vollständig erfüllt ist, bevor der Verbraucher sein Widerrufsrecht ausgeübt hat. Die Beklagte macht geltend, die vom Kläger beanstandete Widerrufsbelehrung nach der Gesetzesänderung nicht mehr zu verwenden. Demgegenüber behauptet der Kläger, die Beklagte informiere ihre Kunden weiterhin in der bisherigen Form über ihr Widerrufsrecht. Noch am Tag vor der mündlichen Verhandlung des Senats sei die unveränderte Belehrung auf den Webseiten der Beklagten zu lesen gewesen.

Entscheidungsgründe

5 Die zulässige Revision ist unter Berücksichtigung der zwischenzeitlichen Gesetzesänderung begründet.

I.

6 Das Berufungsgericht hat ausgeführt (CR 2009, 532), die von der Beklagten verwendete Widerrufsbelehrung sei mit § 312d Abs. 3 Nr. 2 BGB (in der bis zum 3. August 2009 geltenden Fassung) vereinbar. Die Belehrung entspreche dem Wortlaut dieser Vorschrift. Ein Bedürfnis zu ihrer teleologischen Reduktion auf den Ausschluss des Widerrufsrechts bei unteilbaren Dienstleistun-

gen bestehe nicht. Weder gebe es ein gesteigertes Schutzbedürfnis des Kunden beim Abschluss eines längerfristigen Mobilfunkvertrags unter Verwendung von Fernkommunikationsmitteln. Noch ergäben die Entstehungsgeschichte der Verbraucherschutzvorschriften oder die Richtlinie 97/7 EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsschlüssen im Fernabsatz einen Anhaltspunkt für die vom Kläger für richtig gehaltene Auslegung des § 312d Abs. 3 Nr. 2 BGB.

II.

7 Diese Würdigung lässt sich nach der Neufassung des § 312d Abs. 3 BGB durch das Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen vom 29. Juli 2009 nicht mehr aufrechterhalten.

8 1. Bei der Beurteilung des in die Zukunft gerichteten Unterlassungsanspruchs des Klägers ist zu berücksichtigen, dass sich die Rechtslage während des Revisionsverfahrens durch das Inkrafttreten des Gesetzes zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen vom 29. Juli 2009 am 4. August 2009 geändert hat, so dass die umstrittene Klausel an dem neu gefassten § 312d Abs. 3 BGB zu messen ist (vgl. z.B. BGHZ 121, 347, 350 f; 155, 189, 193 f; BGH, Urteile vom 13. Juli 2004 - KZR 10/03 - GRUR 2005, 62, 64 und 5. Februar 2004 - I ZR 90/01 - NJW-RR 2004, 841, 842 und vom 25. Oktober 2001 - I ZR 29/99 - GRUR 2002, 717, 718; siehe auch Senatsurteile BGHZ 160, 393, 395 und vom 12. Februar 2009 - III ZR 179/08 - NJW 2009, 1334, 1335 Rn. 11). Hiernach ist die streitgegenständliche Widerrufsbelehrung, wie auch die Beklagte nicht be-

zweifelt, jedenfalls jetzt nicht mehr zulässig, da nunmehr ausdrücklich geregelt ist, dass das Widerrufsrecht bei einer Dienstleistung (nur) erlischt, wenn der Vertrag auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers beiderseits vollständig erfüllt ist, bevor er sein Widerrufsrecht ausgeübt hat.

9 2. Der vom Kläger erhobene Unterlassungsanspruch setzt die Gefahr voraus, dass die Beklagte die hiernach unzulässige Belehrung weiter verwendet, mithin, dass eine Wiederholungsgefahr besteht (vgl. Senatsurteil vom 18. April 2002 - III ZR 199/01 - NJW 2002, 2386). Ob dies der Fall ist, hängt von weiteren Feststellungen ab, die das Berufungsgericht als Tatsacheninstanz zu treffen haben wird.

10 a) Die Verwendung von unzulässigen Klauseln begründet die tatsächliche Vermutung für das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr. An deren Beseitigung sind strenge Anforderungen zu stellen. Regelmäßig reichen weder die Änderung der beanstandeten Klausel noch die bloße Absichtserklärung des Verwenders, sie nicht weiter zu verwenden, aus, um die Wiederholungsgefahr entfallen zu lassen (z.B. BGHZ 119, 152, 165 m.w.N.; Senatsurteil vom 18. April 2002 aaO; BGH, Urteil vom 12. Juli 2000 - XII ZR 159/98 - NJW-RR 2001, 485, 487 m.w.N.). Demgegenüber spricht es für das Fortbestehen dieser Gefahr, wenn der Verwender - wie hier - noch im Rechtsstreit die Zulässigkeit der früher von ihm benutzten Klausel verteidigt und nicht bereit ist, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben (Senat aaO; BGH, Urteil vom 12. Juli 2000 aaO m.w.N.).

11 Für das Wettbewerbsrecht ist jedoch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannt, dass die Vermutung, ein Wettbewerber werde sein in der Vergangenheit gezeigtes Verhalten auch in der Zukunft fortsetzen oder wiederholen, entfällt, wenn die Wettbewerbswidrigkeit des fraglichen Verhaltens in der Vergangenheit umstritten war, aufgrund einer Gesetzesänderung nunmehr aber eindeutig zu bejahen ist. Denn es kann nicht angenommen werden, dass derjenige, der bei zweifelhafter Rechtslage sein Verhalten mit vertretbaren Gründen gegen den Vorwurf eines Rechtsverstößes verteidigt, auch dann auf einer Fortsetzung oder Wiederholung seines Handelns besteht, wenn der Gesetzgeber die offene Frage eindeutig im Sinne des zuvor streitigen Verbots entschieden hat (vgl. BGH, Urteile vom 25. Oktober 2001 - I ZR 29/99 - GRUR 2002, 717, 719; vom 30. Oktober 1997 - I ZR 185/95 - GRUR 1998, 591, 592 f; vom 13. März 1997 - I ZR 34/95 - GRUR 1997, 665 und vom 29. September 1988 - I ZR 218/86 - NJW-RR 1989, 101, 102; so auch Bornkamm in Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 26. Aufl., § 8 UWG Rn. 1.43; Piper in Piper/Ohly, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 4. Aufl., § 8 Rn. 22). Für Unterlassungsansprüche der hier in Rede stehenden Art gelten diese Erwägungen gleichermaßen.

12 b) Die Beklagte hat geltend gemacht, die beanstandete Widerrufsbelehrung nach der Gesetzesänderung nicht mehr zu verwenden. Der Senat kann dieses Vorbringen berücksichtigen, obgleich neuer Sachvortrag in der Revisionsinstanz grundsätzlich ausgeschlossen ist (§ 559 Abs. 1 ZPO). Ist - wie hier - eine während des Revisionsverfahrens eingetretene Rechtsänderung bei der Entscheidung zu berücksichtigen (siehe oben Nummer 1), sind auch neue Tatsachen, die aufgrund des veränderten Rechts entscheidungserheblich geworden sind, im Revisionsrechtszug zu beachten (Wenzel in MünchKommZPO, 3. Aufl., § 559 Rn. 32; vgl. auch BGHZ 104, 215, 221 f; 155, 189, 194; BGH,

Urteil vom 13. Juli 2004 - KZR 10/03 - GRUR 2005, 62, 64). Sollte sie die im Internet verwendete Information ihrer Kunden über das Widerrufsrecht umgehend nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen vom 29. Juli 2009 am 4. August 2009 der veränderten Rechtslage angepasst haben, würde dies nach den vorstehenden Grundsätzen genügen, um die Vermutung, sie werde die bisherige - jedenfalls nach der nunmehrigen Gesetzeslage unzulässige - Belehrung weiterhin verwenden, entfallen zu lassen.

- 13 Sollte die Beklagte hingegen, wie der Kläger behauptet, die bisherige Widerrufsbelehrung weiterhin verwenden oder nach einer angemessenen kurzen Umstellungsfrist noch verwendet haben, läge ein Verstoß jedenfalls gegen den neu gefassten § 321d Abs. 3 BGB vor, der die Vermutung der Wiederholungsgefahr begründen würde, die mangels Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung nicht widerlegt wäre.

14 Die hiernach erforderliche Sachaufklärung bleibt dem Tatrichter überlassen.

Schlick

Herrmann

Wöstmann

Hucke

Seiters

Vorinstanzen:

LG Potsdam, Entscheidung vom 29.05.2008 - 12 O 414/07 -

OLG Brandenburg, Entscheidung vom 11.02.2009 - 7 U 116/08 -