

von Rechtsanwalt Nicolai Amereller

## Wenn die "Fakebestellung" zum Wettbewerbsverstoß des Händlers führt

**Scheinbestellungen unter Angabe von Daten Dritter gehören für Onlinehändler zum Alltag. Eine aktuelle Entscheidung des BGH macht deutlich, dass solche Fakebestellungen nicht nur lästig sind, sondern sogar einen Wettbewerbsverstoß des Händlers begründen können. Aus dem Opfer wird also ein Täter.**

### Darum geht es

Fakebestellungen kommen im Ecommerce immer wieder vor.

Dabei gibt der "Besteller" nicht seine eigenen Daten an, sondern die Daten eines Dritten, der von der Bestellung aber gar nichts weiß. Oftmals erfolgt dann natürlich keine Bezahlung, da der Besteller selbst keinerlei Kaufabsichten hat und der Zugriff auf Zahlungskonten Dritter noch mehr kriminelle Energie erfordert.

Sofern der Händler also nicht Zahlung auf Rechnung oder per Lastschrift anbietet, kommt es meist eher nicht zu einer Lieferung der "bestellten" Ware.

Über die Motive lässt sich meist nur rätseln: Für den einen Fakebesteller mag es ein Scherz sein, für den anderen steht die Belästigung des Dritten im Vordergrund, in anderen Fällen mögen betrügerische Motive dahinterstecken, um ohne Zahlung an die Ware zu gelangen oder mittels gehackter Zahlungskonten Dritter die Zahlung vorzunehmen.

Vor solchen Scheinbestellungen ist kein Onlinehändler gefeit.

## Die Entscheidung des BGH: Zahlungsaufforderung ohne Vertrag = Wettbewerbsverstoß

Der Bundesgerichtshof (BGH) musste nun in der Revision den Streit zwischen der klagenden Verbraucherzentrale Baden-Württemberg e.V. und einem Anbieter von Email-Diensten entscheiden (Urteil vom 06.06.2019, Az.: I ZR 216/17).

Dabei gelangte der BGH zu dem Ergebnis, dass alleine die Zusendung einer Zahlungsaufforderung ohne Bestehen eines Vertragsverhältnisses zu einem Wettbewerbsverstoß führen kann, auch wenn der Anbieter dabei von einer Bestellung bzw. einem bestehenden Vertragsverhältnis ausging.

Der Reihe nach:

Der Mailprovider erhielt online eine (Fake)Bestellung für ein von ihm angebotenes, kostenpflichtiges Email-Paket. Daraufhin richtete der Mailprovider das Paket ein und übersandte dem vermeintlichen Besteller, einem Verbraucher, eine Zahlungsaufforderung unter Angabe einer Vertrags- und Rechnungsnummer.

Der Verbraucher wurde damit gemahnt, an den Provider den Betrag von 17,94 Euro zzgl. Mahnkosten von 7,50 Euro zu entrichten.

Es folgten noch weitere Inkasso- und Anwaltsschreiben im Auftrag des Providers.

Diesen Aufforderungen war zumindest auch mittelbar zu entnehmen, dass der Empfänger den kostenpflichtigen Email-Dienst bestellt habe und damit einen Vertrag mit dem Provider eingegangen sei.

Der Verbraucher - der mit der Bestellung nichts zu tun hatte, da ein sogenannter Identitätsdiebstahl vorlag - wandte sich daraufhin hilfesuchend an die nun klagende Verbraucherzentrale Baden-Württemberg.

Auf Anfrage der Verbraucherzentrale Baden-Württemberg teilte der Mailprovider mit, dass man dort aufgrund der Schilderungen des Verbrauchers und eigener Prüfungen von einem sogenannten Identitätsdiebstahl ausgehe und deshalb die offenen Forderungen storniert sowie das Inkassoverfahren eingestellt habe.

Dies reichte der Klägerin jedoch nicht.

Die Verbraucherzentrale Baden-Württemberg war der Auffassung, dass der Verbraucher die Leistung weder beauftragt habe noch ein Fall des Identitätsdiebstahls vorliegt. Der beklagte Provider habe vielmehr Zahlungsaufforderungen an den Verbraucher übersandt, obwohl die diesen zugrundeliegende Leistung nicht beauftragt worden sei.

Dieses Verhalten wollte die Verbraucherzentrale Baden-Württemberg dem Provider gerichtlich verbieten lassen. Mittels Klage zum Landgericht versuchte die Verbraucherzentrale Baden-Württemberg, dem Provider verbieten zu lassen,

*"an Verbraucher Zahlungsaufforderungen zu versenden bzw. versenden zu lassen, mit denen die Pflicht des Verbrauchers zur Zahlung einer Vergütung als Gegenleistung für eine Dienstleistung im Zusammenhang mit dem Betrieb eines kostenpflichtigen E-Mail-Kontos behauptet wird, obwohl der Verbraucher die Beklagte mit der Dienstleistung nicht beauftragt hat, wie geschehen gegenüber dem Verbraucher (...)."*

Das Landgericht gab der Klage statt. Auch die gegen das landgerichtliche Urteil gerichtete Berufung des Providers blieb erfolglos. Dieser versuchte nun, das Urteil letztinstanzlich mit der Revision zum BGH zu Fall zu bringen.

Erfolglos, auch der BGH sah das Verhalten des Providers als unzulässig an.

## Allein objektive Betrachtung ist entscheidend

Der BGH ist der Ansicht, dass alleine die Versendung der Zahlungsaufforderung und die damit verbundene Behauptung, es sei ein Vertrag geschlossen worden für eine (wettbewerbsrechtlich verbotene) Täuschung des Verbrauchers ausreichend ist. Dies trifft sowohl für die eigene Aufforderung des Providers, als auch für diejenigen durch Inkassobüro und Rechtsanwalt zu, die dem Provider zurechenbar sind.

Es ist nach Ansicht des BGH also überhaupt nicht von Relevanz, ob der "Versender" einer solchen Zahlungsaufforderung dabei redlich handelte, mithin von einem tatsächlich bestehenden Vertrag ausging (z.B. weil valide Daten eines Dritten unrechtmäßig bei der Bestellung Verwendung gefunden haben, also ein Identitätsdiebstahl vorlag).

Für die Richter kam es im aktuellen Verfahren für die Bejahung einer unzulässigen geschäftlichen Handlung (und damit eines Wettbewerbsverstoßes) durch den Provider nicht darauf an, ob dieser irrtümlich von einer realen Bestellung ausgehen durfte. Diese sahen in der versendeten Zahlungsaufforderung eine die Aufforderung zur Bezahlung nicht bestellter, aber gelieferter Waren oder erbrachter Dienstleistungen im Sinne einer unzulässigen geschäftlichen Handlung gemäß Nr. 29 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG und bejahten zugleich eine Irreführung des Verbrauchers im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Fall 1 UWG.

Damit liegt auch eine Änderung der Rechtsprechungslinie des BGH vor, nahm dieser bislang keine unzulässige geschäftliche Handlung nach Nr. 29 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG an, wenn der Unternehmer irrtümlich von einer Bestellung ausging und der Irrtum seine Ursache nicht in seinem

Verantwortungsbereich hatte.

So führte der BGH dazu nun aus:

*"An dieser Ansicht hält der Senat nicht fest. Für die Annahme einer unzulässigen geschäftlichen Handlung gemäß Nr. 29 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG ist es vielmehr unerheblich, ob der Unternehmer irrtümlich von einer Bestellung des Verbrauchers ausgeht (vgl. Sosnitzer in Ohly/Sosnitzer aaO Anhang zu § 3 Abs. 3 Rn. 77; OLG Stuttgart, Urteil vom 1. Juli 2010 - 2 U 96/09, juris Rn. 32)."*

Der BGH stellte zudem fest, der Provider könne sich zudem nicht damit verteidigen, dass sein Verhalten der unternehmerischen Sorgfalt im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 7, § 3 Abs. 2 UWG entsprochen habe.

In der vom Gericht angenommenen unzulässigen geschäftlichen Handlung gemäß Nr. 29 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG liegt zugleich auch ein (abmahnbarer) Wettbewerbsverstoß, so dass die aktuelle Entscheidung des BGH bzw. dessen verschärfte Rechtsprechungslinie im Hinblick auf Nr. 29 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG zu einem Problem auch für Onlinehändler wird...

## Von der Dienstleistung zur Ware?

Im Fall des BGH ging es um eine Email-Dienstleistung, die nicht bestellt worden war.

Die Verbotsnorm der Nr. 29 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG nimmt jedoch nicht nur Dienstleistungserbringer, sondern auch den klassischen Warenverkäufer (und damit jeden Onlinehändler) ins Visier.

So lautet die Vorschrift:

*"Unzulässige geschäftliche Handlungen im Sinne des § 3 Absatz 3 sind (...) die Aufforderung zur Bezahlung nicht bestellter, aber gelieferter Waren oder erbrachter Dienstleistungen oder eine Aufforderung zur Rücksendung oder Aufbewahrung nicht bestellter Sachen"*

Ebenso ist natürlich auch beim Verkauf von Waren eine Irreführung nach § 5 Abs. 1 UWG verboten.

Auch wenn der Fall sich hier auf einen Dienstleistungserbringer bezieht, ist die Rechtslage ohne weiteres auf den klassischen Onlinehändler und dessen Warenverkauf übertragbar.

## Verschuldensunabhängig Haftung des Unternehmers - grenzenlos?

Mit dem BGH ist das Vorliegen einer solchen unzulässigen geschäftlichen Handlung gemäß Nr. 29 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 sowie einer Irreführung nach § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Fall 1 UWG also rein nach objektiven Kriterien zu beurteilen. Auf die "Motivation" des Unternehmers kommt es folglich nicht an.

Soweit nicht ungewöhnlich, sieht das UWG ja generell bei Wettbewerbsverstößen eine verschuldensunabhängige Haftung des Verletzers vor.

Hier tritt jedoch der Umstand hinzu, dass der Händler für eine von dritter Seite geschaffene Falle zu haften hat.

Der Händler - eigentlich Opfer diese Fakebestellung - wird, sendet er eine Zahlungsaufforderung raus, nach Ansicht des BGH zum Täter und begeht damit einen (abmahnbaren) Wettbewerbsverstoß.

Nahezu jeder Zahlungsaufforderung wird sich mittelbar die Behauptung einer Bestellung bzw. eines Vertragsschlusses entnehmen lassen, da hier in der Praxis immer Bezug auf einen Lebenssachverhalt (z.B: "Ihre Bestellung vom 08.10.2018 in unserem Onlineshop") genommen wird, schon damit diese Aufforderung seriös wirkt und überhaupt zuordenbar ist.

Damit dürften die Gerichte nach der Entscheidung des BGH wohl in jeder Zahlungsaufforderung die auf eine Fakebestellung hin erfolgt grundsätzlich auch eine Täuschung des Empfängers über eine angebliche Bestellung bzw. einen angeblich geschlossenen Vertrag sehen.

Außer dem Betrieb seines Onlineshops hat der Händler in solchen Fällen jedoch keinerlei Anlass für diese unzulässige geschäftliche Handlung gesetzt und kann in der Praxis auch überhaupt nicht (zumindest nicht mit Mitteln im Rahmen des Zumutbaren) verhindern, dass es zu solchen Fakebestellungen und darauf folgenden Zahlungsaufforderungen kommt.

Wird mit der Entscheidung des BGH folglich jeder Onlinehändler der einer Fakebestellung auf den Leim geht zugleich auch zum Wettbewerbssünder?

## Problem: Fakebestellungen lassen sich technisch nicht ausschließen

Dieses nochmals verschärfte Haftungsregime stellt grundsätzlich alle Onlinehändler vor große Probleme. Es sind keine verlässlichen Mittel bekannt, um solche Fakebestellungen definitiv ausschließen zu können, will man seinen Shop nicht zu einer für den Normalkunden kaum überwindbaren (und damit unattraktiven) Festung umbauen.

Wenn reale Daten einer dritten Person missbraucht werden, ist eine automatisierte Erkennung durch das Shopsystem ebenso wenig erfolgsversprechend wie eine manuelle Prüfung jeder Bestellung durch den Händler. Schließlich sind die Bestelldaten dann valide, da diese Person an dieser Anschrift ja tatsächlich existiert, nur die Bestellung gar nicht selbst ausgelöst hat.

Mit dem BGH haftet nun auch noch der gutgläubige Händler für solche Manipulationen Dritter wettbewerbsrechtlich, geht also das Risiko von Abmahnungen ein, obwohl der Händler eigentlich Opfer des ganzen Spiels ist. Letztlich ist der Händler im Falle einer Abmahnung dann sogar doppelt zum Opfer geworden.

Dies ist im Ergebnis mehr als skurril und stellt den Onlinehandel in vielen Fällen vor große Probleme.

Denkt man die "neue Linie" des BGH einmal weiter, bietet sich sogar eine der seltenen Konstellationen des vom Abmahner selbst provozierten Abmahngrundes.

Eine solche "böse" Zahlungsaufforderung lässt sich (durch den Abmahner oder von in seinem Sinne handelnden Personen) ja triggern - schon ist der Mitbewerber abmahnbear.

## Gefahr nur bei bereits gelieferten Waren?

Die Vorschrift der Nr. 29 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG verbietet in Bezug auf den Warenhandel

■ *"die Aufforderung zur Bezahlung nicht bestellter, aber gelieferter Waren."*

Für einen Verstoß gegen dieses Verbot muss auch das Tatbestandsmerkmal einer (bereits) gelieferten Ware erfüllt sein. Da im Onlinehandel nach wie vor die Vorleistungsbereitschaft des Händlers eher die Ausnahme ist, dürfte ein Verstoß gegen Nr. 29 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG in der Praxis eher nur wenige Händler betreffen. Denn bei Fakebestellungen wird ja eher selten eine Zahlung durchgeführt, so dass es dann gar nicht zur Lieferung der Ware kommt.

Vorsicht ist aber umso mehr geboten, wenn der Händler vorleistungsbereit ist, also etwa die Lieferung der Ware auf Rechnung oder per Lastschriftinzug anbietet. Hier ist in der Praxis denkbar, dass Ware (die vom Empfänger gar nicht bestellt wurde) an diesen geliefert wird und zugleich oder danach eine Zahlungsaufforderung erfolgt. Dann wäre der Händler in der Haftung für seine "böse" Zahlungsaufforderung.

Geht es dagegen um eine Vorkassebestellung, fehlt es bei der Aufforderung zur Zahlung (z.B. per Vorkasseüberweisung oder via Paypal) an dem Umstand der bereits gelieferten Ware, so dass dann durch das Versenden der Zahlungsaufforderung ein Verstoß gegen Nr. 29 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG ausscheiden muss.

## Täuschung des Verbrauchers alleine durch (mittelbare) Behauptung eines Vertragsschlusses?

Neben der "Todsünde" der Verletzung von Nr. 29 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG nahm der BGH im Fall auch an, dass eine Irreführung des Verbrauchers nach § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Fall 1 UWG erfolgte (der Dienstleister also auch dahingehend wettbewerbswidrig handelte).

Denn mit den Zahlungsaufforderung ging mittelbar ja auch die Behauptung einher, der Verbraucher habe die Dienstleistung bestellt bzw. einen Vertrag hierüber geschlossen. Der Email-Provider hat nach Auffassung des BGH damit gegen zwei Verbote des UWG verstoßen.

Überträgt man diese Wertungen des BGH nun 1:1 auf den Warenverkauf, also den klassischen Onlinehändler, würde der Onlinehandel vor einem unlösbaren Problem stehen: Während für das Vorliegen eines Verstoßes gegen Nr. 29 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG erforderlich ist, dass die Zahlungsaufforderung bei bereits gelieferter Ware erfolgt, setzt eine Irreführung nach § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Fall 1 UWG durch das Behaupten einer Bestellung keine bereits erfolgte Lieferung der Ware voraus.

Eine (abmahnbare) Irreführung nach § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Fall 1 UWG wäre - überträgt man die Rechtsprechung des BGH 1:1 auf den Warenverkauf - damit auch bei einer Zahlungsaufforderung in Folge einer Fakebestellung gegeben, wenn die Ware noch gar nicht geliefert wurde. Damit bestünde eine konkrete Abmahngefahr für jeden Onlinehändler, weil Fakebestellungen bei denen ea gar nicht zu einer Warenlieferung kommt viel häufiger erfolgen als solche, bei denen der Händler in Vorleistung geht.

Hier ist jedoch u.E. recht fraglich, ob diese Wertungen des BGH auch auf den Fall des Warenverkaufs (bei noch nicht gelieferter Ware) übertragbar sind.

Der BGH hat im Fall erkannt, dass hier ein Wertungswiderspruch zwischen § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Fall 1 UWG und Nr. 29 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG droht. Die Regelung in Nr. 29 des Anhangs zu § 3 Abs.

§ 3 UWG setzt eine ganz andere Qualität des Verhaltens des Unternehmers für einen Verstoß voraus als die Regelung nach § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Fall 1 UWG.

In seinem Fall konnte der BGH dieses Problem jedoch dahinstehen lassen, weil - da die Email-Dienstleistung dort bereits erbracht worden war - zugleich auch ein Verstoß gegen Nr. 29 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG vorlag, also zwischen diesen Verboten nach dem UWG im Fall überhaupt kein Konkurrenzverhältnis bestand.

Beim Warenverkauf dagegen gilt: Hat der Händler die Ware noch nicht geliefert und sendet an den vermeintlichen Besteller eine Zahlungsaufforderung, kommt ein Verstoß nach Nr. 29 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG nicht in Betracht. Hier wäre dann deutlich mehr Begründungsaufwand für die Annahme zur Wertung der vorgenannten Vorschrift in Widerspruch stehenden "allgemeinen" Irreführung nach § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Fall 1 UWG nötig.

Aber: Im Interesse des sichersten Weges muss hier wohl davon ausgegangen werden, dass die Untergerichte bei Wettbewerbsstreitigkeiten wohl eine Irreführung nach § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Fall 1 UWG trotz fehlender Lieferung der Ware annehmen dürften.

## Versuch von Lösungsmöglichkeiten

Händler sollten wegen der Abmahngefahr in Sachen Fakebestellungen künftig eine besondere Vorsicht walten lassen.

Erhebt der "Besteller" noch vor eine Aufforderung zur Zahlung hin Widerspruch (z.B. nach Erhalt der Bestelleingangsbestätigungsmail), sollte der Händler versuchen, zunächst den Sachverhalt aufzuklären, bevor eine Zahlungsaufforderung versendet wird.

Dies gilt umso mehr, wenn "Gegenwehr" nach dem Versenden einer solchen Aufforderung erfolgt. Hier sollten weitere Aufforderungen oder gar Einschaltung eines Inkassos oder Rechtsanwalts unterbleiben, bis der Sachverhalt aufgeklärt werden konnte.

Denkbar wäre schließlich auch, in Konstellationen der Vorleistung des Händlers einen Disclaimer wie den folgenden deutlich sichtbar in die Zahlungsaufforderung aufzunehmen:

*"Sie erhalten diese Zahlungsaufforderung, da bei uns eine Bestellung mit Ihren Daten eingegangen ist. Sofern die Bestellung weder von Ihnen noch in Ihrem Auftrag getätigt worden sein sollte, betrachten Sie diese Zahlungsaufforderung bitte als gegenstandslos und informieren uns bitte über den Missbrauch Ihrer Daten."*

Ein gewisses Restrisiko verbleibt aber natürlich trotzdem noch.



Gott sei Dank dürfte aber nicht jeder Verbraucher, dem ein solcher Streich gespielt wird damit gleich zur Verbraucherzentrale rennen.

## Fazit

Wer als Händler eine Zahlungsaufforderung an einen Verbraucher sendet, der diese Ware gar nicht beim Händler bestellt hat, begeht mit dem BGH einen Wettbewerbsverstoß und ist dafür abmahnbar, sowohl durch Mitbewerber als auch Abmahnverbände). Im Falle einer bereits gelieferten Ware ist dies ganz eindeutig.

Beinhaltet die Zahlungsaufforderung zumindest mittelbar die Behauptung, es sei eine Bestellung bzw. ein Vertragsschluss erfolgt, sieht der BGH zumindest bei einer bereits erbrachten Dienstleistung durch diese Behauptung zugleich eine (ebenso abmahnbare) Irreführung nach § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Fall 1 UWG. Somit würde bei einer Übertragung auf den Warenverkauf eine Abmahngefahr auch bei Zahlungsaufforderungen nach Fakebestellungen bestehen, wenn noch gar keine Ware geliefert wurde.

Ob diese Wertung 1:1 auf den Warenverkauf übertragbar ist, auch wenn noch keine Lieferung der Ware erfolgt ist, ist fraglich, da dann ein gewisser Wertungswiderspruch zu Nr. 29 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG bestünde.

Nach beiden Vorschriften haftet der Händler unabhängig davon, ob er irrig davon ausging bzw. ausgehen durfte, dass eine echte Bestellung vorlag!

Eine Abmahngefahr ist hier in der Praxis nicht zu verhindern, da auch derlei Fakebestellungen nicht zu verhindern sind.

Solche Entscheidungen sind - wenngleich von zu weitgehenden unionsrechtlichen Vorgaben gedeckt - den ohnehin bereits schwer geplagten Onlinehändlern eigentlich gar nicht mehr zu vermitteln, da vollkommen lebensfremd.

In der Praxis gilt es dennoch, das Beste daraus zu machen.

Ja, ein Abmahnrisiko besteht leider, da wohl kein Händler solche Fakebestellungen ausschließen kann. Dies gilt ganz eindeutig, wenn die Bestellung eine Vorleistung des Händlers bereits erfüllt wurde (= Ware wurde schon ausgeliefert) und dann die Zahlungsaufforderung erfolgt. Auch bei einer noch nicht gelieferten Ware steht zu befürchten, dass die Gerichte eine Irreführung durch das "Vorgaukeln" einer Bestellung anhand der Zahlungsaufforderung bejahen könnten.

Vorsichtig sollten Händler werden, wenn Kunden von sich aus protestieren und auf eine

Zahlungsaufforderung mitteilen, dass gar nicht bestellt wurde. Hier sollte an einer Aufklärung des Sachverhalts gearbeitet werden, bevor weitere Aufforderungen folgen.

Sie möchten rechtssicher online verkaufen? Sichern Sie sich mit den **Schutzpaketen der IT-Recht Kanzlei** maßgeschneidert ab und vermeiden Abmahnungen effektiv!

Autor:

**RA Nicolai Amereller**

Rechtsanwalt