

BGer 4A_11/2012 vom 29. Juni 2012

Bundesgericht, 2012-06-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_11_2012

FR: TF 4A_11/2012 du 29 juin 2012

IT: TF 4A_11/2012 del 29 giugno 2012

Erwägungen

E. 1.1

Die Beschwerdeführerin hat sowohl das Urteil des Handelsgerichts vom 31. Mai 2010 als auch den Zirkulationsbeschluss des Kassationsgerichts vom 23. November 2011 angefochten. Dies ist zulässig (vgl. BGE 126 II 377 E. 8b). Die Beschwerde wurde - unter Berücksichtigung des Fristenstillstands gemäss Art. 46 Abs. 1 lit. c BGG - innert 30 Tagen seit Eröffnung des Zirkulationsbeschlusses des Kassationsgerichts beim Bundesgericht eingereicht (Art. 100 Abs. 1 BGG). Da das mitangefochtene Urteil des Handelsgerichts vor der Aufhebung von aArt. 100 Abs. 6 BGG per 1. Januar 2011 eröffnet wurde, findet diese Bestimmung noch Anwendung auf das vorliegende Verfahren (vgl. Art. 405 Abs. 1 ZPO [SR 272]). Die Frist für die Beschwerde gegen das Urteil des Handelsgerichts begann somit erst mit Eröffnung des Zirkularbeschlusses des Kassationsgerichts, und die Beschwerde an das Bundesgericht wurde auch insoweit rechtzeitig erhoben.

E. 1.2

Die Beschwerdeführerin beantragt einzig die Aufhebung der beiden angefochtenen Entscheide. Einen materiellen Antrag, wie er nach Art. 42 Abs. 1 BGG erforderlich ist, stellt sie nicht. Indessen geht aus der Beschwerdebegründung, die für die Auslegung der Begehren beizuziehen ist, mit genügender Klarheit hervor, dass die Beschwerdeführerin in der Sache die vollständige Klageabweisung verlangt.

E. 1.3

Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist - unter Vorbehalt einer hinlänglichen Begründung (Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG) - auf die Beschwerde grundsätzlich einzutreten. Das Urteil des Handelsgerichts ist allerdings nur insofern letztinstanzlich und damit der Beschwerde zugänglich, als für die erhobenen Rügen kein kantonales Rechtsmittel mehr offenstand (Art. 75 Abs. 1 BGG ; BGE 138 III 130 E. 2.1; 135 III 1 E. 1.2 S. 3). Nicht einzutreten ist somit auf diejenigen Rügen, welche die Beschwerdeführerin direkt gegen den Entscheid des Handelsgerichts richtet, obwohl sie beim Kassationsgericht erhoben werden konnten. Das gilt namentlich für die Rüge offensichtlich unrichtiger Sachverhaltsfeststellung, konnten doch mit kantonaler Nichtigkeitsbeschwerde aktenwidrige oder willkürliche tatsächliche Annahmen gerügt werden (vgl. Erwägung 2.1).

E. 1.4

Mit Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen nach Art. 95 und 96 BGG gerügt werden. Die Beschwerde ist hinreichend zu begründen, andernfalls wird darauf nicht eingetreten. In der Beschwerdeschrift ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG). Die Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht kann das Bundesgericht nur insofern

prüfen, als eine solche Rüge in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 136 I 65 E. 1.3.1; 133 III 439 E. 3.2 S. 444).

E. 2

Soweit sich die Beschwerde gegen den Zirkulationsbeschluss richtet, rügt die Beschwerdeführerin, das Kassationsgericht habe im Zusammenhang mit der Formulierung des (handelsgerichtlichen) Urteilsdispositivs zu Unrecht eine Verletzung der Dispositionsmaxime verneint. Das Handelsgericht habe zur Formulierung des Verbots statt auf Klagebeilage 1 auf eine nicht streitgegenständliche Replikbeilage (act. 15/1) verwiesen und diese zur Urteilsgrundlage erhoben. Die Beschwerdegegnerin habe in ihrem Klagebegehren das zu verbietende Formular eindeutig bezeichnet, weshalb für die Beschwerdeführerin kein Anlass bestanden habe, sich gegen das von der Beschwerdegegnerin replicando herangezogene Formular (act. 15/1) und die damit zusammenhängenden Vorbringen zu verteidigen. Das Kassationsgericht habe dies verkannt und damit einen vom Handelsgericht begangenen Verstoss gegen Treu und Glauben im Prozess geschützt. Das Dargelegte verletze offenkundig die Garantie auf ein faires Verfahren gemäss Art. 29 Abs. 1 BV , da das Handelsgericht in einem fairen Verfahren zumindest die Frage hätte aufwerfen müssen, ob mit der Beigabe von act. 15/1 eine Klageänderung einhergehe.

E. 2.1

Auf die an die Adresse des Handelsgerichts gerichtete Rüge ist mangels Letztinstanzlichkeit nicht einzutreten (Erwägung 1.3) : Mit kantonaler Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht konnte gemäss § 281 des Gesetzes des Kantons Zürich über den Zivilprozess vom 13. Juni 1976 (aZPO/ZH) geltend gemacht werden, der angefochtene Entscheid beruhe zum Nachteil des Nichtigkeitsklägers auf der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes (Ziff. 1), auf einer aktenwidrigen oder willkürlichen tatsächlichen Annahme (Ziff. 2) oder auf einer Verletzung klaren materiellen Rechts (Ziff. 3). Ausgeschlossen war die Nichtigkeitsbeschwerde, wenn der Entscheid dem Weiterzug an das Bundesgericht unterlag und dieses den geltend gemachten Mangel frei überprüfen konnte, wobei sie stets zulässig war, wenn eine Verletzung von Art. 8, 9, 29 oder 30 BV oder von Art. 6 EMRK geltend gemacht wurde (§ 285 Abs. 1 und 2 aZPO/ZH).

Die Rügen, das Handelsgericht habe gegen Art. 9 BV (Wahrung von Treu und Glauben) respektive gegen Art. 29 Abs. 1 BV (Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung) verstossen, hätte die Beschwerdeführerin demnach beim Kassationsgericht erheben müssen. Da sie dies unterlassen hat, kann sie vor Bundesgericht damit mangels Letztinstanzlichkeit nicht gehört werden.

E. 2.2

Soweit die Beschwerdeführerin dem Kassationsgericht vorwirft, zu Unrecht keine Verletzung der Dispositionsmaxime erkannt zu haben, verfehlt sie die Begründungsanforderungen.

Für das Verfahren vor dem Handelsgericht galt noch das bisherige kantonale Zivilprozessrecht (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Die Dispositionsmaxime gehörte unter dieser Ordnung dem kantonalen Recht an (BGE 109 II 452 E. 5d S. 460). Vorliegend war somit die Dispositionsmaxime nach § 54 Abs. 2 aZPO/ZH massgebend, deren Verletzung die Beschwerdeführerin denn auch vor Kassationsgericht beanstandete. Die Anwendung

kantonales Gesetzesrecht kann das Bundesgericht nur unter dem Blickwinkel einer Verletzung von Bundesrecht, namentlich des Willkürverbots von Art. 9 BV, prüfen (Art. 95 BGG ; BGE 135 III 513 E. 4.3; 133 III 462 E. 2.3). Eine Rüge der willkürlichen Anwendung kantonaler Verfahrensnormen durch das Kassationsgericht erhebt und begründet die Beschwerdeführerin indessen nicht.

Das Kassationsgericht stellte fest, die Formulare act. 4/1 und act. 15/1 seien in ihrem wesentlichen unstrittenen Inhalt und in der Aufmachung identisch, und die von der Beschwerdeführerin betonten Unterschiede seien zumindest bezüglich des mit dem Rechtsbegehren der Beschwerdegegnerin Verlangten irrelevant. Mit Blick auf diese Feststellung ist es ohne weiteres nachvollziehbar, wenn das Kassationsgericht keine Verletzung der Dispositionsmaxime erkennen konnte.

E. 3

Das Handelsgericht stützte das ausgesprochene Verbot auf Art. 2 und Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG (SR 241), da es die in den Formularen der Beschwerdeführerin enthaltenen Angaben betreffend die "Geschäftsverhältnisse" als irreführend qualifizierte. Die Beschwerdeführerin wirft dem Handelsgericht vor, die genannten lauterkeitsrechtlichen Bestimmungen unrichtig angewendet zu haben.

E. 3.1

Nach Art. 2 UWG ist jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren unlauter und widerrechtlich, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst. Unlauter können danach nur Handlungen sein, die objektiv geeignet sind, den Wettbewerb bzw. die Funktionsfähigkeit des Marktes zu beeinflussen (BGE 136 III 23 E. 9.1 S. 44; 133 III 431 E. 4.1; 132 III 414 E. 3.1 S. 420).

Unlauter handelt nach Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG insbesondere, wer über sich, seine Firma, seine Geschäftsbezeichnung, seine Waren, Werke oder Leistungen, deren Preise, die vorrätige Menge, die Art der Verkaufsveranstaltung oder über seine Geschäftsverhältnisse unrichtige oder irreführende Angaben macht. Das Verbot von wettbewerbsbeeinflussender Täuschung oder Irreführung schafft dem Gebot der Wahrheit und der Klarheit des Marktauftritts Nachachtung, indem es ein Geschäftsgebaren untersagt, das darauf abzielt, den Adressaten beim Vertragsschluss dadurch zu beeinflussen, dass beim potentiellen Vertragspartner eine Diskrepanz zwischen dessen subjektiver Vorstellung und der Realität bewirkt wird (BGE 136 III 23 E. 9.1 S. 44 mit Hinweisen). Die Gefahr der Täuschung bzw. Irreführung genügt. Massgebend dafür, ob von einer solchen ausgegangen werden kann, ist das objektive Verständnis der angesprochenen Verkehrskreise unter Zugrundelegung durchschnittlicher Erfahrung, Sachkunde und Aufmerksamkeit (BGE 136 III 23 E. 9.1 S. 44 mit Hinweisen). Es ist somit für die Erfüllung des Tatbestands nicht erforderlich, dass jeder Adressat mit durchschnittlicher Erfahrung auf die Täuschung hereinfällt oder sich irreführen lässt, sondern es genügt, wenn nach den allgemeinen Erfahrungen des Lebens anzunehmen ist, dass sich eine nicht unerhebliche Anzahl von Adressaten der Handlungen täuschen lässt bzw. einem Irrtum verfällt (BGE 136 III 23 E. 9.1 S. 44 f. mit Hinweisen).

E. 3.2

Das Handelsgericht stellte vorab fest, dass von der Beschwerdeführerin verwendete Formular enthalte keine unrichtigen Angaben. Nach der genauen Lektüre des gesamten

Textes - vor allem auch des kleingedruckten Teils - sei erkennbar, dass es sich um einen kostenpflichtigen Auftrag handle. Davon ausgehend prüfte es, ob das Formular aufgrund der gesamten äusserlichen Aufmachung irreführend im Sinne des oben Ausgeführten sei, wobei es die Gesamtheit der Umstände berücksichtigte und insbesondere den Gesamteindruck, den das Formular beim durchschnittlichen Adressaten hinterlässt: So hielt es zunächst fest, dass aufgrund des breiten Adressatenkreises, an den die Beschwerdeführerin unaufgefordert ihre Formulare versende, nicht von einer grossen durchschnittlichen Aufmerksamkeit und Erfahrung bei der Lektüre von Dokumenten mit juristischem Inhalt ausgegangen werden könne. Entsprechend nahm es an, es sei ein strenger Massstab an die erforderliche Klarheit der mit den Formularen erfolgenden Angebote bzw. der dazu erhaltenen Informationen anzulegen.

Mit Bezug auf die Gestaltung des Formulars führte es aus, auf etwa einem Drittel des A4-Formulars befinde sich eine Tabelle mit den Angaben des Angeschriebenen. Das Formular enthalte weder eine Betreffzeile noch eine Anrede, und es finde sich kein Hinweis darauf, dass es sich um eine Offerte für einen Vertragsschluss handle und nicht um die Bestätigung eines bereits erteilten Auftrags. Daraus schloss das Handelsgericht, der Adressat könne nur aufgrund seiner Erinnerungen und nicht aufgrund des Formulars beurteilen, ob bereits ein Auftrag erteilt oder eine Offerte beantragt worden sei. Dies sei bei den Geschäftskunden (an die das Formular versendet werde) deshalb von Bedeutung, weil nicht jeder Mitarbeiter wisse, ob ein anderer Mitarbeiter bereits einen Auftrag erteilt oder eine Offerte verlangt habe und er nur noch die Richtigkeit des Eintrags überprüfen müsse, oder ob es darum gehe, zu entscheiden, ob überhaupt ein Eintrag gewünscht werde. Daran - so das Handelsgericht - vermöge auch der kursiv gedruckte Hinweis "Bitte alle Angaben bei gewünschtem, kostenpflichtigen Vertrag überprüfen und ggf. ergänzen" nichts zu ändern, zumal er unterhalb der unterstrichenen Zeile mit den Angaben "Ref. Nr.:", "Publikation am:" und "Erstellungs-Datum:" stehe. Sodann würden die bereits vorgedruckten Angaben über den Kunden in fetter Schrift den Eindruck verstärken, es bestehe bereits ein Vertragsverhältnis und es müsse nur noch das Gut zum Druck überprüft werden.

Weiter erwog das Handelsgericht, erst aus dem Kleingedruckten (geschrieben in der kleinsten Schrift auf dem Formular) sei ersichtlich, dass es sich um eine Offerte zur Eingehung eines kostenpflichtigen Vertrages mit dreijähriger Laufzeit handle. In solchen kleingedruckten Texten befänden sich üblicherweise die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die den durchschnittlichen Leser in der Regel nicht besonders interessierten und die oft überlesen würden, und nicht die Essentialia. Vorliegend werde aber sogar erst in der Mitte des kleingedruckten Textes festgehalten, dass der Eintrag für 12 Monate Fr. 860.-- koste, im Voraus zahlbar sei und drei kostenlose Änderungen enthalte, dass die Laufzeit des Werkvertrages 36 Monate betrage und sich automatisch um weitere zwölf Monate verlängere, und dass mit der Unterschrift ein Vertrag abgeschlossen werde. Somit würden die zentralen Bestandteile des Vertrages lediglich im schwach gedruckten, klein geschriebenen Abschnitt der Offerte aufgeführt, wo sie vom Durchschnittsadressaten kaum erwartet würden.

In Würdigung der genannten Umstände hielt das Handelsgericht fest, das Formular berge aufgrund der gesamten äusserlichen Aufmachung die Gefahr, bei einer wesentlichen Anzahl unbefangener Durchschnittsadressaten den Eindruck zu erwecken, dass bereits ein vertragliches Verhältnis betreffend die Eintragung in ein Verzeichnis bestehe, für das die Richtigkeit der Angaben überprüft und bestätigt werden solle und weiter, dass der Eintrag

unentgeltlich sei. Das Formular weise daher erhebliches Potenzial zur Irreführung auf und verstosse somit gegen Art. 2 und Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG .

E. 3.3

Dieser überzeugenden vorinstanzlichen Beurteilung ist zuzustimmen: Es ist in der Tat davon auszugehen, dass die angeschriebenen Geschäftsbetriebe einem entsprechenden Formular, das sie unaufgefordert erhalten, durchschnittlich nur beschränkte Aufmerksamkeit entgegen bringen, und gerade bei kleineren und wenig versierten Unternehmern kann überdies nicht von einer grossen Erfahrung bei der Lektüre von Dokumenten mit juristischem Inhalt ausgegangen werden (vgl. BGE 136 III 23 E. 9.1.3 S. 46). Erfahrungsgemäss werden nicht wenige Adressaten, die mit einem (bereits teilweise ausgefüllten) Formular für ein Telefon-/Branchenregister und der Bitte konfrontiert werden, ihren Auftrag mittels beigelegtem Antwortcouvert zu retournieren, die Angelegenheit als reine Formalität betrachten und diese ohne genaueres Studium erledigen. Angesichts der Gestaltung des Formulars, insbesondere der unscheinbaren Nennung der Vertragsessentia erst im Kleingedruckten, werden die Adressaten dabei häufig übersehen, dass mit dem Formular überhaupt erst ein kostenpflichtiger Vertrag abgeschlossen werden soll. Diese Gefahr wird dadurch verstärkt, dass im Formular mit keinem Wort auf die Vorzüge des Registereintrags hingewiesen wird, was den Offertcharakter verdeutlichen würde, und dadurch, dass sich nur im kleingedruckten Text ein Hinweis darauf findet, dass der Adressat, falls er keinen Eintrag wünscht, nicht zu reagieren braucht. Alleine der Umstand, dass auf dem Formular eine Unterschrift zu leisten ist, vermag die Irreführungsgefahr nicht abzuwenden, ist es doch in der Geschäftspraxis nicht unüblich, auch in Formularen für unentgeltliche Leistungen ein Feld für eine Unterschrift vorzusehen (BGE 136 III 23 E. 9.1.3 S. 48). Da sich erst aus der genauen Lektüre des kleingedruckten Textes ergibt, dass mit der Unterzeichnung ein kostenpflichtiger Vertrag eingegangen wird, ist mit dem Handelsgericht davon auszugehen, dass sich eine wesentliche Anzahl von Adressaten des Formulars täuschen lassen bzw. einem Irrtum verfallen wird betreffend ein vorbestehendes Vertragsverhältnis respektive die Entgeltlichkeit des Vertrages.

E. 3.4

Was die Beschwerdeführerin gegen die vorinstanzliche Würdigung vorbringt, verfährt nicht: Der Satz " Bitte alle Angaben bei gewünschtem, kostenpflichtigen Vertrag überprüfen und ggf. ergänzen ", kann zwar tatsächlich als Hinweis darauf verstanden werden, dass der Empfänger damit erst eingeladen werden soll, einen kostenpflichtigen Vertrag einzugehen. Dasselbe gilt für den Umstand, dass der Adressat am Ende des Formulars gebeten wird, den "Auftrag" zu retournieren. Beide Hinweise sind aber nicht eindeutig formuliert und darüber hinaus eher unauffällig auf dem Formular plaziert. Davon, dass der Vertragscharakter und die Entgeltlichkeit innert Sekunden in die Augen springen, kann jedenfalls keine Rede sein.

Wenn die Beschwerdeführerin vorbringt, von einer durchschnittlichen Geschäftsperson sei zu erwarten, dass sie ein banales Formular, das mit ihren Kontaktdaten personalisiert sei, mit der gebotenen Aufmerksamkeit durchgehe, und eine Bundesrechtsverletzung darin erblickt, dass das Urteil den flüchtigen, unkritischen und leichtgläubigen Formularadressaten schütze, verkennt sie die Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG : Diese Bestimmung setzt nämlich nicht voraus, dass sämtliche oder die Mehrheit der Adressaten mit durchschnittlicher Erfahrung dem Irrtum unterliegen. Vielmehr ist ein

Verhalten bereits dann unlauter, wenn nach den allgemeinen Erfahrungen des Lebens anzunehmen ist, dass dies bei einer nicht unerheblichen Anzahl von Adressaten der Fall ist (Erwägung 3.1). Letzteres hat die Vorinstanz ohne Verletzung von Bundesrecht bejaht.

Nach dem Gesagten hat das Handelsgericht zutreffend entschieden, dass durch das streitgegenständliche Verhalten der Beschwerdeführerin eine erhebliche Irreführungsgefahr geschaffen wird, die sich mit dem durch Art. 2 und Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG geschützten Gebot der Klarheit des Marktauftritts nicht vereinbaren lässt. Der Beschwerdeführerin gelingt es nicht, eine Verletzung der entsprechenden Bestimmungen aufzuzeigen.

Verstösst aber die Beschwerdeführerin mit ihrem Formular gegen Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG, liegt von vornherein keine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV vor. Ebenso scheidet eine Verletzung von Art. 6 BV (Individuelle und gesellschaftliche Verantwortung) durch eine angebliche "ausufernde UWG-Rechtsprechung" aus.

Zusammengefasst hat das Handelsgericht das Verbot zu Recht ausgesprochen. Die von der Beschwerdeführerin gerügten Rechtsverletzungen liegen nicht vor.

E. 3.5

Im Übrigen stimmte das angefochtene Urteil auch mit dem am 1. April 2012 in Kraft getretenen Art. 3 Abs. 1 lit. p UWG überein. Gemäss dieser Bestimmung handelt unlauter, wer mittels Offertformularen, Korrekturangeboten oder Ähnlichem für Eintragungen in Verzeichnisse jeglicher Art oder für Anzeigenaufträge wirbt oder solche Eintragungen oder Anzeigenaufträge unmittelbar anbietet, ohne in grosser Schrift, an gut sichtbarer Stelle und in verständlicher Sprache auf Folgendes hinzuweisen: 1. die Entgeltlichkeit und den privaten Charakter des Angebots, 2. die Laufzeit des Vertrags, 3. den Gesamtpreis entsprechend der Laufzeit, und 4. die geografische Verbreitung, die Form, die Mindestauflage und den spätesten Zeitpunkt der Publikation.

Das streitgegenständliche Verhalten der Beschwerdeführerin fällt unter diese Bestimmung. Gemäss den tatsächlichen Feststellungen des Handelsgerichts wirbt diese nämlich mit ihren Formularen für die Eintragung in ein Verzeichnis, ohne zumindest in grosser Schrift und an gut sichtbarer Stelle auf die Entgeltlichkeit des Angebots, die Laufzeit des Vertrags und den Gesamtpreis entsprechend der Laufzeit hinzuweisen. Die Formulare fallen auch ohne weiteres unter die in Art. 3 Abs. 1 lit. p UWG enthaltene Umschreibung der Werbemittel (Offertformulare, Korrekturangebote oder Ähnliches). Der Anwendungsbereich der Bestimmung ist entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin nicht auf Offertrechnungen beschränkt.

E. 4

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.