

SCHIEDERMAIR

RECHTSANWÄLTE

Newsletter Gewerblicher Rechtsschutz

Nr. 31 – Juni 2009

Einwilligung in Werbung bei der Teilnahme an Gewinnspielen

Die nach wie vor ungebrochene Beliebtheit von Gewinnspielen zur Absatzförderung führt seit Jahren dazu, dass sich die Wettbewerbsgerichte immer wieder mit diesem Thema befassen müssen. Deshalb war es auch bereits Gegenstand einiger vorangegangener Newsletter. In Zeiten, in denen die Direktansprache von Kunden immer stärker in den Vordergrund rückt, versuchen die Unternehmen, die Teilnahme von Verbrauchern an Gewinnspielen dazu zu nutzen, den Verbrauchern die Einwilligung zu entlocken, sie auch außerhalb des Gewinnspiels zum Zwecke der Werbung kontaktieren zu dürfen. Nichts liegt näher, als dies über vorformulierte Einwilligungserklärungen umzusetzen.

Führte man eine Umfrage unter Werbetreibenden durch, identifizierte man schnell folgende Rechtsbereiche als die „drei Geißeln des Werberechts“: Das Wettbewerbsrecht, das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und das Datenschutzrecht. Es bedarf keiner allzu großen Phantasie, sich vorzustellen, welch explosives rechtliches Gemisch herauskommt, wenn alle drei Rechtsgebiete bei einer Problemstellung zusammentreffen. Genau das ist der Fall, wenn es um die Frage geht, ob und unter welchen Voraussetzungen vorformulierte Einwilligungserklärungen in die Kontaktaufnahme zu Werbezwecken verwendet werden dürfen.

Problem:

Ein Unternehmen hatte ein Internet-Gewinnspiel veranstaltet. Die Teilnahmebedingungen enthielten eine Klausel, wonach sich der Verbraucher mit telefonischer Werbung, Werbung per E-Mail oder per SMS für „interessante Angebote“ auch „durch Dritte und Partnerunternehmen“ einverstanden erklärte. Es bestand weder ein konkreter Bezug zu dem Gewinnspiel noch war die Erklärung auf bestimmte Waren oder Dienstleistungen oder hinsichtlich des Kreises der Unternehmen beschränkt, die zur Kontaktaufnahme berechtigt sein sollten. Die Klausel sah allerdings vor, dass der Verbraucher sein Einverständnis jederzeit widerrufen konnte.

Entscheidung:

Das OLG Köln hat in einer aktuellen Entscheidung vom 29.04.2009 (Az.: 6 U 218/08) die Vorentscheidung des Landgerichts Köln, die diese Klausel für unzulässig gehalten und deren weitere Verwendung untersagt hatte, bestätigt. Auch das OLG Köln meinte, dass die Klausel die Verbraucher unangemessen benachteilige. In dieselbe Richtung geht eine ebenfalls relativ junge Entscheidung des LG Hamburg vom 14.02.2009 (Az.: 315 O 829/08), bei der das Feld zur Angabe der Telefonnummer auf der Teilnahmekarte den Zusatz enthielt: „*Tel. (z.B. zur Gewinnbenachrichtigung und weitere interessante telef. Angebote zur Z.K. GmbH)*“.

Seit der BGH-Entscheidung vom 27.01.2001 – „*Telefonwerbung VI*“ – ist es in der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung nicht mehr streitig, dass auch vorformulierte Einwilligungserklärungen des Verbrauchers Allgemeine Geschäftsbedingungen sind. Der BGH hat sich in diesem Urteil älteren Entscheidungen des 4. und 11. Zivilsenates des BGH angeschlossen und darauf hingewiesen, dass es für die Anwendbarkeit der AGB-Grundsätze ohne Bedeutung sei, ob der Kunde die Wahl zwischen bestimmten, vom Verwender vorgegebenen Alternativen habe (in dem Sinne, seine Einverständniserklärung abzugeben oder es zu lassen). Entscheidend sei, dass das Unternehmen bei der von den Verbrauchern abzugebenden Erklärung die rechtsgeschäftliche Gestaltungsfreiheit für sich ebenso in Anspruch nehme wie bei der Vorformulierung eines ganzen Vertragstextes und der Verbraucher nur darüber entscheiden könne, ob er die Erklärung abgebe, aber keinen Einfluss auf den Inhalt habe. Dass sich das OLG Köln die-

ser inzwischen gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung anschließt, verwundert nicht.

Ebenfalls in dem BGH-Urteil „*Telefonwerbung VI*“ hat der BGH Gegenstimmen aus der Literatur zurückgewiesen, die die Unangemessenheit der Klausel dann verneinen wollten, wenn die vorformulierte Einverständniserklärung jederzeit widerruflich sei. Denn, so der BGH, durch die Obliegenheit zum Widerruf werde die Initiative zur Wiederherstellung der ungestörten Privatsphäre in unzulässiger Weise auf den Verbraucher verlagert. Auch dem schließt sich – ebenfalls nicht überraschend – das OLG Köln an. Als zusätzliches Argument führt das OLG Köln ins Feld, dass bei einem Gewinnspiel, bei dem vorgesehen sei, dass der Verbraucher durch Anklicken eines entsprechenden Kästchens sein Einverständnis mit der Geltung der Teilnahmebedingungen erkläre (Entsprechendes dürfte für Klauseln auf Teilnahmekarten gelten, nach denen die Teilnahmebedingungen durch Einsenden der Karte anerkannt werden), ein Vertragsverhältnis über das Gewinnspiel mit dem vorgegebenen Inhalt der Teilnahmebedingungen zustande komme; bei Verträgen käme eine AGB-Kontrolle aber ohnehin stets in Betracht.

Ob unter Gestaltungsgesichtspunkten der Hinweis des OLG Köln für die Praxis weiterhilft, nicht der AGB-Kontrolle unterliegende Individualvereinbarungen könnten möglicherweise bei einer Gestaltung gegeben sein, bei welcher der Interessent zwischen klar als gleichwertig präsentierten Einwilligungsalternativen wählen könne, wobei dem Kunden die Wahl der Alternativen allerdings nicht suggestiv nahegelegt werden dürfte, erscheint denkbar, bedürfte aber einer gesonderten Untersuchung. Möglicherweise wäre dies ein Ansatz, dass eine vorformulierte Einwilligungserklärung doch als Individualvereinbarung gewertet werden könnte und damit nicht der AGB-Kontrolle unterläge. Zu denken wäre zum Beispiel an die Aufspaltung in mehrere Einwilligungsvarianten, und zwar sowohl bezogen auf das Medium, mit dem der Verbraucher angesprochen werden könnte, als auch auf den Kreis der Unternehmen, die zur Ansprache berechtigt sein sollen, und schließlich auch in Bezug auf die Waren und Dienstleistungen, wegen derer eine Ansprache möglich sein soll.

Nachdem das OLG Köln die Anwendbarkeit des AGB-Rechts bejaht, muss die Klausel darauf geprüft werden, ob sie den Verbraucher entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligt (§ 307 Abs. 1 BGB). Eine solche unangemessene Benachteiligung kommt vor allem unter zwei Gesichtspunkten in Betracht: Einem Abweichen von den Vorgaben des § 7 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 UWG und

einem Verstoß gegen das Transparenzgebot des AGB-Rechts. Das OLG Köln hält die beanstandete Klausel unter beiden Gesichtspunkten für unzulässig.

Das Gericht nimmt einen Verstoß gegen § 7 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 UWG an, weil die angegriffene Klausel so allgemein gehalten sei, dass sie „interessante Angebote“ aus jedem Waren- und Dienstleistungsbereich erfasse und ein Bezug zu dem konkreten Gewinnspiel nicht hergestellt werde. Außerdem beanspruche das Einverständnis Geltung nicht nur für den Veranstalter des Gewinnspiels, sondern auch für „Dritte und Partnerunternehmen“. Damit erlaube die Klausel die Bewerbung aller möglichen Waren und Dienstleistungen durch einen nicht überschaubaren Kreis von Unternehmen.

Aus diesem Gründen ergebe sich auch eine unangemessene Benachteiligung aus einem Verstoß gegen das Transparenzgebot gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Da die beanstandete Klausel in der Tat extrem pauschal formuliert und gerade deshalb unzulässig war, konnte das OLG Köln die Frage offen lassen, ob die vorformulierte Einwilligung in Telefonwerbung, soweit sie als AGB-Klausel zu werten ist, stets unzulässig ist oder ob dies nur dann gilt, wenn die Einverständniserklärung über die Belange des bereits bestehenden beziehungsweise des konkret anzubahnenden Vertrages hinausgehende Werbung erfasst. Im erstgenannten Sinne hatte sich die, aus dem Jahr 1999 stammende, Rechtsprechung des 4. und 11. Zivilsenates des BGH geäußert. Der 1. Zivilsenat des BGH hat hingegen in der bereits angesprochenen Entscheidung „*Telefonwerbung VI*“ einen Verstoß nur für den Fall angenommen, dass sich die Einverständniserklärung auf andere Belange als die des bereits bestehenden oder konkret anzubahnenden Vertrages bezog. Auch das OLG Köln vertritt – zu Recht – diese einschränkende Auffassung, die es bereits in vorangegangenen Entscheidungen vom 23.11.2007 (Az.: 6 U 95/07) und vom 05.12.2008 (Az.: 6 U 114/08) ebenso vertreten hat wie einer der führenden Kommentare zum Wettbewerbsrecht (Helfmehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 27. Aufl. 2009, § 7 Rn. 140).

Der in ähnlichen Fällen häufig ebenfalls relevanten Problematik der Freiwilligkeit der Einwilligung im Sinne von § 4a Bundesdatenschutzgesetz (z.B. bei der Kopplung mit Gewinnspielen) musste das OLG Köln wegen der konkreten Fallkonstellation nicht nachgehen.

Kommentar:

Dass die Entscheidung des OLG Köln im Ergebnis richtig ist, dürfte nicht zweifelhaft sein. Die vorformulierte Einwilligungserklärung war an Pauschalität tatsächlich kaum zu übertreffen. Berücksichtigt man, dass Gewinnspiele typischerweise gegenüber Verbrauchern eingesetzt werden und gegenüber Verbrauchern das höchste Schutzniveau zugunsten der Privatsphäre gilt, liegt es auf der Hand, dass hier besondere Sensibilität erforderlich ist. Dies spiegelt sich auch in der Abstufung der Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Ansprache zu Werbezwecken in § 7 UWG wider, welche jüngst durch den Wegfall der Möglichkeit einer konkludenten Einwilligung noch weiter verschärft worden sind.

Auch wenn solche Klauseln häufig von Verbrauchervereinigungen aufgegriffen werden und weniger von Unternehmen, die häufig selbst eine solche „Leiche im Keller“ haben, sollte nicht vergessen werden, dass die Thematik jederzeit auch von Wettbewerbern ins Visier genommen werden könnte. Denn entweder liegt unmittelbar ein Verstoß gegen § 7 UWG vor oder die Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts ergibt sich aus § 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit AGB-Recht, dessen Vorschriften im Sinne der vorgenannten UWG-Norm zumindest in solchen Fallkonstellationen als Marktverhaltensregeln anzusehen sind.

Das Urteil des OLG Köln zeigt wie viele andere Entscheidungen: Die Gestaltung von vorformulierten Erklärungen in die Einwilligung zur werblichen Ansprache im Zusammenhang mit Gewinnspielen (oder auch in anderem Zusammenhang) ist „Maßarbeit“; in manchen Fällen mag auch einmal „Maßkonfektion“ ausreichen. Mit Einwilligungserklärungen „von der Stange“ lebt man jedenfalls gefährlich.

Für weitere Informationen stehen Ihnen Dr. Ulf Heil (heil@schiedermair.com) und Dr. Swen Vykydal (vykydal@schiedermair.com) gerne zur Verfügung. Wir möchten an dieser Stelle darauf hinweisen, dass die allgemeinen Informationen in unserem Newsletter eine Rechtsberatung im Einzelfall nicht ersetzen können. Sie können alle Newsletter auf unserer Homepage www.schiedermair.com (Arbeitsgebiete/Gewerblicher Rechtsschutz) einsehen.