
Datum: 29.04.2009
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 218/08
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2009:0429.6U218.08.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 26 O 5/08
Normen: BGB § 307 Abs. 1 und Abs. 3 S.1; UWG § 7 Abs. 2 Nr. 2 u. 3

Tenor:

I.) Die Berufung der Beklagten gegen das am 22.10.2008 verkündete Urteil der 26. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 26 O 5/08 – wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Beklagte verurteilt wird, es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu 100.000 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu unterlassen die nachfolgende oder eine inhaltsgleiche Klausel im Rahmen von Gewinnspielen zu verwenden, ausgenommen gegenüber einer Person, die in ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt (Unternehmer), wenn dies geschieht wie folgt:

II.) Die Kosten der Berufung trägt die Beklagte.

III.) Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte kann jedoch die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 7.000,00 € abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

IV.) Die Revision wird nicht zugelassen.

GRÜNDE:

I.

Wegen des Sachverhalts wird gemäß § 540 Abs. 1 S. 1 Ziff. 1 ZPO auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Beklagte zur Unterlassung der Verwendung der streitgegenständlichen Klausel verurteilt, dem erstinstanzlich gestellten Klageantrag entsprechend ohne Bezugnahme auf eine konkrete Verletzungsform. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass eine vorformulierte Klausel, durch die der Kunde sein Einverständnis mit telefonischer Werbung, Werbung per E-Mail oder per SMS erklärt, diesen stets unangemessen benachteiligt, § 307 Abs. 1 BGB.

Hiergegen wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung. Sie stellt ihre Passivlegitimation nicht mehr in Abrede. Sie ist allerdings der Ansicht, die Klausel unterfalle nicht einer Inhaltskontrolle, da sie keine Allgemeine Geschäftsbedingung sei. Jedenfalls halte die Klausel einer Inhaltskontrolle stand, insbesondere weil sie durch ihre Ausgestaltung als "Opt-in"-Klausel dem Verbraucher die freie Wahl lasse, ob er seine Einwilligung erteilen wolle oder nicht.

Die Beklagte beantragt, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen. Der Kläger hat in der mündlichen Verhandlung sein Unterlassungsbegehren auf die konkrete Verletzungshandlung eingeschränkt.

Er trägt vor, die angegriffene Klausel sei für Verbraucher intransparent, weil sie für eine nicht überschaubare Vielzahl von Produkten verwendet werden könne, die von einer nicht überschaubaren Zahl sog. Partnerunternehmen angeboten würden.

II.

Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Dem Kläger steht ein auf die konkrete Verletzungshandlung gerichteter Unterlassungsanspruch gemäß § 1 UKlaG gegen die Beklagte zu.

1.) Der Kläger gehört zu den nach dem UKlaG anspruchsberechtigten Stellen, § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 UKlaG. Die Passivlegitimation der Beklagten steht nicht mehr im Streit.

2.) Zutreffend hat das Landgericht die streitgegenständliche Klausel als Allgemeine Geschäftsbedingung eingeordnet. Dem steht weder die in der Rechtsnatur einer Einwilligungserklärung liegende Einseitigkeit noch der Umstand entgegen, dass die Klausel als sog. "Opt-in"-Erklärung ausgestaltet ist.

a) §§ 305 ff. BGB sind ihrem Schutzzweck entsprechend auch auf vom Verwender vorformulierte einseitige Erklärungen des anderen Teils anzuwenden, die im Zusammenhang mit einem Vertragsverhältnis stehen (BGH GRUR 2008, 1010, 1011 – Payback; BGH GRUR 2000, 818, 819 – "Telefonwerbung VI"). Entscheidend ist, dass der Verwender – wie im vorliegenden Fall – bei der abzugebenden Erklärung die rechtsgeschäftliche

Gestaltungsfreiheit für sich in gleicher Weise in Anspruch nimmt wie bei der Vorformulierung eines Vertragstextes, und dass der Kunde nur darauf, ob er die Erklärung abgeben will, nicht aber auf ihren Inhalt Einfluss hat (BGH GRUR 2000, 818, 819 – "Telefonwerbung VI"). Ob wegen dieses durch den Bundesgerichtshof herausgestellten Schutzzwecks möglicherweise auch solche vorformulierten einseitigen Erklärungen, die unabhängig von einem anderweitigen Vertragsschluss erfolgen, der AGB-Kontrolle unterliegen, bedarf hier keiner Entscheidung, denn die Beklagte hat das von ihr durchgeführte Gewinnspiel so gestaltet, dass ein Vertragsverhältnis entsteht. Denn der Verbraucher muss, um an dem Gewinnspiel teilnehmen zu können, die Teilnahmebedingungen durch Anklicken akzeptieren; auf der anderen Seite gibt die Beklagte ein Gewinnversprechen ab. Damit liegt ein zweiseitiges Rechtsgeschäft vor.

b) An der Einordnung der Klausel als Allgemeine Geschäftsbedingung ändert auch der Umstand nichts, dass die Einwilligung erst durch das individuelle Markieren eines entsprechenden Feldes abgegeben wird (sog. "Opt-in"-Klausel). Dies steht entgegen der Ansicht der Beklagten insbesondere nicht einem Stellen der Allgemeinen Geschäftsbedingung i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB entgegen, wenn, wie hier, die Klausel vorformuliert ist und der Interessent keinen Spielraum hinsichtlich ihrer inhaltlichen Gestaltung hat (vgl. BGH a.a.O. – "Telefonwerbung VI"). Als nicht der AGB-Kontrolle unterliegende Individualvereinbarung könnte allenfalls eine solche Gestaltung angesehen werden, bei welcher der Interessent zwischen klar als gleichwertig präsentierten Alternativen wählen kann (vgl. Staudinger/Schlosser, BGB, Neubearbeitung 2006, § 305 Rn. 38). Dabei dürfte dem Kunden die Wahl einer der Alternativen nicht suggestiv nahegelegt werden (Staudinger/Schlosser, a.a.O.). Jedenfalls daran fehlt es. In der konkret angegriffenen Gestaltung sind dem Verbraucher bereits keine gleichwertigen Alternativen zum Ankreuzen präsentiert worden. Zudem wird die Entscheidung, das Feld anzukreuzen, durch die Formulierung "Ja, ich bin damit einverstanden ..." als vorzugswürdig suggeriert. 13

3.) Die beanstandete Klausel ist gemäß § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam. Danach sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Die unangemessene Benachteiligung ergibt sich jedenfalls aus der inhaltlichen Reichweite der vorformulierten Einwilligungserklärung. Gemäß § 9 Nr. 3 UKlaG ist zugleich die Verwendung inhaltsgleicher Klauseln zu verbieten. 14

a) Die streitgegenständliche Klausel ist gemäß § 307 Abs. 3 S. 1 BGB der Inhaltskontrolle unterworfen. Es handelt sich nicht um eine mit gesetzlichen Regelungen übereinstimmende Allgemeine Geschäftsbedingung. Vielmehr wird durch die verwendete Klauselgestaltung eine die Bestimmungen des § 7 Abs. 2 Nr. 2, Nr. 3 UWG zumindest ergänzende Regelung vereinbart. 15

Etwas anderes ergibt sich nicht aus der "Payback"-Entscheidung (BGH GRUR 2008, 1010 ff.). Dort hatte der Bundesgerichtshof allein über die Wirksamkeit einer sog. "Opt-out"-Klausel zu entscheiden, bei der der Kunde tätig werden und ein Kästchen ankreuzen muss, wenn er seine Einwilligung nicht erteilen will. Ob eine "Opt-in"-Erklärung der Inhaltskontrolle zugänglich ist, musste der Bundesgerichtshof daher nicht entscheiden. 16

Ohne Erfolg wendet die Beklagte ein, der Verbraucher sei nicht schutzbedürftig, weil ihm durch die Gestaltung der vorformulierten Einwilligungsklausel als "Opt-in"-Erklärung die Möglichkeit gegeben werde, sich frei für oder gegen die Werbung zu entscheiden. Die Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers ergibt sich daraus, dass die Klausel Allgemeine Geschäftsbedingungen enthält. Die ihm eingeräumte Möglichkeit auf die Teilnahme an dem 17

Gewinnspiel zu verzichten, macht - wenn er den Vertrag abschließt - den durch §§ 307 ff. BGB gewährleisteten Schutz gegen unangemessene Benachteiligungen nicht überflüssig.

b) Nach der Rechtsprechung des IV. Zivilsenates (BGH NJW 1999, 2279, 2282) sowie des XI. Zivilsenates des Bundesgerichtshofes (BGHZ 141, 124, 128 = NJW 1999, 1864 f.) schließt der Schutz der Privatsphäre wegen der mit Werbeanrufen verbundenen massiven Beeinträchtigungen eine Einwilligung in die Telefonwerbung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen generell aus. Ob dieser Auffassung uneingeschränkt zuzustimmen ist oder der Auffassung der Vorzug gebührt, dass nur diejenige vorformulierte Einverständniserklärung zu einer unangemessenen Benachteiligung führt, die auch über die Belange des bereits bestehenden bzw. des konkret anzubahnenden Vertrages hinausgehende Werbung umfasst (vgl. BGH GRUR 2000, 818, 820 – "Telefonwerbung VI"; OLG Köln WRP 2008, 1130 = GRUR-RR 2008, 316 und Urteil vom 5.12.2008 – 6 U 114/08, nicht veröffentlicht; ebenso Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 27. Aufl., § 7 Rn. 140), kann der Senat offenlassen. Die angegriffene Klausel hält nämlich auch unter Zugrundelegung der letztgenannten Rechtsauffassung einer Inhaltskontrolle nicht stand. Die Formulierung der Klausel ist so allgemein gehalten, dass sie "interessante Angebote" aus jedem Waren- und Dienstleistungsbereich erfasst. Ein Bezug zu dem konkreten Gewinnspiel wird nicht hergestellt. Zugleich beansprucht das Einverständnis Geltung nicht nur für den Verwender, sondern auch für "Dritte und Partnerunternehmen". Die streitgegenständliche Klausel erlaubt somit die Bewerbung aller möglichen Waren und Dienstleistungen durch einen nicht überschaubaren Kreis von Unternehmen. Dadurch ist für den Verbraucher insbesondere nicht erkennbar, wer sich ihm gegenüber auf seine der Beklagten erteilte Einwilligung berufen kann. 18

Die Unangemessenheit wird auch nicht dadurch ausgeräumt, dass die vorformulierte Einverständniserklärung jederzeit widerruflich ist (so aber Graf von Westphalen, BB 1999, 1131, 1132; Imping, MDR 1999, 857), denn damit wird die Initiative zur Wiederherstellung der ungestörten Privatsphäre in unzulässiger Weise auf den Betroffenen verlagert (BGHZ 141, 124, 129 = NJW 1999, 1864, 1865; BGH NJW 1999, 2279, 2282). 19

c) Gegen die Untersagung der Verwendung der streitgegenständlichen Klausel bestehen keine verfassungs- oder europarechtlichen Bedenken. Es wird entgegen der Darstellung der Beklagten werbenden Unternehmen hierdurch nicht unmöglich gemacht, Einverständniserklärungen, die § 7 Abs. 2 Nr. 2, Nr. 3 UWG genügen, einzuholen. Den Unternehmen steht es frei, individuelle Einverständniserklärungen einzuholen. Ob es dazu ausreicht, die Erklärung so auszugestalten, die Erklärung des Einverständnisses wie auch die Erklärung, mit einer Verwendung der Daten für Werbeanrufe, -e-mails und -SMS nicht einverstanden zu sein, gleichwertig und ohne suggestive Zusätze zu präsentieren, braucht auch in diesem Zusammenhang nicht entschieden zu werden. Denn jedenfalls in der streitgegenständlichen konkreten Ausgestaltung der Erklärung nutzt die Beklagte ihre überlegene Gestaltungsmacht in einem Maße aus, wie dies für die Ausübung ihrer gewerblichen Tätigkeit nicht erforderlich ist. 20

d) Darüber hinaus ergibt sich eine unangemessene Benachteiligung aus einem Verstoß gegen das Transparenzgebot gemäß § 307 Abs. 1 S. 2 BGB. Treu und Glauben verpflichten den Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen, die Rechte und Pflichten seines Vertragspartners möglichst klar und durchschaubar darzustellen, damit dieser sich bei Vertragsschluss hinreichend über die rechtliche Tragweite der Vertragsbedingungen klar werden kann (BGH NJW-RR 2008, 615, Tz. 12). Dem genügt die Klausel nicht. Die Formulierung "interessante Angebote" ist auch für den durchschnittlich informierten, 21

aufmerksamen und verständigen Kunden nicht klar und eindeutig. Schon der Gegenstand etwaiger Angebote ist nicht bestimmt. Dem kann nicht mit dem Argument begegnet werden, dass die Klausel Werbung für alles erlaube und damit für den aufgeklärten Verbraucher eben doch transparent sei. Denn die Klausel bezieht sich nicht auf sämtliche, sondern nur auf interessante Angebote. Im Erläuterungstext ist dies dahin beschrieben, dass "die personenbezogene Nutzung ausschließlich auf die Organisationen und Unternehmen aus den verschiedensten Branchen beschränkt" wird, die den "erkennbaren Interessen und Wünschen" des Kunden entgegenkommen. Auch diese Erläuterung erhellt den Umfang der Einschränkung nicht. Letztlich wird daher dem Verbraucher eine Einschränkung und damit ein Schutz seiner Privatsphäre vorgespiegelt, der – jedenfalls bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung – faktisch nicht existiert.

4.) Die für einen Unterlassungsanspruch nach § 1 UKlaG erforderliche Wiederholungsgefahr ist gegeben. Die Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die unzulässige Klauseln enthalten, begründet eine tatsächliche Vermutung für das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr. Die Beklagte hat diese Vermutung nicht entkräftet. Vielmehr hat sie noch im Rechtsstreit die Zulässigkeit der benutzten Klausel verteidigt und war nicht bereit, eine uneingeschränkte strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben (vgl. BGH NJW-RR 2001, 485, 487). 22

III. 23

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 i.V.m. § 92 Abs. 2 ZPO. Soweit sich die Verurteilung auf die konkrete Verletzungshandlung beschränkt, liegt darin nur eine geringfügige, nicht ins Gewicht fallende Einschränkung des Klagebegehrens. Denn für die Unwirksamkeit der streitgegenständlichen Klausel ist in erster Linie ihre inhaltliche Reichweite und nicht ihre Ausgestaltung im konkret angegriffenen Verletzungsfall maßgeblich. 24

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 25

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision gemäß § 543 ZPO liegen nicht vor; die Grundsätze, inwieweit in telefonische Werbung durch eine vorformulierte Erklärung eingewilligt werden kann, sind hinreichend geklärt. 26