

Volltext zu MIR Dok.: 112-2009
Veröffentlicht in: MIR 05/2009
Gericht: Hanseatisches OLG
Aktenzeichen: 5 U 260/08
Entscheidungsdatum: 04.03.2009
Vorinstanz(en): LG Hamburg, Az. 315 O 287/08

Permanenter Link zum Dokument: http://www.medien-internet-und-recht.de/volltext.php?mir_dok_id=1953

www.medien-internet-und-recht.de

ISSN: 1861-9754

MEDIEN INTERNET und RECHT und alle in der Publikation/Zeitschrift enthaltenden Inhalte, Beiträge, Abbildungen und Veröffentlichungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Die Verlagsrechte erstrecken sich auch auf die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und deren Leitsätze, die urheberrechtlichen Schutz genießen, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung/Redaktion redigiert bzw. erarbeitet sind. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Nutzungs-/Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Diese Rechtsübertragung bezieht sich insbesondere auf das Recht des Verlages, das Werk zu gewerblichen Zwecken per Kopie (Mikrofilm, Fotokopie, CD-ROM, Dateikopien oder andere Verfahren in Online- und Printmedien etc.) zu vervielfältigen und/oder in elektronische oder andere Datenbanken aufzunehmen. Für unverlangt eingesandte Manuskripte wird keine Haftung übernommen. Mit Namen (Autor/Gericht/Quelle) gekennzeichnete Beiträge stellen ausdrücklich nicht unbedingt die Meinung der Redaktion dar.

Inhaltliche oder redaktionelle Fehler vorbehalten.

HANSEATISCHES OBERLANDESGERICHT URTEIL IM NAMEN DES VOLKES

In dem Rechtsstreit

hat das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg, **5. Zivilsenat**, durch ...

nach der am 11.2.2009 geschlossenen mündlichen Verhandlung für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg – Zivilkammer 15 – vom 13.11.2008 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung von € 36.000.- abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird zugelassen.

„(Zur Gewinnbenachrichtigung und für weitere interessante telefonische Angebote der Z GmbH aus dem Abonnementbereich, freiwillige Angabe, das Einverständnis kann jederzeit widerrufen werden)“

Das Landgericht Hamburg hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt, wobei dem Tenor als Anlage eine Kopie des oben eingblendeten Beihefters angefügt worden ist. Wegen der Einzelheiten des Parteivortrags wird auf den Tatbestand des Urteils Bezug genommen.

Mit ihrer hiergegen eingelegten Berufung verfolgt die Beklagte ihren Klagabweisungsantrag weiter. Sie wiederholt und vertieft ihre erstinstanzlichen Ausführungen. Der Kläger verteidigt das erstinstanzliche Urteil.

Wegen der Einzelheiten des Parteivortrags wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Dem vorliegenden Verfahren ist ein einstweiliges Verfügungsverfahren vorangegangen (LG Hamburg 315 O 869/07, HansOLG 5 U 63/08). Der Senat hat den Inhalt der Verfügungsakte zum Gegenstand auch dieses Verfahrens gemacht.

II.

Die zulässige Berufung der Beklagten bleibt in der Sache erfolglos. Die Verurteilung der Beklagten ist zu Recht erfolgt. Im Einzelnen:

1. **Gegenstand** des Verfahrens und der Berufung ist das Verbot, für die Teilnahme an einem Gratis-Gewinnspiel in der konkreten Verletzungsform der Anlage K 1 zu werben, soweit sich unter der Rubrik „Telefon-Nr.“ der Hinweis befindet : „(zur Gewinnbenachrichtigung und für weitere interessante telefonische Angebote der Z GmbH aus dem Abonnementbereich, freiwillige Angabe, das Einverständnis kann jederzeit widerrufen werden)“.

Wie der Kläger in der Berufungsverhandlung klargestellt hat, ist Gegenstand seines Antrags zwar das Gewinnspiel in der konkreten Verletzungsform, die Verwendung des vorformulierten Hinweises soll jedoch unabhängig von seiner jeweiligen drucktechnischen Gestaltung verboten werden. Gegen diese mit den Parteien auch erörterte Klarstellung des Verbotgegenstandes hat die Beklagte keine Einwände erhoben.

2. Der Senat folgt dem Landgericht in seiner schon im vorangegangenen Verfügungsverfahren vertretenen Auffassung, dass die Beklagte mit der Bewerbung des Gewinnspiels unter Verwendung der streitgegenständlichen Klausel wettbewerbswidrig gemäß den §§ 3, 4 Nr. 11, 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG i.V.m. § 307 Abs.1, Abs. 2 Nr.1 BGB handelt und daher gemäß § 8 Abs.1, Abs. 3 Nr. 2 UWG von dem Kläger auf Unterlassung in Anspruch genommen werden kann.

a) Das Gewinnspiel in der angegriffenen konkreten Verletzungsform richtet sich an Verbraucher. Gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG - sowohl in der bis zum 30.12.2008 gültigen als auch in der ab dem 30.12.2008 geltenden Fassung – liegt eine unzumutbare Belästigung des Verbrauchers vor, wenn er ohne seine Einwilligung zu Werbezwecken angerufen wird. Die Einwilligung muss grundsätzlich **vor** dem Anruf erklärt werden (Hefermehl/Köhler/Bornkamm, WettbR, 26.Aufl., § 7 Rz.43 m.w.N.).

b) In der Rechtsprechung des BGH ist die Frage, ob eine – wie hier - schon vorformulierte Einwilligung in Telefonwerbung nicht schon schlechthin unzulässig ist, umstritten (s.zum Streitstand Hefermehl/Köhler/Bornkamm, WettbR, 26.Aufl., § 7 Rn.47). Der für das Wettbewerbsrecht zuständige 1.Zivilsenat des BGH ging jedenfalls zur Rechtslage nach altem UWG von der Möglichkeit einer vorformulierten Einwilligung aus, unterzog diese aber der AGB-Kontrolle nach § 9 AGBG (jetzt § 307 BGB), da der Verwender für die Einverständniserklärung wie bei vorformulierten Vertragsbedingungen einseitig seine rechtsgeschäftliche Gestaltungsfreiheit für sich in Anspruch nehme und der Kunde nur darauf, ob er die Erklärung abgeben will, nicht aber auf ihren Inhalt Einfluss habe (BGH GRUR 2000, 818,819 – Telefonwerbung VI; s. auch 8. Senat des BGH in GRUR 2008,1010 - Payback, Rz. 27 ff für vorformulierte Einwilligungen in unverlangt versandte e-mails und SMS gemäß § 7 Abs.2 Nr.3 UWG; Hinweisbeschluss des 3.Zivilsenats des HansOLG zum Aktz. 3 U 240/07 gemäß Anlage B5 S. 3; OLG Köln GRUR-RR 08, 316,317; Hefermehl/Köhler/Bornkamm a.a.O.). Dieser Auffassung folgt auch der Senat.

c) Nach der Entscheidung „Telefonwerbung VI“ des BGH ist eine vorformulierte Einverständniserklärung in dem Eröffnungsantrag für ein Sparkonto, mit der in die telefonische Werbung „in Geldangelegenheiten“ eingewilligt wird, wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 2 Nr.1 AGBG – der inhaltsgleichen Vorgängerbestimmung zu § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB – unwirksam, weil sie zu weit ist, nämlich der Bank telefonische Werbung

auch in **anderweitigen** Geldangelegenheiten ermöglichen soll, die über das Vertragsverhältnis mit der Bank hinausgehen.

Ob man hieraus mit dem Landgericht den Schluss ziehen kann, dass auch bei einem Gewinnspiel der vorliegenden Art eine vorformulierte Einwilligung in einen Telefonanruf nur zulässig ist, um das eigentliche Gewinnspiel durchzuführen, insbesondere den Teilnehmer über seinen Gewinn zu benachrichtigen – das wäre dann nicht einmal ein Werbeanruf i.S.d. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG, sondern ein solcher zur Vertragsabwicklung –, scheint dem Senat allerdings nicht unzweifelhaft. Denn im Gegensatz zu einem Kontoeröffnungsantrag dient ein Gratis-Gewinnspiel, welches einer Zeitschrift beigelegt ist, ersichtlich auch Werbezwecken. Dies ist dem durchschnittlich informierten und aufgeklärten Verbraucher durchaus bewusst, wie die Mitglieder des Senats als Teil des angesprochenen Verkehrskreises aus eigenem Wissen beurteilen können. Somit könnte eine vorformulierte Einwilligung, die sich inhaltlich auf Werbeanrufe zum Zwecke des Abschlusses von **Abonnementverträgen über den Bezug von Zeitschriften und Zeitungen** beschränkte, möglicherweise noch unbedenklich sein.

Die Frage kann jedoch letztlich dahingestellt bleiben, weil die hier in Rede stehende Klausel inhaltlich sehr viel weiter geht. Sie erlaubt der Beklagten Werbeanrufe „aus dem Abonnementbereich“. Damit ist zunächst der Gegenstand etwaiger Abonnements unbeschränkt. Es sind z.B. nicht nur Druckschriften aller Art – neben Zeitschriften etwa Bücher –, sondern auch andere abonnierbare Medien, z.B. elektronische Newsletter, erfasst. Dass die Beklagte sich auch tatsächlich die telefonische Bewerbung von Medien außerhalb des Zeitschriften- oder Zeitungsbereichs vorbehalten will, haben die Erörterungen in der Berufungsverhandlung über eine klarstellende Neufassung der Klausel mit aller wünschenswerten Deutlichkeit ergeben.

Außerdem ist der Begriff „Abonnementbereich“ so offen gewählt, dass nicht nur die Werbung für den Abschluss von Abonnementverträgen durch den angerufenen Verbraucher gestattet ist, sondern die Bewerbung aller möglichen Waren und Dienstleistungen, die hiermit irgendwie im Zusammenhang stehen können und nicht voraussetzen, dass bereits ein Abonnementvertrag zwischen dem angerufenen Verbraucher und der Beklagten besteht, z.B. Sachprämien für die Gewinnung von neuen Abonnenten durch den Verbraucher, Leserreisen, Eintrittskarten für Veranstaltungen oder auch weitere Gratis-Gewinnspiele.

Insgesamt geht die Klausel damit so deutlich über den erkennbaren Zweck eines in einer Zeitschrift ausgelobten Gratis-Gewinnspiels hinaus, dass sie nach Auffassung des Senats mit dem wesentlichen Grundgedanken des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG, wonach Werbeanrufe eine vorherige Einwilligung des Verbrauchers erfordern, nicht mehr zu vereinbaren ist. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass die Einwilligung, selbst wenn sie freiwillig erteilt wird, unbefristet ist. Zwar besteht eine jederzeitige Widerrufsmöglichkeit. Diese wird in der Praxis – ist die Einwilligung erst einmal erteilt – jedoch häufig leer laufen, weil der Verbraucher bei Gewinnspielen der vorliegenden Art keine schriftlichen Unterlagen, etwa eine Durchschrift der Teilnahmekarte, zurückbehält, und ihm die Möglichkeit des Widerrufs in aller Regel nicht mehr präsent sein wird, wenn er etwa erst einige Wochen oder gar Monate später einen Werbeanruf erhält. Hierauf wird er nach aller Erfahrung auch nicht durch einen Telefonwerber hingewiesen. Dies spricht dafür, vorformulierte Einwilligungen in Werbeanrufe im Interesse eines wirksamen Verbraucherschutzes nur in beschränktem Umfang innerhalb des jeweiligen Vertragszwecks zuzulassen.

Eine andere Wertung folgt auch nicht aus der Neufassung des UWG zum 30.12.2008. Die Vorschrift des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG ist hierbei unverändert geblieben, soweit es um das Erfordernis der Einwilligung des Verbrauchers geht. Demgegenüber wird für unverlangt versandte Werbung nach § 7 Abs. 2 **Nr. 3** UWG (Werbung unter Verwendung einer automatischen Anrufmaschine, eines Faxgeräts oder elektronischer Post) nunmehr eine vorherige **ausdrückliche** Einwilligung des Adressaten verlangt. Hieraus lässt sich jedoch nicht im Gegenschluss folgern, dass vorformulierte Einwilligungsklauseln in Werbeanrufe weniger restriktiv zu beurteilen wären. Denn eine Neufassung auch des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG ist nur deshalb unterblieben, weil inzwischen ein weiterer Gesetzentwurf zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen eingebracht worden ist, der auch für Telefonwerbung ein vorheriges ausdrückliches Einverständnis des Verbrauchers vorsieht (BT-Drucksache 16/10734 v. 31.10.2008). Mehrfache Änderungen des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG innerhalb eines kurzen Zeitraums sollten unterbleiben (s.dazu Lettl, Das neue UWG, GRUR-RR 09, 41, 45).

d) Mit der Bewerbung des Gewinnspiels unter Verwendung einer gegen § 307 Abs.1, Abs. 2 Nr. 1 BGB i.V.m. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG verstoßenden Einwilligungsklausel handelt die Beklagte einer Vorschrift zuwider, die zugleich auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln, § 4 Nr. 11 UWG. Allerdings hat der Senat die Auffassung vertreten, dass nicht sämtliche Vorschriften des BGB über die Fassung von allgemeinen Geschäftsbedingungen solche sein müssen, die auch dazu bestimmt sind, das Marktverhalten zu regeln, sondern nur solche, die sich „am Markt“, insbesondere in Zusammenhang bzw. im Vorfeld des Vertragsschlusses auswirken (vgl. Senat NJW 07, 2264; zustimmend OLG Köln

GRUR-RR 07, 285; a.A. KG NJW 07, 2266). Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Auffassung nach der Neufassung des UWG noch aufrechterhalten werden kann. Denn jedenfalls vorliegend geht es um eine vorformulierte Klausel, die sich unmittelbar im Zeitpunkt des Vertragsschlusses auswirkt. Der Gewinnspielteilnehmer soll beim Ausfüllen der Teilnahmekarte, also im Zusammenhang mit seinem Entschluss, an dem Gewinnspiel teilzunehmen, durch aktives Handeln (sog. Opt-In), nämlich durch die Eintragung seiner Telefonnummer auf der hierfür vorgesehenen Zeile, die Einwilligung zur Telefonwerbung erteilen.

3. Selbst wenn man entgegen der Auffassung des Landgerichts und des Senats einen Verstoß der vorformulierten Einwilligungsklausel gegen § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB i.V.m. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG verneinen wollte, wäre ihre Verwendung jedenfalls wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot gemäß § 307 Abs. 1 S. 2 BGB wettbewerbswidrig. Die Formulierung „weitere interessante telefonische Angebote der Z GmbH aus dem Abonnementbereich“ ist nicht „klar und verständlich“ im Sinne des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB, da schon nicht der Gegenstand etwaiger Abonnements bestimmt ist. Aus dem Beihefter wird nicht erkennbar, welche Geschäftsfelder zum Unternehmensgegenstand der Beklagten gehören. Gegenstand von Abonnements können nicht nur Medien aller Art, sondern auch z.B. Veranstaltungstickets sein. Auch ist der Begriff „Bereich“ undeutlich, insbesondere bleibt unklar, ob hierzu nur die Werbung für den Abschluss von Abonnementverträgen durch den Verbraucher oder auch der Absatz von damit irgendwie zusammenhängenden Waren oder Dienstleistungen zu zählen ist. Der Begriff „Bereich“ ist schwammig und letztlich vollkommen konturenlos. Auf die obigen Ausführungen kann ergänzend Bezug genommen werden.

4. Aus den gleichen Gründen verstößt die Klausel gegen § 4 Nr. 5 UWG. Danach handelt gemäß § 3 UWG unlauter, wer bei Preisausschreiben oder Gewinnspielen mit Werbecharakter die Teilnahmebedingungen nicht klar und eindeutig angibt.

a) Vorliegend handelt es sich um ein Gewinnspiel mit Werbecharakter im Sinne dieser Bestimmung. Hierzu genügt es, dass das Gewinnspiel unmittelbar oder mittelbar der Förderung des Erscheinungsbildes des eigenen oder eines fremden Unternehmens oder dem Absatz seiner Produkte dient (Hefermehl/ Köhler/ Bornkamm, WettbR, 26. Aufl., § 4 Rn.5.7). Ein Gewinnspiel, welches einer Autozeitung beigelegt ist und als Hauptgewinn ein Auto auslobt, dient jedenfalls mittelbar der Förderung des Erscheinungsbildes und des Absatzes dieser Zeitung.

b) Der Begriff der Teilnahmebedingungen i.S.v. § 4 Nr. 5 UWG ist weit zu verstehen. Er bezieht sich nicht nur auf die Teilnahme**berechtigung**, sondern auf „alle im Zusammenhang mit der Beteiligung des Teilnehmers an dem Gewinnspiel stehende Modalitäten“ (BGH GRUR 2005, 1061, 1064 - Telefonische Gewinnauskunft). Dazu gehört auch, ob der Teilnehmer telefonisch von seinem Gewinn benachrichtigt werden kann (Hefermehl/Köhler/ Bornkamm a.a.O. Rn.5.11). Das zugleich erklärte Einverständnis in Werbeanrufe kann damit ebenfalls als Teilnahmebedingung in diesem Sinne gewertet werden, und zwar – wie ausgeführt – auch dann, wenn die Angabe der Telefonnummer nicht zwingende Voraussetzung für die Teilnahme, also die Teilnahmeberechtigung darstellt.

c) Teilnahmebedingungen für Gewinnspiele müssen „klar und eindeutig“ sein. Dies bezieht sich auf **Form und Inhalt** (Hefermehl/ Köhler/ Bornkamm a.a.O. Rn. 5.13). Die Klausel ist zumindest ihrem Inhalt nach nicht klar und eindeutig. Insoweit gelten die Ausführungen unter Ziff.3 entsprechend.

5. Nach allem kann mit dem Landgericht dahingestellt bleiben, ob die Verwendung der Klausel in der konkreten Verletzungsform auch deshalb wettbewerbswidrig ist, weil sie drucktechnisch zu klein geraten und schwer lesbar ist. Dies kann der Senat im Übrigen schon deshalb nicht abschließend beurteilen, weil die Parteien kein Original des Beihefters, sondern nur Farbkopien vorgelegt haben, bei denen das Schriftbild undeutlich erscheint. Ob dies im Original auch der Fall ist, kann der Senat nicht feststellen. Hierauf kommt es jedoch nicht an, weil die Klausel inhaltlich, also schlechthin und nicht nur in der Gestaltung der konkreten Verletzungsform, gegen Wettbewerbsrecht verstößt und dies auch Gegenstand des Verbotsantrags ist.

6. Ebenfalls kann dahinstehen, ob die Verwendung der vorformulierten Einwilligungsklausel durch die Beklagte in entsprechender Anwendung der vom 8.Zivilsenat des BGH in der Entscheidung „Payback“ für unverlangte Werbung gemäß § 7 Abs. 2 **Nr. 3** UWG aufgestellten Grundsätze wettbewerbswidrig ist (GRUR 2008,1010 – Payback). Entgegen der Auffassung der Beklagten ergibt sich allerdings für ihren Rechtsstandpunkt nichts aus der vom BGH unter Rz.31 der Entscheidung „Payback“ angesprochenen Vertragsklausel. Nach dieser Klausel war vorgesehen, durch Angabe der Mobiltelefonnummer und /oder der e-mail-Adresse neben Mitteilungen über den Punktestand auch Informationen über „Extra-Punktechancen, Topaktionen und Neuigkeiten zu Payback“ per SMS bzw. e-mail-Newsletter zu erhalten. Das Einverständnis beinhaltete also neben Informationen zur Vertragsdurchführung (Punktestand) auch werbliche Informationen (Extra-Punktechancen, Topaktionen usw.). Die Zulässigkeit dieser Klausel war indessen nicht Gegenstand der

Prüfung des BGH. Der BGH hat sich nur dazu geäußert, dass sie kein Einverständnis für Werbung **jeglicher Art** durch elektronische Post beinhalte.

7. Für die Entscheidung über die Berufung kommt es schließlich auch nicht darauf an, ob die von der Beklagten verwendete Klausel mit § 4a BDSG in Einklang steht. Diese Vorschrift bzw. Entscheidungen dazu hatte die Beklagte jedenfalls noch in der Berufungsinstanz des parallel betriebenen Verfügungsverfahrens ins Feld geführt. Denn § 4a BDSG und § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG haben einen unterschiedlichen Anwendungsbereich und stellen jeweils eigenständige Regelungen dar. Diese Auffassung wird auch durch die Entscheidung „Payback“ des BGH gestützt, dort allerdings für das Verhältnis zwischen § 4a BDSG und § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG (Rz.30).

Die Entscheidung über die Kosten und die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus den §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Der Senat hat die Revision zugelassen, weil der Rechtsstreit grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern, § 543 Abs. 2 ZPO. Die Verwendung vorformulierter Klauseln für die Einwilligung des Verbrauchers in Telefonwerbung ist selbst innerhalb der höchstrichterlichen Rechtsprechung umstritten. Der für das Wettbewerbsrecht zuständige 1.Zivilsenat hat sich hierzu unter der Geltung des neuen UWG noch nicht geäußert.