



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 50/09

Verkündet am:
14. April 2011
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: _____ ja

Einwilligungserklärung für Werbeanrufe

UWG § 4 Nr. 5

Die auf einer Teilnahmekarte für ein Gewinnspiel unter der Rubrik "Telefonnummer" enthaltene Angabe

Zur Gewinnbenachrichtigung und für weitere interessante telefonische Angebote der ... GmbH aus dem Abonnementbereich, freiwillige Angabe, das Einverständnis kann jederzeit widerrufen werden

genügt nicht dem Transparenzgebot des § 4 Nr. 5 UWG.

BGH, Urteil vom 14. April 2011 - I ZR 50/09 - OLG Hamburg
LG Hamburg

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Dezember 2010 durch die Richter Prof. Dr. Büscher, Pokrant, Dr. Kirchhoff, Dr. Koch und Dr. Löffler

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg, 5. Zivilsenat, vom 4. März 2009 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger ist der Bundesverband der . Er nimmt die Beklagte, die Zeitungs- und Zeitschriftenabonnements akquiriert und diese dann an Verlage weiterveräußert, auf Unterlassung der Verwendung einer vorformulierten Einwilligungserklärung für Werbeanrufe in Anspruch.
- 2 Anfang Oktober 2007 war in der Zeitschrift "A. " ein sogenannter Beihefter enthalten, in dem ein von der Beklagten veranstaltetes Gewinnspiel beworben wurde. Auf der dazu gehörenden Teilnahmekarte konnte ein Spielteilnehmer seinen Namen und seine Anschrift eintragen. Darüber hinaus ent-

hielt die Karte eine Zeile, in die ein Teilnehmer seine Telefonnummer eintragen konnte. Unterhalb dieser Zeile befand sich folgender Hinweis:

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

3 Der Beihefter war wie nachfolgend verkleinert eingeblendet gestaltet:

VW GOLF ODER BARGELD?
WÄHLEN SIE HIER AUS:

(Bitte hier abtrennen)

So einfach geht's:

1. Gewinnspielfrage richtig beantworten!
2. Karte ausfüllen, Wunschgewinn **VW Golf GT** oder **Bargeld** ankreuzen & absenden!
3. **Rubbeln und auftanken:** Bei 3 Tanksymbolen gewinnen Sie mit ein bisschen Glück einen von 50 Tankgutscheinen **im Wert von € 100,00!**

Ausfüllen. Abschicken. Gewinnen.

Gewinnspielfrage: Welches Auto können Sie gewinnen?
VW

Ja, ich bin dabei. Wenn ich gewinne, möchte ich (Bitte ankreuzen)
 den VW Golf GT*. € 25.000,00 in bar.

Herr Frau

Vorname (bitte alles in Blockschrift) _____
Name _____
Straße/Nr. _____
PLZ/Wohnort _____

Telefon-Nr. (zur Gewinnbenachrichtigung und für weitere interessante telefonische Angebote der ZZ-Kurier GmbH aus dem Abonnementbereich, freiwillige Angabe, das Einverständnis kann jederzeit widerrufen werden) _____

Datum/Unterschrift _____

Nur ausreichend frankierte Einsendungen mit der richtigen Lösung nehmen an der Verlosung teil. Die Gewinne werden schriftlich oder telefonisch benachrichtigt. Mitmachen dürfen alle über 18 Jahre mit Ausnahme der Mitarbeiter der ZZ-Kurier GmbH bzw. der Axel Springer AG. Einsendeschluss: 31.12.2007

Schnell sein lohnt sich!
Jetzt Golf GT und Tankgutschein sichern.

Ihr neues Auto?
Entdecken Sie den Klassiker neu. Der Golf steht für die Integration von modernem Design, überlegener Fahrdynamik und innovativer Antriebstechnologie. Mit ein bisschen Glück können Sie schon bald in Ihren neuen VW Golf GT **im Wert von € 25.000,00** einsteigen!

Sie wollen mehr über den VW Golf wissen? Alle Infos finden Sie unter www.volkswagen.de

*Ausstattung und Modell im Wert von €25.000,00 werden mit dem Gewinner abgestimmt.

Bitte mit € 0,45 frankieren!

(Bitte hier abtrennen)

© Eine geminnützige Aktion der ZZ-Kurier GmbH und der Axel Springer AG.

4 Der Kläger hat die Bewerbung des Gewinnspiels als wettbewerbswidrig beanstandet, weil die Beklagte versuche, sich das Einverständnis der Teilnehmer für Telefonwerbung zu erschleichen. Die angegriffene Klausel verstoße

gegen das Transparenzgebot. Zudem würden die Verbraucher durch die vorformulierte Einverständniserklärung unangemessen benachteiligt.

5 Die Beklagte hat demgegenüber die Ansicht vertreten, die Einverständniserklärung sei wettbewerbsrechtlich zulässig, weil die Teilnehmer an dem Gewinnspiel frei über die Angabe ihrer Telefonnummer entscheiden könnten.

6 Das Landgericht hat der Beklagten unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel verboten,

für die Teilnahme an einem Gratis-Gewinnspiel wie aus der mit dem Urteil in Kopie verbundenen Anlage ersichtlich zu werben, soweit sich unter der Rubrik "Telefon-Nummer" folgender Hinweis befindet:

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

7 Die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben (OLG Hamburg, WRP 2009, 1282).

8 Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter.

Entscheidungsgründe:

9 I. Das Berufungsgericht hat einen Verstoß der Beklagten durch die Verwendung der beanstandeten Einverständniserklärung gegen §§ 3, 4 Nr. 11, § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG in Verbindung mit § 307 Abs. 1 und 2 Nr. 1 BGB sowie gegen §§ 3, 4 Nr. 5 UWG angenommen. Zur Begründung hat es ausgeführt:

10 Die in Rede stehende Klausel gehe derart deutlich über den Zweck eines in einer Zeitschrift ausgelobten Gratis-Gewinnspiels hinaus, dass sie mit dem wesentlichen Grundgedanken des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG, der für Werbeanrufe eine vorherige Einwilligung des Verbrauchers erfordere, nicht mehr zu vereinbaren sei. Im Interesse eines wirksamen Verbraucherschutzes seien vorformulierte Einwilligungen für Werbeanrufe nur innerhalb des jeweiligen Vertragszwecks zuzulassen. Darüber gehe die in Rede stehende Klausel weit hinaus. Sie erlaube der Beklagten Werbeanrufe "für Angebote aus dem Abonnementbereich". Von diesem Begriff würden nicht nur Druckschriften aller Art, sondern beispielsweise auch elektronische Newsletter umfasst. Die Einwilligung sei zwar widerruflich, werde jedoch unbefristet erteilt. Ein Verbraucher behalte erfahrungsgemäß keine Durchschrift zurück, so dass ihm die Widerrufsmöglichkeit bei einem späteren Werbeanruf nicht mehr gegenwärtig sei. Da die Klausel mit wesentlichen Grundgedanken des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG nicht zu vereinbaren sei, benachteilige sie die von der Beklagten Angerufenen in unangemessener Weise mit der Folge, dass die Klausel gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam sei. Mit der Verwendung einer gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksamen Einwilligungsklausel handele die Beklagte einer Vorschrift zuwider, die im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG auch dazu bestimmt sei, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.

11 Die beanstandete Einwilligungsklausel verstoße zudem gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB, da die Formulierung "weitere interessante telefonische Angebote der GmbH aus dem Abonnementbereich" nicht "klar und verständlich" im Sinne der genannten Vorschrift sei. Aus den gleichen Gründen verstoße die Klausel auch gegen § 4 Nr. 5 UWG.

12 II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision sind nicht begründet. Dem Kläger steht der geltend gemachte Unterlassungsanspruch gegen die Beklagte aus § 8 Abs. 1 und 3 Nr. 2, §§ 3, 4 Nr. 5 UWG zu.

13 1. Auf den in die Zukunft gerichteten Unterlassungsanspruch sind die Bestimmungen des am 30. Dezember 2008 in Kraft getretenen Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 22. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2949) anzuwenden, mit dem die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken umgesetzt worden ist. Der im Streitfall auf Wiederholungsgefahr gestützte Unterlassungsanspruch besteht allerdings nur, wenn die beanstandete Verhaltensweise - der Kläger hat dazu eine von der Beklagten Anfang Oktober 2007 begangene Zuwiderhandlung vorgetragen - auch schon zum Zeitpunkt ihrer Begehung wettbewerbswidrig war (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 16. Juli 2009 - I ZR 50/07, GRUR 2010, 248 Rn. 15 = WRP 2010, 370 - Kamerakauf im Internet; Urteil vom 12. Mai 2010 - I ZR 214/07, GRUR 2011, 166 Rn. 11 = WRP 2011, 59 - Rote Briefkästen, mwN). Die am 30. Dezember 2008 in Kraft getretene Gesetzesänderung ist für den Streitfall ohne Bedeutung. Das beanstandete Verhalten der Beklagten ist sowohl eine Wettbewerbshandlung nach § 2 Abs. 1 Nr. 1, § 3 UWG 2004 als auch eine geschäftliche Handlung gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1, § 3 UWG 2008. Die im vorliegenden Fall maßgebliche Vorschrift des § 4 Nr. 5 UWG hat durch die Umsetzung der Richtlinie keine Änderung erfahren. Es ist deshalb nicht erforderlich, zwischen der vor und nach dem 30. Dezember 2008 geltenden Rechtslage zu unterscheiden.

14 2. Die in § 4 Nr. 5 UWG normierte Verpflichtung, über die Bedingungen der Teilnahme an einem Gewinnspiel mit Werbecharakter klar und eindeutig zu informieren, steht mit der Richtlinie 2005/29/EG im Einklang (BGH, Urteil vom

9. Juli 2009 - I ZR 64/07, GRUR 2010, 158 Rn. 10 f. = WRP 2010, 238 - FIFA-WM-Gewinnspiel).

15 Die Vorschrift des § 4 Nr. 5 UWG ist, auch soweit sie den nicht elektronischen Geschäftsverkehr betrifft, keine mitgliedstaatliche Regelung, die über einen gemeinschaftsrechtlichen Standard hinausgeht. Die Richtlinie 2005/29/EG enthält keine § 4 Nr. 5 UWG entsprechende spezielle Regelung. Grundlage für Informationspflichten können daher nur die allgemeinen Regelungen in Art. 7 Abs. 1 und 2 der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken sein. Dementsprechend ist das Tatbestandsmerkmal der "Teilnahmebedingungen des Gewinnspiels" im Einklang mit Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie in der Weise auszulegen, dass es nur Bedingungen erfasst, die für die Entscheidung des Verbrauchers, ob er sich um die Teilnahme an dem Gewinnspiel bemühen will, wesentlich sind. Die Vorschrift des § 4 Nr. 5 UWG ist daher nicht als Per-se-Verbot ausgestaltet, das unabhängig von einer Gefährdung im Einzelfall ein bestimmtes Verhalten generell untersagt. Im Übrigen gestatten die Tatbestandsmerkmale "klar und eindeutig" eine umfassende Würdigung der Umstände des Einzelfalls (BGH, GRUR 2010, 158 Rn. 11 - FIFA-WM-Gewinnspiel). Soweit Art. 7 Abs. 1 und 2 der Richtlinie die Aufklärungspflicht von der Relevanz der Information für die Verbraucherentscheidung abhängig macht, enthält das nationale Recht in § 3 Abs. 2 Satz 1 UWG eine entsprechende Schwelle. Die Bestimmung des § 4 Nr. 5 UWG steht deshalb auch nach den vom Gerichtshof der Europäischen Union entwickelten Grundsätzen mit der Richtlinie im Einklang (vgl. EuGH, Urteil vom 23. April 2009 - C-261/07 und C-299/07, Slg. 2009, I-2949 = GRUR 2009, 599 Rn. 59 ff. - Total und Sanoma).

16 3. Die beanstandete Werbung bezieht sich auf ein Gewinnspiel mit Werbecharakter im Sinne von § 4 Nr. 5 UWG. Die Beklagte hat unlauter im Sinne

dieser Vorschrift gehandelt, weil sie die Bedingungen für die Teilnahme am Gewinnspiel auf der Teilnahmekarte nicht klar und eindeutig angegeben hat.

17 a) Bei der von dem Kläger beanstandeten Angabe auf der Teilnahmekarte handelt es sich um eine Teilnahmebedingung im Sinne von § 4 Nr. 5 UWG.

18 aa) Unter den Teilnahmebedingungen sind die Voraussetzungen zu verstehen, die der Interessent erfüllen muss, um an dem beworbenen Gewinnspiel teilnehmen zu können. Der Begriff der Teilnahmebedingungen ist weit zu verstehen und bezieht sich nicht nur auf die Teilnahmeberechtigung, sondern auch auf die Modalitäten der Teilnahme (vgl. BGH, Urteil vom 9. Juni 2005 - I ZR 279/02, GRUR 2005, 1061, 1064 = WRP 2005, 1511 - Telefonische Gewinnauskunft; Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 29. Aufl., § 4 Rn. 5.9; Fezer/Hecker, UWG, 2. Aufl., § 4-5 Rn. 104 ff.). Zu den Modalitäten der Teilnahme zählen alle Angaben, die der Interessent benötigt, um eine "informierte geschäftliche Entscheidung" (Art. 7 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2005/29/EG) über die Teilnahme treffen zu können. Dementsprechend muss der Werbende auch darüber informieren, wie die Gewinner ermittelt und benachrichtigt (schriftlich, telefonisch, öffentlicher Aushang) werden (Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 4 Rn. 5.11).

19 bb) Die Angabe der Telefonnummer, die nach dem Inhalt des auf der Teilnahmekarte enthaltenen Hinweises "zur Gewinnbenachrichtigung und für weitere interessante telefonische Angebote der GmbH aus dem Abonnementbereich" erfolgen soll, ist danach eine Teilnahmebedingung im Sinne von § 4 Nr. 5 UWG. Es heißt in dem Hinweis zwar auch, dass es sich um eine "freiwillige" Angabe handelt. Bezieht sich dies auf die Angabe der Telefonnummer, ist deren Bekanntgabe danach keine zwingende Voraussetzung für

die Teilnahmeberechtigung. Das ist für die ebenfalls zu den Teilnahmebedingungen zählenden Modalitäten der Teilnahme aber auch nicht erforderlich. Für dieses Ergebnis spricht im Übrigen auch der Umstand, dass dem Adressaten je nach Gestaltung der Teilnahmemodalitäten der Eindruck vermittelt wird, es könne für ihn bei einer Teilnahme an dem Gewinnspiel möglicherweise günstiger sein, die Telefonnummer mitzuteilen.

20 b) Die von dem Kläger beanstandete Angabe ist nicht klar und eindeutig und genügt daher nicht dem Transparenzgebot des § 4 Nr. 5 UWG.

21 aa) Bei der Beurteilung der Frage, ob Teilnahmebedingungen klar und eindeutig dargestellt sind, kommt es auf die Form und den Inhalt der mitgeteilten Angaben an. Die Angaben müssen hinreichend wahrnehmbar und verständlich sein. Die Angesprochenen müssen sie ohne Schwierigkeiten erfassen können und sie dürfen nicht im Zweifel gelassen werden, welche Bedingungen im Einzelnen gelten. Ob dies der Fall ist, beurteilt sich nach dem Verständnis des durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers (BGH, GRUR 2010, 158 Rn. 17 - FIFA-WM-Gewinnspiel; Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 4 Rn. 5.13). Mangelnde Transparenz ist vor allem dann anzunehmen, wenn Begriffe mit mehrdeutigem Inhalt verwendet werden.

22 bb) Gemessen an diesen Grundsätzen genügt der beanstandete Hinweis in der Teilnahmekarte nicht dem Transparenzgebot des § 4 Nr. 5 UWG. Für den am Gewinnspiel Interessierten wird schon nicht hinreichend klar, ob für eine Teilnahme tatsächlich die Angabe der Telefonnummer erforderlich ist. Es heißt in dem Hinweis zwar, dass die Angabe freiwillig ist. Aus dem Gesamtzusammenhang ergibt sich aber nicht hinreichend klar und eindeutig, ob sich die Frei-

willigkeit auf die Angabe der Telefonnummer oder auf das Einverständnis zu telefonischen Angeboten der Beklagten aus dem Abonnementbereich bezieht. Daran ändert auch nichts die an anderer Stelle aufgeführte Ankündigung, dass die Gewinner schriftlich oder telefonisch benachrichtigt werden. Unklar bleibt des Weiteren, ob eine grundsätzlich gegebene Teilnahmeberechtigung entfällt, wenn in dem beanstandeten Hinweis Streichungen vorgenommen werden, etwa dergestalt, dass die Telefonnummer angegeben und das Einverständnis zu telefonischen Angeboten gestrichen wird. Eine weitere Unklarheit ergibt sich - worauf schon das Berufungsgericht mit Recht hingewiesen hat - aus der Formulierung "weitere interessante telefonische Angebote ... aus dem Abonnementbereich". Daraus geht nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit hervor, für welche Angebote eine Einwilligung für Werbung per Telefon erteilt wird. Der Begriff "Bereich" ist viel zu undeutlich und lässt nicht erkennen, ob er nur die Werbung für den Abschluss von Abonnementverträgen durch den Verbraucher oder auch den Absatz von damit in irgendeiner Weise zusammenhängenden Waren oder Dienstleistungen umfasst.

23

c) Das beanstandete Verhalten ist auch geeignet, den Wettbewerb zum Nachteil der Verbraucher nicht nur unerheblich im Sinne von § 3 UWG 2004 sowie die Interessen von Verbrauchern im Sinne des § 3 Abs. 1 UWG 2008 spürbar zu beeinträchtigen. Haben Verbraucher an dem Gewinnspiel teilgenommen und ihre Telefonnummer angegeben, wird die Beklagte erfahrungsgemäß von der Möglichkeit von Werbeanrufen Gebrauch machen. Von den Werbeanrufen, die auf der Grundlage von intransparenten Teilnahmebedingungen an einem Gewinnspiel erfolgen, geht wegen der belästigenden Wirkung solcher Anrufe eine erhebliche und spürbare Beeinträchtigung der Verbraucherinteressen aus (vgl. auch BGH, Urteil vom 20. September 2007 - I ZR 88/05, GRUR 2008, 189 Rn. 23 = WRP 2008, 224 - Suchmaschineneintrag).

24 4. Da der von dem Kläger geltend gemachte Unterlassungsanspruch gemäß § 4 Nr. 5 UWG begründet ist, kann offenbleiben, ob er auch auf die weiteren vom Berufungsgericht herangezogenen Vorschriften gestützt werden könnte.

25 Gegen ein Verbot nach § 7 Abs. 2 Nr. 2, § 8 Abs. 1 UWG bestehen im Hinblick auf das Unterlassungsbegehren Bedenken, weil der Beklagten nicht die Werbung mit einem Telefonanruf ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung untersagt werden soll, sondern die Werbung mit Teilnahmekarten für ein Gewinnspiel mit der beanstandeten Klausel. Bei einem aus §§ 3, 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit § 307 Abs. 1 und 2 Nr. 1 BGB abgeleiteten Verbot ist fraglich, ob die Teilnahmebedingungen an dem kostenlosen Gewinnspiel der AGB-Kontrolle unterliegen (vgl. KG, NJW 2011, 466).

26 5. Ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 Abs. 3 AEUV ist nicht geboten, weil sich im Streitfall keine entscheidungserheblichen Rechtsfragen zur Auslegung des Unionsrechts stellen, die eine Vorlage erfordern. Die Frage, ob die Beklagte vorliegend unklare und nicht eindeutige Teilnahmebedingungen verwandt und deshalb gegen § 4 Nr. 5 UWG verstoßen hat und insoweit von einer irreführenden Geschäftspraktik im Sinne von Art. 7 der Richtlinie 2005/29/EG auszugehen ist, ist einer Beurteilung im konkreten Einzelfall vorbehalten. Die Gesamtwürdigung und Gewichtung der relevanten Umstände im konkreten Einzelfall ist Sache der nationalen Gerichte (EuGH, Urteil vom 16. November 2004 - C-245/02, Slg. 2004, I-10989 = GRUR 2005, 153 Rn. 84 - Anheuser-Busch).

27 III. Danach ist die Revision der Beklagten mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Büscher

Pokrant

Kirchhoff

Koch

Löffler

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 13.11.2008 - 315 O 287/08 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 04.03.2009 - 5 U 260/08 -