

# **Hat der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung zur wirksamen Einwilligung in Telefon- und E-Mail Werbung deutlich gelockert?**

Werbung per Telefon oder E-Mail wird wohl immer noch für sehr effektiv gehalten. Anders ist es nicht zu erklären, dass der Bundesgerichtshof in den letzten 10 Jahren immer wieder die Möglichkeit hatte, sich hierzu zu äußern. In einem Urteil vom 1. Februar 2018 hat nun der dritte Senat des Bundesgerichtshofs (Az. III ZR 196/17) einige weitere Facetten in die schon umfangreiche Rechtsprechung eingebracht. Neben der im Leitsatz vorgenommenen Klarstellung, dass nicht für jeden Werbekanal eine eigene Einwilligungserklärung notwendig ist, wurde auch weiter „konkretisiert“, welche Informationen der Werbetreibende zur Verfügung stellen muss, um seinem Kunden eine Einwilligung für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage zu ermöglichen.

## **Was war geschehen?**

Die Klägerin (eine qualifizierte Einrichtung im Sinne von § 4 UKlaG) verlangt von der Beklagten (einer Anbieterin von Telekommunikationsdienstleistungen) davon Abstand zu nehmen, unter Verwendung des nachfolgenden Textes die Einwilligung in den Erhalt von Telefon- und elektronischer Werbung über ihre Webseite einzuholen:

„Ich möchte künftig über neue Angebote und Services der T. GmbH per E-Mail, Telefon, SMS oder MMS persönlich informiert und beraten werden.“

Ich bin damit einverstanden, dass meine Vertragsdaten aus meinen Verträgen mit der T.                    GmbH von dieser bis zum Ende des Kalenderjahres, das auf die Beendigung des jeweiligen Vertrages folgt, zur individuellen Kundenberatung verwendet werden. Meine Vertragsdaten sind die bei der T.                    GmbH zur Vertragserfüllung (Vertragsabschluss, -änderung, -beendigung, Abrechnung von Entgelten) erforderlichen und freiwillig abgegebenen Daten.“

Da die Beklagte außergerichtlich dieser Aufforderung nicht nachkam, wurde von der Klägerin der Rechtsweg beschritten. Das Landgericht Köln hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht Köln hat ihr stattgegeben (Urteil vom 2. Juni 2017, Az. 6 U 182/16).

### **Eine wirksame Einwilligung kann sich auf mehrere Werbekanäle beziehen**

Der Bundesgerichtshof hebt die Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln auf und bestätigt dadurch das Urteil des Landgerichts Köln, welches die Klage abgewiesen hatte. Bereits im Leitsatz zu dieser Entscheidung weist der Bundesgerichtshof darauf hin, dass die Voraussetzungen von § 7 Abs. 2 Nr. 2 und 3 UWG grundsätzlich auch dadurch erfüllt werden können, dass der Werbetreibende beim Kunden für mehrere Werbekanäle, also zum Beispiel für Telefon- und elektronische Werbung gemeinsam eine Einwilligung einholt. In dieser Deutlichkeit ist dies vom Bundesgerichtshof bisher nicht dargestellt worden und deshalb ist diese Aussage in ihrer Klarheit zu begrüßen. Es ist auch nicht damit zu rechnen, dass der eigentlich mit Fragen des unlauteren Wettbewerbs vornehmlich befasste erste Senat des Bundesgerichtshofs hierzu eine andere Ansicht vertritt.

### **Wann liegt eine Einwilligung „in Kenntnis der Sachlage“ und „für den konkreten Fall“ vor?**

Das Oberlandesgericht Köln hatte der Klage stattgegeben, da es nach seiner Ansicht an einer Einwilligung „in Kenntnis der Sachlage“ fehlte. Denn die Beklagte

habe nicht in ausreichender Weise dargestellt, auf welche Produkte und Dienstleistungen sich die Werbebotschaften beziehen könnten. Dies sei aber nach der Rechtsprechung des Ersten Senats des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 25. Oktober 2012, Az. I ZR 169/10) notwendig.

Richtig an den Ausführungen des Oberlandesgerichts Köln ist, dass der erste Senat des Bundesgerichtshofs unter Randnummer 24 der vorgenannten Entscheidung Folgendes ausgeführt hat:

„Eine Einwilligung wird "in Kenntnis der Sachlage" erteilt, wenn der Verbraucher weiß, dass seine Erklärung ein Einverständnis darstellt und worauf sie sich bezieht (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 7 Rn. 149b). Die Einwilligung erfolgt für den konkreten Fall, wenn klar wird, welche Produkte oder Dienstleistungen welcher Unternehmen sie konkret erfasst (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 7 Rn. 149c). Eine wirksame Einwilligung kann danach auch durch Ankreuzen einer entsprechend konkret vorformulierten Erklärung erteilt werden, wenn sie in einem gesonderten Text oder Textabschnitt ohne anderen Inhalt enthalten ist. Liegt eine wirksame Einwilligung vor, ist unerheblich, ob das Unternehmen selbst oder von ihm eingeschaltete Beauftragte den Werbeanruf ausführen.“

Insoweit kann man zwar kritisieren, dass bei der Anwendung der vorgenannten Kriterien wohl eigentlich kein Verstoß gegen das Kriterium „in Kenntnis der Sachlage“, sondern vielmehr gegen das Kriterium „für den konkreten Fall“ vorgelegen hat. Diese begriffliche Verwechslung allein reicht jedoch nicht aus, um die Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln für falsch halten zu können. Denn bei unbefangener Lesart des streitgegenständlichen Textes wird man unzweifelhaft feststellen, dass der Text keinerlei Angaben zu den Produkten und Dienstleistungen macht, die danach Gegenstand von Werbung sein können. Wenn also der dritte

Senat des Bundesgerichtshofs die Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln aufhebt, obwohl das Oberlandesgericht Köln seine Entscheidung allein auf diesen Umstand gestützt hat und gerade die Frage, ob eine wirksame Einwilligungserklärung im Sinne von § 7 Abs. 2 Nr. 2 und 3 UWG vorliegen kann, wenn nicht für jeden Werbekanal eine gesonderte Einwilligungserklärung abgegeben wird, offen gelassen hat, dann muss man sich ernsthaft die Frage stellen, ob der dritte Senat die vorgenannte Rechtsprechung des Ersten Senats aufweichen will?

Ich vermute NEIN! In seiner Entscheidung bezieht sich der dritte Senat des Bundesgerichtshofs immer wieder auch auf die vorgenannte Entscheidung des ersten Senats. Insofern ist davon auszugehen, dass eigentlich keine Abweichung von oder Aufweichung der Rechtsprechung des ersten Senats vorgenommen werden sollte. Allerdings hat der dritte Senat in diesem konkreten Fall die Ansicht vertreten, dass die oben dargestellten und vom ersten Senat des Bundesgerichtshofs „entwickelten“ Kriterien erfüllt sind, obwohl die Beklagte keinerlei Angaben zu den Waren und Dienstleistungen, die Gegenstand von Werbung sein können, gemacht hatte. Die dazu gegebene Begründung ist sehr oberflächlich. Denn der dritte Senat des Bundesgerichtshofs beruft sich darauf, dass Kunden, die im Internet Bestellungen vornehmen, die Produktpalette von Telekommunikationsanbietern bekannt ist und deshalb auf entsprechende Angaben zu den Produkten und Dienstleistungen, die Gegenstand zukünftiger Werbung sein können, verzichtet werden kann.

Durch diese Begründung hat der dritte Senat des Bundesgerichtshofs die Frage aufgeworfen, ob er die vorgenannte Rechtsprechung des Ersten Senats des Bundesgerichtshofs dahingehend konkretisieren/aufweichen will, dass in bestimmten Ausnahmefällen generell keine Angaben zu den maßgeblichen Waren und Dienstleistungen vom Werbetreibenden gemacht werden müssen. Wenn dies seine Intention gewesen sein sollte, dann wäre es jedoch kein Problem gewesen

diesen Umstand deutlich herauszustellen und den Lesern Kriterien an die Hand zu geben, wann von einem solchen Ausnahmefall auszugehen ist. Da er dies nicht getan hat, würde ich von einer solchen Interpretation des Urteils Abstand nehmen.

## **Fazit**

Erfreulich an der Entscheidung des dritten Senats des Bundesgerichtshofs ist die Klarstellung, dass Werbetreibende zur Erfüllung der in § 7 Abs. 2 Nr. 2 und 3 UWG enthaltenen Voraussetzungen nicht für jeden Werbekanal eine gesonderte Einwilligung einholen müssen. Allerdings wirft das Urteil auch einige Fragen auf. Insbesondere kann man sich die Frage stellen, ob der dritte Senat ganz allgemein die bisher vom ersten Senat aufgestellten Voraussetzungen hinsichtlich der Informationen, die der Werbetreibende dem Kunden geben muss, damit dieser eine Entscheidung „in Kenntnis der Sachlage“ und „für den konkreten Fall“ treffen kann, aufweichen wollte. Ich persönlich glaube dies nicht und würde deshalb davon Abstand nehmen, dieses Urteil als Grundlage dafür zu nehmen, um bei entsprechenden Erläuterungstexten darauf zu verzichten mitzuteilen, welche Waren und Dienstleistungen Gegenstand von Werbeanrufen oder Werbung mit elektronischen Medien sein können. Aus meiner Sicht sollte man sich diesbezüglich weiterhin an die Voraussetzungen halten, die der erste Senat in seiner Entscheidung mit dem Aktenzeichen I ZR 169/19 diesbezüglich aufgestellt hat. Vielleicht erhält der Bundesgerichtshof in absehbarer Zeit die Möglichkeit klarzustellen, welchen Stellenwert die Entscheidung des dritten Senats für diese Fragestellung hat.

## **Hinweis**

Asche auf mein Haupt, denn ich hatte in der ersten Version dieses Beitrags behauptet, dass der dritte Senat gar keine Begründung für seine Abweichung von der Rechtsprechung des ersten Senats des Bundesgerichtshofs gegeben hat. Dies stimmt nicht und insofern wurde der Mittelteil des Beitrags aktualisiert.

Ass. jur. Kai Riefenstahl

20.03.2018