

E n t s c h e i d u n g s a n m e r k u n g**„Opt-out“-Erklärung in „Payback-Karten-Rabattvertrag“**

In Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die der Betreiber eines Kundenbindungs- und Rabattsystems für Verträge mit Verbrauchern über die Teilnahme an dem System verwendet, hält die Klausel

Mit meiner Unterschrift erkläre ich mich einverstanden, dass die von mir oben angegebenen Daten sowie die Rabattdaten (Waren/Dienstleistungen, Preis, Rabattbetrag, Ort und Datum des Vorgangs) für an mich gerichtete Werbung (z.B. Informationen über Sonderangebote, Rabattaktionen) per Post und mittels ggfs. von mir beantragter Services (SMS oder E-Mail-Newsletter) sowie zu Zwecken der Marktforschung ausschließlich von der L. GmbH und den Partnerunternehmen gemäß Nummer 2 der beiliegenden Hinweise zum Datenschutz gespeichert und genutzt werden.

Hier ankreuzen, falls die Einwilligung nicht erteilt wird.

der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht stand, soweit sie die Einwilligung in die Speicherung und Nutzung der Daten für die Zusendung von Werbung per SMS oder E-Mail-Newsletter betrifft.

Soweit die Klausel die Einwilligung in die Speicherung und Nutzung der Daten für die Zusendung von Werbung per Post sowie zu Zwecken der Marktforschung betrifft, unterliegt sie gemäß § 307 Abs. 3 S. 1 BGB nicht der Inhaltskontrolle. (Amtlicher Leitsatz Teil a ohne Hervorhebungen)

BGB §§ 307 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3

BGH, Urt. v. 16.7.2008 – VIII ZR 348/06 (OLG München)¹

I. Rechtsgebiet, Problemstellung und Examensrelevanz

1. Die Entscheidung ist angesiedelt an der Schnittstelle von AGB-Recht und UWG. Geprüft werden könnten die auftretenden Probleme in erster Linie im Rahmen des mündlichen Teils der Examensprüfung, da anhand des Falls in einem Prüfungsgespräch zum einen sehr anschaulich das Zusammenspiel von Wettbewerbsrecht und AGB-Recht dargestellt und zum anderen einige Besonderheiten der Voraussetzungen und Rechtsfolgen der AGB-rechtlichen Klauselkontrolle erarbeitet werden können.

2. Es geht in dem hier vorgestellten Teil der Entscheidung um Folgendes: Das in dem Verfahren beklagte Unternehmen bietet Verbrauchern die Möglichkeit, mit ihm einen auf Rabattgewährung gerichteten Vertrag abzuschließen, und verpflichtet sich dabei, den Teilnehmern eine Kundenkarte („Payback-Karte“) zur Legitimation bei einem der angeschlossenen Wirtschaftsunternehmen („Partnerunternehmen“) und zur Erfassung der Rabattansprüche zu erteilen, ein Bonuskonto einzurichten und nach Erwerb einer Ware oder Inanspruchnahme

einer Dienstleistung darauf eingehende Bonuspunkte gutzuschreiben. Die Teilnehmer können die gesammelten Punkte gegen Prämien einlösen oder sich Bargeld auszahlen lassen. Mit der Abwicklung des Systems und der Verwaltung dabei anfallender Daten wurde eine „L. GmbH“ beauftragt. In dem – papiergebundenen – Anmeldeformular („Ihre Payback Anmeldung“), welches vor Ausstellung der Kundenkarte auszufüllen ist, heißt es dazu: „Die Verwaltung Ihrer Daten (Basisdaten, freiwillige Angaben und Rabattdaten) erfolgt durch die Payback Betreibergesellschaft L. GmbH gemäß Ziffer 1 der beiliegenden Hinweise zum Datenschutz.“ Das Anmeldeformular ist in fünf Abschnitte unterteilt. Zunächst wird im Abschnitt „Persönliche Angaben“ nach Name, Geburtsdatum, Anschrift und Telefonnummer des Teilnehmers gefragt. Daran schließt sich der Abschnitt „Freiwillige Angaben“ an, in dem der Teilnehmer Angaben über seinen Familienstand, das monatliche Haushaltsnettoeinkommen, den Besitz eines PC sowie Anzahl und Geburtsjahr der Kinder machen kann. In einem weiteren Abschnitt wird angeboten, eine Zweitkarte ausstellen zu lassen. Der vierte Abschnitt sieht unter der Überschrift „Profitieren Sie von zusätzlichen exklusiven Angeboten und Einkaufsvorteilen!“ die Möglichkeit vor, durch Angabe der Mobiltelefonnummer und/oder der E-Mail-Adresse des Teilnehmers Mitteilungen über den erreichten Punktestand sowie Informationen über „Extra-Punktechancen, Top-Aktionen und Neuigkeiten zu Payback“ per SMS bzw. „E-Mail-Newsletter“ zu erhalten.

Den Schluss bildet der hier näher zu betrachtende Abschnitt mit der Überschrift „Ihre Unterschrift“. Dieser enthält unter dieser Überschrift und oberhalb der in gelber Farbe gehaltenen Unterschriftenzeile eine zusätzlich schwarz umrandete und durch Fettdruck hervorgehobene „Einwilligung in Werbung und Marktforschung“, die mit nachstehend kenntlich gemachten Hervorhebungen durch Fettdruck/Unterstreichung wie folgt lautet, wobei das zum Ankreuzen vorgesehene Kästchen rechts neben dem übrigen Text der Klausel angeordnet ist: „Mit meiner Unterschrift erkläre ich mich einverstanden, dass die von mir oben angegebenen Daten sowie die Rabattdaten (Waren/Dienstleistungen, Preis, Rabattbetrag, Ort und Datum des Vorgangs) für an mich gerichtete Werbung (z. B. Informationen über Sonderangebote, Rabattaktionen) per Post und mittels ggfs. von mir beantragter Services (SMS oder E-Mail-Newsletter) sowie zu Zwecken der Marktforschung ausschließlich von der L. GmbH und den Partnerunternehmen gemäß Nummer 2 der beiliegenden Hinweise zum Datenschutz gespeichert und genutzt werden. [...]“

Hier ankreuzen, falls die Einwilligung nicht erteilt wird.“

Die entscheidende Frage bestand nun darin, ob in der durch die vorstehende Formulierung gewählte sog. „opt-out-Erklärung“ ein Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB liegt.

II. Kernaussagen**1. Vorliegen von AGB**

Zunächst stellt der 8. Senat fest, dass die beanstandete Klausel eine Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB ist. Dies hätte man insoweit in Zweifel ziehen können, als es sich bei der Bestimmung nicht um eine vertragliche Vereinbarung im engeren Sinne, sondern um eine

¹ <http://www.bundesgerichtshof.de/> (23.09.2008).

vorformulierte einseitige Erklärung handelt, die im gegebenen Fall wiederum die andere Partei abgibt. Mit Rücksicht auf ihren Schutzzweck sind die §§ 305 ff. BGB nach Auffassung des BGH aber auch auf eine vom Verwender vorformulierte einseitige Erklärung des anderen Teils anzuwenden, die im Zusammenhang mit dem Vertragsverhältnis steht.²

2. Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB

Ein Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB kommt nur in Betracht, soweit eine Rechtsvorschrift existiert, von der zu Lasten des Verbrauchers abgewichen werden kann. Eine solche enthält das UWG jedenfalls insoweit, als es darum geht, dass die Werbung nicht per Post, sondern mittels SMS oder E-Mail zugehen soll.

Nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 Var. 3 UWG stellt Werbung unter Verwendung elektronischer Post, insbesondere E-Mail und SMS, eine unzumutbare Belästigung dar, sofern keine Einwilligung des Adressaten vorliegt. Einwilligungsklauseln, die so gestaltet sind, dass der Kunde tätig werden und ein Kästchen ankreuzen muss, wenn er seine Einwilligung in die Zusendung von Werbung unter Verwendung von elektronischer Post nicht erteilen will („Opt-out“-Erklärung), sind von dieser Vorschrift nicht gedeckt. § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG verlangt vielmehr, dass die Einwilligung mittels einer gesonderten Erklärung erteilt wird („Opt-in“-Erklärung). Es bedarf einer ausdrücklichen Einwilligung des Verbrauchers.

Dem werden Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht gerecht, wenn die Einwilligung in Textpassagen enthalten ist, die auch andere Erklärungen oder Hinweise enthalten. Es fehlt bei derart vorformulierten Erklärungen an der geforderten spezifischen Einwilligungserklärung, wenn der Kunde weder ein bestimmtes Kästchen anzukreuzen hat noch sonst eine vergleichbar eindeutige Erklärung seiner Zustimmung abzugeben braucht. Eine solche Erklärung liegt insbesondere nicht allein schon in der Unterschrift, mit der der Kunde das auf Rabattgewährung gerichtete Vertragsangebot annimmt. Die geforderte spezifische Angabe verlangt vielmehr eine gesonderte Erklärung durch zusätzliche Unterschrift oder individuelles Markieren eines entsprechenden Feldes („Opt-in“-Erklärung).

Der Inhaltskontrolle hält die Klausel daher nicht stand. Soweit sie sich bei der Einwilligung in Werbung per E-Mail oder SMS auf eine „Opt-out“-Erklärung beschränkt, ist sie mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von denen sie abweicht, nicht zu vereinbaren und benachteiligt die Vertragspartner des Beklagten damit unangemessen, weil hierin die Einwilligung nicht mit der geforderten spezifischen Angabe, sich gerade auch auf eine Werbung per E-Mail oder SMS einlassen zu wollen, zum Ausdruck kommt (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB).

3. Übereinstimmung mit dem 1. Zivilsenat des BGH

Der 8. Zivilsenat hat sich erfolgreich bemüht, insofern eine übereinstimmende Würdigung mit der wettbewerbsrechtlichen

Rechtsprechung des 1. Zivilsenats zu erzielen³: „Dem steht die Rechtsprechung des für Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche aus dem Gesetz über den unlauteren Wettbewerb zuständigen 1. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs nicht entgegen, soweit dort zur belästigenden Werbung im Sinne von § 1 UWG a.F. bzw. nunmehr § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG ausgeführt ist, dass durch die Zusendung von E-Mails zu Werbezwecken eine Belästigung für den Empfänger entstehe, die dieser nicht hinzunehmen brauche, wenn er nicht ausdrücklich oder konkludent sein Einverständnis erklärt habe (Urteile vom 11. März 2004 - I ZR 81/01, GRUR 2004, 517, unter II 2 b aa - E-Mail-Werbung; vom 1. Juni 2006 - I ZR 167/03, GRUR 2007, 164, Tz. 8 - Telefax-Werbung II). Der 1. Zivilsenat hat auf Anfrage erklärt, dass dem von § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG geforderten bewussten Einverständnis („Opt-in“) auch nach seiner Auffassung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur durch eine ausdrückliche Erklärung Rechnung getragen werden könne und eine „Opt-out“-Klausel der hier zu beurteilenden Art von der gesetzlichen Regelung abweiche.

Mangels zureichender Einverständniserklärung würde es sich deshalb bei Werbung, die auf Grund der Klausel per SMS oder E-Mail versandt wird, um unverlangte Werbung handeln. Eine solche Werbung stellt nach § 7 Abs. 2 UWG eine unzumutbare Belästigung dar. Diese belästigende Wirkung geht nicht nur von einer Versendung von Werbe-E-Mails ohne Einwilligung des Empfängers aus („Spam“; vgl. Köhler in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 26. Aufl., § 7 Rn. 81). Der unverlangte Versand von Werbung mittels SMS greift ähnlich stark in die Privatsphäre des Adressaten ein (Koch in: Ullmann, jurisPK-UWG, Stand: 4. Oktober 2007, § 7 Rn. 284).“

4. Keine Gesamtnichtigkeit der Klausel

AGB-rechtlich beachtlich ist, dass der BGH vorliegend eine fein differenzierte Betrachtungsweise anstellt und die Klausel trotz ihrer äußerlichen Einheitlichkeit teilweise bestehen lässt.

Die Unangemessenheit des dargestellten Regelungsteils führt nach Auffassung des Senats nicht zur Unwirksamkeit der gesamten Klausel (§ 306 Abs. 1 BGB): „Lässt sich eine komplexe Formularbestimmung inhaltlich und nach ihrem Wortlaut aus sich heraus verständlich und sinnvoll in einen zulässigen und in einen unzulässigen Regelungsteil trennen, so ist die Aufrechterhaltung des zulässigen Teils nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs rechtlich unbedenklich (siehe nur Senatsurteil vom 25.3.1998 - VIII ZR 244/97, WM 1998, 1452 unter II 1 a cc m.w.N.). So ist es hier. Sprachlich und gegenständlich verbleibt nach Streichung des unwirksamen Regelungsteils „[...] mittels von mir beantragter Services (SMS oder E-Mail-Newsletter [...])“ ein aus sich heraus verständlicher, selbständiger Klauseltext, der die Einwilligung in Werbung per Post betrifft und – wie aufgezeigt – Gegenstand einer gesonderten Wirksamkeitsprüfung sein kann.“

² Rn. 18 des vorliegenden Urteils und BGH GRUR 2000, 818 = WRP 2000, 722, unter II 3 a (Telefonwerbung VI).

³ Rn. 33 f.

III. Würdigung

1. Unerbetene E-Mail-Werbung nervt! Ebenso wie bei der Inanspruchnahme eines Telefonanschlusses bricht der Werben- de in die Intimsphäre des Verbrauchers ein und zwingt ihn, hier oftmals mit unterdrückter Telefonnummer, zu einer Re- aktion, sei es auch nur, das Gespräch anzunehmen oder die eingegangene E-Mail zu löschen. Allein darin und unabhän- gig von dem transportierten Inhalt liegt eine unzumutbare Belästigung des Verbrauchers (§ 7 UWG). Daher ist dem BGH umfänglich zuzustimmen, dass der Empfänger derartige Mar- ketingmethoden nur ertragen muss, wenn er ihnen ausdrück- lich zustimmt und an diese Zustimmung hohe Anforderungen zu stellen sind. Es reicht weder aus, dass der Verbraucher einen Ausschluss nicht ankreuzt, noch, dass er einen Vertrag als sol- chen unterzeichnet. Es bedarf vielmehr der ausdrücklichen, se- paraten Einwilligung des Adressaten mit dem Empfang derar- tigen Werbung (§ 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG).

2. AGB-rechtlich führt das Urteil zwei Grundsätze ganz deutlich vor Augen. Ein Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB kommt nur in Betracht, wenn es eine entsprechende Vorschrift gibt, von der abgewichen werden kann. Mangelt es an einer solchen, wie vorliegend hinsichtlich der Anforderun- gen an eine Einwilligung des Empfängers betreffend die Werbung per Post, ist stets zu überprüfen, ob die infizierte Klausel nach Streichung des unwirksamen Teils einen über- lebensfähigen Stamm behält. Dies kann, wie vorliegend, so- gar der Fall sein, wenn die Klausel überwiegend unwirksam ist.

Privatdozent Dr. Markus Artz, Trier/Heidelberg/Bielefeld