

von **Nathalie Lengert**

Die Koppelung von Warenerwerb und Gewinnspiel: in einer Werbung gegenüber Kindern kann unlauter sein

Das OLG Köln entschied in seinem Urteil vom 21.09.2012, Az: 6 U 53/12, dass eine Verknüpfung von Warenerwerb und Gewinnspielteilnahme in einer Werbung gegenüber Kindern nicht generell unzulässig ist. Unlauterkeit könne aber dann vorliegen, wenn den Minderjährigen eine unrealistische Korrelation von Mehreinkauf und Gewinnchance vorgespiegelt wird, die sie zu einem Kauf über Bedarf anregt.

I. Zugrundeliegender Sachverhalt

Die Parteien sind führende deutsche Lakritz- und Fruchtgummivertreiber. Im Februar 2011 hatte die Beklagte einen Fernsehwerbespot veröffentlicht, in dem Thomas Gottschalk im Supermarkt eine Familie aus Vater, Mutter und zwei Kindern sowie eine Mutter mit zwei Kindern trifft und sie auf die Gewinnchance von einem von 100 Goldbärenbarren im Wert von 5.000 € beim Kauf von fünf Produktpackungen zum Preis von ca. je 1 € aufmerksam macht.

Streitig war die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit dieses Werbespots.

II. Rechtliche Grundlagen

Die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen finden sich im Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG).

§ 3 UWG legt als Generalklausel ein Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen fest:

"(1) Unlautere geschäftliche Handlungen sind unzulässig, wenn sie geeignet sind, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen.

*(2) Geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern sind jedenfalls dann unzulässig, wenn sie nicht der für den Unternehmer geltenden **fachlichen Sorgfalt** entsprechen und dazu geeignet sind, die Fähigkeit des Verbrauchers, sich auf Grund von Informationen zu entscheiden, spürbar zu beeinträchtigen und ihn damit zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Dabei ist auf den **durchschnittlichen Verbraucher** oder, wenn sich die geschäftliche Handlung an eine bestimmte Gruppe von Verbrauchern wendet, auf ein **durchschnittliches Mitglied dieser Gruppe** abzustellen. Auf die Sicht eines durchschnittlichen Mitglieds einer auf Grund von geistigen oder körperlichen Gebrechen, **Alter oder Leichtgläubigkeit** **besonders schutzbedürftigen** und eindeutig identifizierbaren Gruppe von Verbrauchern ist abzustellen, wenn für den Unternehmer vorhersehbar ist, dass seine geschäftliche Handlung nur diese Gruppe betrifft.*

(3) Die im Anhang dieses Gesetzes aufgeführten geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern sind stets unzulässig."

Nr. 28 des Anhangs erklärt die Aufforderung von Kindern zum Kauf der Ware für stets unzulässig: Unzulässige geschäftliche Handlungen im Sinne des § 3 Absatz 3 sind:

die in eine Werbung einbezogene **unmittelbare Aufforderung an Kinder, selbst die beworbene Ware zu erwerben oder die beworbene Dienstleistung in Anspruch zu nehmen oder ihre Eltern oder andere Erwachsene dazu zu veranlassen.**

In § 4 UWG finden sich Beispiele unlauterer geschäftlicher Handlungen.

Für Gewinnspiele ist § 4 Nr. 6 UWG relevant:

"Unlauter handelt insbesondere, wer die Teilnahme von Verbrauchern an einem*Preisausschreiben oder Gewinnspiel von dem Erwerb einer Ware oder der Inanspruchnahme einer Dienstleistung abhängig macht,* es sei denn, das Preisausschreiben oder Gewinnspiel ist naturgemäß mit der Ware oder der Dienstleistung verbunden".Diese nationale Vorschrift beinhaltet ihrem Wortlaut nach ein generelles Kopplungsverbot von Gewinnspiel und Warenerwerb. Die Gewinnspielteilnahme darf also grundsätzlich nicht vom Warenerwerb abhängig gemacht werden.

Die Teilnahme am Gewinnspiel ist von dem Erwerb der Ware abhängig, wenn eine rechtliche oder tatsächliche Verknüpfung zwischen der Teilnahme am Gewinnspiel und dem Absatz des Produkts besteht[% Urteil id="5892" text="(BGH, Urteil vom 03.03.2005, AZ: I ZR 117/02)" %].

*Der **EuGH** (Urteil vom 14.01.2010, Az: C 304/08) kam auf Vorlage des BGH zu dem Ergebnis, dass § 4 Nr. 6 UWG **"nicht den Anforderungen der Richtlinie 2005/29 entspricht."***

Ein solches generelles Verbot von Geschäftspraktiken, bei denen die Teilnahme von Verbrauchern an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel vom Erwerb einer Ware oder von der Inanspruchnahme einer Dienstleistung abhängig gemacht wird, **ohne Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls sei grundsätzlich unzulässig.**

§ 4 Nr. 6 UWG muss demzufolge im Rahmen einer richtlinienkonformen Auslegung dahingehend eingeschränkt werden, dass ein Kopplungsverbot von Gewinnspiel und Warenerwerb nur dann vorliegt, wenn sich im Einzelfall eine Unlauterkeit im Sinne der Richtlinie feststellen lässt.

III. Die Entscheidung

Zunächst stellte das OLH Köln fest, dass

"die Werbung mit dem von der Beklagten veranstalteten Gewinnspiel, an dem nur teilnehmen kann, wer zuvor Waren in einem bestimmten Umfang erworben hat, eine geschäftliche Handlung ist, da diese Maßnahme unmittelbar auf die Förderung des Absatzes der Beklagten zielt."

Die Entscheidung enthielt zudem drei grundlegende Aussagen.

1. Unzulässige unmittelbare Aufforderung zu Kauf von Waren nicht schon bei zeigen von Kindern in der Werbung, die ihre Eltern zum Kauf auffordern

"Für eine unmittelbare Aufforderung (i.S.d. Nr. 28 des Anhangs) genügt es nicht, dass Kinder in der Werbung gezeigt werden, die sich das Produkt kaufen oder die ihre Eltern zu einem Kauf auffordern. Eine so weite Auslegung der Fallbeispiele des Anhangs, die Per-se-Verbote ohne Wertungsmöglichkeit darstellen, würde in nicht gerechtfertigter Weise nahezu jede Werbung verhindern, die Kinder einbezieht."

2. Strengere Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 S. 3 UWG schon, wenn sich Werbung in vorhersehbarer Weise an bestimmte Verbrauchergruppe richtet

Nach Ansicht des OLG sei der strengere Maßstab des § 3 Abs. 2 S. 3 UWG anzuwenden, d.h.

"auf ein durchschnittliches Mitglied einer schutzwürdigen Verbrauchergruppe bereits dann abzustellen, wenn die Werbung aufgrund objektiver Kriterien erkennbar dazu bestimmt ist, auch Kinder und Jugendliche zu erreichen. Zwar mag der Wortlaut der nationalen Regelung in § 3 Abs. 2 S. 3 UWG (dort heißt es "nur... betrifft" und nicht wie in der Richtlinie "nur... beeinflussen") ein Verständnis dahingehend nahe legen, dass von der Werbung ausschließlich Kinder und Jugendliche angesprochen werden müssen. Ein so enges Verständnis ist jedoch weder mit dem Sinn und Zweck der Norm vereinbar, noch entspricht es einer richtlinienkonformen Auslegung.

§ 3 Abs. 2 S. 3 UWG ist in Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 UGP-Richtlinie ergangen. [...] Gestützt wird diese Auslegung durch den Gedanken des Verbraucherschutzes, der nur dann effektiv erreicht werden kann, wenn ein strengerer Maßstab bereits in den Fällen gilt, in denen sich die Geschäftspraktik zwar an mehrere verschiedene Verbrauchergruppen wendet, eine von ihnen jedoch besonders schutzbedürftig ist."

Im Streitfall habe die Werbung erkennbar auf die gesamte Familie und somit auch auf Kinder und Jugendliche abgezielt.

3. Koppelung von Warenerwerb und Gewinnspiel auch in Werbung gegenüber Kindern nicht generell unlauter

Das OLG betont nochmals, dass die Kopplung von Gewinnspielen an ein Umsatzgeschäft nicht generell als unlauter gilt, sondern eine Einzelfallprüfung vorzunehmen ist.

"Ausgangspunkt der Überlegungen ist die Erkenntnis, dass Minderjährige häufig nicht in der Lage sind, Warenangebote ausreichend kritisch zu beurteilen, und dass sie aufgrund ihrer geringeren Lebenserfahrung den Risiken und Verlockungen der Werbung eher unterliegen als Erwachsene (BGH GRUR 2006, 776, 777 - Werbung für Klingeltöne).[...]

Unter Anlegung dieser Maßstäbe ist der streitgegenständliche Werbespot als unlauter zu beurteilen, weil er in seiner konkreten Ausgestaltung geeignet ist, Kinder und Jugendliche in übertriebener Weise anzulocken, so dass die Rationalität ihrer Kaufentscheidung völlig in den Hintergrund tritt.[...], weil eine Verbindung zwischen der Menge des Wareneinkaufs und der damit zusammenhängenden Gewinnchancen nahegelegt wird, die in der suggerierten Form nicht besteht."

Es stelle doch

"einen Verstoß gegen die fachliche Sorgfalt dar, wenn sie - wie hier - verschleiert wird durch die Szene, in der der kleine blonde Junge sagt: "Aber Thomas, wir haben aber viel größere Gewinnchancen" und Thomas Gottschalk dies bestätigt mit "Da hat er Recht". Durch die Mutter, die im Anschluss an den Dialog den Einkaufswagen mit Produkten der Beklagten voll lädt, wird diese Aussage ein weiteres Mal mit Bildern unterstrichen. Ein durchschnittlicher Minderjähriger wird nunmehr eine Korrelation zwischen Mehreinkauf und Gewinnchance annehmen, die der Realität nicht entspricht. Berücksichtigt man schließlich, dass Kinder und Jugendliche die gewünschte Erhöhung der Gewinnchancen durch den Einsatz von jeweils 5 € und damit durch Einsatz ihres Taschengeldes zu realisieren in der Lage sind, besteht die Gefahr, dass sie zu einem Kauf über Bedarf veranlasst werden. Somit ist Werbung auch geeignet, das wirtschaftliche Verhalten eines durchschnittlichen Minderjährigen wesentlich zu beeinflussen."

Fazit

Zwar bringt die richtlinienkonforme Auslegung des § 4 Nr. 6 UWG eine Lockerung im Vergleich zum vorher geltenden generellen Verbot der Verknüpfung von Teilnahme am Gewinnspiel und Erwerb von Ware, allerdings darf dies nicht als generelle Zulässigkeit solcher Geschäftspraktiken gewertet werden. Es muss jeweils eine Einzelfallentscheidung getroffen werden.

Sobald sich die Werbung erkennbar auch an Kinder und Jugendliche wendet, ist bei der Beurteilung der Wettbewerbswidrigkeit ein strengerer Maßstab anzulegen.

Deshalb ist beim Entwerfen solcher Gewinnspiele größte Vorsicht geboten und das Einholen von Rechtsrat sehr empfehlenswert.

Autor:

Nathalie Lengert

(jur. Mitarbeiterin der IT-Recht Kanzlei)