

Herausgeber

Prof. Dr. Helmut Köhler

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Wolfgang Büscher

Prof. Dr. Franz Hacker

Dr. Gangolf Hess

Prof. Dr. Stefan Leible

Dr. Reiner Münker

In Zusammenarbeit mit der
Zentrale zur Bekämpfung
unlauteren Wettbewerbs
Frankfurt am Main e.V.

dfv' Mediengruppe
Frankfurt am Main

Editorial: Dr. Sascha Vander

Neuer Anlauf für eine Bestätigungslösung bei telefonischen Vertragsschlüssen

1163 Prof. Dr. Otto Teplitzky

Neuer Rechtsschutz gegen die Verletzung von Verfahrensgrundrechten beim Erlass einstweiliger Verfügungen

1168 Prof. Dr. Walter F. Lindacher

Prozessführung durch Verbände unter Kostendeckungszusage

1170 Prof. Dr. Jochen Glöckner, LL.M.

Der Betrieb von Verkaufsplattformen im Internet als Dreipersonenverhältnis

1180 Lars Meinhardt

Die einstweilige Verfügung im Kennzeichenrecht in der gerichtlichen Praxis

1188 Thomas Köbrich und Dr. Oliver Froitzheim, LL.M.

Lass uns quatschen – Werbliche Kommunikation mit Chatbots

1193 Juan Moreno Marín u. a./Abadía Retuerta SA

EuGH, Urteil vom 06.07.2017 – C-139/16

1195 Online Games Handels GmbH u. a./Landespolizeidirektion Oberösterreich

EuGH, Urteil vom 14.06.2017 – C-685/15

1199 Keine Umgehung eines Schockwerbungsverbots durch einen RA durch UG-Gründung

BGH, Urteil vom 03.07.2017 – AnwZ (Brfg) 45/15

1208 Sekundäre Darlegungslast bei unberechtigter Schutzrechtsverwarnung

BGH, Beschluss vom 20.06.2017 – VI ZR 505/16

1209 Dorzo

BGH, Beschluss vom 11.05.2017 – I ZB 6/16

1213 Reformistischer Aufbruch

BGH, Beschluss vom 27.07.2017 – I ZR 228/15

1221 Kommentar von Dr. Nils Rauer

1222 Sekundäre Darlegungs- und Beweislast des Anschlussinhabers

BGH, Urteil vom 27.07.2017 – I ZR 68/16

1236 Zur Kennzeichnung von Werbung in sozialen Medien wie Instagram

OLG Celle, Urteil vom 08.06.2017 – 13 U 53/17

- 63 Letztendlich sollte dem Antragsteller bewusst sein, welchen Grundgedanken ein verantwortungsbewusstes Gericht im Verfügungsverfahren verfolgt: Eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung sollte stets erst nach sorgfältiger Prüfung und un-

ter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen ergehen. Sie sollte etwaige Einwendungen des Gegners antizipieren und daher aller Voraussicht nach, jedoch ohne unbeirrbar stur zu sein, einen etwaigen Widerspruch überstehen können.

RA Thomas Köbrich, Bonn und Dr. Oliver Froitzheim, LL.M. (Canterbury), Köln*

Lass uns quatschen – Werbliche Kommunikation mit Chatbots**

INHALT

- I. Funktionsweise von Chatbots
- II. Einsatzmöglichkeiten von Chatbots im werblichen Kontext
- III. Rechtliche Fragestellungen im Wettbewerbsrecht
 1. Unzumutbare Belästigung durch den Einsatz von Chatbots
 2. Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit durch Chatbots
 3. Nichtkenntlichmachen einer geschäftlichen Handlung zu kommerziellen Zwecken
- IV. Allgemeines, Verbraucherschutz
 1. Rechtsgeschäftliches Handeln
 2. Auslegung und Anfechtung
 3. Verbraucherschutz
- V. Fazit

- 1 Während Bots in der breiten Öffentlichkeit bisher als meinungsbeeinflussende Computerprogramme wahrgenommen werden, haben viele Unternehmen bereits erste Projekte gestartet, um Chatbots als Werbeinstrumente zu etablieren. Dieser Beitrag beleuchtet ausgewählte Rechtsprobleme, die auf dem Weg von der Akquise durch einen Chatbot hin zum Vertragsschluss mit einem Chatbot entstehen können. Etwaige datenschutzrechtliche Probleme sind nicht Gegenstand dieses Beitrags.

I. Funktionsweise von Chatbots

- 2 Chatbots simulieren ein Gespräch mit einem oder mehreren Menschen. Dieses Gespräch kann entweder privat (etwa über einen Messenger wie Whatsapp, in einem bestimmten Chatraum etc., im Folgenden: „Instant Chat“) oder öffentlich (etwa über Twitter oder Facebook, im Folgenden: „Social Chat“) erfolgen. Letztere Einsatzmöglichkeit wird vor allem unter dem Begriff „Socialbots“¹⁾ diskutiert. Gemein ist beiden Einsatzmöglichkeiten, dass eine entweder private oder öffentliche Unterhaltung mit einem Menschen simuliert wird.
- 3 Die Antworten des Chatbots sind meist durch eine einfache Baumstruktur vorgegeben.²⁾ So versucht er, den Beitrag des Men-

schen zu verstehen, und sucht z. B. nach bestimmten Schlüsselwörtern. Wenn diese enthalten sind, wird ein bestimmter Abzweig der Baumstruktur genommen. Sind sie nicht enthalten, nimmt er einen anderen Abzweig. Je nach Länge des Gesprächs verästelt sich die Konversation immer weiter. Sind die vorgegebenen Abzweige erschöpft oder unpassend, fällt der Chatbot regelmäßig auf eine frühere Ebene der Konversation zurück. Diese Technik hat den Nachteil, dass die Entwickler den möglichen Verlauf des Gesprächs vorhersehen und mit der Baumstruktur abbilden müssen. Zu erwartende Fortschritte bei der Entwicklung von künstlicher Intelligenz (im Folgenden: KI) werden jedoch sehr wahrscheinlich komplexere und lernfähige Chatbots in Zukunft ermöglichen.³⁾ Mit der DeepText-Engine hat Facebook bereits erste Schritte unternommen, Aussagen zu analysieren und die dahinterstehenden Intentionen zu ermitteln, um automatisiert, z. B. mit einem Chatbot, hierauf zu reagieren.⁴⁾

Mehrere Personen können an einem Chatbot beteiligt sein. So gibt es zunächst den Entwickler des Chatbots. Ferner gibt es den Betreiber des Chatbots, der die Software mit Inhalten füllt und einsetzt. Teilweise angedacht, aber abzulehnen ist die Figur einer „elektronischen Person“ für sich autonom weiterentwickelnde Systeme. Selbst wenn der Chatbot eine KI hat, führt dies nicht zu einer eigenen Rechtsfähigkeit.⁵⁾

II. Einsatzmöglichkeiten von Chatbots im werblichen Kontext

Es zeichnet sich bereits ab, dass Chatbots das Potential haben, die Kommunikationsbeziehungen zwischen Unternehmen und Kunden neu zu denken. Laut BITKOM kann sich bereits jeder vierte Bundesbürger vorstellen, Chatbots zu nutzen.⁶⁾ Die Gründe hierfür liegen auf der Hand. Chatbots sind rund um die Uhr für den Kunden über die üblichen Messenger-Dienste erreichbar. Sie können den Interessenten von der Vertragsanbahnung bis zur Kaufentscheidung über eine direkte, persönliche Kommunikation betreuen und sind dabei gleichbleibend freundlich.

Bislang werden Chatbots aufgrund ihrer hohen Fehlerquote in der Kommunikation nur im Rahmen von Pilotprojekten einge-

* Thomas Köbrich ist Syndikusrechtsanwalt. Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. 1289.

** Der Beitrag basiert auf dem gleichnamigen Vortrag der Autoren bei der 18. DSRI-Herbstakademie 2017 am 07.09.2017 und ist in der Ursprungsfassung im dortigen Tagungsband, herausgegeben von Prof. Dr. Jürgen Taeger, erstveröffentlicht.

1) Milker, ZUM 2017, 216 ff., der vor allem die Beeinflussung der öffentlichen politischen Meinung durch diese Bots untersucht.
2) Jia, Mensch-Computer-Kommunikation mit natürlicher Sprache in computerunterstützten Lehr- und Lernsystemen: Probleme und Lösungen, 2004, S. 120.

3) Der Twitter-Bot „Tay“ von Microsoft sollte im Rahmen eines Pilotprojekts durch Interaktion und Kommunikation mit den Nutzern dazu lernen. Bereits nach wenigen Stunden wurde das Projekt abgebrochen, da der Bot überwiegend verächtliche Texte und Bilder postete.

4) <https://code.facebook.com/posts/181565595577955/introducing-deeptextfacebook-text-understanding-engine/>.

5) Ähnlich Schaub, JZ 2017, 342, 345 f., die zu bedenken gibt, dass bei einer solchen „elektronischen Person“ keine Haftungsmasse vorhanden wäre. Etwaige Ansprüche gegen diese „elektronische Person“ auf Zahlung von Geld wären nicht vollstreckbar; Dienst/Falke, in: Bräutigam/Rücker (Hrsg.): E-Commerce – Rechtshandbuch, 2007, 14. Teil, B, Rn. 29; Cornelius, MMR 2002, 353, 354; kritisch Schirmer, JZ 2016, 660, der eine Rechtsfähigkeit „Schritt-für-Schritt“ propagiert.

6) <https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/Jeder-Vierte-will-Chatbots-nutzen.html>.

Köbrich/Froitzheim, Lass uns quatschen – Werbliche Kommunikation mit Chatbots

setzt. Gleichwohl wird ihnen von vielen Unternehmen bereits Beachtung geschenkt. So betreibt die Adam Opel GmbH auf Facebook den Probefahrt-Assistenten „Chad“.⁷⁾ Mit „Chad“ ist es möglich, zu jeder Tages- und Nachtzeit eine örtliche Probefahrt mit einem aktuellen Opel-Modell zu vereinbaren und den Interessenten unkompliziert an das Produkt heranzuführen.

- 7 Auch in der Tourismusbranche finden erste Bemühungen statt, Chatbots zu persönlichen Reiseberatern werden zu lassen. Auf Anfrage des Interessenten erarbeitet der Chatbot durch gezielte Rückfragen Vorschläge für potentielle Reiseziele.⁸⁾ Zalando entwickelt in Kooperation mit dem Unternehmen Chatshopper ebenfalls den Chatbot „Emma“, der Kunden bereits beim Kleidungskauf berät.⁹⁾ Neben der schlichten Kundengewinnung sind aber auch noch andere Szenarien für den Einsatz von Chatbots denkbar. So lassen sich Chatbots auch für die klassische Bestandskundenpflege einsetzen, indem Feedback erfragt oder relevante Dienstleistungs- und Produktinformationen an den Interessenten herangetragen werden.
- 8 Nachfolgend sollen die rechtlichen Implikationen untersucht werden, die mit dem Einsatz von Chatbots im werblichen Kontext einhergehen. Dabei sollen zunächst unter Ziffer III. die wettbewerbsrechtlichen Problemkreise erläutert werden, um sodann unter Ziffer IV. die Probleme im Zuge des allgemeinen Vertragsrechts zu beleuchten.

III. Rechtliche Fragestellungen im Wettbewerbsrecht

1. Unzumutbare Belästigung durch den Einsatz von Chatbots

- 9 Im Wettbewerbsrecht wartet der Einsatz von Chatbots mit einigen rechtlichen Stolpersteinen auf. Dabei zeichnet sich ab, dass § 7 UWG die zentrale Norm bildet, an der sich der Einsatz von Chatbots messen lassen muss. Zwar ist der Tatbestand des § 7 UWG auf die Fälle von Telefon- und E-Mail-Marketing zugeschnitten, auf diese Formen jedoch nicht beschränkt. Vielmehr erfasst § 7 UWG als „kleine Generalklausel“ im Grundsatz jede geschäftliche Handlung, durch die ein Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt wird.¹⁰⁾ § 7 Abs. 2 UWG hingegen normiert – unionsrechtlich beeinflusst – die relevanten medien-spezifischen Fallgruppen, mit denen in jedem Fall eine unzumutbare Belästigung verbunden ist. Hiervon könnte die Kommunikation mit einem Interessenten durch einen Chatbot schon erfasst sein. Nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG stellt jede Werbung per elektronischer Post eine unzumutbare Belästigung dar, sofern eine vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten nicht vorliegt. Als „elektronische Post“ wird dabei gem. Art. 2 S. 2 lit. h DatenschutzRL 2002/58/EG jede über ein öffentliches Kommunikationsnetz verschickte Text-, Sprach-, Ton- oder Bildnachricht angesehen, die im Netz oder im Endgerät des Empfängers gespeichert werden kann, bis sie von diesem abgerufen wird. Dies ist auch beim Einsatz von Chatbots der Fall, die dem Betreiber als Sprachrohr gegenüber dem Interessenten dienen und ihrem Algorithmus folgend Text- und/oder Bildnachrichten versenden.
- 10 Gleichwohl untersagt § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG damit nicht jede Kommunikation durch einen Chatbot, sondern nur die werbliche Kommunikation, d. h. jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen

zu fördern. Diese Definition – die auf Art. 2 lit. a WerbeRL 2006/114/EG basiert – wird von der deutschen Rechtsprechung weit ausgelegt und erfasst in letzter Konsequenz jede Text- und Bildnachricht, die mittel- oder unmittelbar der Absatzförderung dient.¹¹⁾ Dies gilt unabhängig von der konkreten Form, so dass auch neue Formen der Werbung durch § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG erfasst werden.¹²⁾ Tritt demnach ein Chatbot unaufgefordert an den Interessenten heran, ist regelmäßig davon auszugehen, dass dies zumindest mittelbar der Absatzförderung des einsetzenden Unternehmens dient. Dies könnte – abhängig vom einprogrammierten Chatverlauf und den damit verfolgten Absichten – selbst bei einem unverfänglichen „Hallo“ bereits der Fall sein.

Das betreibende Unternehmen benötigt dementsprechend für die rechtssichere direkte Ansprache des Kunden durch den Chatbot seine vorherige ausdrückliche Einwilligung. Eine konkludente oder mutmaßliche Einwilligung, die sich aus den Umständen ergibt, reicht nicht aus.¹³⁾ Vielmehr muss die Einwilligung entsprechend den unionsrechtlichen Vorgaben ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgen, mit der der Kunde akzeptiert, dass seine personenbezogenen Daten zur werblichen Ansprache per Chatbot verwendet werden.¹⁴⁾ Im Streitfall muss der Werbende darlegen und beweisen, dass er sich zum Zeitpunkt der Ansprache durch einen Chatbot auf eine rechtswirksame Einwilligung stützen konnte. Dabei kann – trotz kritischer Rechtsprechung¹⁵⁾ – auf das in der Praxis bereits im E-Mail-Marketing erprobte Double-Opt-In-Verfahren verwiesen werden, bei dem der Kunde einen Bestätigungslink zugesandt bekommt, den er zunächst aktivieren muss, bevor er durch das Unternehmen angeschrieben werden kann.¹⁶⁾ Zudem muss das einsetzende Unternehmen berücksichtigen, dass eine Einwilligung auch an Aktualität einbüßen kann und die einmal erteilte Einwilligung dadurch erlöschen kann.¹⁷⁾ Auch sollte ein Blick auf die Facebook-Plattform-Richtlinien zum Facebook-Messenger geworfen werden, die die werbliche Kontaktaufnahme auf 24 Stunden nach der auslösenden Handlung – z. B. Klicken des „Call to Action“-Button durch den Interessenten begrenzen.¹⁸⁾

Von einer Einwilligung kann jedoch abgesehen werden, wenn die Voraussetzungen des § 7 Abs. 3 UWG kumulativ vorliegen. Privilegiert wird mit dieser Regelung derjenige, der im Rahmen bestehender Kundenbeziehungen für den Absatz ähnlicher Produkte und Dienstleistungen wirbt, ohne die Einwilligung des Kunden eingeholt zu haben. Einen Widerspruch des Kunden – auf den der Unternehmer hinzuweisen hat – ist jedoch als wirksames Opt-Out zwingend zu beachten.¹⁹⁾ Als Ausnahmevorschrift wird § 7 Abs. 3 UWG von der deutschen Rechtsprechung und Literatur sehr eng ausgelegt.²⁰⁾

7) <https://www.facebook.com/OpelProbefahrt/>.

8) <https://www.skyscanner.net/news/tools/skyscanner-facebook-messenger-bot/>.

9) <https://www.facebook.com/chatshopper/>.

10) Ohly, in: Ohly/Sosnitza, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 7. Aufl. 2016, § 7 UWG, Rn. 4.

11) Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Hrsg.), Kommentar zum UWG, 35. Aufl. 2017, § 7 UWG, Rn. 129-129a; BGH, 14.01.2016 – I ZR 65/14, WRP 2016, 958 – Freunde finden.

12) Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 11), § 7 UWG, Rn. 129-129a; BGH, 14.01.2016 – I ZR 65/14, WRP 2016, 958 – Freunde finden.

13) Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 11), § 7 UWG, Rn. 185.

14) Vgl. Art. 2 lit. h Richtlinie 95/46/EG vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr.

15) OLG München, 27.09.2012 – 29 U 1682/12, WRP 2013, 111.

16) BGH, 10.02.2011 – I ZR 164/09, WRP 2011, 1153 – Double-opt-in-Verfahren.

17) LG Berlin, 02.07.2004 – 15 O 653/03, NJW-RR 2004, 1631; LG Berlin, 09.12.2011 – 15 O 343/11, WRP 2012, 610; LG München, 08.04.2010 – 17 HK O 138/10, IRTB 2012, 12; AG Bonn, 10.05.2016 – 104 C 227/15, MMR 2017, 61.

18) <https://developers.facebook.com/docs/messenger-platform/policy-overview>.

19) Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 11), § 7 UWG, Rn. 202; LG Hamburg, 22.07.2016 – 315 O 74/15, GRUR-RR 2017, 118.

20) Schirmbacher/Schätzle, WRP 2014, 1143, 1148; Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 11), § 7 UWG, Rn. 202; OLG Jena, 21.04.2010 – 2 U 88/10, MMR 2011, 101; KG, 18.03.2011 – 5 W 59/11, K&R 2011, 605.

2. Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit durch Chatbots

- 13 Dem Schutzzweck von § 4a UWG folgend, muss der Betreiber des Chatbots zudem sicherstellen, dass im Rahmen der Kommunikation die geschäftliche Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers gewahrt bleibt.²¹⁾ Aggressive geschäftliche Handlungen, die gem. § 4a Abs. 1 S. 2 UWG geeignet sind, die Entscheidungsfreiheit durch Belästigung (Nr. 1), Nötigung (Nr. 2) oder unzulässige Beeinflussung (Nr. 3) erheblich zu beeinträchtigen, sind zu unterlassen.
- 14 Die Fallgruppen der Rechtsprechung zu § 4 Nr. 2 UWG a.F. bilden dabei den Rahmen und werden nach der letzten Änderung des UWG entweder unter dem Tatbestand der Nötigung oder der unzulässigen Beeinflussung verortet.²²⁾ Besonders hervorzuheben sind dabei die Szenarien, in denen Chatbots auf den Umworbene einen psychischen oder moralischen Kaufzwang ausüben und damit seine strukturelle Machtposition ausnutzen. Gerade im Online-Bereich werden Daten des Interessenten aus verschiedenen Kanälen in Data Warehouses zusammengetragen, die für ein strukturelles Informationsgefälle und somit für eine Machtposition sorgen können. Chatbots auf Basis des Facebook-Messengers erlauben bereits schon jetzt Profildaten auszuwerten, um Interessen und Präferenzen des Umworbene bei der Ansprache zu berücksichtigen.²³⁾
- 15 Gleichwohl steht die Frage im Raum, ob Interessenten hierdurch bereits unlauter beeinflusst oder genötigt werden. Anders als in den von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen zum psychischen oder moralischen Kaufzwang innerhalb eines Ladenlokals ist es dem Umworbene möglich, die Konversation mit einem Klick abzubrechen und sich aus der Situation zu „befreien“. Gemeinsam ist beiden Situationen hingegen, dass anders als beim üblichen Online-Shopping (zumindest bei künftigen Generationen) eine Art persönlicher Kontakt hergestellt wird, aufgrund dessen der Umworbene leichter in eine psychische Situation geraten kann, in der er es als unangenehm empfindet, nichts zu kaufen. Zwar wurde bislang die Annahme eines psychischen Zwangs verneint, wenn kein persönlicher Kontakt zwischen dem Werbenden und der umworbene Person besteht, da der Umworbene letztlich nicht aus der Anonymität hervortritt und keinem moralischen Rechtfertigungszwang unterliegt.²⁴⁾ Die Kommunikation mit Chatbots erfolgt – sowohl im Instant als auch im Social Chat – aber nicht anonym, so dass eine Gemengelage von nicht geringwertigen Zuwendungen (z. B. Gutscheinen oder Rabattierungen), personengerechter Kommunikation und maßgeschneiderten Angeboten durchaus zu psychischen Zwangssituationen führen kann. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Frequenz der Ansprachen sehr hoch ist, im Rahmen der Kommunikation deutlich zum Ausdruck kommt, dass sich der Verbraucher undankbar verhält, wenn er keine Bestellung aufgibt, oder besonders schutzbedürftige Verbraucher zielgerichtet angesprochen werden. Dabei ist sicher auch zu beachten, dass der Betroffene mit der gesetzlichen Zusicherung des Widerrufsrechts gem. § 312g BGB einen zusätzlichen Schutz erfährt. Dieser Schutz ist jedoch löchrig, wie die umfangreichen Ausnahmen nach § 312g Abs. 2 BGB bildhaft aufzeigen.

21) Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 11), § 4a UWG, Rn. 1.2.

22) Unter den Tatbestand der Nötigung fassend: Ohly, in: Ohly/Sosnitzka (Fn. 10), § 4a UWG, Rn. 14; unter den Tatbestand der unzulässigen Beeinflussung fassend: Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 11), § 4a UWG, Rn. 1.55 ff.; Götting, in: Götting/Nordemann, Nomos Handkommentar UWG, 3. Aufl. 2016, § 4a UWG, Rn. 12 ff.

23) <https://developers.facebook.com/docs/messenger-platform/user-profile>.

24) Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 11), § 4a UWG, Rn. 1.80.

3. Nichtkenntlichmachen einer geschäftlichen Handlung zu kommerziellen Zwecken

16 Letztlich werden auch die Vorgaben des § 5a Abs. 6 UWG zu beachten sein. Danach handelt derjenige unlauter, der den kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung nicht kenntlich macht, sofern sich dieser nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt, und das Nichtkenntlichmachen geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Verboten ist damit schlicht die Täuschung über das Vorliegen von Werbung. Der Verbraucher soll davor geschützt werden, eine werbliche Aussage für eine neutrale und objektive Information eines Dritten zu halten und ihr damit eine größere Bedeutung und Beachtung zu schenken.²⁵⁾ Um dies zu gewährleisten gilt ungeachtet des verwendeten Mediums der strenge Grundsatz der Trennung von Werbung und redaktionellem Text.²⁶⁾

17 Die Betreiber von Chatbots haben diesen Grundsatz daher ebenfalls zu beachten. Der durchschnittlich informierte, situationsadäquat aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher muss erkennen können, dass es sich unter Zugrundelegung der Beschränkungen des verwendeten Kommunikationsmittels um Werbung handelt. Sofern der Interessent Kontakt mit dem Chatbot aufnimmt, empfiehlt sich daher bereits im Profil oder der zugrundeliegenden Facebook-Fanpage eine Bezeichnung als „Fiktiver Charakter“ oder schlichtweg als „Chatbot“ mit einer kurzen Beschreibung der Zwecke. Nur so kann der Verbraucher die Aussagen der im Übrigen sehr persönlich gestalteten Chatbots richtig einordnen. Umgekehrt, wenn der Chatbot den Interessenten kontaktiert, wird er in einem der ersten Schritte darauf hinweisen müssen, dass er ein Chatbot ist und welche Zwecke er verfolgt.

18 Im Rahmen der Werbung in sozialen Netzwerken wurde in der Literatur bereits herausgearbeitet, dass die Einrichtung von Fake-Accounts zur positiven Bewertung von Produkten oder Dienstleistungen unzulässig ist.²⁷⁾ Ausgehend hiervon sind auch die massenhaften automatisierten Bewertungen von Produkten und Dienstleistungen oder Kommentierungen von positiven Bewertungen von Chatbots als unzulässig anzusehen, sofern eine entsprechende Kennzeichnung unterbleibt.

IV. Allgemeines, Verbraucherschutz

1. Rechtsgeschäftliches Handeln

19 Ein rechtsgeschäftliches Handeln eines Chatbots wie die Abgabe einer Willenserklärung (teilweise „Computererklärung“²⁸⁾ genannt) muss einer natürlichen oder juristischen Person zuzurechnen sein.²⁹⁾ Hier handelt es sich regelmäßig um eine Willenserklärung des Betreibers³⁰⁾ und es kann eine Analogie zu Warenautomaten gezogen werden.³¹⁾ Auch wenn man diese als technisch weit weniger kompliziert ansehen muss, bestehen

25) Sosnitzka, in: Ohly/Sosnitzka (Fn. 10), § 5a UWG, Rn. 99.

26) Hasselblatt, in: Götting/Nordemann (Fn. 22), § 5a UWG, Rn. 202.

27) Lichtnecker, GRUR 2013, 135, 139.

28) Dienst/Falke, in: Bräutigam/Rücker (Fn. 5), 14. Teil, B, Rn. 15; Cornelius, MMR 2002, 353, 353.

29) Dies bezweifelt allerdings Schirmer, JZ 2016, 660, 663. Dieser erkennt zwar, dass schon früher technische Neuerungen wie die Einführung der Lokomotive dazu führten, dass Juristen dieser technischen Neuerung eine Rechtspersönlichkeit zusprechen wollten (S. 660 f.). Jedoch will er etwas Ähnliches für Roboter erreichen. Er verkennt dabei, dass, auch wenn Roboter und Computer bestimmte Verhaltensweisen von Lebewesen nachahmen können, sie kein Bewusstsein haben, das an das menschliche heranreicht.

30) Vgl. BGH, 16.10.2012 – XZR 37/12, MMR 2013, 296, 297: „Nicht das Computersystem, sondern die Person (oder das Unternehmen), die es als Kommunikationsmittel nutzt, gibt die Erklärung ab oder ist Empfänger der abgegebenen Erklärung.“

31) Justizministerkonferenz, „Digitaler Neustart“ – Bericht vom 15.05.2017, S. 102.

prinzipielle Übereinstimmungen: Chatbot und Warenautomat arbeiten nach vorgegebenen Mustern. Diese Muster geschaffen hat in beiden Fällen im Grundsatz der Hersteller bzw. Entwickler. Der Warenautomatenaufsteller füllt diese Muster mit Inhalt (z. B. dem gewünschten Preis pro Produkt). Sodann interagiert der Automat mit Menschen: Er prüft deren Eingaben (z. B. Produktwahl, Einwerfen von Geld etc.) und führt dementsprechend etwas aus. Ähnliches macht der Chatbot, wenn er für Vertragsabschlüsse eingesetzt wird. Dagegen spricht auch nicht, dass bei Warenautomaten fertige Willenserklärungen „auf Vorrat“ gespeichert sind und dass dies bei Chatbots nicht so ist.³²⁾ Denn auch bei einem Computerprogramm beruhen die Ergebnisse auf dem Willen des Verwenders.³³⁾ Auch spricht gegen diesen Vergleich kein mögliches Lernen und damit unvorhergesehenes Verhalten des Chatbots.³⁴⁾ Selbst wenn dies zu nicht mehr im Einzelfall konkret vorgegebenen Ergebnissen führen sollte, sind dem Chatbot zwangsläufig Grenzen gesetzt. Er kann nur in dem Rahmen Willenserklärungen abgeben, die ihm durch den Betreiber gesetzt worden sind.³⁵⁾ Der Chatbot ist auch nur in der Lage, in der Art und Weise zu lernen, wie dies der Betreiber vorgibt. Unterlässt der Betreiber das Setzen eines Handlungsrahmens, ist auch dies dem Betreiber zuzurechnen und führt nicht zu einem anderen Ergebnis. Ein Warenautomat, der nach dem Zufallsprinzip eine beliebige Anzahl von Wareneinheiten ausgibt, ist dennoch ein Warenautomat. Damit ist auch die vom Chatbot angezeigte Willenserklärung eine Willenserklärung des Betreibers.³⁶⁾ Selbst wenn man diesen Lösungsweg ablehnt und einen autonomen Einfluss des Chatbots auf den Inhalt der Willenserklärung bejaht, wäre die Willenserklärung über die Grundsätze der sog. Blanketterklärung dem Betreiber zuzurechnen.³⁷⁾

20 Diese Willenserklärung des Betreibers wird auch direkt vom Betreiber und nicht vom Chatbot gegenüber dem Vertragspartner abgegeben. Denn der Chatbot ist weder Vertreter noch Bote. Da der Chatbot keine Geschäftsfähigkeit besitzt, kann er im Umkehrschluss aus § 165 BGB kein Vertreter des Betreibers sein.³⁸⁾ Er ist allerdings auch kein Bote.³⁹⁾ Dies scheitert nicht daran, dass der Chatbot ggf. auf den Inhalt der Erklärung Einfluss hat und deswegen kein bloßer Bote sein könne.⁴⁰⁾ Denn dieser „Einfluss“ ist bereits durch den Betreiber fest vorgegeben. Vielmehr ist der Chatbot selbst nur das Medium, mit der die Erklärung des Betreibers abgegeben wird.⁴¹⁾

2. Auslegung und Anfechtung

21 Dasjenige, was ein Chatbot an den oder die Empfänger schreibt, unterliegt der Auslegung. Zu fragen ist, ob es hierbei spezielle Regeln zu beachten gibt. Grundsätzlich richtet sich die Ausle-

gung nach §§ 133, 157 BGB mit der Maßgabe, dass der Erklärende der Betreiber ist.⁴²⁾

Interessant ist die Auslegung vor allem bei Fehlfunktionen des Chatbots. Ist dem Nutzer bewusst, dass eine Fehlfunktion vorliegt und der Betreiber des Chatbots solche Erklärungen erkennbar nicht abgeben will, ist dies bei der Auslegung zu berücksichtigen. Nach dem objektiven Empfängerhorizont hat die Erklärung damit nicht den vordergründigen und fehlerhaften Inhalt der Erklärung des Chatbots. Hier ist eine Parallele zu der Rechtsprechung des BGH zu Flugportalen zu ziehen, bei denen der Nutzer erkennbare Schwächen der Eingabemaske nutzt, um ausdrücklich nicht gewünschte Buchungen dennoch durchzuführen.⁴³⁾ Jedenfalls, wenn es sich für den Nutzer aufdrängen muss, dass eine Fehlfunktion des Chatbots vorliegt und der Betreiber diese Erklärung gar nicht abgeben wollte, ist die automatisch generierte Erklärung entsprechend dem offensichtlichen Betreiberwillen gemäß §§ 133, 157 BGB auszulegen.⁴⁴⁾ Diese Rechtsprechung kann allerdings nur dann anwendbar sein, wenn der Kunde weiß, dass es sich um einen Chatbot handelt und es deswegen zu technischen Fehlern kommen kann. Es liegt daher im Interesse des Betreibers selbst, den Kunden so früh wie möglich darauf hinzuweisen, dass er mit einem Chatbot interagiert.

Weniger klar sind allerdings die Fälle, in denen der Chatbot Erklärungen mit einem Inhalt abgibt, die der Betreiber nicht wollte, und dies dem Nutzer nicht erkennbar ist.⁴⁵⁾ Hier ist auf die Person des Betreibers abzustellen. Nahe liegt bei der Nutzung eines Chatbots grundsätzlich der Erklärungsirrtum des Betreibers nach § 119 Abs. 1, 2. Alt. BGB. Wenn eine Fehlfunktion des Chatbots vorliegt, dürfte meist ein Irrtum in der Erklärungshandlung vorliegen. Ähnlich einem direkten „Verschreiben“ hat der Betreiber einen Chatbot genutzt, der sich an seiner Stelle „verschrieben“ hat.⁴⁶⁾ Hat der Chatbot allerdings so gehandelt, wie der Betreiber es wollte, und liegt dennoch ein Irrtum vor, handelt es sich ggf. um einen Inhaltsirrtum nach § 119 Abs. 1, 1. Alt. BGB. Ebenfalls möglich ist ein Fehler dahingehend, dass der Chatbot eine Leistung verspricht, die nicht mehr erfüllbar ist (etwa wegen Ausverkaufs etc.). Aufgrund eines Datenfehlers erkennt er z. B. nicht, dass keine Leistungskapazitäten mehr verfügbar sind. Wenn dies ein Mensch tun würde, läge ein unbeachtlicher Motivirrtum vor. Dies muss auch bei Einschaltung eines Chatbots gelten. Warum eine Fehleinschätzung des Leistungsvermögens eintritt (z. B. schlecht geführte Verzeichnisse, unleserliche Terminpläne etc.), wäre auch bei einem Menschen unbeachtlich. Beruht dieser Fehler nicht auf fehlerhaften Daten, die die Leistungsfähigkeit widerspiegeln, sondern auf einem Fehler der Verarbeitung dieser Daten, liegt ggf. wiederum ein Erklärungsirrtum vor. Denn dann wollte der Betreiber diese Erklärung nicht abgeben.

Sollte der vom Chatbot genannte Preis der Leistung falsch berechnet sein und sich dies dem Kunden noch nicht als Fehler aufdrängen,⁴⁷⁾ ist fraglich, ob dies ein Fall des grundsätzlich

32) So aber für autonome Systeme *Dienst/Falke*, in: Bräutigam/Rücker (Fn. 5), 14. Teil, B, Rn. 31, die davon ausgehen, dass das autonome System den Inhalt der jeweiligen Willenserklärung vollkommen selbst bestimmt. Aufgrund der heutigen Technik ist eine „freie“ Willensbildung von technischen Systemen nicht möglich. Diese arbeiten nur in den vorgegebenen Bahnen.

33) *Justizministerkonferenz*, „Digitaler Neustart“ – Bericht vom 15.05.2017, S. 102.

34) So aber *Dienst/Falke*, in: Bräutigam/Rücker (Fn. 5), 14. Teil, B, Rn. 6, die solche „autonomen“ Systeme anders als „automatische“ Systeme behandeln wollen. Sie scheinen aber ein Maß an Autonomie anzunehmen, die schon an menschliche Kategorien heranreichen würde.

35) *Justizministerkonferenz*, „Digitaler Neustart“ – Bericht vom 15.05.2017, S. 102, 103 f.

36) Vgl. zu Computererklärungen allgemein *Cornelius*, MMR 2002, 353, 355.

37) *Dienst/Falke*, in: Bräutigam/Rücker (Fn. 5), 14. Teil, B, Rn. 33.

38) *Cornelius*, MMR 2002, 353, 354 f.; *Dienst/Falke*, in: Bräutigam/Rücker (Fn. 5), 14. Teil, B, Rn. 32.

39) *Cornelius*, MMR 2002, 353, 354; *Dienst/Falke*, in: Bräutigam/Rücker (Fn. 5), 14. Teil, B, Rn. 30.

40) So aber *Cornelius*, MMR 2002, 353, 354; ebenfalls *Dienst/Falke*, in: Bräutigam/Rücker (Fn. 5), 14. Teil, B, Rn. 30; bei Robotern sieht *Schirmer*, JZ 2016, 660, 663 einen solchen Einfluss des vermeintlichen „Boten“ gegeben.

41) Vgl. *Justizministerkonferenz*, „Digitaler Neustart“ – Bericht vom 15.05.2017, S. 102 f.

42) *Justizministerkonferenz*, „Digitaler Neustart“ – Bericht vom 15.05.2017, S. 105.

43) Siehe hierzu BGH, 16.10.2012 – X ZR 37/12, MMR 2013, 296, 297; zustimmend *Spindler*, in: *Spindler/Schuster* (Hrsg.) *Recht der elektronischen Medien*, 3. Aufl. 2015, Vor 116 ff., Rn. 6.

44) A. A. *Sutschet*, NJW 2014, 1041, 1046, der in vergleichbaren Fällen nur eine Anfechtbarkeit annimmt. Dies hätte jedoch den Nachteil, dass den Betreiber eine Schadensersatzpflicht nach § 122 BGB treffen kann; ebenfalls a. A. OLG München, 15.11.2002 – 19 W 2631/02, NJW 2003, 367 und AG Dortmund, 21.02.2017 – 425 C 9322/16, BeckRS 2017, 104637, die eine Unwirksamkeit der Erklärung nach § 242 BGB annehmen.

45) A. A. *Schirmer*, JZ 2016, 660, 663 ff.

46) Vgl. *Justizministerkonferenz*, „Digitaler Neustart“ – Bericht vom 15.05.2017, S. 106 f.

47) Beispiele aus der Rechtsprechung für sich aufdrängende Falschauszeichnungen: 1,05 € anstatt 1.049,00 € (= 0,1%); LG München I, 29.04.2014 – 12 O 11274/13, n. v.; 199 € anstatt 1.999,00 € (= 10%); OLG Nürnberg, 10.06.2009 – 14 U 622/09, BeckRS 2009, 22399; 728,30 € anstatt 3.676,30 € (= 20%) plus positive Kenntnis des Kunden von diesem Missverhältnis; OLG München, 15.11.2002 – 19 W 2631/02, BeckRS 9998, 52401.

Köbrich/Froitzheim, Lass uns quatschen – Werbliche Kommunikation mit Chatbots

unbeachtlichen Kalkulationsirrtums (Motivirrtum) ist. In Webshops o. ä. liegt dies meist nicht vor, da der sich verrechnende Anbieter regelmäßig nur eine sog. *invitatio ad offerendum* auf seiner Webseite präsentiert. Den falsch ausgezeichneten Preis greift der potentielle Kunde auf und gibt ein entsprechendes Angebot ab. Dieser irrt sich nicht über den Preis und erliegt auch keinem Kalkulationsirrtum.⁴⁸⁾ Durch den Chatbot hingegen gibt der Betreiber selbst ein bindendes Angebot mit einem fehlerhaft berechneten Preis ab. Es ist anerkannt, dass ein Kalkulationsirrtum auch dann ein unbeachtlicher Motivirrtum ist, wenn der Rechenfehler aufgrund einer fehlerhaften Software entstanden ist.⁴⁹⁾ Damit läge ein unbeachtlicher Kalkulationsirrtum vor, wenn die Software des Chatbots bereits mit falsch berechneten Zahlen gefüllt worden ist oder diese die richtigen Zahlen des Betreibers fehlerhaft verrechnet hat.⁵⁰⁾ Denn auch bei einem Menschen käme es für die Bejahung eines Kalkulationsirrtums nicht darauf an, ob er von falschen Zahlen ausgegangen ist oder richtige Zahlen falsch zusammengerechnet hat.⁵¹⁾

3. Verbraucherschutz

25 Hinsichtlich der verbraucherschutzrechtlichen Lage soll hier insbesondere geprüft werden, ob § 312a Abs. 1 BGB anwendbar ist. Dann müsste der Chatbot zu Beginn der Konversation zumindest auf den geschäftlichen Zweck der Konversation und auf die Identität des Unternehmers hinweisen. Obwohl der Chatbot grundsätzlich mit einem Warenautomaten vergleichbar ist, liegt keine Beschränkung des Verbraucherschutzes nach § 312 Abs. 2 Nr. 9 BGB vor. Denn hiermit ist der automatisierte Leistungsaustausch gemeint, bei dem weder eine Haustürsituation noch eine typische Fernabsatzsituation vorliegt.⁵²⁾ Bei Chatbots ist dies ersichtlich anders. Der Vertragsschluss per Chatbot ist von § 312c BGB (Fernabsatzverträge) erfasst.⁵³⁾ Dass dieser Chat als Telemedium⁵⁴⁾ nicht manuell von einer Person genutzt wird, ist unbeachtlich. Denn auch ein Telefonat, bei dem der Unternehmer einen Automaten als Gesprächsteilnehmer nutzt, ist von § 312c BGB erfasst.⁵⁵⁾ Ähnliches muss bei einem automatisierten Chat gelten.

26 § 312a Abs. 1 BGB ist seinem Wortlaut nach direkt nur auf Telefonate und nicht auf den Kontakt über einen Chat anwendbar. Es fragt sich nun, ob § 312a Abs. 1 BGB über seinen auf Telefonate beschränkten Wortlaut hinaus auch auf Textchats und damit auch auf Chatbots analog anwendbar ist. Dies ist zu bejahen. Eine mit § 312a Abs. 1 BGB vergleichbare Regelung fehlt. Insbesondere wird diese Lücke nicht durch § 312d Abs. 1 S. 1 BGB geschlossen, da dieser nicht wie § 312a Abs. 1 BGB eine Information des Verbrauchers zu Beginn der Konversation erfordert.⁵⁶⁾ § 312a Abs. 1 BGB verfolgt den Zweck, Verbraucher vor einer Überrumpelung zu schützen. Geübte Verkäufer kön-

nen insbesondere per Telefon überrumpelte Verbraucher schnell zu einem ungewollten Vertragsabschluss bewegen.⁵⁷⁾ Dieselbe Überrumpelungsgefahr besteht jedenfalls dann, wenn ein Mensch oder ein Chatbot per Textchat den Verbraucher ohne dessen Anforderung anspricht. Der Überrumpelungseffekt wird nicht durch die Textbasiertheit verhindert. Denn auch per Textnachricht kann ein gut programmierter Chatbot den Verbraucher zu ungewollten Verträgen verleiten (vgl. III. 3.). Man könnte davon ausgehen, dass der Verbraucher allerdings freier in der Entscheidung sei, sich auf eine solche Diskussion einzulassen. Er könne Textnachrichten einfach unbeantwortet lassen. Jedoch ist in der heutigen Zeit eine Konversation per Instant Chat ähnlich einem Telefonat. Verbraucher fühlen sich durch einen Instant Chat angesprochen und zur Antwort aufgefordert. Die Teilnehmer eines Instant Chats antworten dann oft auch sehr schnell. Zudem soll selbst bei Telefonaten, die den Verbraucher nicht erreichten, sondern nur auf seinem Anrufbeantworter gelandet sind, § 312a Abs. 1 BGB Anwendung finden.⁵⁸⁾ Wenn der Anruf auf einem Anrufbeantworter angekommen ist, hat der Verbraucher dieselbe Überlegungszeit wie bei einem Instant Chat, weswegen dies gleich zu behandeln ist. Allgemein wird § 312a Abs. 1 BGB auch eher weit ausgelegt.⁵⁹⁾ Es handelt sich damit nicht um eine Ausnahmvorschrift und sie ist somit grundsätzlich analogiefähig. Die Vorschrift des § 312a Abs. 1 BGB ist also zwar nicht direkt, aber doch analog auf Instant Chats anwendbar.

Nun ist zu fragen, ob die Mitteilung der „Identität“ des Gesprächspartners auch einen expliziten Hinweis darauf enthalten muss, dass es sich um einen Chatbot handelt. Bei einem menschlichen Anrufer muss nach § 312a Abs. 1 BGB neben der Identität des Unternehmers, für dessen Rechnung gehandelt wird, auch die Identität des direkten Gesprächspartners offenbart werden. Dies bezieht sich aber z. B. nicht auf die persönliche Identität des Callcenter-Mitarbeiters, sondern nur auf dessen Arbeitgeber. Deswegen muss ein menschlicher Gesprächsteilnehmer nicht seine eigene Identität, sondern nur z. B. den Betreiber des Callcenters nach § 312a Abs. 1 BGB nennen.⁶⁰⁾ Wenn nun anstatt eines Menschen ein Computer die Kommunikation führt, treffen ihn dieselben und keine weitergehenden Informationspflichten.⁶¹⁾

V. Fazit

Auch wenn sich der Einsatz von Chatbots derzeit auf einige Pilotprojekte beschränkt ist, zeichnet sich bereits ab, dass Chatbots künftig vermehrt in der werblichen Kommunikation eingesetzt werden. Dabei müssen die Betreiber eine Vielzahl von gesetzlichen Bestimmungen, aber auch internen Plattformrichtlinien beachten, die dem Betrieb einen rechtlichen Rahmen vorgeben. Unweigerlich rücken damit sowohl neue als auch alte Rechtsprobleme in den Fokus der Rechtspraxis.

48) Ob der Motivirrtum als solcher weiter wirkt und auch bei der Annahmeerklärung als unbeachtlicher Irrtum zu werten ist, ist umstritten: für einen unbeachtlichen Motivirrtum auch bei der späteren Annahmeerklärung des Verkäufers: LG Köln, 16.04.2003 – 9 S 289/02, MMR 2003, 481. Einen beachtlichen Übermittlungsirrtum nach § 120 BGB annehmend OLG Frankfurt a. M., 20.11.2002 – 9 U 94/02, MMR 2003, 405.

49) BGH, 07.07.1998 – X ZR 17/97, NJW 1998, 3192, 3193.

50) Vgl. zu automatisierten Willenserklärungen allgemein *Wendtland*, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, 42. Edition, 15.06.2017, § 119, Rn. 29 und *Justizministerkonferenz*, „Digitaler Neustart“ – Bericht vom 15.05.2017, S. 106 f.

51) *Wendtland*, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB (Fn. 50), § 119, Rn. 33.

52) *Wendehorst*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 7. Aufl. 2016, § 312, Rn. 53.

53) Zu manuellen Chats: *Schirmbacher*, in: Spindler/Schuster (Fn. 43), § 312c, Rn. 6.

54) Vgl. BT-Drs. 16/3078, S. 13: „Chatrooms“. Sofern man die Eigenschaft als Telemedium ablehnt, liegt jedenfalls ein sonstiges Fernkommunikationsmittel i. S. d. § 312c Abs. 2 BGB vor.

55) *Busch*, in: beck-online Grosskommentar BGB, 15.07.2017, § 312c, Rn. 13.1.

56) *Wendehorst*, in: MüKo-BGB (Fn. 52), § 312d, Rn. 2.

57) *Thüsing*, in: Staudinger BGB, Neubearbeitung 2012, § 312c, Rn. 9.

58) *Wendehorst*, in: MüKo-BGB (Fn. 52), § 312a, Rn. 5.

59) *Wendehorst*, in: MüKo-BGB (Fn. 52), § 312a, Rn. 3; *Ring*, in: Nomos Handkommentar BGB, 9. Aufl. 2017, § 312a, Rn. 9.

60) *Schirmbacher*, in: Spindler/Schuster (Fn. 43), § 312a, Rn. 11; vgl. *Ring*, in: Nomos Handkommentar BGB (Fn. 59), § 312a, Rn. 7.

61) Wird gegen diese Vorschrift verstoßen, kann z. B. nach § 2 UKlaG auf Unterlassung geklagt werden. Ferner hat der Verbraucher ggf. einen Anspruch auf Zahlung von Schadensersatz gemäß § 280 Abs. 1 (ggf. i. V. m. § 311 Abs. 2) oder §§ 823 Abs. 2, 312a Abs. 1 BGB. Denkbar ist auch eine Verlängerung einer ggf. vorhandenen Widerrufsfrist analog § 356 Abs. 3 BGB, so *Schulte-Nölke*, in: Nomos Handkommentar BGB (Fn. 59).