

von Dr. Sebastian Kraska

Datenschutz und OLG Hamburg: Einwilligungserklärung zum Empfang von Werbe-E-Mails: keine verknüpfte Abgabe mit Teilnahmeerklärung zu einem Gewinnspiel

Das OLG Hamburg bestätigt in seiner **Entscheidung vom 29.07.2009** die Linie der bisherigen Rechtsprechung, nach welcher an eine wirksame Einwilligung in die Nutzung personenbezogener Daten für E-Mail-Werbung strenge Anforderungen zu stellen sind. Wer im Internet der Verwendung seiner personenbezogenen Daten zustimmt, sieht sich mit einer Vielzahl unterschiedlich formulierter Einwilligungsklauseln konfrontiert. Oftmals ist das Setzen eines Hakens auch Voraussetzung für die Teilnahme an einem Gewinnspiel. So auch im hier zu besprechenden Fall. Die Flut von Werbe-E-Mails unterschiedlichsten Inhalts und Herkunft, die die Teilnehmer daraufhin oftmals erreicht, lässt sich aber durch die meisten Einwilligungserklärungen nicht legitimieren.

Warum ist eine Einwilligungserklärung nötig?

Grundsätzlich ist der Versand von Werbe-E-Mails als Nutzung personenbezogener Daten im Sinne von § 3 Abs. 5 des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) zu bewerten. Diese darf nach der Systematik des Datenschutzrechts nur mit der Einwilligung des Betroffenen oder aufgrund des Vorliegens einer einschlägigen Rechtsgrundlage erfolgen. Im Bereich des Direktmarketings, insbesondere hinsichtlich der Versendung von Werbe-E-Mails, besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass dies nur durch das Vorliegen einer Einwilligung des Betroffenen gerechtfertigt werden kann.

Die Einwilligung im Datenschutzrecht

§ 4a Abs. 1 BDSG behandelt die Einwilligung und legt fest, welchen Anforderungen eine wirksame Erklärung zu genügen hat:

"Die Einwilligung ist nur wirksam, wenn sie auf der freien Entscheidung des Betroffenen beruht. Er ist auf den vorgesehenen Zweck der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung sowie, soweit nach den Umständen des Einzelfalles erforderlich oder auf Verlangen, auf die Folgen der Verweigerung der Einwilligung hinzuweisen. Die Einwilligung bedarf der Schriftform, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist. Soll die Einwilligung zusammen mit anderen Erklärungen schriftlich erteilt werden, ist sie besonders hervorzuheben."

Wenn eine wirksame Einwilligung nicht vorliegt und dennoch Werbe-E-Mails versendet werden, so stellen sich neben den datenschutzrechtlichen Besonderheiten insbesondere auch wettbewerbsrechtliche Probleme, die im Folgenden besprochen werden sollen.

Umgang mit Spam-E-Mails

Die automatisierte Datenverarbeitung ermöglicht es ohne großen zeitlichen Aufwand, Werbung an eine Vielzahl von Empfängern zu versenden. Die meisten Verwender gehen dabei flächendeckend vor, so dass die Werbung keinerlei Bezug zur Mehrzahl der Adressaten aufweist und deshalb als störend empfunden werden kann. Unerwünschte E-Mail-Werbung ("Spam") als Problem der Informationsgesellschaft fand Beachtung beim Erlass der **Richtlinie 2002/58/EG** über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation).

Art. 13 der Richtlinie beschäftigt sich mit unerbetenen Nachrichten und verfolgt das Ziel, Verbraucher vor solcher Werbung, in deren Empfang er nicht ausdrücklich und bewusst eingewilligt hat, zu schützen.

Verschärfung der Rechtslage durch UWG-Novelle 2004

Die Vorgaben der Richtlinie wurden in Deutschland in der Neufassung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) 2004 umgesetzt. § 7 UWG lautet in Auszügen wie folgt:

- "(1) 1 Eine geschäftliche Handlung, durch die ein Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt wird, ist unzulässig. Dies gilt insbesondere für Werbung [...]*
- (2) Eine unzumutbare Belästigung ist stets anzunehmen [...]*
- 3. bei Werbung unter Verwendung einer automatischen Anrufmaschine, eines Faxgerätes oder elektronischer Post (Hervorhebung durch Verfasser), ohne dass eine vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten vorliegt, [...]."*

E-Mail-Werbung und Spam

Wichtig ist, zwischen zulässiger und unzulässiger E-Mail-Werbung zu unterscheiden. Denn das Zusenden von Werbung per E-Mail ist nicht automatisch "Spam" bzw. eine "unzumutbare Belästigung" im Sinne von § 7 UWG. Insbesondere ist der Tatbestand dann nicht erfüllt, wenn eine wirksame Einwilligung des Empfängers vorliegt.

Unterlassungsanspruch bei Verstoß

Gemäß § 8 UWG kann, wer § 7 UWG zuwiderhandelt, auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Entsprechendes war im vorliegenden Fall eingeklagt worden.

Fragwürdige Einwilligungsklauseln

Die Einwilligungsklauseln, deren Wirksamkeit in Frage stand, lauteten folgendermaßen:

"... erklärt sein Einverständnis, dass ... wie alle Teilnehmer touristische und nicht touristische Werbung von uns und unseren Partnern erhält."

"... nur von uns und unseren Geschäftspartnern für die Zusendung des 14-täglichen, kostenlosen Newsletters sowie von Verbrauchern-Tipps und Markt-Information per E-Mail genutzt. Durch Absenden ihrer Daten erklären sie hierfür ihr ausdrückliches Einverständnis."

AGB-Vorschriften sind anwendbar

Die Unwirksamkeit der Klauseln leitete das Gericht aus dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen her. Dieses findet sich im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) in den Normen §§ 305 ff BGB. Grundsätzlich finden diese Bestimmungen nur auf Vertragsbedingungen Anwendung. Eine Einwilligung ist hingegen eine bloß einseitige Erklärung und damit gerade kein Vertrag. Der BGH ging aber in seiner Entscheidung "Telefonwerbung VI" aus dem Jahr 1999 davon aus, dass der Verwender einer vorformulierten Einwilligung, die vom Einwilligenden nur noch gebilligt werden muss, in gleicher Weise rechtsgeschäftliche Gestaltungsfreiheit für sich in Anspruch nimmt, wie es bei Vertragsbedingungen der Fall ist. Das Gegenüber kann in beiden Fällen keinen Einfluss auf den Inhalt nehmen. Im Wesentlichen kommt es für die Anwendung des AGB-Rechts als Verbraucherschutzrecht also auf die Vorformulierung der Bestimmungen an und nicht auf die Art der rechtsgeschäftlichen Erklärung, mit der sie in Verbindung stehen.

Inhaltskontrolle

Konsequenz aus der Anwendbarkeit der AGB-Regeln ist, dass die vorformulierten Bestimmungen nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB einer Inhaltskontrolle standhalten müssen. Wirksamkeitsvoraussetzung ist nach dem Gesetzeswortlaut insbesondere, dass die Klauseln "klar und verständlich" abgefasst sein müssen (sog. "Transparenzgebot").

Verstoß gegen Transparenzgebot

Das Gericht sah durch die Weite und Konturlosigkeit der fraglichen Klauseln einen Verstoß gegen das AGB-rechtliche Transparenzgebot begründet. Es führte hierzu aus:

"... dass die Annahme einer rechtfertigenden, im Rahmen einer vorformulierten Erklärung erteilten Einwilligung voraussetzt, dass der Erklärende überhaupt erkennen kann, an wen die personenbezogenen Daten übermittelt werden sollen, zu welchen Zwecken die Daten von Dritten genutzt werden sollen und in welchem Umfang. Nur bei Kenntnis dieser Umstände kann von einer bewussten - und damit "informierten" - Einwilligung gesprochen werden." (Rn. 32 der Entscheidung)

Gericht kritisierte Konturlosigkeit

Im Ergebnis werde mit beiden Klauseln - mit letzterer etwas weniger offensichtlich - versucht, "die Übersendung jeglicher Art von Werbung durch jedermann zu rechtfertigen." Eine Eingrenzung auf bestimmte Inhalte, einen bestimmten Zeitraum oder einen bestimmten Personenkreis findet nicht statt. Bei dieser Weite und Unbestimmtheit ist es dem Einwilligenden nicht möglich, zu erkennen durch wen seine personenbezogenen Daten zu welchem Zweck aufgrund seiner Einwilligung verwendet werden dürfen.

Verbraucherbild des Gesetz- und Richtliniengebers

Das europäische Richtlinienrecht, und somit auch das davon herrührende deutsche Verbraucherschutzrecht, geht vom Leitbild eines schutzbedürftigen Verbrauchers aus. Dessen regelmäßig schwächere Verhandlungsposition ist auszugleichen. Es ist also nicht nur zu untersuchen, ob er überhaupt in der Lage ist, die für ihn richtige Entscheidung zu treffen, sondern vor allem auch, ob er sich, ohne Einbußen davonzutragen, dieser Entscheidung entsprechend verhalten kann.

Problematisch: Einwilligung unverzichtbar für Teilnahme an Gewinnspiel

Obwohl dies häufig geschieht, ist eine Verknüpfung von Einwilligung und Inanspruchnahme des Angebots, etwa eines Gewinnspiels, nicht zulässig. Die Einwilligung würde dann nicht, wie in Art. 2 lit. h) der Datenschutzrichtlinie gefordert, "ohne Zwang" erfolgen. Auch § 4a BDSG verlangt, dass eine wirksame Einwilligung auf der "freien Entscheidung" des Betroffenen beruhen muss. Die Entscheidungsfreiheit ist aber in dem Moment zumindest eingeschränkt, in dem mit ihrer Ausübung der völlige Verzicht auf eine Teilnahme oder aber eine Minderung der Gewinnchancen verbunden wären.

Widerrufsmöglichkeit existiert nur theoretisch

Auch der Einwand, es bestünde eine jederzeitige Widerrufsmöglichkeit, überzeugte das Gericht nicht. Sei diese doch praktisch schwer zu verwirklichen. Zum einen erhält der Verbraucher keinerlei schriftliche Dokumentation über die erteilte Einwilligung. Zum anderen wird er Werbe-E-Mails, die er in gewissem zeitlichen Abstand von Dritten erhält nicht auf die Einwilligungserteilung in Verbindung mit der Teilnahme am Gewinnspiel zurückführen können.

Konkrete, einzelfallbezogene Einwilligung erforderlich

Eine generelle Einwilligung ist nicht ausreichend, um eine "unzumutbare Belästigung" gem. § 7 UWG im jeweiligen Einzelfall auszuschließen. Vielmehr muss sich die Einwilligung, auf die sich der Belästigende beruft, auf den konkreten Fall bezogen sein [% Urteil id="5463" text="(so auch LG Stuttgart, Urteil vom 15.05.2007, Az. 17 O 490/06)." %]

Darlegungs- und Beweislast beim Verwender

Liegt keine wirksame Einwilligung vor, sind die Voraussetzungen des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG nicht erfüllt. Das Vorliegen einer (wirksamen) Einwilligung ist ein für den Versender von E-Mail-Werbung günstiger, weil sein Verhalten legitimierender Umstand. Dafür, dass sie erteilt wurde, ist dieser damit darlegungs- und beweisführungspflichtig.

Screenshots und Dummies reichen nicht aus

Der Beweis für das Vorliegen einer Einwilligung ist in Bezug auf den konkreten Fall und die konkrete Person zu erbringen. Es ist nicht ausreichend, nur anhand von Screenshots oder "Dummies" zu zeigen wie eine Einwilligung im Allgemeinen zustande kommt.

Dokumentation der Einwilligung im eigenen Interesse

Eine Dokumentation der Einwilligungserteilung durch jeden einzelnen Teilnehmer sollte im eigenen Interesse des Anbieters erfolgen. Denn sowohl er als auch Dritte können damit eine Weiterverwendung der Daten vor Gericht rechtfertigen.

Fazit

Um eine Einwilligung wirksam zu gestalten, sind begriffliche Einschränkungen in inhaltlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht notwendig. Der Verfasser hat sich am Leitbild der "bewussten und informierten Einwilligung" zu orientieren und sich zu fragen, ob der Einwilligende aus der Klausel erfahren kann, wer seine personenbezogenen Daten zu welchem Zweck verwendet. Um im Streitfall beweisen zu können, dass der Betroffene auch tatsächlich eingewilligt hat, ist eine Dokumentation jeder einzelnen Erklärung notwendig.

Autor:

Dr. Sebastian Kraska

Rechtsanwalt