

von Dr. Bea Brünen

WhatsApp und Recht: Wie attraktiv ist der WhatsApp-Messenger für deutsche Online-Händler?

WhatsApp ist die in Deutschland meist genutzte Messaging App. Während der Messenger-Dienst der Facebook-Tochter bislang insbesondere für private Kommunikation genutzt wurde, erkennen mittlerweile auch immer mehr Händler das Potenzial von WhatsApp für ihr Unternehmen. Und das nicht ohne Grund: Die Kommunikation über WhatsApp ist schnell und effizient. Der Kanal bietet damit gute Voraussetzungen für Direktmarketing-Maßnahmen wie das Verschicken von Kurz-Newslettern und die direkte Kommunikation mit bestehenden und potenziellen Kunden. Doch was sagt das deutsche Recht zur geschäftlichen Nutzung von WhatsApp? Ist die Nutzung von WhatsApp aus rechtlicher Sicht für Händler attraktiv?

A. Nutzungsbedingungen von WhatsApp

Bevor in das deutsche Recht eingedrungen werden kann, muss zunächst ein Blick auf die Nutzungsbedingungen von WhatsApp geworfen werden. Denn diese könnten einer Nutzung des Messenger-Services für Werbezwecke entgegenstehen.

Die Nutzungsbedingungen von WhatsApp verbieten jede "nicht-private Nutzung", es sei denn diese wurde durch WhatsApp genehmigt. Das bedeutet: Auch die Nutzung zu Werbezwecken ist grundsätzlich nicht gestattet.

Aber: Erstens ist noch nicht geklärt, ob die Nutzungsbedingungen des US-Unternehmens in Deutschland überhaupt anwendbar sind. Zweitens geht WhatsApp soweit ersichtlich nicht gegen die kommerzielle Nutzung des Messenger-Diensts vor, sondern duldet eine Nutzung zu Werbezwecken. Drittens hat ein Verstoß ohnehin nur geringe Folgen. In den Nutzungsbedingungen wird ausgeführt, dass lediglich der Account gesperrt wird und ohne eine Erlaubnis von WhatsApp unter der Telefonnummer kein anderer Account angelegt werden kann. Hinzu kommt schließlich, dass WhatsApp momentan an zwei Business-Tools arbeitet, für deren Nutzung Händler Gebühren zahlen müssen. Auch WhatsApp hat somit die Attraktivität des Messengers für Händler erkannt. Vielleicht werden im Zuge der Einführung der neuen Tools dann auch die Nutzungsbedingungen entsprechend angepasst.

B. Datenschutzrechtliche (Mit-)Verantwortlichkeit für Datenschutzverstöße von WhatsApp

Bei der Frage nach der datenschutzrechtlich konformen Nutzung von WhatsApp stellt sich zunächst folgende Frage: Sind Online-Händler, die WhatsApp als Marketing-Tool und zur Kundenkommunikation einsetzen möchten, für die Datenverarbeitung durch WhatsApp, die deutschen Datenschutzvorschriften (wohl) nicht entspricht, (mit-)verantwortlich? So ergibt sich bspw. aus den Nutzungsbedingungen von WhatsApp, dass diese Daten an den Mutterkonzern Facebook weitergeben werden. Wie Facebook diese Daten konkret nutzt und wie lange die Daten dort gespeichert werden, ergibt sich nicht aus den Nutzungsbedingungen. Hier stellt sich die Frage, ob auch der Unternehmer, der den Messenger-Dienst gewerblich nutzt, für Datenschutzverstöße des WhatsApp-Dienstes geradestehen muss.

Ob dies der Fall ist, ist - soweit ersichtlich - gerichtlich noch nicht geklärt. Aufschluss gibt an dieser Stelle jedoch die Rechtsprechung zur Datenweitergabe an Facebook:

- **Verantwortlichkeit für Facebook-Seiten:** Das Unabhängige Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein (ULD) ist der Ansicht, dass eine von der Wirtschaftsakademie (WAK) betriebene Facebook-Fanpage europäisches und nationales Datenschutzrecht verletze und daher von der WAK zu deaktivieren sei. Die WAK sei als Betreiber der Fanpage für die Datenschutzverstöße von Facebook (mit-)verantwortlich (§ 3 Abs. 7 BDSG), da sie die Facebook-Seite eröffnet habe und Nutzer zum Besuch einlade. Das OVG Schleswig hat in erster Instanz eine Verantwortlichkeit des Fanpage-Betreibers abgelehnt, da nur Facebook über die Datenverarbeitung entscheide (OVG Schleswig, Urteil vom 04.09.2014, 4 LB 20/13). Das BVerwG hat die daraufhin eingelegte Revision ausgesetzt und dem EuGH Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt (BVerwG, Beschluss vom 25.02.2016, 1 C 28.14). Die weitere Entwicklung sollte hier dringend beobachtet werden.
- **Verantwortlichkeit für Socia Plugins:** In einem weiteren Fall hat sich die Verbraucherzentrale NRW gegen einen Webseiten-Betreiber gewendet und von diesem u.a. die Unterlassung der direkten Einbindung des Facebook Like-Buttons begehrt. Das LG Düsseldorf hat mit Urteil vom 09.03.2016 (12 O 151/15) eine Verantwortlichkeit des Webseiten-Betreibers bejaht. Auch das OLG Düsseldorf hat den Rechtsstreit ausgesetzt und dem EuGH Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.01.2017, I 20 U 40/16), die insbesondere auch die Verantwortlichkeit des Webseiten-Betreibers für die Datenschutzverstöße von Facebook betreffen.

Daraus folgt für die Nutzung von WhatsApp-Diensten: Es ist nicht ausgeschlossen, dass die gewerbliche Nutzung von WhatsApp für Direktwerbung und Direktkommunikation eine (Mit-)Verantwortlichkeit des Unternehmens für die Datenverarbeitung seitens WhatsApp begründen kann. Hier sollten dringend die weiteren Entwicklungen in der Rechtsprechung beobachtet werden. Die IT-Recht Kanzlei hält sie

diesbezüglich natürlich auf dem Laufenden.

C. Impressumspflicht bei WhatsApp

Ob Händler, die WhatsApp für Direktmarketing-Maßnahmen oder für Direktnachrichten nutzen, ein Impressum bereithalten müssen, ergibt sich aus § 5 Abs. 1 TMG. Danach trifft die Impressumspflicht alle **Diensteanbieter**, die geschäftsmäßige, in der Regel gegen Entgelt angebotene, **Telemedien** bereithalten.

Ein **Diensteanbieter** ist jede natürliche oder juristische Personen, die eigene oder fremde Telemedien zur Nutzung bereithält oder den Zugang zur Nutzung vermittelt (vgl. § 2 Nr. 1 TMG). **Telemedien** umfassen alle Informations- und Kommunikationsdienste, die keine Telekommunikation im engeren Sinne oder Rundfunk darstellen. Ob WhatsApp als Telemedium einzuordnen ist und damit der Impressumspflicht unterliegt oder doch ein Telekommunikations-Dienst darstellt, wird unterschiedlich beurteilt. Die Mehrheit in der Literatur geht jedoch davon aus, dass es sich bei dem Messenger-Dienst WhatsApp um ein Telemedium handelt (Conrad/Strittmatter in: Auer/Reinsdorff/Conrad Handbuch IT- und Datenschutzrecht 2016, 3 22 Cloud Computing Rn. 171).

Dementsprechend sollten Händler, die auf Nummer sicher gehen wollen, bei der gewerblichen Nutzung von WhatsApp auch ein rechtskonformes Impressum bereithalten, das alle notwendigen Pflichtinformationen enthält. Dabei verlangt § 5 Abs. 1 TMG, dass das Impressum leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar bereitzuhalten ist. Das bedeutet, dass das Impressum an gut wahrnehmbarer Stelle und ohne langes Suchen jederzeit auffindbar sein muss.

Rechtlich zulässig dürfte dabei eine Verlinkung des externen Impressums auf der Webseite im Status bei WhatsApp sein. Damit das Impressum "leicht wahrnehmbar" ist, sollte es auch als solches bezeichnet werden. Dieser Anforderung kann auch durch einen sprechenden Link nachgekommen werden, bei dem die URL das Wort Impressum (Beispiel: "www.xyz.de/impressum") enthält. Alternativ kann zunächst das Wort "Impressum:" und dann der Link auf das externe Impressum eingefügt werden.

D. Datenschutzerklärung bei WhatsApp

Fraglich ist zudem, ob und wie Händler bei WhatsApp eine Datenschutzerklärung für ihre (potenziellen) Kunden bereithalten müssen.

Die Pflicht zur Bereitstellung einer Datenschutzerklärung ergibt sich mittelbar aus § 13 Abs. 1 TMG. Danach muss ein Diensteanbieter den Nutzer zu Beginn des Nutzungsvorgangs über

- Art, Umfang und Zwecke der Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten,
- über die Verarbeitung seiner Daten,
- in allgemein verständlicher Form unterrichten.

Bei **personenbezogenen Daten** handelt es sich um Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmaren natürlichen Person (§ 3 Abs. 1 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG)). Dazu gehören auch Kontaktdaten wie die Telefonnummer sowie der Vor- und Nachname eines (potenziellen) Kunden. **Für Direktwerbung bzw. Direktkommunikation über WhatsApp folgt daraus:** Melden sich Nutzer auf einer Webseite für einen Kurz-Newsletter auf WhatsApp an, erhebt das Unternehmen im Regelfall Namen sowie die Telefonnummer des Nutzers. Für die Bearbeitung von Kundenanfragen über WhatsApp gilt das Gleiche: Auch hier werden im Regelfall Kontaktdaten des Kunden abgefragt und verarbeitet.

§ 13 Abs. 1 TMG sagt zwar nicht, dass die Anforderungen an die Impressumspflicht nur mit einer Datenschutzerklärung erfüllt werden können. Dennoch ist eine **vollständige Datenschutzerklärung** die einfachste Möglichkeit, den Informationspflichten nachzukommen.

Somit sollten Händler in jedem Fall auf der jeweiligen Webseite, auf der die Nutzer die Telefonnummer zur WhatsApp-Kommunikation erhalten, eine ausführliche Datenschutzerklärung bereithalten.

Achtung: Zwar wirbt WhatsApp seit Einführung der Ende-zu-Ende-Verschlüsselung damit, vor einem rechtswidrigen Abfangen der über den Messenger verschickten Nachrichten sicher zu sein. Teilweise wird jedoch immer noch kritisiert, dass auch die Ende-zu-Ende-Verschlüsselung von WhatsApp keine vollkommene Rechtssicherheit bietet. Daher sollten sensible Daten wie bspw. Gesundheitsdaten möglichst über andere Kanäle kommuniziert werden.

E. Ausdrückliche und informierte Einwilligung des (potenziellen) Kunden erforderlich

Aus **§ 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG** ergibt sich, dass "elektronische Post" nur dann im Postfach eines Verbrauchers landen darf, wenn dieser zuvor ausdrücklich in den Versand eingewilligt hat. Hat er seine Einwilligung nicht erteilt, ist die elektronische Post eine "unzumutbare Belästigung" und damit wettbewerbswidriger Spam. "Elektronische Post" meint dabei jede über ein öffentliches Kommunikationsnetz verschickte Text-, Sprach-, Ton- oder Bildnachricht, die im Netz oder im Endgerät des Empfängers gespeichert werden kann, bis sie von diesem abgerufen wird; also E-Mail, MMS und SMS, aber auch WhatsApp-Nachrichten.

Daraus folgt: Bevor ein Unternehmen seine WhatsApp-Werbekampagnen starten kann, benötigt es vom Empfänger eine ausdrückliche und informierte Einwilligung in die Kommunikation bzw. die Werbung. Liegt eine solche Einwilligung des Adressaten nicht vor, verstößt der Versender durch das Verschicken von elektronischer Post gegen § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG.

I. Ausdrückliche Einwilligung erforderlich

Um eine ausdrückliche Einwilligung einzuholen, ist zunächst erforderlich, dass der Empfänger die Einwilligung mittels einer gesonderten Erklärung erteilt, sog. "**Opt-in**"-Erklärung. Der Adressat der WhatsApp-Nachricht muss bei der Einwilligung aktiv tätig sein, dies kann z.B. durch Anklicken eines Kontrollkästchens erfolgen.

Überträgt man diese Regelung auf WhatsApp, liegt eine ausdrückliche Einwilligung immer dann vor, sobald ein Nutzer eine neue Nummer zu seinen Kontakten hinzufügt. Dadurch geben Nutzer ihre Zustimmung, vom Webseitenbetreiber in Zukunft mit Nachrichten kontaktiert werden zu wollen.

II. Informierte Einwilligung erforderlich

Zusätzlich muss die Einwilligung auch **informiert** sein. Darunter versteht man, dass dem Nutzer bewusst ist, welchen Inhalt die Nachrichten aufweisen. Mit anderen Worten: Der Inhalt der WhatsApp-Nachrichten ist den Nutzern vorab in groben Zügen mitzuteilen.

Jedoch ist Vorsicht geboten, dass die Grenzen der Einwilligung eingehalten werden:

- Einwilligungen, die **zu weit gehen**, wie "Werbeinformationen", "interessante Nachrichten", "für Sie relevante Informationen", sind unwirksam. Solche Beschreibungen sind inhaltlich ohne Gehalt und dienen den Nutzern nicht als nützliche Information.
- Einwilligungen, die **zu eng** gefasst sind, können zwar als wirksam betrachtet werden, allerdings bezieht sich die Einwilligung nur auf diesen genannten Bereich, sodass für andere Bereiche keine Einwilligung vorliegt. Als Beispiel solcher engen Bereiche sind "Gewinnspiele" oder "exklusive Angebote" zu nennen. Möchte man darüber hinaus Nachrichten z.B. über neue Rabattaktionen verschicken, wären diese durch die Einwilligung von den oben genannten Bereichen nicht gedeckt.

Um solchen grenzüberschreitenden Einwilligungen zu entgehen, empfiehlt es sich, die Inhalte der Nachrichten mit größeren Beschreibungen und Beispielen zu verdeutlichen. Ansonsten ist man der Gefahr ausgesetzt, Nutzer mit solchen Nachrichten zuzuspamen.

Dafür kann man ähnlich wie für E-Mail-Spams abgemahnt werden.

III. Opt-Out-Erklärung erforderlich

Nutzer müssen des Weiteren, neben der Einwilligung zur Anmeldung, auch über eine mögliche Abmeldung von den Nachrichten informiert werden. Dazu stehen dem Webseitenbetreiber zwei datenschutzrechtlich zulässige Möglichkeiten zur Verfügung:

- Durch einen Hinweis an die Nutzer, die Nummer des Webseitenbetreibers **aus den Kontakten zu entfernen bzw. zu löschen**
- Durch eine Bitte an die Nutzer, dass diese dem Webseitenbetreiber eine **Opt-Out-Nachricht zusenden**, z. B. mit dem Inhalt "Abmeldung des News-Abos"

F. Erkennbarkeit des Absenders

Da die Kommunikation über WhatsApp der über E-Mail ähnelt, findet auch die Sonderregelung des § 6 Abs. 2 TMG auf diese Anwendung. Danach darf in der Kopf- und Betreffzeile von E-Mails weder der Absender noch der kommerzielle Charakter der Nachricht verschleiert oder verheimlicht werden. Dabei liegt nach der Vorschrift ein Verschleiern oder Verheimlichen dann vor, wenn die Kopf- und Betreffzeile absichtlich so gestaltet sind, dass der Empfänger vor Einsichtnahme in den Inhalt der Kommunikation keine oder irreführende Informationen über die tatsächliche Identität des Absenders oder den kommerziellen Charakter der Nachricht erhält. Durch diese Regelung soll verhindert werden, dass die Header-Information der E-Mail irreführende Angaben enthält, die die Entscheidungsfreiheit des Empfängers beeinträchtigen können. Denn für den Empfänger einer E-Mail ist die grundsätzliche Erkennbarkeit des Absenders bei der Frage, wie er mit der Nachricht umgehen will, von entscheidender Bedeutung.

Da es bei WhatsApp keinen Betreff gibt, muss zumindest der **Absender klar erkennbar** sein. Dies dürfte bei WhatsApp jedoch nicht zu Problemen führen, da der Kunde die Nummer des werbenden Unternehmens ohnehin zunächst bei seinen Kontakten abspeichern muss. Erst dann können der Kunde und das Unternehmen über WhatsApp kommunizieren. Das bedeutet: Für den Kunden ist der Absender nach Abspeichern der Nummer des Händlers sofort erkennbar - und zwar auch ohne, dass der Empfänger die Nachricht dafür öffnen muss.

G. Grundpreise, Gesamtpreise, Umsatzsteuer

Auch bei der Kundenkommunikation bzw. bei Direktmarketing über WhatsApp gilt: Dort, wo Preise angegeben werden, müssen auch gegenüber Verbrauchern die komplizierten Regelungen der sogenannten Preisangabenverordnung (PAngV) beachtet werden. Das bedeutet: Preise müssen korrekt und vollständig wiedergeben werden. Das betrifft insbesondere den Hinweis auf anfallende Steuern wie die Umsatzsteuer. Die PAngV regelt zudem die Darstellung der Versandkosten. Auch diese sind stets entweder konkret oder für den Kunden zumindest berechenbar anzugeben.

Wann konkret welche Preise wie auszuzeichnen sind, erfahren Sie [hier](#).

H. Sonderfall: Bestellungen über WhatsApp

Kann der (potenzielle) Kunde über WhatsApp Bestellungen aufgeben, wird es komplizierter. Denn: Für Bestellungen über WhatsApp gelten die gleichen fernabsatzrechtlichen Informationspflichten wie bei Bestellungen über einen Online-Shop. Das bedeutet: Der Händler ist dann insbesondere verpflichtet, über das 14-tägige Widerrufsrecht ausführlich in einer rechtssicheren **Widerrufsbelehrung** zu informieren. Diese muss Informationen über

- die Bedingungen,
- die Fristen,
- das Verfahren für die Ausübung des Widerrufsrechts
- und den Namen und die Anschrift des Unternehmens

enthalten. Einige Gerichte fordern darüber hinaus die Darstellung der Telefonnummer in der Widerrufsbelehrung (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 24.03.2015, 4 U 30/15; a. A. OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.02.2016, I-15 U 54/15). Händler, die auf Nummer sicher gehen wollen, sollten die Telefonnummer in jedem Fall angeben. Zur Umsetzung der Informationspflichten können Shop-Betreiber die Muster-Widerrufsbelehrung (Anlage 1 zu Artikel 246a (1) Abs. 2 S. 2 EGBGB) verwenden.

Der Widerrufsbelehrung ist zudem ein **Muster-Widerrufsformular** beizufügen. Dieses soll dem Verbraucher die Möglichkeit geben, seinen Widerruf möglichst einfach mit Hilfe des bereitgestellten Formulars zu erklären.

Sämtliche Informationen muss der Verbraucher zudem

- vor Abgabe von dessen verbindlicher Vertragserklärung
- in klarer und verständlicher Weise

erhalten. Informiert der Unternehmer nicht in dem gesetzlich vorgesehenen Umfang, fängt zum einen die Widerrufsfrist für den Verbraucher nicht an zu laufen, zum anderen besteht für den Unternehmer die Gefahr abgemahnt zu werden.

Das bedeutet: Sollen über WhatsApp Bestellungen möglich sein, muss der Händler den Verbraucher vor Abgabe seiner verbindlichen Vertragserklärung und somit direkt über WhatsApp entsprechend aufklären. Außerdem muss der Händler dem Verbraucher das Widerrufsformular über WhatsApp schicken. Ob dies in der Praxis tatsächlich sinnvoll und umsetzbar ist, ist mehr als fraglich.

I. WhatsApp-Nachricht als Geschäftsbrief

Zudem können WhatsApp-Nachrichten schnell zu **Geschäftsbriefen** werden. Darunter fallen sämtliche Mitteilungen eines im Handelsregister eingetragenen Unternehmens in seinen geschäftlichen Angelegenheiten wie

- Verhandlungen zu einem bestimmten Produkt,
- Einräumung von Rabatten oder anderen Sonderkonditionen für einen bestimmten Kunden,
- Bestellbestätigungen.

Ist die WhatsApp-Nachricht als Geschäftsbrief zu qualifizieren, müssen bestimmte Pflichtangaben in den Nachrichten getätigt werden. Bspw. muss ein eingetragener Kaufmann zwingend die Firma und die Rechtsform des Unternehmens, den Unternehmenssitz, das Registergericht und die Nummer, unter der die Firma in das Handelsregister eingetragen ist, angeben (§ 37a Abs. 1 HGB). Händler müssen dementsprechend in WhatsApp-Nachrichten, die sich als Geschäftsbriefe qualifizieren lassen, sämtliche Pflichtangaben angeben. Auch hier müssen Händler selbst entscheiden, ob der praktische Aufwand verhältnismäßig ist.

J. Fazit

Angesichts der hohen Nutzerzahlen von WhatsApp und der schnellen und effizienten Kommunikation, die dieser Kanal ermöglicht, stellt der Messenger grundsätzlich für Händler eine attraktive Möglichkeit für Direktmarketing und Direktkommunikation dar. Jedoch müssen bei der Nutzung von WhatsApp als Werbekanal von der Beachtung der Impressumspflicht über die Einholung einer ausdrücklichen und informierten Einwilligung bis hin zur Angabe transparenter Preise zahlreiche rechtliche Fallstricke beachtet werden. Ob hier Aufwand und Ertrag in einem wirtschaftlichen Verhältnis zueinander stehen, muss jedes Unternehmen selbst entscheiden.

Autor:

Dr. Bea Brünen

(freie jur. Mitarbeiterin der IT-Recht Kanzlei)