

Client Letter

Update E-Commerce – Datenschutz

v. BOETTICHER HASSE LOHMANN

Zusammenfassung:

1. Risiko untergeschobene Datenschutz-Einwilligungserklärungen

- Einwilligungserklärungen dürfen nicht in AGB versteckt sein – nicht einmal dann, wenn eigentlich keine ausdrückliche Einwilligung erforderlich ist.

2. Kammergericht: Facebook-Like-Button datenschutz-, aber nicht wettbewerbswidrig

- Erste obergerichtliche Entscheidung: Facebooks Like-Button darf nicht ohne explizite Einwilligung der Websurfer verwendet werden, aber Konkurrenten können nicht abmahnen.

3. Kammergericht: Kunden-Newsletter ohne ausdrückliche Einwilligung meist Spam

- § 7 Abs. 3 UWG erlaubt E-Mail-Werbung an Bestandskunden – allerdings nur in ganz engen Grenzen. Alles andere ist verbotener Spam.

4. Bei Paketversand Ausschluss der Ersatzzustellung vereinbaren

- Paketdienstleister stellen oft in der Nachbarschaft zu, wenn der Empfänger nicht erreichbar ist. Dies stellt ein erhebliches Haftungsrisiko für den Absender dar.

1. Risiko untergeschobene Datenschutz-Einwilligungserklärungen

Wer seinen Kunden Werbung per Fax senden will, benötigt dafür immer eine Einwilligung („Opt-In“). Werbung per Telefon, SMS, MMS und E-Mail ist nur unter bestimmten Umständen zulässig, wenn der Empfänger nicht ausdrücklich eingewilligt hat. Werbung per Post ist dagegen grundsätzlich auch ohne ausdrückliche Zustimmung erlaubt, muss aber eingestellt werden, wenn der Empfänger widerspricht („Opt-Out“). Weil die ohne Einwilligung erlaubte Werbung allerdings eine Reihe an Anforderungen an den Werbenden stellt, kann es sinnvoll sein, vom Empfänger eine ausdrückliche Zustimmung einzuholen.

Doch eine solche Einwilligungserklärung darf nicht in Allgemeinen Geschäftsbedingungen versteckt sein, wie das Oberlandesgericht Hamm kürzlich klargestellt hat: Ein Telekommunikationsunternehmen hatte in seine AGB eine Klausel aufgenommen, wonach seine Kunden sich mit Werbung per Post, E-Mail, Fax und Telefon einverstanden erklärten.

Das Landgericht Dortmund hatte dem Telefonanbieter bereits verboten, die Klausel gegenüber Verbrauchern zu verwenden. Das OLG Hamm verbot dem Telefonanbieter jetzt auch, die Klausel gegenüber Unternehmern anzuwenden. Sie stelle eine unangemessene Benachteiligung der Kunden nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB dar.

Im Hinblick auf Werbung per E-Mail und Fax sowie per Telefon gegenüber Verbrauchern hat das OLG darauf hingewiesen, dass § 7 Abs. 2 Nr. 2 bzw. 3 UWG eine ausdrückliche Einwilligung des Adressaten erfordert („Opt-In“). Eine solche liegt bei einer Einwilligungserklä-

rung in den AGB aber nicht vor, so dass jede Werbung aufgrund der Klausel so genannter Spam wäre.

Für Telefonwerbung gegenüber Unternehmern genügt zwar auch eine mutmaßliche Einwilligung. Soll aber eine Telefonwerbung mit einer tatsächlichen Einwilligung gerechtfertigt werden – für die der Werbende eben gerade nicht darlegen muss, warum er von einem Einverständnis des Angerufenen ausgehen durfte –, so ist dafür eine ausdrückliche Erklärung erforderlich. Die lag aber – vergleiche die Ausführungen zur Fax- und E-Mail-Werbung – gerade nicht vor.

Da Werbung per Post grundsätzlich wettbewerbsrechtlich zulässig ist, hat das OLG insoweit nur die Anforderungen des Bundesdatenschutzgesetzes geprüft. Weil die Klausel aber nicht – wie von § 4a Abs. 1 S. 4 BDSG verlangt – ausreichend hervorgehoben war, war sie auch im Hinblick auf postalische Werbung unzulässig.

Da nach der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs jeder Konkurrent unwirksame AGB (siehe dazu unseren Client Letter Datenschutz – E-Commerce April 2011) und unzulässige Werbung abmahnen kann, sollte jeder Unternehmer seine Einwilligungserklärungen überprüfen. Wer ohne Einwilligung nur aufgrund gesetzlicher Erlaubnis Werbung verschickt, sollte darauf achten, die Anforderungen des Gesetzes genau einzuhalten. Denn sobald auch nur eine der Voraussetzungen nicht erfüllt ist, ist die Werbung verboten.

Weiterführende Informationen:

OLG Hamm, Urteil vom 17.02.2011, Az. I-4 U 174/10

http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/hamm/j2011/I_4_U_174_10urteil20110217.html

2. Kammergericht: Facebook-Like-Button datenschutz-, aber nicht wettbewerbswidrig

Am 29. April 2011 hat das erste Oberlandesgericht zu Datenschutz-Fragen von Facebooks Like-Button Stellung genommen: Das Kammergericht hat entschieden, dass das Einbinden des Facebook-Like-Buttons zwar einen Datenschutzverstoß darstellen dürfte, allerdings sei der betroffene § 13 Abs. 1 TMG – darauf beschränkte sich der Rechtsstreit – keine Marktverhaltensrege-

lung, die auch den Schutz von Wettbewerbern bezwecke. Wettbewerber könnten daher nicht gegen einen fehlenden Datenschutz-Hinweis vorgehen, wenn ein Konkurrent den Facebook-Like-Button auf seiner WWW-Seite einbaut. Das Kammergericht bestätigte damit einen Beschluss des Landgerichts Berlin, das den beantragten Erlass einer einstweiligen Verfügung abgelehnt hatte.

Die Entscheidung des Kammergerichts ist erst wenige Tage alt, hat aber – wie bereits der Beschluss des Landgerichts – massive Kritik erfahren.

In der Tat wischt das Gericht etwa die Möglichkeit eines Verstoßes gegen § 3 Abs. 1 UWG im Hinblick auf Mitbewerber mit nur zwei Sätzen vom Tisch: Nach der Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG sind Verhaltensweisen unzulässig, die „geeignet sind, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen“. Das Gericht sieht hier nur einen Verstoß gegen die Interessen von Verbrauchern, da „die Informationsverpflichtung auch dazu dienen kann, Beeinträchtigungen der Privatsphäre durch unerwünschte Werbung abzuwehren und zu unterbinden“, wodurch der Verbraucher „nicht nur in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, sondern auch in seiner Stellung als Marktteilnehmer beeinträchtigt“ werde. Dass gerade die Facebook-Einbindung massive wirtschaftliche Auswirkungen durch zusätzliche Umsätze hat, ignoriert die Entscheidung, ebenso den Umstand, dass Datenschutz-Verstöße durchaus von vielen Gerichten und Kommentatoren als Wettbewerbsverstöße angesehen werden.

Zur Ehrenrettung des Gerichts sei allerdings darauf hingewiesen, dass das klagende Unternehmen offensichtlich sehr schwach vorgetragen hat – die Entscheidung weist selbst ausdrücklich darauf hin, dass die Richter mangels Angaben überhaupt nicht prüfen konnten, ob nicht angemeldete Facebook-Nutzer in ihren Rechten verletzt werden (zu ergänzen bleibt: auch Nicht-Facebook-Nutzer). Im Zivilverfahren darf das Gericht allerdings nur die Situation prüfen, die die Parteien ihm vorlegen – und die war eben viel zu knapp beschrieben.

Es ist also davon auszugehen, dass bei einer vernünftig formulierten Klage durchaus abweichende Entscheidun-

gen möglich sind, zumal es in der Entscheidung nur um die Informationspflichten über den Einsatz des Like-Buttons ging – zusätzlich muss auch noch der Nutzer in die Übermittlung seiner personenbezogenen Daten einwilligen, was regelmäßig nicht der Fall (aber bei richtiger Gestaltung durchaus möglich) ist.

Abgesehen davon stellt der Beschluss eine Einladung an Verbraucherverbände und Privatpersonen dar, die Verwendung des Like-Buttons abzumahnern. Denn obwohl dies für die Entscheidung völlig unnötig war, hat das Kammergericht einen Datenschutzverstoß und einen – durch Verbraucherverbände abmahnfähigen – Verstoß gegen Verbraucherinteressen schulbuchmäßig geprüft und bejaht. Insbesondere sieht das Gericht wohl auch denjenigen, der den Facebook-Code in die Website einbaut, als denjenigen an, der die Daten erhebt.

Eine Abmahnung durch Privatpersonen hat für Like-Button-Verwender immerhin einen klaren Vorteil: Die Streitwerte sind niedriger und damit auch die an den Abmahner zu erstattenden Kosten. Verbraucherverbände erhalten sowieso nur eine Abmahnpauschale von rund 200 Euro. Da aber nach der klaren Stellungnahme des Kammergerichts letztlich jeder Websurfer abmahnen kann und zusätzlich Bußgelder drohen, kann eine datenschutzrechtlich korrekte Facebook-Lösung trotzdem auch wirtschaftlich sinnvoll sein.

Weiterführende Links:

KG, Beschluss vom 29.4.2011, Az. 5 W 88/11

<http://openjur.de/u/164627.html>

Siehe auch den Beitrag „Datenschutz does not like Facebook's „Like“-Button, Google Analytics und Co.“ in unserem Client Letter E-Commerce – Datenschutz April 2011 sowie die dortigen Links.

3. Kammergericht: Kunden-Newsletter ohne ausdrückliche Einwilligung meist Spam

Wer einmal bei einem Händler gekauft hat, bekommt künftig meist ungefragt Werbe-Newsletter per E-Mail. Das ist nach § 7 Abs. 3 UWG allerdings nur unter engen Voraussetzungen zulässig: Insbesondere müssen sich die bereits verkauften und die beworbenen Produkte

„ähnlich“ sein. „Ähnlich“ sind nach einer kürzlichen Entscheidung des Kammergerichts allerdings nur Produkte, die austauschbar sind oder einem ähnlichen Bedarf oder Verwendungszweck dienen.

Wichtig ist dabei, dass nach dem Kammergericht für die Frage der Ähnlichkeit nicht die subjektive Einschätzung des Verkäufers entscheidend ist, sondern ausschließlich objektive Maßstäbe gelten:

Im konkreten Fall hatte ein Kunde ein Geschicklichkeitsspiel gekauft. Er erhielt in der Folge eine Werbe-E-Mail für „Must-haves für deine Silvesterparty“, in der ein „Wireless Lautsprecher Set“, „Origami Papier-Servietten“, „leuchtende Party-Gläser“, „witzige Eiswürfelformen“ und ein Musik-Abmischgerät beworben wurden. Der Händler berief sich darauf, es handle sich um „ähnliche“ Produkte im Sinne von § 7 Abs. 3 UWG.

Das Kammergericht erteilte dieser Ansicht eine Absage: Keines der beworbenen Produkte habe den gleichen typischen Verwendungszweck wie ein Geduldsspiel oder sei gar austauschbar. Ob es für eine „Ähnlichkeit“ genügen würde, wenn sich alle Produkte als Mitbringsel für einen Party-Gastgeber eignen, ließ das Kammergericht offen: Denn jedenfalls das Lautsprecher-Set und das Musik-Abmischgerät seien bereits angesichts ihres Preises von jeweils etwa 100 Euro nicht als Gastgeschenk geeignet. Dass der Händler alle Produkte alle beworbenen Produkte als „Top 5 Party-Mitbringsel“ bezeichnet habe, genüge nicht, um eine Ähnlichkeit zu bejahen: Denn wenn es nur darauf ankomme, was der Händler subjektiv als „ähnlich“ betrachte, werde das grundsätzliche Werbeverbot ausgehöhlt. Daher sei immer eine objektive Betrachtung erforderlich.

Mit seiner restriktiven Linie, was noch „ähnlich“ im Sinne von § 7 Abs. 3 UWG ist, liegt das Kammergericht auf der Linie des OLG Jena wie des Standard-Kommentars zum UWG von Köhler/Bornkamm. Allenfalls Zubehör könnte möglicherweise noch als „ähnlich“ angesehen werden. Selbst wenn die beworbenen Produkte „ähnlich“ sind, bleibt aber immer zu beachten, dass zudem alle anderen Voraussetzungen des § 7 Abs. 3 UWG erfüllt sein müssen, insbesondere die Hinweispflichten. Wer die Bedingungen des § 7 Abs. 3 UWG zu eng findet, muss eine Einwilligung einholen. Dabei gilt – siehe auch die oben unter 1. besprochene Entscheidung des OLG

Hamm, aber auch das hier zitierte Urteil des OLG Jena – ein voraktiviertes Kästchen nicht als Einwilligung.

Weiterführende Informationen:

KG, Beschluss vom 18.3.2011, Az. 5 W 59/11: Die Entscheidung ist bisher nicht veröffentlicht, wir übersenden sie Ihnen jedoch gerne per E-Mail.

OLG Jena, Urteil vom 21.4.2010, Az. 2 U 88/10

<http://openjur.de/u/56609.html>

4. Bei Paketversand Ausschluss der Ersatzzustellung vereinbaren

Ein aktuelles Urteil des OLG Köln gibt Anlass, auf einen zu wenig beachteten Aspekt der Ersatzzustellung von Paketen hinzuweisen: Regelmäßig behalten sich Paketdienstleister vor, auch in der Nachbarschaft zuzustellen. Was meist gut geht, führt manchmal zu großen Problemen – etwa wenn die „Nachbarschaft“ mal eben eine Dreiviertelstunde entfernt ist, der Nachbar das Paket beschädigt oder es überhaupt nicht mehr auftaucht.

Ist der Empfänger Verbraucher, der etwa in einem Online-Shop einkauft, ist all dies Risiko des Absenders: Denn nach § 474 Abs. 2 BGB gilt § 447 Abs. 1 BGB beim Verbrauchsgüterkauf nicht, d. h. anders als bei einem Verkauf an Unternehmer ist der Verkäufer sein Risiko nicht bereits bei Übergabe an den Paketdienst los, sondern erst dann, wenn der Empfänger oder ein Bevollmächtigter das Paket tatsächlich und unbeschädigt erhalten hat. Gerade bei wertvolleren Sendungen kann es sich daher empfehlen, mit dem Paketdienst explizit zu vereinbaren, dass eine Ersatzzustellung unzulässig ist – unabhängig von der Frage, ob die Ersatzzustellungs-Klausel in den AGB des Paketdienstes überhaupt wirksam ist. (Im Fall des OLG Köln war sie nicht wirksam – was im Verlust-Fall, nebenbei bemerkt, dazu führen könnte, dass der Händler beim Paketdienstleister Regress nehmen kann und den Schaden ausnahmsweise nicht selbst tragen muss.)

Weiterführende Links:

OLG Köln, Urteil vom 2.3.2011, Az. 6 U 165/10

http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/koeln/j2011/6_U_165_10urteil20110302.html

Kontakt:

Für Fragen zu Vorstehendem und für etwaige weitere Fragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung:

Matthias Bergt

E-Mail: mbergt@boetticher.com

Tel. +49 / 30 / 61 68 94 03

Dr. Anselm Brandi-Dohrn, maître en droit

E-Mail: abrandi-dohrn@boetticher.com

Tel. +49 / 30 / 61 68 94 03

Dieser Client Letter stellt lediglich eine Auswahl von aktuellen Entscheidungen und Entwicklungen zu den besprochenen Themen dar. Er erhebt weder Anspruch auf Vollständigkeit, noch stellt er Rechtsberatung dar. Wenn Sie Fragen zu den hier angesprochenen Rechtsproblemen – oder zu anderen Rechtsgebieten – haben, wenden Sie sich bitte an Ihren Ansprechpartner bei v. Boetticher Hasse Lohmann oder an die oben unter „Kontakt“ angegebene Person.

© 2011 v. Boetticher Hasse Lohmann – Partnerschaft von Rechtsanwälten. Alle Rechte vorbehalten.

Wenn Sie keine weiteren Informationen von v. Boetticher Hasse Lohmann über Rechtsfragen erhalten wollen, die wir für Sie für bedeutsam halten, senden Sie bitte eine E-Mail an die unter „Kontakt“ angegebene Person.

v. Boetticher Hasse Lohmann – Partnerschaft von Rechtsanwälten ist eine eingetragene Partnerschaftsgesellschaft (AG München PR 516). Sitz: Widenmayerstr. 6, 80538 München.