

# Update

## E-Commerce – Datenschutz

v. BOETTICHER HASSE LOHMANN

### Zusammenfassung:

1. **OLG München sieht Double-Opt-In-Mails als Spam an**
  - Das Double-Opt-In-Verfahren ist allgemein anerkannt, um die Einwilligung in den Empfang von Werbe-Newslettern zu belegen. Nicht beim OLG München. Aber auch sonst lauern Fallen in der konkreten Gestaltung.
2. **Werbe-Einwilligung durch Minderjährige nur mit Zustimmung der Eltern**
  - Minderjährige können die Reichweite einer Einwilligung in die Nutzung ihrer Daten nicht abschätzen, so das OLG Hamm. Es verbot daher ein Gewinnspiel zur Datensammlung als wettbewerbswidrig. Das Urteil betrifft auch viele weitere Geschäftsmodelle.
3. **„Button-Lösung“ in kaum einem Online-Shop ordnungsgemäß umgesetzt**
  - Der Bestell-Button heißt zwar meist korrekt „Kaufen“ – aber die restlichen Anforderungen des Gesetzes werden kaum beachtet.

### 1. OLG München sieht Double-Opt-In-Mails als Spam an

Wer – außerhalb eines bestehenden Kundenverhältnisses – Werbung per E-Mail versenden will, benötigt eine Einwilligung des Empfängers. Das Double-Opt-In-Verfahren gilt gemeinhin als das Mittel der Wahl, um diese Einwilligung zu belegen: Die Werbung wird nur verschickt, wenn der Empfänger mit dem Code aus einer ersten Check-Mail bestätigt, dass er den Newsletter erhalten will. Doch das OLG München hat in einer aktuellen Entscheidung die Check-Mail als verbotene Werbung eingestuft:

Die Check-Mail diene dem Ziel, das Erbringen der Dienstleistungen des Absenders zu fördern, wenn auch zunächst lediglich mit dem Ziel, eine ausdrückliche Einwilligung des Empfängers in den Erhalt des Newsletters zu erlangen. Das aber sei Werbung. Eine besondere werbende Botschaft müsse die Check-Mail für ein Verbot nicht enthalten. Die Einwilligung des Empfängers für die erste Check-Mail konnte der Newsletter-Versender naturgemäß nicht beweisen, so dass er den Prozess verlor.

Das Urteil ist auf massive Kritik gestoßen, widerspricht es doch der ganz herrschenden Meinung, die das Double-Opt-In-System für zulässig hält. Denn ansonsten bleibt nur noch eine digital signierte Newsletter-Bestellung als Nachweis übrig – angesichts der kaum gegebenen Verbreitung keine praktisch relevante Option. Bis zu einem klarstellenden Urteil des BGH bleibt aber eine erhebliche Verunsicherung.

In jedem Fall ist zu beachten, dass nicht jede Umsetzung eines Double-Opt-In-Systems zulässig ist: Enthält

die Check-Mail beispielsweise Werbung – deren Begriff ist sehr weit, wie das Urteil zeigt –, handelt es sich um verbotenen Spam. Kritisch können bereits „sprechende Namen“ von Newslettern sein. Auch verlangt der BGH als Nachweis der Einwilligung den Ausdruck einer E-Mail – die üblichen Verfahren, die nur mit dem Anklicken eines Links funktionieren, sind kritisch. Denn den Beweis, dass das verwendete Double-Opt-In-System ordnungsgemäß funktioniert, lässt der BGH nicht zu – erforderlich ist der Nachweis der Einwilligung im Einzelfall. Insbesondere das Mitloggen der IP-Adresse reicht nicht aus – und stellt im Gegenteil datenschutzrechtlich regelmäßig ein personenbezogenes Datum dar, so dass für die Speicherung eine Einwilligung erforderlich ist.

#### Weiterführende Informationen:

OLG München, Urteil vom 27.9.2012, Az. 29 U 1682/12

<http://openjur.de/u/566511.html>

Bergt: Check-Mails für Double-Opt-In im Konflikt mit dem Spam-Verbot, Der IP-Rechts-Berater (IPRB) 2013, Seiten 9-10

Für IPRB-Abonnenten (auch kostenloses Probeabo) kostenlos verfügbar über <http://www.ip-rb.de>

## 2. Werbe-Einwilligung durch Minderjährige nur mit Zustimmung der Eltern

Ein Gewinnspiel, das sich an Minderjährige richtet und auch eine Einwilligungserklärung für die Nutzung personenbezogener Daten zu Werbezwecken enthält, nutzt die geschäftliche Unerfahrenheit von Jugendlichen aus und ist daher nach § 4 Nr. 2 UWG wettbewerbswidrig. Das hat das OLG Hamm entschieden und einer Krankenkasse verboten, ohne Zustimmung der Sorgeberechtigten bei Gewinnspielen persönliche Daten von minderjährigen Verbrauchern ab 15 Jahren zu erheben, um diese als Kunden werben zu können. Die Begründung des Urteils betrifft alle Unternehmen, die Daten Minderjähriger mit irgendeiner Gegenleistung „erkaufen“, um sie zu Werbezwecken zu nutzen: Sie brauchen dafür die Zustimmung der Eltern.

Die Krankenkasse hatte auf einer Ausbildungsmesse ein Gewinnspiel veranstaltet, bei dem die Teilnehmer auch in die Nutzung ihrer Daten zu Werbezwecken einwilligen sollten – per Telefon, Post, E-Mail und SMS. Für Teilnehmer unter 15 Jahren verlangte das Formular die Unterschrift der Eltern. Ein Verbraucherverband mahnte die Krankenkasse ab. Diese verpflichtete sich daraufhin, Teilnahmemöglichkeit und Werbeeinwilligung klar zu trennen. Der Verbraucherverband verlangte aber, über-

haupt nicht mehr per Gewinnspiel Daten Minderjähriger für Werbezwecke zu erheben.

Das OLG entschied nun, dass Minderjährige nur mit Zustimmung ihrer Personensorgeberechtigten in die werbliche Nutzung ihrer Daten einwilligen können. Denn es könne nicht davon ausgegangen werden, dass Minderjährige ab dem 15. Lebensjahr grundsätzlich die nötige Reife hätten, um die Tragweite der Einwilligungserklärung zur Datenspeicherung und Datenverwendung zu Werbezwecken abzusehen. Denn würden Kinder oder Jugendliche zur Überlassung ihrer Daten gegen ein „Entgelt“ (z.B. Teilnahme an einem Gewinnspiel oder Werbegeschenk) aufgefordert, sei in der Regel ein Ausnutzen ihrer geschäftlichen Unerfahrenheit anzunehmen. Beim durchschnittlichen Jugendlichen überwiege beim Lesen der Gewinnkarte der Anreiz, möglicherweise etwas zu gewinnen, das konsequente Nachdenken darüber, was wohl infolge der Preisgabe der Daten passieren könnte.

Das OLG Hamm liegt damit grundsätzlich auf der Linie eines Urteils des OLG Frankfurt aus dem Jahr 2005, geht aber möglicherweise noch darüber hinaus. Das OLG Frankfurt hatte entschieden, dass Kinder nur mit Zustimmung ihrer Eltern einem – letztlich der Werbung für eine Automarke dienenden – Club beitreten dürfen. Das OLG Hamm hält die Einwilligung der Minderjährigen nach dem Wortlaut seiner Entscheidung aber nicht nur dann für unwirksam – und das Sammeln von Daten unter diesen Voraussetzungen für wettbewerbswidrig –, wenn die Minderjährigen dafür einen Vorteil erhalten, sondern grundsätzlich, wenn es um die Nutzung ihrer Daten zu Werbezwecken geht.

Unternehmen, die an einer längerfristigen Nutzbarkeit ihrer Daten interessiert sind, sollten daher möglichst die Zustimmung der Eltern einholen. In jedem Fall gelten die allgemeinen Regelungen zur (Un-)Wirksamkeit von Einwilligungserklärungen, die ausreichend Stolpersteine enthalten. Der vom OLG Hamm entschiedene Fall enthielt noch mehr Gründe für die Unwirksamkeit der Einwilligung – die aber wegen des grundsätzlichen Verbots nicht entscheidungserheblich waren.

Da die Krankenkasse Revision zum BGH eingelegt hat, ist in den nächsten Jahren eine Klärung zu erwarten, ob und unter welchen Voraussetzungen Minderjährige in die Werbenutzung ihrer Daten einwilligen können.

#### Weiterführende Informationen:

OLG Hamm, Urteil vom 20.9.2012, Az. I-4 U 85/12

<http://openjur.de/u/558277.html>

OLG Frankfurt, Urteil vom 30.6.2005, Az. 6 U 168/04

<http://openjur.de/u/228584.html>

### 3. „Button-Lösung“ in kaum einem Online-Shop ordnungsgemäß umgesetzt

Auch fast ein halbes Jahr nach Inkrafttreten der so genannten „Button-Lösung“ am 1. August 2012 setzt kaum ein Online-Shop das Gesetz vollständig um. Zwar ist der Bestell-Button meist ordnungsgemäß mit einem Begriff wie „Kaufen“ oder „Zahlungspflichtig bestellen“ beschriftet. Die restlichen Regelungen des § 312g BGB – von der Pflicht zur Angabe der wesentlichen Merkmale des Produkts in einer Bestell-Übersicht bis zur Gestaltung dieser Übersicht – scheinen dagegen bei den meisten Händlern nicht angekommen zu sein. Dabei drohen Abmahnungen und Schadensersatzansprüche von Kunden. Im schlimmsten Fall erbringt der Händler seine Leistung kostenlos.

Die notwendigen Änderungen im Online-Bestellprozess sind bereits im Update E-Commerce – Datenschutz April 2012 dargestellt. In der Praxis zeigen sich allerdings Umsetzungsdefizite insbesondere in den folgenden Punkten:

#### Fehlende Angabe der wesentlichen Merkmale

Die meisten Online-Shops beschränken sich darauf, in der Bestell-Übersicht die Bezeichnung und den Preis des zu erwerbenden Produkts anzuzeigen. Erforderlich ist allerdings die Angabe der „wesentlichen Merkmale“, also einer kurzen und knappen Auflistung derjenigen Eigenschaften, die ein Kunde benötigt, um sich für oder gegen einen Vertragsabschluss zu entscheiden. Teilweise wird auf die ausführliche Beschreibung des Produkts verlinkt, was aus zwei Gründen nicht den Anforderungen genügt: Einerseits müssen die „wesentlichen Merkmale“ in der Bestell-Übersicht selbst enthalten sein, so dass ein Link nicht ausreicht; andererseits enthält die normale Artikelbeschreibung meist weit mehr als nur die „wesentlichen Merkmale“, was ebenfalls unzulässig ist.

Bei Dienstleistungen, die mit Mindestlaufzeit, automatischer Verlängerung und Kündigungsfrist angeboten werden, fehlen oftmals Angaben dazu; teilweise wird nicht einmal ersichtlich, dass der Kunde überhaupt ein Abo abschließen soll.

#### Trennung der Bestell-Übersicht durch AGB & Co.

Die gesetzlichen Pflicht-Angaben müssen sich „unmittelbar“ über dem Bestell-Button befinden. Dies übersehen viele Händler, die weiterhin zwischen der Übersicht der zu bestellenden Artikel und dem Bestell-Button Hinweise auf AGB, Lieferanschrift, Zahlungsmodus oder eine Einwilligung zum Newsletter-Empfang aufführen.

#### Kombination Bestell-Übersicht und Newsletter-Einwilligung

Problematisch ist auch die Kombination einer datenschutzrechtlichen Einwilligung – etwa in den Erhalt eines Werbe-Newsletters – mit einer Bestellung. Denn eine Einwilligungserklärung, die zusammen mit anderen Erklärungen abgegeben wird, muss hervorgehoben werden – genauso wie die Bestell-Übersicht. Beide Hervorhebungen erheben Exklusivitätsanspruch, so dass die Konkurrenz nur dadurch zu lösen ist, dass die datenschutzrechtliche Einwilligung (oberhalb der Bestell-Übersicht oder vorher im Bestellprozess) gesondert erklärt wird.

#### Falsche Beschriftungen des Bestell-Buttons

Die meisten Beschriftungen des Bestell-Buttons machen mittlerweile deutlich, dass die Bestellung kostenpflichtig ist. Wenn allerdings verschiedene Zahlungsweisen mit unterschiedlichen Bestell-Buttons einhergehen, wird es schon mal kritisch: „Jetzt zum genannten Preis bestellen“ genügt den gesetzlichen Anforderungen, während zweifelhaft ist, ob durch die Formulierung „Mit Sofortüberweisung bezahlen“ deutlich genug wird, dass sich der Verbraucher zu dieser Zahlung auch verpflichtet. Die Beschriftung „Mit Kreditkarte bestellen“ ist dagegen unzulässig, da sie die Zahlungspflicht nicht klar genug macht: Die Kreditkartennummer kann auch nur als Sicherheit oder im Hinblick auf eine Vereinfachung späterer kostenpflichtiger Bestellungen abgefragt werden.

#### Typische Verstöße gegen weitere Anforderungen des § 312g BGB

In der Praxis zeigen sich zudem häufig weitere Verstöße gegen die gesetzlichen Regelungen zum elektronischen Geschäftsverkehr – obwohl diese bereits seit über zehn Jahren gelten:

Häufig – wenn auch weniger geworden – sind Verstöße gegen das Datenschutzrecht bei der Eingangsbestätigung von Bestellungen. Sollen derartige Bestätigungen per unverschlüsselter E-Mail versandt werden, dürfen sie keine personenbezogenen Daten wie die Adresse des Bestellers enthalten.

Schwierigkeiten gibt es gelegentlich auch bei der Anforderung, dem Kunden eine Möglichkeit zu geben, Eingabefehler zu erkennen und zu beheben. Dies ist insbesondere bei Zahlungs- und Identifikationsdaten der Fall, die aus falsch verstandenem Datenschutz nach erfolgter Eingabe nicht mehr vollständig angezeigt werden.

Kein direktes Problem der Button-Lösung, aber dennoch enorm praxisrelevant ist auch der Ort, an dem Informationen gegeben werden: Weil der Kunde nur bis zum Bestell-Button scrollen muss, ist nicht sichergestellt,

dass er Angaben unter dem Button zur Kenntnis nehmen muss. Werden Pflichtangaben erst unter dem Button gegeben (z.B. zum Bestellablauf, zum Widerrufsrecht oder zur Einbeziehung von AGB), ist dies zu spät. Folgen können z.B. eine rechtlich nicht vorhandene Widerrufsbelehrung mit allen Konsequenzen (Widerrufsfrist beginnt nicht zu laufen) und die Nichteinbeziehung der AGB sein. Aus der Nichteinbeziehung der AGB wiederum wird oft die Unwirksamkeit der Widerrufsbelehrung folgen – nämlich wenn die AGB regeln, dass der Kunde bei Kleinbestellungen die Kosten der Rücksendung zu tragen hat. Diese Regel gilt dann nicht, so dass die Widerrufsbelehrung falsch ist.

Dies gilt entsprechend für alle anderen gesetzlichen Informationspflichten. Herauszuheben ist noch die Information über die einzelnen technischen Schritte, die zum Vertragsschluss führen: Wird diese Information erst in der Bestell-Übersicht gegeben, ist sie verspätet. Denn

der Kunde befindet sich dann bereits im letzten Schritt dieses Prozesses.

#### Weiterführende Informationen:

Bergt: Praktische Probleme bei der Umsetzung neuer gesetzlicher Vorgaben im Webshop, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2012, Seiten 3541-3545

Kostenpflichtig verfügbar über <http://beck-online.beck.de>

Bergt: Neufassung des § 312g BGB – Neue Probleme bei Online-Bestellungen, in: Taeger (Hrsg.): IT und Internet – mit Recht gestalten, Edeweicht 2012

[http://www.boetticher.de/fileadmin/user\\_upload/downloads/Bergt\\_2012\\_S\\_15-34.pdf](http://www.boetticher.de/fileadmin/user_upload/downloads/Bergt_2012_S_15-34.pdf)

Bergt: Schutz personenbezogener Daten bei der E-Mail-Bestätigung von Online-Bestellungen, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2011, Seiten 3752-3758

Kostenpflichtig verfügbar über <http://beck-online.beck.de>

#### Ansprechpartner:

Wenn Sie Fragen haben oder weitere Informationen zu einem der Themen wünschen, wenden Sie sich bitte an:

**Matthias Bergt**

E-Mail: [mbergt@boetticher.com](mailto:mbergt@boetticher.com)

Tel. +49 / 30 / 61 68 94 03

**Dr. Anselm Brandi-Dohrn, maître en droit**

E-Mail: [abrandi-dohrn@boetticher.com](mailto:abrandi-dohrn@boetticher.com)

Tel. +49 / 30 / 61 68 94 03

oder Ihren üblichen Ansprechpartner bei v. Boetticher Hasse Lohmann.

Dieses Update stellt lediglich eine Auswahl von aktuellen Entscheidungen und Entwicklungen zu den besprochenen Themen dar, dient der allgemeinen Information und ersetzt keinesfalls eine spezifische Beratung im Einzelfall. 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 „Ansprechpartner“ angegebene Person.

Wenn Sie keine weiteren Informationen von v. Boetticher Hasse Lohmann über aktuelle Rechtsentwicklungen erhalten möchten, senden Sie bitte eine E-Mail an eine der oben als Ansprechpartner genannten Personen.

**v. Boetticher Hasse Lohmann**  
Oranienstraße 164  
10969 Berlin

**v. Boetticher Hasse Lohmann**  
Freiherr-vom-Stein-Straße 11  
60323 Frankfurt am Main

**v. Boetticher Hasse Lohmann**  
Widenmayerstraße 6  
80538 München

© 2013 v. Boetticher Hasse Lohmann – Partnerschaft von Rechtsanwälten. Alle Rechte vorbehalten.

v. Boetticher Hasse Lohmann – Partnerschaft von Rechtsanwälten ist eine eingetragene Partnerschaftsgesellschaft (AG München PR 516). Sitz: Widenmayerstr. 6, 80538 München. Impressum und weitere Informationen unter <http://www.boetticher.de/impressum.html>.