

SCHIEDERMAIR

RECHTSANWÄLTE

Newsletter Gewerblicher Rechtsschutz

Nr. 23 – Juli 2008

Wirksame Einwilligung in Werbung durch „Opt-out“-Erklärung?

In einem Grundsatzurteil – bislang nur bekannt in Form einer Pressemitteilung – hat der Bundesgerichtshof Klarheit über die Wirksamkeit vorformulierter Erklärungen zur Einwilligung in den Erhalt von Werbung geschaffen. Streitgegenstand war eine im Anmeldeformular verwendete Einwilligungsklausel des Kundenbindungs- und Rabattsystems „PAYBACK“. Mit dieser Klausel erklärte sich der neue Kunde unter anderem damit einverstanden, dass die von ihm bei der Anmeldung angegebenen Daten sowie seine im Rahmen der Nutzung der Kundenkarte gewonnenen Rabattdaten für Werbung an ihn per Post, SMS und E-Mail gespeichert und genutzt werden dürfen. Wünschte der Kunde die Speicherung und Verwendung seiner Daten zu Werbezwecken nicht, musste er ein Kreuzchen vor die Aussage *„Hier ankreuzen, falls die Einwilligung nicht erteilt wird. ...“* setzen.

Problem:

Die Wirksamkeit einer solchen „Opt-out“-Klausel (oder so genannten „Auskreuzlösung“) für die datenschutzrechtliche Einwilligung in die Zusendung von Werbung war bislang nicht abschließend geklärt, weil in den relevanten gesetzlichen Regelungen die Anforderungen an die Einwilligungserklärung nicht formuliert sind. Das einschlägige Bundesdatenschutzgesetz verlangt für die Speicherung und Nutzung von Daten – wenn diese nicht durch Gesetz oder eine andere Vorschrift erlaubt ist – die Einwilligung des Betroffenen, §§ 4, 4 a BDSG. Die Einwilligung muss „auf der freien Entscheidung des Betroffenen“ beruhen und im Regelfall schriftlich erklärt werden. Genauso knüpft § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG die Zulässigkeit bestimmter Werbemaßnahmen an die Einwilligung des Betroffenen. Werbung, die unter Verwendung elektronischer Post versendet

wird, stellt eine unzumutbare Belästigung dar, wenn nicht die „Einwilligung des Adressaten“ vorliegt. Zu Werbemaßnahmen per Post enthält das Wettbewerbsrecht keine Regelung.

Entscheidung:

Der BGH hat die „Opt-out“-Lösung als wirksam anerkannt, wenn es um die Einwilligung in Werbung per Post geht, jedoch als unangemessen beurteilt für Werbemaßnahmen per elektronische Post, d.h. SMS oder E-Mail (BGH, Urteil vom 16. Juli 2008 – VIII ZR 348/06). Während das OLG München in der Berufungsinstanz noch ohne Differenzierung die Wirksamkeit der Widerspruchslösung per Kreuzchen bejahte hatte, unterschieden die Karlsruher Richter nun zwischen den verschiedenen Kommunikationsmitteln, mit der Werbung dem Kunden übermittelt werden kann. Das Gericht machte damit aus der bis dahin rein datenschutzrechtlichen Auseinandersetzung eine Entscheidung, deren Schwerpunkt – abgesehen von anderen hier nicht relevanten Punkten – im Wettbewerbsrecht liegt.

Das höchste deutsche Zivilgericht entschied, dass die Einwilligungsklausel für Werbung per Post nicht zu beanstanden sei, weil sich aus § 4 a BDSG nicht ergebe, dass die Einwilligung nur dann wirksam sein soll, wenn sie in der Weise „aktiv“ erklärt wird, dass der Verbraucher eine gesonderte Einwilligungserklärung unterzeichnen oder ein für die Erteilung der Einwilligung vorzusehendes Kästchen ankreuzen muss („Opt-in“-Erklärung). Anders verhalte es sich für die Klausel, soweit sie sich auf Werbemaßnahmen per SMS oder E-Mail beziehe. Hier sei § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG einschlägig und mit dieser Vorschrift sei es nicht vereinbar, wenn der Kunde ein Kästchen ankreuzen müsse, falls er seine Einwilligung in die Zusendung von Werbung unter Verwendung von elektronischer Post nicht erteilen wolle. Aus dem Wortlaut der zugrunde liegenden EG-Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation (2002/58/EG) folge, dass eine gesonderte, nur auf die Einwilligung in die Zusendung von Werbung mittels elektronischer Post bezogene Zustimmungserklärung des Betroffenen erforderlich sei.

Kommentar:

Das Urteil des BGH ist insoweit zu begrüßen, als es Klarheit schafft in einer Frage, die eine große Zahl von Unternehmen immer wieder beschäftigt. Jedoch ist zu befürchten, dass es künftig in der praktischen Gestaltung von datenschutzrechtlichen Einwilligungserklärungen Probleme aufwirft. Unternehmen können nach der Rechtsprechung in Zukunft unterscheiden zwischen der Zustimmung in Werbung per Post oder per SMS und E-Mail. Während erstere über eine fingierte Positiverklärung und ein „Opt-

out“-Kreuzchen eingeholt werden kann, muss die Erklärung für Werbemaßnahmen mit elektronischer Post wegen der strengeren Regeln des Wettbewerbsrechts aktiv mit einem Einwilligungskreuzchen vorliegen.

Es liegt auf der Hand, dass die Verwendung von zwei unterschiedlichen Klauseln und Ankreuzoptionen – nämlich einmal zum Ausschluss der Einwilligung und einmal zur positiven Erklärung derselben – Verwirrung beim Verbraucher erzeugen kann, mit der Folge, dass eine solche Gestaltung – insbesondere in Allgemeinen Geschäftsbedingungen – wiederum als unwirksam angesehen werden könnte. Daher scheint es auch nicht unwahrscheinlich, dass Unternehmen in Zukunft verstärkt den einheitlichen und damit sichersten Weg der „Opt-in“-Lösung für die Einwilligung ihrer Kunden in den Erhalt von Werbung wählen, gleich mit welchem Kommunikationsmittel die Werbung verbreitet werden soll. Dies ist umso mehr zu erwarten und ratsam, wenn Unternehmen auch den Bereich der Telefonwerbung miteinfassen möchten, denn auch für den verlangt das Wettbewerbsrecht die ausdrückliche Einwilligung des Adressaten, § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG.

Stehen Unternehmen vor der Frage, ob und, wenn ja, wie eine datenschutzrechtliche Einwilligung zu formulieren ist, sollte für die unterschiedlichen Kommunikationsmittel allerdings jeweils sorgfältig vorab geprüft werden, ob überhaupt eine Einwilligungserklärung notwendig ist. Sowohl das Datenschutzrecht als auch das Wettbewerbsrecht formulieren nämlich ausdrücklich Tatbestände, in denen die Verwendung von Daten – auch für Werbezwecke – im Rahmen eines Vertragsverhältnisses ohne weiteres zulässig ist. Dabei handelt es sich allerdings um Ausnahmetatbestände, so dass eine kritische Prüfung im Einzelfall unerlässlich ist.

Für weitere Informationen stehen Ihnen Dr. Ulf Heil (heil@schiedermair.com) und Dr. Swen Vykydal (vykydal@schiedermair.com) gerne zur Verfügung. Wir möchten an dieser Stelle darauf hinweisen, dass die allgemeinen Informationen in unserem Newsletter eine Rechtsberatung im Einzelfall nicht ersetzen können. Sie können alle Newsletter auf unserer Homepage www.schiedermair.com (Arbeitsgebiete/Gewerblicher Rechtsschutz) einsehen.