

BGB § 307 Abs. 1; BDSG § 4 Abs. 1; UWG § 7 Abs. 2 Nr. 3

BGH EWIR § 307 BGB 2/09, 45 (Hoeren)

Leitsatz des Verfassers:

Die Werbung über SMS und E-Mail bedarf der Einwilligung des Betroffenen (Opt in). Die Werbung per Post und Kontaktaufnahme zu Marktforschung kann hingegen auch dadurch legitimiert werden, dass der Kunde auf einem Formular ankreuzen kann, falls die Einwilligung nicht erteilt wird (Opt out).

BGH, Urt. v. 16. 7. 2008 – VIII ZR 348/06 (OLG München) +, ZIP 2008, 1826 = DB 2008, 2188 = NJW 2008, 3055 = WM 2008, 1941

**Kurzkomentar:**

*Thomas Hoeren, Dr. iur., Universitätsprofessor, Münster*

1. Seit einigen Monaten stehen die Fragen des Direktmarketing, des Adresshandels und des Scoring im Vordergrund politischer Diskussionen. Auch in der emotional und politisch hochgekochten Datenkrise spielen Fragen des Direktmarketing eine Rolle. So taucht die Frage auf, ob man die verschiedenen Möglichkeiten der direkten Ansprache von Kunden nach dem BDSG und dem UWG nutzen kann. Insbesondere versuchen manche Unternehmen, das nach § 4 Abs. 1 BDSG grundsätzlich bestehende Einwilligungserfordernis dadurch zu umgehen, dass sie auf eine Opt-out-Lösung abstellen. Hierbei kreuzt der Kunde an, wenn er nicht per Mail, Telefon oder SMS über Produkte informiert werden will. Die deutschen Verbraucherschutzverbände haben sich über diese Variante immer sehr geäußert und daher einen Musterprozess gegen das Kundenbindungs- und Rabattunternehmen Payback angestrengt. Dieses Unternehmen hatte mit seiner Klausel die Opt-out-Lösung für die Werbung per Post, SMS und E-Mail-Newsletter legitimieren wollen. Auch die Marktforschung war über eine Opt-out-Lösung abgesichert. Hinzukamen weitere Hinweise auf die Erforderlichkeit der Nutzung von Geburtsdaten und die Weitergabe von Rabattdaten an Partnerunternehmen zur Abrechnung entsprechender Rabatte.

2. Der BGH hat nun zwischen den verschiedenen Varianten und Bestandteilen der Klausel genauestens unterschieden. Zu Recht stellt er fest, dass die Verwendung von Geburtsdaten ebenso zulässig sein muss wie die Weitergabe von Daten zur Abrechnung der Rabatte. Insofern ist das Urteil für die Praxis hilfreich, als der BGH auf § 28 Abs. 1 Satz 1 BDSG und die dort enthaltene gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für eine Datenweitergabe abstellt. Sehr häufig finden sich nämlich in Einwilligungsklauseln und sonstigen vertraglichen Regelungen zum Datenschutz Hinweise auf Vorgänge, für die man gar keine Einwilligung des Kunden braucht. Das sind vor allem die Vorgänge, die zur Durchführung des entsprechenden Kundenauftrags gehören oder im weiteren Sinne für die Abwicklung der Kundenbeziehungen vonnöten sind. Solche Datentransfers sind auch ohne Einwilligung des Kunden zulässig. Insofern sollte die deutsche Industrie einmal ihre entsprechenden Klauseln durchschauen; hier kann einiges an überflüssigem Ballast aus den Einwilligungserklärungen gestrichen werden. Es bleibt noch die Frage nach der Zulässigkeit der Datenweitergabe mit Post, SMS

und E-Mail-Newsletter. Für die Werbung mit der Post ist der BGH zu Gunsten der Industrie großzügig. Er stellt auf §§ 4 und 4a BDSG ab, wonach es einer Einwilligung des Kunden für eine Datenweitergabe zu diesen Zwecken bedürfe. Man müsse hier allerdings die Einwilligung weit verstehen; jede Willensbekundung reiche, die ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgt ist. An einer freiwilligen Entscheidung fehle es allenfalls, wenn die Einwilligung in einer Situation wirtschaftlicher oder sozialer Schwäche oder Unterordnung erteilt worden ist. Hier gehe es aber nur um die Entscheidung für den Beitritt zu einem Rabatt- und Kundenbindungssystem. Es fehle bei einer solchen Entscheidung an einem rechtlichen, wirtschaftlichen oder faktischen Zwang. Insofern könne man auch eine Widerspruchslösung als „Einwilligung“ i. S. v. § 4 BDSG verstehen. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass man ohnehin hier nicht auf den oberflächlichen, sondern den durchschnittlich informierten und verständigen Verbraucher abstellen könne, der einer vorformulierten Einwilligungserklärung die der Situation angemessene Aufmerksamkeit entgegenbringt. Ganz anders sieht der BGH die Sach- und Rechtslage bei der Versendung von SMS oder E-Mails. Hier sei zentral auf § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG abzustellen. Diese Vorschrift mache eine solche Datenweitergabe und die damit verbundene Werbekampagne zu einer unzumutbaren Belästigung, sofern keine Einwilligung des Adressaten vorliegt. Hier bedürfe es einer spezifischen Einwilligungserklärung; der Kunde müsse entweder ein bestimmtes Kästchen ankreuzen oder sonst eine vergleichbar eindeutige Erklärung abgeben, die seine Zustimmung beinhaltet. Die bloße Unterschrift am Ende des Vertragsangebots reiche nicht aus. Auch in der Angabe der E-Mail-Adresse oder Mobilfunknummer sei keine entsprechende gesonderte Einwilligung zu sehen. Eine mit diesem Grundgedanken des § 7 Abs. 2 UWG unvereinbare Einverständniserklärung sei unangemessen i. S. v. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

3. Die Entscheidung des BGH ist in ihrer Klarheit und Nüchternheit bestechend. Der Direktmarketingindustrie ist nun klar, was sie zu tun hat: Für SMS und E-Mail-Werbung bedarf es einer gesonderten Einwilligungserklärung im Sinne des sog. Opt-in. Entgegenstehende Klauseln sind AGB-rechtlich ahndbar und müssen daher umgestaltet werden. Anders ist die Situation im Postbereich. Insofern schafft die Entscheidung auch Klarheit für den Postversand von Werbematerialien, die künftig auf der Basis einer Opt-out-Mustergestaltung erfolgen kann. Spannend ist allerdings eine Nuance der Entscheidung, die bislang kaum gesehen worden ist: Der BGH nimmt die Unterscheidung zwischen Werbung und Marktforschung in der vorliegenden Klausel hin. Auch wenn er sich nicht ausdrücklich dazu äußert, wird man die Entscheidung so lesen können, dass für Marktforschung eine Opt-out-Klausel auch ausreicht. Damit wäre es auch möglich, zu Marktforschungszwecken Kunden anzurufen oder per E-Mail zu befragen. Das hat bislang noch keiner so gesehen. Wer die Direktmarketing-situation vor Ort sieht, wird feststellen, dass sehr häufig gar keine Werbeanrufe getätigt werden, sondern Marketingmaßnahmen mit Hinweis auf Marktforschung begründet werden. Die h. M. hatte auch Marktforschung als Werbung eingestuft und entsprechend den Regelungen des BDSG und des UWG unterworfen. Dies wird sich nach dieser Entscheidung des BGH nicht mehr aufrechterhalten lassen.