

Dr. Martin Bahr

Wichtige Entscheidungen zu Werbeeinwilligung nach DSGVO und UWG

Der Artikel beleuchtet, welche wichtigen Entscheidungen es in der letzten Zeit zu Werbeeinwilligungen für Unternehmer gab. Der Fokus der Darstellung liegt dabei darauf, welche nützlichen Standpunkte die Gerichte zugunsten der Werbetreibenden vertreten und wie diese in der Praxis gewinnbringend genutzt werden können.



DER AUTOR



Die **Kanzlei Dr. Bahr** (<http://www.Dr-Bahr.com>) ist auf den Bereich des Rechts der Neuen Medien und den gewerblichen Rechtsschutz (Marken-, Urheber- und Wettbewerbsrecht) spezialisiert. Unter Suchmaschinen- und-Recht.de betreibt sie seit 2005 ein eigenes Themenportal zur rechtlichen Dimension von Suchmaschinen.

A. Problemlage

Mittels Einwilligungen können Unternehmer über unterschiedliche Werbekanäle (Post, E-Mail, Fax, SMS) ihre Waren und Dienstleistungen anpreisen und so Neukunden akquirieren. Derartige Werbeeinwilligungen sind in der Praxis jedoch häufig mit rechtlichen Problemen belastet, da sie schnell unwirksam und damit nicht mehr zu gebrauchen sind.

In der letzten Zeit gab es mehrere (erfreuliche) Urteile zu Werbeeinwilligungen, die wir nachfolgend darstellen.

B. Wichtige Entscheidungen

1. Grundlagen-Entscheidung des BGH

Das wohl wichtigste Urteil für den Bereich des Online-Marketings stammt vom Februar 2018.¹ Die höchsten deutschen Zivilrichter treffen hier gleich drei wichtige Entscheidungen, die das Leben vieler Unternehmen erleichtern werden.

a. Nur noch eine Checkbox für alle Werbekanäle

Bislang war umstritten, ob und in welchem Umfang der Werbetreibende pro Werbekanal eine eigenständige Checkbox einsetzen musste. Die überwiegende Anzahl der Gerichte vertrat den Standpunkt, dass pro Werbekanal (z. B. E-Mail und Telefon), eine autonome Einwilligung einzuholen sei. Dies führte in der Praxis zu absolut unübersichtlichen Checkbox-Organen.

Durch die vorgenannte BGH-Entscheidung hat sich das grundlegend geändert. Danach reicht eine einzige Checkbox aus, um das Opt-in für alle Werbekanäle zusammen einzuholen.

Diese Neuerung stellt eine wichtige Kehrtwende dar, die das Leben vieler Werbetreibender deutlich erleichtern wird. Denn nun reicht eine einzige Checkbox aus, um die Zustimmung für alle Werbekanäle abzufragen.

Foto: madsdesign24 / gettyimages.de

¹ BGH, Urt. v. 01.02.2018 – Az.: III ZR 196/17.

b. Einwilligung gilt zeitlich unbefristet

Die zweite wichtige Neuerung durch diese Entscheidung betrifft die Zeitdauer einer Einwilligung. Bislang vertraten die meisten Gerichte den Standpunkt, dass eine Einwilligungserklärung nur eine begrenzte Zeit wirksam ist und danach verfällt.

Auch hier hat der BGH durch die vorgenannte Entscheidung das Arbeitsleben der Unternehmen massiv erleichtert. Er hat nämlich klargestellt, dass eine Einwilligung gerade eben nicht durch bloßen Zeitablauf unwirksam wird. Somit können Sie auch ältere Opt-ins noch problemlos benutzen, auch wenn schon mehrere Jahre vergangen sind. Bitte beachten Sie aber dabei, dass es empfehlenswert ist, nur solche Einwilligungen zu benutzen, die Sie in regelmäßigen Abständen verwenden. Denn nur so können Sie im Zweifelsfall vor Gericht darlegen, dass Sie noch ein entsprechendes Interesse an der Einwilligung besitzen.

Sie sollten daher überlegen, ob Sie nicht zu einem bestimmten Termin jeweils eine Aussendung vornehmen, um zu einem späteren Zeitpunkt Ihr Interesse nachweisen zu können – quasi eine Art digitaler Frühjahrsputz.

c. Hinreichende Bestimmtheit

Die dritte große Veränderung betrifft die Rechtsprechung zur hinreichenden Bestimmtheit.

In der bisherigen Linie des BGH waren im Grunde genommen sämtliche Versuche, für welche Zwecke eine Werbeeinwilligung vorgesehen war, von vornherein zum Scheitern verurteilt, da sie nach Ansicht der Robenträger nicht hinreichend bestimmt waren. Im Grunde genommen scheiterte in der Praxis jede Einwilligungsklausel an diesem Erfordernis.

Insofern ist es eine positive Überraschung, dass der BGH hier nun den Standpunkt vertrat, dass die Bestim-

mung ausreichend konkretisiert war. Es ging dabei um nachfolgende Formulierung:

„Ich bin damit einverstanden, dass meine Vertragsdaten aus meinen Verträgen mit der T. GmbH von dieser bis zum Ende des Kalenderjahres, das auf die Beendigung des jeweiligen Vertrages folgt, zur individuellen Kundenberatung verwendet werden.“

An und für sich eine klare Sache, nämlich nicht hinreichend bestimmt und somit unwirksam.

Anderer Ansicht nun der BGH, der ausdrücklich erklärt, dass die Verwendung dieser Umschreibung nicht unklar sei, sondern vielmehr ausreichend bestimmt, und die Einwilligungserklärung gültig sei.

Die Entscheidung wird man nicht als Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung sehen können, denn dazu ist sie zu stark einzelfallbezogen. Ganz sicher werden auch in Zukunft die meisten Gerichte Einwilligungsklauseln aufgrund ihrer fehlenden hinreichenden Bestimmtheit in der Praxis zerpfücken.

Gleichwohl bietet diese Entscheidung eine gute Argumentationsgrundlage, um im Fall einer rechtlichen Auseinandersetzung Verteidigungsmöglichkeiten zu haben.

2. Keine Werbung in berechtigten Service-Mails

Eine weitere wichtige Entscheidung fällt der BGH im Juli 2018.²

Dort ging es um die Frage, ob ein Amazon-Verkäufer bei der Übersendung der Rechnung per E-Mail auch Werbung platzieren darf. Der Marketplace-Anbieter hatte in der E-Mail den Kunden dazu aufgefordert, ihn zu bewerten.

Dies stuften die Richter als Werbung und somit als unerlaubte Nachricht ein. Nur weil der Verkäufer eine Service-E-Mail, die die Rechnung ent-

hielt, übersandte, war er nicht befugt, in dieser elektronischen Nachricht gleichwohl eine Kundenzufriedenheitsbefragung zu platzieren.

Die Reichweite dieser Entscheidung kann kaum überschätzt werden. Sie gilt nämlich für alle Arten von Service-E-Mails, nicht nur für die Versendung von Rechnungen. Das Verbot bezieht sich ebenso auf alle Formen von Werbung, z. B. Hinweise auf neue Apps oder neue Angebote. Es spielt dabei auch keine Rolle, wo diese Werbung platziert ist, ob im Header, im Footer oder mittels Grafiken.

3. Neue Rechtsprechung des OLG Frankfurt a. M.

Für viel Aufsehen sorgte die Rechtsprechung des OLG Frankfurt a. M. von Mitte 2019.³

Während die Frankfurter Richter in der Vergangenheit sehr restriktiv mit Werbeeinwilligungen umgingen, hat sich dies nun erfreulicherweise geändert.

a. Hinreichende Bestimmtheit

Dem Fall lag die Konstellation zugrunde, dass ein Energie-Unternehmen Verbraucher anrief und sich dabei auf eine Einwilligungserklärung berief, die unter anderem hinsichtlich der sachlichen Reichweite auf „Strom & Gas“ und „Marketing und Werbung“ lautete.

Die Richter aus Hessen stuften die Klausel „Strom & Gas“ als hinreichend bestimmt und somit als wirksame Einwilligung ein. Bei der Formulierung „Marketing und Werbung“ sei dies anders, hier könne der Verbraucher nicht erkennen, für welche Art von Produkten die Zustimmung gelten solle.

Richtig überzeugend ist diese Differenzierung ehrlicherweise nicht, denn wenn man „Marketing und Werbung“ als zu unbestimmt einstuft, müsste dies eigentlich auch für „Strom & Gas“ gelten. Ein Grund für diese Ungleich-

² BGH, Urt. v. 10.07.2018 – Az.: VI ZR 225/17.

³ OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 27.06.2019 – Az.: 6 U 6/19.

behandlung lässt sich in den Entscheidungsgründen nicht finden.

Gleichwohl können viele Unternehmen sich auf diese Wirksamkeit berufen und parallele Beispiele für ihren Bereich finden. Zumindest bietet dieses Urteil ausreichend Munition, um sich im Fall der Fälle zu verteidigen.

b. Keine Infizierung durch Unwirksamkeit

Ebenso wichtig sind die Aussagen der Richter, dass eine wirksame Einwilligungserklärung nicht durch eine einzelne unwirksame Formulierung infiziert und somit die gesamte Klausel nichtig wird.

Die Richter des OLG Frankfurt a. M. erklären ausdrücklich, dass eine etwaige Teilunwirksamkeit einer Erklärung nicht dazu führt, dass auch der Rest der Zustimmung infiziert und untauglich wird.

Auch dieser Umstand ist für viele Werbetreibende eine sehr positive Aussage.

c. Acht Co-Sponsoren sind in Ordnung

Das Urteil beantwortet auch eine weitere wichtige Frage, nämlich wie viele Co-Sponsoren in einer Einwilligungserklärung stehen dürfen.

Im vorliegenden Fall waren es acht Sponsoren. Das Gericht stufte dies als unproblematisch ein, da der Verbraucher sich in hinreichend transparenter Weise mit den einzelnen Unternehmen auseinandersetzen könne.

Wichtig ist dabei, zu erwähnen, dass die Anzahl acht nicht das Ende der oberen Fahnenstange ist. Vielmehr ist es lediglich das untere Minimum, das rechtlich unproblematisch ist.

Die ältere Rechtsprechung hatte bei 50 und mehr Sponsoren die Reißleine gezogen und geurteilt, dass dies nicht mehr hinreichend transparent sei. Die Wahrheit wird also irgendwo zwischen acht und 50 liegen.

d. Kopplungen mit Werbeeinwilligungen

Ebenso für zulässig erachten die Frankfurter Richter die Kopplung des Gewinnspiels mit der Einwilligung in Werbung.

Sie erklären ausdrücklich, dass eine solche Ausgestaltung mit der DSGVO konform gehe und ausreichend freiwillig sei. Der Verbraucher könne und müsse selbst entscheiden, ob ihm die Teilnahme die Preisgabe seiner Daten wert sei.

4. Äußerungen der Datenschutzkonferenz

Die Datenschutzkonferenz (DSK) hat vor einiger Zeit ein eigenes Kurzpapier zu Werbeeinwilligungen herausgegeben.⁴ Inhaltlich bietet dieses Dokument kaum Neues, jedoch gibt es in zwei Detail-Fragen wichtige Statements der obersten Datenschützer in Deutschland.

a. Bei Unwirksamkeit (angeblich) kein Rückgriff auf andere DSGVO-Normen

Die DSK vertritt den Standpunkt, dass im Falle der Unwirksamkeit einer Einwilligung angeblich kein Rückgriff auf andere DSGVO-Normen möglich sei.

Scheiterte beispielsweise die Cookie-Erhebung auf einer Webseite aufgrund einer unzureichenden Willenserklärung, könne sich der Webseitenbetreiber nicht mehr auf die berechtigten Interessen stützen.

Die DSK musste berechtigterweise für diese Äußerung viel Kritik einstecken, denn weder aus dem Gesetz noch aus den Erwägungsgründen lässt sich eine solche Interpretation ableiten. So bemühen die Datenschützer den allgemeinen Grundsatz der Fairness und Transparenz, um ihre Meinung zu begründen. Ehrlicherweise kann man aus diesen Grundsätzen alles und nichts herleiten, insofern ist diese Auslegung mehr als fraglich.

Wichtig ist, an dieser Stelle auch noch mal zu verdeutlichen, dass die DSK-Interpretation keineswegs bindendes Recht ist, sondern vielmehr nur die subjektive Sicht einer Behörde. Erst die angerufenen Gerichte werden letzten Endes entscheiden, wie die Gesetze tatsächlich auszulegen sind.

b. Kriterien für die Fortgeltung alter Einwilligungen

Der zweite Punkt, den die DSK erläutert, betrifft die Fortgeltung alter Einwilligungen. Nach Erwägungsgrund 171 gelten alte, vor der DSGVO erhobene Einwilligungen weiterhin, wenn sie den Bedingungen der DSGVO entsprechen.

Dabei ist umstritten, was nun genau unter Bedingungen zu verstehen ist. Klar ist, dass nicht die identischen Anforderungen gelten können, wie die DSGVO sie für neue Einwilligungen aufstellt, denn bestimmte Voraussetzungen, zum Beispiel die umfangreichen Informationspflichten, gab es in der Vergangenheit so nicht.

Die Datenschützer benennen nun folgende fünf Kriterien, die erfüllt sein müssen, damit eine alte Einwilligung auch noch heute gilt:

- » Nachweispflicht
- » Freiwilligkeit
- » ausdrückliche Erklärung
- » Möglichkeit des Widerrufs
- » Einwilligung bei Kindern muss DSGVO entsprechen

Unternehmen sollten daher genauestens überprüfen, ob ihre Asbach-Uralt-Opt-ins diese Anforderungen erfüllen. Wenn dies der Fall sein sollte, bestehen gute Chancen, dass die Zustimmungen auch noch in den nächsten Jahren problemlos weiterverwendet werden können. ¶

⁴ DSK Kurzpapier Nr. 20 „Einwilligung nach der DSGVO“.