

Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

5
K&R

- Editorial: Livestreaming in der Corona-Krise –
der Anfang vom Ende des linearen Rundfunkbegriffs?
Dr. Frederik Ferreau
- 325 Covid-19 und Distanzgeschäfte – Sonderregeln für
einen „C-Commerce“?
Prof. Dr. Felix Buchmann und Anna-Lena Hoffmann
- 333 Datenschutz in Zeiten der Corona-Krise · *Samuel Strauß*
- 337 Entwicklungen im zivilrechtlichen Telekommunikationsrecht
im Jahr 2019
Dr. Thomas Sassenberg, Dr. Reto Mantz und Dr. Gerd Kiparski
- 344 Ein Minenfeld für Anbieter sozialer Netzwerke –
Zwischen NetzDG, Verfassungsrecht und Vertragsfreiheit
Dr. Johanna Spiegel und Dr. Britta Heymann
- 350 Der persönlichkeitsrechtliche Schutz vor Deepfakes
Frank Hartmann
- 357 Länderreport Schweiz · *Dr. Ursula Widmer*
- 358 EuGH: Online-Marktplatz haftet nicht für Lagerung von
markenrechtsverletzenden Waren Dritter
mit Kommentar von *Dr. Alexander R. Klett* und
Dr. Christoph Mikyska
- 364 EuGH: Keine öffentliche Wiedergabe durch Mietwagen-Radio
mit Kommentar von *Dr. Nils Rauer* und *Alexander Bibi*
- 370 BGH: Online-Händler haftet nicht für Kundenbewertungen
auf Amazon
- 386 VG Saarlouis: Nachweisbarkeit einer Einwilligung
in Telefonwerbung
mit Kommentar von *Dr. Thomas Nägele* und *Serpil Dilbaz*
- 396 Glosse: Grenzenlose Produkthaftung? · *Dr. Thomas Höhne*

23. Jahrgang

Mai 2020

Seiten 325–396

der durch die Klägerin betriebenen Kommunikationsnetzinfrastruktur möglicherweise nicht gänzlich klar gewesen, fehlt in Anbetracht des Vorlagebeschlusses des Senats und der eingehenden und auch schriftsätzlich dokumentierten Erörterung dieses Umstandes im Vorabentscheidungsverfahren vor dem Gerichtshof jede Grundlage.

b) Aber auch unabhängig hiervon sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Klägerin mit dem Betrieb eigener Telekommunikationsnetze und deren Einbindung in das weltweite Internet bzw. durch den partiellen Abschluss von Transitvereinbarungen mit anderen Netzbetreibern gegenüber den Endnutzern von Gmail im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs die Verantwortung für die für das Funktionieren dieses Dienstes erforderliche Signalübertragung übernehme. Die Klägerin bietet den Endnutzern von Gmail wie andere Betreiber von Webmail-Diensten eine einfache und weltweit verfügbare Ende-zu-Ende-Kommunikation per E-Mail an; insbesondere handelt es sich bei Gmail nicht um einen qualitätsgesicherten Spezialdienst im Sinne von Art. 3 Abs. 5 der VO (EU) 2015/2120 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 11. 2015 (ABl. L 310, S. 1). Für die damit für den Betrieb von Gmail zu gewährleistende Signalübertragung sind der Betrieb eigener Telekommunikationsnetze und deren konkrete Einbindung in das weltweite Internet sowie der Abschluss von Transitvereinbarungen mit anderen Netzbetreibern weder technisch erforderlich, – vgl. zu diesem Kriterium EuGH, Urt. v. 5. 6. 2019 – C-142/18, Skype Communications, a. a. O., Rn. 34 f., – noch – sofern es hierauf überhaupt noch ankommt – in einer sonstigen Weise derart prägend, dass von einem gleichsam „integrierten“ Dienst ausgegangen werden könnte, der ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen bestünde.

Die Klägerin hat im Berufungsverfahren dargelegt, weltweit und auch in Deutschland eine eigene Telekommunikationsnetzinfrastruktur zu unterhalten, zu der insbesondere einige Hochleistungsverbindungen zwischen Metropolregionen gehören. Diese Infrastruktur ist maßgeblich für den Betrieb datenintensiver Dienste wie Google-Suche oder YouTube aufgebaut worden und für den Betrieb des E-Mail-Dienstes Gmail in technischer Hinsicht nicht erforderlich, auch wenn sie für die Signalübertragung für Gmail mitgenutzt wird. Sie ist als autonomes System mit den autonomen Systemen anderer Netzbetreiber zusammengeschaltet und bildet gemeinsam mit diesen das weltweite Internet. Grundlage der Zusammenschaltungen sind – wie international üblich – sog. Peering- und Transitvereinbarungen, die die Klägerin mit den Betreibern der anderen Netzwerke trifft. Weltweit unterhält die Klägerin mehrere tausend dieser Peering- und Transitbeziehungen, von denen mehr als 250 auch den Austausch von Datenverkehr mit IP-Adressen in Deutschland betreffen. Der Großteil der Zusammenschaltungen, insbesondere diejenigen mit den großen deutschen Mobilfunk- und Kabelnetzbetreibern, beruht dabei auf einfachen Peeringbeziehungen, bei denen entweder eine Direktverbindung zwischen den Partnern der betroffenen Telekommunikationsnetze (sog. Private Peering) oder eine Zusammenschaltung mehrerer Telekommunikationsnetze an einem öffentlichen „Internet-Exchange“ (sog. Public Peering) erfolgt. In technischer Hinsicht bedarf es für eine Zusammenschaltung neben der physischen Verbindung der Netze softwareseitig einer entsprechenden Konfiguration der betroffenen Router. Die hierfür erforderlichen Informationen werden entweder zwischen den Betreibern der Netze ausgetauscht oder automatisch generiert. In den allermeisten Fällen

bestehen keine schriftlichen Vereinbarungen, sondern schlichte „Handshake Agreements“, mit denen sich die Netzbetreiber mit einer Zusammenschaltung einverstanden erklären. Vertragliche Leistungspflichten gehen mit dem Peering in keinem Fall einher. Insbesondere werden keine Qualitätsanforderungen an die Datenübertragung vereinbart; es gilt das „Best-Effort“-Prinzip. Der Datenaustausch erfolgt zudem dienstneutral auf IP-Ebene, ohne einen spezifischen Zusammenhang zum Betrieb von Gmail aufzuweisen. Zusätzlich hat die Klägerin mit Relevanz für den Datenverkehr in Deutschland insgesamt drei globale Transitvereinbarungen mit internationalen Transit-Providern geschlossen, die ihr gegen Entgelt die Durchleitung eigener Datenströme durch deren Hochleistungsverbindungen maßgeblich zur Stützung der von ihr angebotenen datenintensiven Dienste ermöglichen. Sie enthalten zwar wie international üblich „Service Level Agreements“, in denen Erwartungen an bestimmte allgemeine Qualitätsparameter wie Verfügbarkeit, Latenz oder Paketverluste zum Ausdruck kommen. Auch diese Transitvereinbarungen betreffen aber dienstneutral die Datendurchleitung auf IP-Ebene, und sie gelten auch nur für die Inanspruchnahme der jeweiligen Hochleistungsverbindung und nicht für die gesamte für den Betrieb von Gmail erforderliche Ende-zu-Ende-Verbindung über das offene Internet. Für die Erbringung von Gmail besitzen sie damit keine beachtliche praktische Relevanz.

4. Hiernach kann offen bleiben, ob es sich bei Gmail zudem um einen Dienst handelt, der im Sinne von Art. 2 lit. c der Rahmenrichtlinie auch gewöhnlich bzw. im Sinne von § 3 Nr. 24 TKG in der Regel gegen Entgelt erbracht wird, obwohl Gmail ebenso wie andere vergleichbare E-Mail-Dienste jedenfalls in der Basisversion ohne die Erhebung einer Gebühr gegenüber dem Endnutzer angeboten wird. [...]

Nachweisbarkeit einer Einwilligung in Telefonwerbung

VG Saarlouis, Urteil vom 29. 10. 2019 – 1 K 732/19 (nicht rechtskräftig)

Volltext-ID: KuRL2020-386, www.kommunikationundrecht.de

Art. 58 Abs. 2 DSGVO; § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG

Die Voraussetzungen für das Verbot telefonischer Werbeansprachen gegenüber natürlichen Personen liegen vor. Eine wirksame Einwilligung in Telefonwerbung wurde nicht eingeholt. Entscheidend ist, dass mit dem durchgeführten Double-opt-in-Verfahren nur E-Mail-Adressen verifiziert werden können, nicht jedoch die „Echtheit“ einer angegebenen Telefonnummer. Allein dann, wenn der Unternehmer darlegen kann, dass der Telefonanschluss auch der E-Mail-Adresse zuzuordnen ist, unter der die Bestätigung abgesandt wurde, obliegt es dem Verbraucher darzulegen, dass er kein Einverständnis mit Werbeanrufen erklärt hat. (Leitsatz der Redaktion)

Sachverhalt

Die Klägerin wendet sich gegen die von der Beklagten erlassene datenschutzrechtliche Anordnung der Einstellung der Verarbeitung personenbezogener Daten für Zwe-

cke des telefonischen Direktmarketings und der Löschung dazu verarbeiteter Daten betroffener Personen, soweit diese personenbezogenen Daten über die Website www.[...].de oder über andere Online-Gewinnspiele generiert wurden/werden und keine Einwilligung vorliegt, für die der Nachweis geführt werden kann, dass die Einwilligung unmissverständlich und zweifelsfrei von der betroffenen Person erklärt wurde.

Die Klägerin ist gegenwärtig, ebenso wie zuvor unter einer vorgehenden Firmierung, im Bereich der Versicherungsvermittlung, der Vermögensanlage sowie der Finanzierung tätig. In diesem Zusammenhang betreibt sie telefonische Werbesprachen. Im September 2018 informierten die Petenten die Beklagte, dass sie am 28.8.2018 von der Klägerin telefonisch kontaktiert worden seien, wobei verschiedene Versicherungsleistungen von dieser beworben worden seien. Eine Einwilligung zu solchen Werbeansprachen hätten sie jedoch nicht erteilt.

Die Beklagte forderte daraufhin die Klägerin zur Stellungnahme auf, da der Verdacht eines Verstoßes gegen die Vorschriften der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) bestehe. Diese erwiderte mit Schreiben ihrer Datenschutzbeauftragten, Frau S.D., einer der Geschäftsführer der B. GmbH.

Hierauf teilte die Beklagte der Klägerin mit, sie beabsichtige, die Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten zur telefonischen Werbeansprache zu untersagen, soweit sie ohne wirksame Einwilligung erfolgten, sowie die Löschung entsprechend erhobener und gespeicherter Daten zu verfügen.

Darauf bestellten sich für die Klägerin deren Prozessbevollmächtigten, zu denen auch Frau S.D. gehört, und verwiesen darauf, dass nicht wie von der Beklagten angenommen, lediglich ein „Single-Opt-In-Verfahren“, sondern ein vollständig durchlaufenes „Double-Opt-In-Verfahren“ durchgeführt worden sei, um die Einwilligung des Petenten R.H. einzuholen. Dieser habe nach Anmeldung eine E-Mail zugeschickt mit einem Link erhalten, den er zur Bestätigung der Teilnahme angeklickt habe. Der dazu vorgelegte Ausdruck weist als erstmalige Anmeldung und Einwilligung „19.1.2017 20:21:17 h“ aus und als E-Mail-Adresse „...@gmx.de“. Der Eingang der Bestätigungsmail sei am „19.1.2017 20:21:17 h“ erfolgt. Die Petenten seien Inhaber dieser E-Mail-Adresse.

Auf entsprechende Nachfrage der Beklagten gaben die Petenten an, die genannte E-Mail-Adresse sei ihnen unbekannt, gleichfalls unbekannt sei, dass diese Adresse stellvertretend für sie jemals benutzt worden sei. Am 19.1.2017 seien sie nicht online irgendwo angemeldet gewesen. Sie benutzen eine Firewall und einen Apple iMac, ein unberechtigter Zugriff von außen sei nicht möglich. Unter dem 12.4.2019 erließ die Beklagte die streitgegenständliche Anordnung zum Verbot der Datenverarbeitung und zur Löschung der Daten.

Aus den Gründen

Die zulässige Anfechtungsklage hat keinen Erfolg. Der an die Klägerin (bzw. ihre zu diesem Zeitpunkt bestehende Firmierung) adressierte Bescheid vom 12.4.2019 ist nicht bereits deshalb aufzuheben, weil er der Datenschutzbeauftragten der Klägerin übersandt wurde. Zwar wurde er damit nicht ordnungsgemäß bekanntgegeben, jedoch ist dieser Fehler nach dem anzuwendenden § 8 VwZG des Bundes unbeachtlich. [...]

Der angefochtene Bescheid der Beklagten ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin daher nicht in ihren Rechten, § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO.

Zunächst begegnet der Bescheid keinen formellen Bedenken. [...]

Rechtsgrundlage für die Beschränkung der Verarbeitung personenbezogener Daten ist Art. 58 Abs. 2 lit. f DSGVO, wonach jede datenschutzrechtliche Aufsichtsbehörde über die Befugnis verfügt, die es ihr gestattet, eine vorübergehende oder endgültige Beschränkung der Verarbeitung, einschließlich eines Verbots, zu verhängen. Soweit die Löschung der bereits gespeicherten personenbezogenen Daten betroffen ist, kann die Anordnung auf Art. 58 Abs. 2 lit. g DSGVO gestützt werden, wonach die Beklagte u. a. die Löschung von personenbezogenen Daten, die unrechtmäßig im Sinne von Art. 17 Abs. 1 lit. d DSGVO verarbeitet wurden, anordnen kann.

Die tatbestandlichen Voraussetzungen für das getroffene Verbot telefonischer Werbeansprachen gegenüber natürlichen Personen liegen vor.

Die Klägerin hat personenbezogene Daten im Sinne des Art. 4 Nr. 2 DSGVO verarbeitet. Dabei handelte es sich um den Namen, die Anschrift sowie die Telefonnummer. Personenbezogene Daten sind solche, die sich auf eine natürliche Person beziehen. Der Einstufung dieser Angaben als personenbezogene Daten im Sinne des Art. 4 Nr. 1 DSGVO steht – auch im Einzelfall der Petenten – nicht entgegen, dass der Telefonanschluss, der unter der erhobenen und gespeicherten Telefonnummer einer natürlichen Person zugeordnet ist, auch gewerblich von der von den Petenten gebildeten Gesellschaft bürgerlichen Rechts genutzt wird. Die Klägerin hatte selbst angegeben, dass der Petent die Telefonnummer als seine eigene bei der getätigten Online Registrierung eingetragen habe. Durch die Angabe einer Telefonnummer als einem konkreten Anschlussinhaber zugeordnete Kennziffer, bezieht sich diese Information auf den Anschlussinhaber als natürliche Person und ist damit ein personenbezogenes Datum. Diese personenbezogenen Daten hat die Klägerin auch im Sinne des Art. 4 Nr. 1 DSGVO verarbeitet, indem sie diese erhoben, anschließend gespeichert und schließlich zu Zwecken des Telefonmarketings verwendet hat.

Die aufgegriffene Verarbeitung der personenbezogenen Daten ist jedoch unrechtmäßig, weil keiner der Erlaubnistatbestände des Art. 6 Abs. 1 DSGVO erfüllt ist.

Soweit sich die Klägerin zuletzt auf eine im sogenannten Double-Opt-In-Verfahren erlangte datenschutzrechtliche Einwilligung beruft, genügt diese nicht den Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO, der in diesem Zusammenhang mit Blick auf die RL 2002/58/EG auch auf Grund von Art. 94 Abs. 2 DSGVO, wonach Verweise auf die mit Wirkung vom 25.5.2018 aufgehobene RL 95/46/EG zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr als Verweise auf die DSGVO gelten, Anwendung findet, um die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung herzuleiten.

Danach ist erforderlich, dass die betroffene Person ihre Einwilligung zu der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten für einen oder mehrere bestimmte Zwecke gegeben hat.

Nach Art. 7 Abs. 1 DSGVO ist Bedingungen für die Wirksamkeit der Einwilligung, dass der Verantwortliche, hier die Klägerin, nachweisen kann, dass die betroffene Person in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten ein-

gewilligt hat. Dieser Nachweis ist der Klägerin im Fall der von ihr angerufenen Petenten nicht gelungen.

Allgemein gilt und worauf die Beklagte maßgeblich abgestellt hat und was von der Kammer geteilt wird, kann die im Wege einer Online-Registrierung und einer Bestätigung per E-Mail im von der Klägerin geschilderten Verfahren erlangte Einwilligung im elektronisch durchgeführten Double-Opt-In-Verfahren ein sonst fehlendes Einverständnis natürlicher Personen als Verbraucher mit Werbeanrufen nicht ersetzen. So BGH, Urt. v. 10.2.2011 – IZR 164/09, [K&R 2011, 587 ff. =] juris.

Das Double-Opt-In-Verfahren ist eine praktikable Möglichkeit, um potenziellen Kunden Werbung per E-Mail zukommen zu lassen. Geht ein Teilnahmeantrag elektronisch ein, so kann dessen Absender durch eine E-Mail um Bestätigung seines Teilnahme-wunsches gebeten werden. Nach Eingang der erbetenen Bestätigung kann angenommen werden, dass der Antrag tatsächlich von der angegebenen E-Mail-Adresse stammt. Hat der Verbraucher durch Setzen eines Häkchens in dem Teilnahmeformular bestätigt, dass er mit der Übersendung von Werbung einverstanden ist, ist grundsätzlich hinreichend dokumentiert, dass er in E-Mail-Werbung an diese E-Mail-Adresse ausdrücklich eingewilligt hat. Der Werbende hat mit einem solchen Verfahren ausreichend sichergestellt, dass es nicht aufgrund von Falscheingaben zu einer Versendung von E-Mail-Werbung kommt. Das schließt es aber nicht aus, dass sich der Verbraucher auch nach Bestätigung seiner E-Mail-Adresse im Double-Opt-In-Verfahren noch darauf berufen kann, dass er die unter dieser Adresse abgesandte Einwilligung in E-Mail-Werbung nicht abgegeben hat – etwa mit der Begründung, bei der E-Mail-Adresse, unter der die Bestätigung versandt worden sei, handele es sich nicht um die seine; er habe auch keinen Zugang zu dieser Adresse. Dafür trägt er allerdings die Darlegungslast. Kann der Verbraucher darlegen, dass die Bestätigung nicht von ihm stammt, war die Werbezusendung auch nicht von einer Einwilligung gedeckt, wenn die E-Mail-Adresse im Double-Opt-In-Verfahren gewonnen wurde. Entsprechend BGH, Urt. v. 10.2.2011 – IZR 164/09 [K&R 2011, 587 ff. =] juris.

Für die Bedeutung einer Bestätigungsmail im elektronischen Double-Opt-In-Verfahren für das Einverständnis des Verbrauchers mit Werbeanrufen ist demgegenüber zu berücksichtigen, dass kein notwendiger Zusammenhang zwischen der E-Mail-Adresse, unter der der Teilnahmeantrag abgesandt wurde, und der in ihm angegebenen Telefonnummer besteht. So kann es zahlreiche Gründe dafür geben, dass eine falsche Telefonnummer in ein Online-Teilnahmeformular eingetragen wird. Sie reichen von der versehentlichen Falscheingabe über den vermeintlich guten Dienst, eine andere Person für ein Gewinnspiel anzumelden, bis zur Angabe der elterlichen Telefonnummer durch Minderjährige. Nicht auszuschließen ist ferner die bewusste Falscheingabe in Belästigungs- und Schädigungsabsicht oder sogar durch den tatsächlichen Inhaber der E-Mail-Adresse, um gerade nicht selbst zu Werbezwecken angerufen zu werden. Insgesamt liegt eine fehlerhafte Angabe einer Telefonnummer bei derartigen Online-Formularen keinesfalls fern. So BGH, Urt. v. 10.2.2011 – IZR 164/09, [K&R 2011, 587 ff. =] juris

Entscheidend ist, und in diesem Zusammenhang kommt es auch nicht auf eine quantifizierbare Anzahl an, dass durch das Double-Opt-In-Verfahren die „Echtheit“ der Telefonnummer, die der Verbraucher bei seiner Registrierung

angegeben hat, nicht überprüft wird. Auf den Verifizierungsvorgang per Double-Opt-in-Verfahren für die E-Mail-Adresse hat die Telefonnummer keinen Einfluss. Gibt der Verbraucher bei der Abfrage nicht seine Nummer an, sondern – warum auch immer – die eines anderen Anschlussinhabers, so mag der Verbraucher wirksam in Telefonwerbung ihm gegenüber eingewilligt haben. Der Dritte, dessen Telefonnummer der Unternehmer jedoch tatsächlich erhält und der daraufhin zu Werbezwecken angerufen wird, hat dies jedoch gerade nicht getan. Allein dann, wenn der Unternehmer darlegen kann, dass der Telefonanschluss auch der E-Mail-Adresse zuzuordnen ist, unter der die Bestätigung abgesandt wurde, obliegt es dem Verbraucher darzulegen, dass er kein Einverständnis mit Werbeanrufen erklärt hat. Im Vorhinein ist dies für den Unternehmer aber nicht feststellbar. Wessen Telefonnummer der Unternehmer erlangt, weiß er nicht. Das Double-Opt-In-Verfahren bietet keine geeignete Möglichkeit, die erforderliche Einwilligung in Telefonwerbung zu dokumentieren und erforderlichenfalls Beweis zu führen. So Hahn, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 10.2.2011 – IZR 164/09, [K&R 2011, 587 ff. =] EWIR 2011, 757, entsprechend OLG Frankfurt a. M. Urt. v. 27.6.2019 – 6 U 6/19, [K&R 2019, 666 ff. =] BeckRS 2019, 17820.

Das Inkrafttreten der Datenschutzgrundverordnung hat nichts an dieser Tatsache geändert. In Art.4 Nr.11 DSGVO wird die Einwilligung der betroffenen Person als jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung definiert, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist. Diese Definition ist insofern enger als die Definition in Art. 2 lit. h der RL 95/46/EG, als sie eine unmissverständlich abgegebene Willensbekundung der betroffenen Person und eine eindeutige bestätigende Handlung verlangt, die das Einverständnis mit der Verarbeitung personenbezogener Daten zum Ausdruck bringt. Dieses Ergebnis wird auch durch die Erwägungsgründe der DSGVO gestützt, die in der Unionsrechtsordnung deskriptiver Natur sind. Nach dem 32. Erwägungsgrund der DSGVO sollte die Einwilligung durch eine eindeutige bestätigende Handlung erfolgen, mit der freiwillig, für den konkreten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich bekundet wird, dass die betroffene Person mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist, etwa in Form einer schriftlichen Erklärung, die auch elektronisch erfolgen kann, oder einer mündlichen Erklärung. Entsprechend EuGH, Urt. v. 1.10.2019 – C-673/17, [K&R 2019, 705 ff. =] juris, unter Hinweis auf den Schlussantrag vom 21.3.2019 – C-673/17 – des Generalanwalts beim EuGH (Szpunar), BeckRS 2019, 3909.

Diese Auslegung wird auch durch den vorgehenden Art. 7 der RL 95/46/EG bestätigt, der eine abschließende Liste der Fälle enthält, in denen eine Verarbeitung personenbezogener Daten als rechtmäßig angesehen werden kann. Bereits nach Art. 7 lit. a der RL 95/46 setzte die Rechtmäßigkeit einer solchen Verarbeitung insbesondere voraus, dass die betroffene Person ihre Einwilligung „ohne jeden Zweifel“ gegeben hat.

Kann die Klägerin damit in dem von ihr gewählten Verfahren keine Einwilligung in die Nutzung der erlangten Telefonnummer zu Werbeanrufen durch den Anschluss-

inhaber nachweisen, kann sie sich nicht auf eine Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO berufen.

Die Rechtmäßigkeit der aufgegriffenen Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Klägerin lässt sich auch nicht auf Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO stützen. Danach ist die Verarbeitung rechtmäßig, wenn sie zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich ist, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen, insbesondere dann, wenn es sich bei der betroffenen Person um ein Kind handelt. Der zur gerichtlichen Entscheidung anstehende Lebenssachverhalt unterfällt bereits nicht Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO.

Die RL 2002/58/EG bestimmt in ihrem Art. 13 Abs. 3 den maßgeblichen Schutzstatus natürlicher Personen (Art. 13 Abs. 5 S. 1 RL 2002/58/EG) gegenüber Telefonwerbung. Darin heißt es:

Die Mitgliedstaaten ergreifen geeignete Maßnahmen, um sicherzustellen, dass außer in den in den Absätzen 1 und 2 genannten Fällen unerbetene Nachrichten zum Zwecke der Direktwerbung, die entweder ohne die Einwilligung der betreffenden Teilnehmer oder Nutzer erfolgen oder an Teilnehmer oder Nutzer gerichtet sind, die keine solchen Nachrichten erhalten möchten, nicht gestattet sind; welche dieser Optionen gewählt wird, wird im innerstaatlichen Recht geregelt, wobei berücksichtigt wird, dass beide Optionen für den Teilnehmer oder Nutzer gebührenfrei sein müssen.

Damit schließt das Unionsrecht im Falle der an natürliche Personen gerichteten telefonischen Werbeansprache eine Interessenabwägung aus. Entweder ist telefonische Direktwerbung ohne die Einwilligung der betreffenden Teilnehmer verboten (wie z. B. in Deutschland) oder nicht gestattet, sobald der Teilnehmer gemäß der nationalen Regelung erklärt hat, keine solchen Nachrichten erhalten zu wollen (wie z. B. in Frankreich).

Auch die aktuelle in Vorbereitung befindliche der Fassung der RL 2002/58/EG als Verordnung sieht eine – von einer Interessenabwägung unabhängige – eindeutige Regelung vor. Vgl. Ratsdokument 12633/19 vom 4. 10. 2019 – Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications), S. 75: „4. Notwithstanding paragraph 1, Member States may provide by law that the placing of direct marketing voice-to-voice calls to end-users who are natural persons shall only be allowed in respect of end-users who are natural persons who have not expressed their objection to receiving those communications.“

Werbeanrufe unterfallen Art. 13 Abs. 3 der RL 2002/58/EG (in der Fassung der RL 2009/136/EG, die zum Sachverhalt aber keine Änderung brachte). Dazu ist in der Bundestagsdrucksache 16/10145, S. 29, ausgeführt:

„Diese Bestimmung weicht von Nummer 26 des Anhangs I der Richtlinie [2005/29/EG] insoweit ab, als danach bereits der erste unerwünschte, d. h. ohne vorherige Zustimmung vorgenommene Werbeanruf unzulässig ist (als ‚Opt-in‘-System bezeichnet, vgl. Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, Bundestagsdrucksache 15/1487, S. 21), während von Nummer 26 des Anhangs I der Richtlinie [2005/29/EG] nur ‚hartnäckiges und unerwünschtes Ansprechen über Telefon‘ usw. erfasst wird. Die insoweit

strengere Regelung ist jedoch zulässig. Denn sie beruht auf Art. 13 Abs. 3 der vorstehend näher bezeichneten Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation 2002/58/EG. Diese Bestimmung bleibt nach der ausdrücklichen Regelung in Nummer 26 des Anhangs I der Richtlinie [2005/29/EG] unberührt. Hinzu kommt, dass es den Mitgliedstaaten nach Art. 13 Abs. 3 der genannten RL 2002/58/EG freisteht, entweder ein ‚Opt-in‘-System wie im UWG oder ein ‚Opt-out‘-System einzuführen, wobei Werbeanrufe nur im zweiten Fall erst dann unzulässig sind, wenn der Angerufene (anlässlich des Erstanrufs oder durch seine Aufnahme in eine sogenannte Robinson-Liste) es ausdrücklich abgelehnt hat, zu Werbezwecken angerufen zu werden. Die vorliegend umzusetzende Richtlinie [2005/29/EG] hat dieses Wahlrecht nicht eingeschränkt. Nach Erwägungsgrund 14 der Richtlinie [2005/29/EG] findet keine Vollharmonisierung statt, soweit das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten für den Verbraucherschutz bei geschäftlichen Handlungen die Wahl zwischen mehreren Regelungsoptionen lässt. In diesem Zusammenhang wird in dem Erwägungsgrund sogar ausdrücklich auf Art. 13 Abs. 3 der vorgenannten RL 2002/58/EG Bezug genommen.“

Die Fortgeltung des Art. 13 Abs. 3 der RL 2002/58/EG im Hinblick auf die RL 2005/29/EG vom 11. 5. 2005 über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt hat der BGH in seinem Ur. v. 10. 2. 2011 – IZR 164/09, [K&R 2011, 587 ff. =] juris, ausführlich begründet. Darin heißt es:

„Allerdings wurden die Regeln über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern mit der RL 2005/29/EG auf Gemeinschaftsebene vollständig harmonisiert. Dabei stellt Anhang I der Richtlinie eine erschöpfende Liste der Geschäftspraktiken auf, die nach ihrem Art. 5 Abs. 5 ‚unter allen Umständen‘ als unlauter anzusehen sind. Nur diese Geschäftspraktiken können daher ohne eine Beurteilung des Einzelfalls anhand der Bestimmungen der Art. 5 bis 9 der RL 2005/29/EG als unlauter gelten, weil das Merkmal der Unlauterkeit bereits in ihrem Tatbestand enthalten ist. Nach dem ersten Satz der Nummer 26 des Anhangs I der Richtlinie ist allein das hartnäckige und unerwünschte Ansprechen von Kunden über Telefon, Fax, E-Mail oder sonstige für den Fernabsatz geeignete Medien unter allen Umständen unlauter. Dies gilt gemäß S. 2 dieser Bestimmung jedoch ‚unbeschadet des Artikels 10 der RL 97/7/EG sowie der Richtlinien 95/46/EG und 2002/58/EG‘. Dadurch wird insoweit nicht etwa ein Vorrang der RL 2005/29/EG angeordnet. Die genannten Vorschriften – und damit insbesondere auch Art. 13 Abs. 3 der RL 2002/58/EG – behalten vielmehr ohne Einschränkung durch die RL 2005/29 EG weiterhin Gültigkeit. Diese schon nach dem Wortlaut gebotene Auslegung wird durch die beiden letzten Sätze des Erwägungsgrunds 14 dieser Richtlinie bestätigt. Danach sollte die RL 2005/29/EG das bestehende Gemeinschaftsrecht unberührt lassen, das den Mitgliedstaaten ausdrücklich die Wahl zwischen mehreren Regelungsoptionen für den Verbraucherschutz auf dem Gebiet der Geschäftspraktiken lässt. Die vorliegende Richtlinie sollte insbesondere Art. 13 Abs. 3 der RL 2002/58/EG unberührt lassen. Die Regelung in Nr. 26 des Anhangs I der RL 2005/29/EG [zu unter allen Umständen als unlauter geltenden aggressiven Geschäftspraktiken – Kunden werden durch hartnäckiges und unerwünschtes Ansprechen über Telefon, Fax, E-Mail oder sonstige für den Fernabsatz geeignete Medien geworben] wird bei weiterer Zulässigkeit der ‚Opt-in‘-Lösung im

Recht der Mitgliedstaaten keineswegs überflüssig. Sie behält ihren Anwendungsbereich für die Mitgliedstaaten, in denen in Anwendung der zweiten Regelungsoption des Art. 13 Abs. 3 der RL 2002/58/EG Telefonwerbung nur dann unzulässig ist, wenn sie sich an Teilnehmer richtet, die ihr widersprochen haben („Opt-out“-Lösung). Das Auslegungsergebnis einer Fortgeltung des Art. 13 Abs. 3 der RL 2002/58/EG ist nach Wortlaut, Systematik und Zweck der maßgeblichen unionsrechtlichen Vorschriften so eindeutig, dass es keiner Vorlage an den EuGH zur Vorabentscheidung nach Art. 267 AEUV bedarf.“

Für Sachverhalte ab dem 25. 5. 2018 gilt die RL 2002/58/EG i. V. m. der VO (EU) 2016/679 (DSGVO). So Schlussantrag des Generalanwalts beim EuGH (Szpunar) vom 21. 3. 2019 – C-673/17, BeckRS 2019, 3909, Rn. 47 Art. 95 DSGVO bestimmt das Verhältnis zur RL 2002/58/EG:

„Diese Verordnung erlegt natürlichen oder juristischen Personen in Bezug auf die Verarbeitung i. V. m. der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste in öffentlichen Kommunikationsnetzen in der Union keine zusätzlichen Pflichten auf, soweit sie besonderen in der RL 2002/58/EG festgelegten Pflichten unterliegen, die dasselbe Ziel verfolgen.“

Damit entsprach es nicht dem Willen des Verordnungsgebers die RL 2002/58/EG aufzuheben oder zu modifizieren. Dies kommt auch in Erwägungsgrund 173 der DSGVO zum Ausdruck, wo es heißt:

„Diese Verordnung sollte auf alle Fragen des Schutzes der Grundrechte und Grundfreiheiten bei der Verarbeitung personenbezogener Daten Anwendung finden, die nicht den in der RL 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates bestimmte Pflichten, die dasselbe Ziel verfolgen, unterliegen, einschließlich der Pflichten des Verantwortlichen und der Rechte natürlicher Personen. Um das Verhältnis zwischen der vorliegenden Verordnung und der RL 2002/58/EG klarzustellen, sollte die Richtlinie entsprechend geändert werden. Sobald diese Verordnung angenommen ist, sollte die RL 2002/58/EG einer Überprüfung unterzogen werden, um insbesondere die Kohärenz mit dieser Verordnung zu gewährleisten.“

Vor diesem Hintergrund kann nicht festgestellt werden, dass die DSGVO für Telefonwerbung vorrangige Geltung gegenüber der RL 2002/58/EG beansprucht. Vgl. OLG München, Urt. v. 21. 3. 2019 – 6 U 3377/18, GRUR 2019, 654.

Art. 13 Abs. 3 der RL 2002/58/EG gibt für telefonische Werbeansprachen, die an natürliche Personen adressiert sind, ausdrücklich nur zwei mitgliedstaatliche Möglichkeiten der Umsetzung des unionsrechtlichen Schutzes verbindlich vor. Entweder ein nationales Register, wonach es verboten ist, Telefonwerbung an solche Teilnehmer oder Nutzer zu richten, die sich dort haben eintragen lassen, um keine entsprechenden Nachrichten zu erhalten. Oder eine nationale Bestimmung, dass Telefonwerbung ohne Einwilligung des betroffenen Teilnehmers überhaupt nicht gestattet ist. Von letzterer Regelungsmöglichkeit hat der deutsche Gesetzgeber Gebrauch gemacht.

Nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG, der, wie ausgeführt, der Umsetzung der RL 2002/58/EG dient, ist Telefonwerbung gegenüber natürlichen Personen generell nur nach deren vorheriger ausdrücklicher Einwilligung zulässig.

Dabei sind die Voraussetzungen für die Einwilligung in Einklang mit Unionsrecht nunmehr nach der DSGVO zu

bestimmen. Vgl. Ohly in Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl. 2016, § 7 UWG Rn. 47, zur vorgehenden RL 2002/58/EG.

Da, wie dargelegt, mit der von der Klägerin gewählten Verfahrensweise eine solche nicht vorliegt, ist die telefonische Werbeansprache der Klägerin verboten.

Der von der Klägerin vorgetragene Umstand, dass in einem anderen Land der Union, wie etwa Frankreich, in dem Telefonwerbung erst unzulässig ist, nachdem sich der Telefonteilnehmer in dem entsprechenden Register hat eintragen lassen, ist für das hier anzuwendende Recht überhaupt nicht entscheidungserheblich. Der klägerische Vortrag führte in seiner Konsequenz dazu, dass auch solche nationale Regelungen und das Verbot eines Telefonanrufs nach dem Eintrag im nationalen Register im Widerspruch zu Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO stünden. Dies entspricht eindeutig nicht dem Willen des Verordnungsgebers, der weiterhin eine Harmonisierung der RL 2002/58/EG anstrebt.

Aber auch wenn man Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO für anwendbar ansieht, ergibt sich kein anderes Ergebnis. In diesem Falle mangelt es bereits am Vorliegen eines berechtigten Interesses der Klägerin im Sinne des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO.

Aus Erwägungsgrund 47 der DSGVO ergibt sich, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Direktwerbung als eine einem berechtigten Interesse dienende Verarbeitung betrachtet werden kann. [...]

Dabei reicht es aber nicht aus, dass der Verantwortliche ein Interesse daran hat, Nutzen aus der Verarbeitung zu ziehen, sei es wirtschaftlicher oder ideeller Art. Vielmehr muss das Interesse an der Verarbeitung ein berechtigtes Interesse sein. Dies setzt voraus, dass die vom Verantwortlichen mit der Verarbeitung verfolgten Ziele – hier telefonisches Direktmarketing ohne vorgehende Einwilligung – im Einklang mit Unionsrecht stehen. Vgl. Heberlein in Ehmann/Selmayr, DSGVO, 2. Aufl. 2018, DSGVO Art. 6 Rn. 25; Helfrich in Forgó/Helfrich/Schneider, Betrieblicher Datenschutz, 3. Aufl. 2019, Kap. 3, Rn. 53.

Die DSGVO lässt Vorgaben für die Interessenabwägung durch die Mitgliedstaaten nicht mehr zu. Vgl. Heberlein in Ehmann/Selmayr, DSGVO, 2. Aufl. 2018, DSGVO Art. 6 Rn. 33; Schulz in Gola, DSGVO, 2. Aufl. 2018, DSGVO Art. 6 Rn. 73.

Eine Eingrenzung auf „legale“ Interessen kann jedoch in Bezug auf die vorgegebene Unionsrechtskonformität der Interessenverfolgung postuliert werden. Sydow, Europäische DSGVO, 2. Aufl. 2018, DSGVO Art. 6 Rn. 54, unter Hinweis auf Ferretti CMLR 51 (2014), 843 (862), der Rechtspositionen der Verarbeiter für erforderlich hält, um die Verordnung insoweit nach Art. 52 Abs. 1 EUGRCh zu rechtfertigen, wonach jede Einschränkung der Ausübung der in dieser Charta anerkannten Rechte und Freiheiten gesetzlich vorgesehen sein und den Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten achten muss; unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit dürfen Einschränkungen nur vorgenommen werden, wenn sie erforderlich sind und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen.

Da die aufgegriffene telefonische Werbeansprache in Widerspruch zur RL 2002/58/EG steht, wie ausgeführt, lässt sie sich somit auch nicht mittels Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO rechtfertigen.

Entsprechend kann die Löschung der von der Klägerin im beanstandeten Verfahren gewonnen und bereits gespeicherten personenbezogenen Daten auf Art. 58 Abs. 2 lit. g DSGVO gestützt werden, da diese unrechtmäßig im Sinne von Art. 17 Abs. 1 lit. d DSGVO verarbeitet wurden. Einer weiteren Konkretisierung bedarf es nicht, da sich die Daten zwanglos aus dem gewählten Verfahren herleiten lassen.

Auch die Ermessensentscheidung im Einzelfall ist nicht zu beanstanden. Entgegen einer vordergründigen Betrachtung, die, wie von der Klägerin angestellt, ausschließlich auf die Anwendung einer nationalen Bestimmung abstellt, wird die Beklagte zur Durchsetzung der Harmonisierung dienenden Unionsrechts in Gestalt der RL 2002/58/EG tätig. Diese muss so in nationales Recht umgesetzt werden, dass ihre Rechte für den Einzelnen erkennbar sind und er sie geltend machen kann. Von daher bestehen keine Bedenken, dass die Beklagte zur Durchsetzung der RL 2002/58/EG i. V. m. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG berufen ist.

Die getroffenen Anordnungen sind auch verhältnismäßig. Sie sind geeignet und erforderlich um die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften zu gewährleisten. Ein milderer Mittel ist nicht erkennbar.

Die Anordnungen sind auch angemessen. Die Interessenabwägung fällt zugunsten der betroffenen Telefonteilnehmer aus. Die Rechte aus Art. 7 und 8 EUGRCh, die Achtung des Privat- und Familienlebens und der Schutz personenbezogener Daten, sind hohe und besonders schützenswerte Güter. Insbesondere in Zeiten der Digitalisierung und Globalisierung, sind diese besonders vor Missbrauch zu schützen. Insbesondere in Anbetracht der Tatsache, dass Werbung über zahlreiche andere Kanäle möglich ist und auch das Validieren von Telefonnummern mittels per SMS übersandter Bestätigungspins/-codes, welche in der Bestätigungs-E-Mail zu verwenden sind, in Betracht kommt, überwiegen diese Rechtsgüter das durch Art. 15 und 16 EUGRCh (Berufsfreiheit und Recht zu arbeiten, Unternehmerische Freiheit) geschützte Recht der Klägerin derartige Werbeansprachen in der aufgegriffenen Weise durchzuführen.

Die gesetzte Frist von zwei Wochen zur Umsetzung ist ebenfalls verhältnismäßig. Die Einstellung der praktizierten Datenerhebung und -verwendung sowie die aufgegebene Löschung erfordern keinen hohen Aufwand und können kurzfristig umgesetzt werden. [...]

Hinweis der Redaktion:

Das Verfahren wird beim OVG Saarland unter dem Az. 2 A 355/19 geführt.

Kommentar

RA Dr. Thomas Nägele und
RAin Serpil Dilbaz, LL.B., Mannheim*

I. Das Problem

Das VG Saarlouis beschäftigt sich in seiner Entscheidung mit der Zulässigkeit von Telefonwerbung unter Geltung der Datenschutzgrundverordnung (im Folgenden

DSGVO). Konkret untersucht es dabei die Frage, ob das Double-opt-in-Verfahren für den Nachweis einer Einwilligung in die Telefonwerbung geeignet ist, was es verneint. Als Beurteilungsmaßstab greift es dafür auf die Vorschrift des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG zurück, wonach werbliche Telefonanrufe gegenüber Verbrauchern ohne deren vorherige ausdrückliche Einwilligung unlauter sind. Im Zuge dessen adressiert es auch das Verhältnis der DSGVO zur RL 2002/58/EG (sog. E-Privacy-Richtlinie).¹

Die Klägerin – ein im Bereich der Versicherungsvermittlung tätiges Unternehmen – führte ein Online-Gewinnspiel durch, bei dem die Teilnehmer ein Online-Formular ausfüllen mussten, in dem sie ihre Namen, E-Mail-Adresse und Telefonnummer angeben konnten; darüber hinaus konnten sie eine Einverständniserklärung zur Telefonwerbung erteilen. Die Klägerin führte anhand der angegebenen E-Mail-Adressen ein Double-opt-in-Verfahren durch und verwendete sodann die in dem Online-Formular angegebenen Telefonnummern in den Fällen, in denen eine Einverständniserklärung abgegeben worden war, für Zwecke der Telefonwerbung. In dem streitgegenständlichen Verfahren geht die Klägerin gegen die Verbotsanordnung der Beklagten – einer Datenschutzbehörde – vor. Die Klägerin beruft sich auf die im Rahmen des Online-Gewinnspiels erlangten und im Double-opt-in-Verfahren bestätigten Einwilligungserklärungen.

II. Die Entscheidung des VG Saarlouis

Das VG Saarlouis hat in seiner Entscheidung den Grundsatz² aufgestellt, das Double-opt-in-Verfahren sei – anders als bei E-Mail-Werbung – ungeeignet, den Nachweis der Einwilligung des Anschlussinhabers in die Nutzung der erlangten Telefonnummern zu Werbeanrufen zu führen. Es begründet seine Ansicht überwiegend mit einem Verweis auf eine grundlegende Entscheidung des BGH,³ in der die Voraussetzungen der Zulässigkeit von Werbeanrufen nach dem UWG adressiert wurden.

1. Verhältnis der DSGVO zur RL 2002/58/EG

Zuzustimmen ist den Ausführungen des VG Saarlouis zum Verhältnis der DSGVO zur RL 2002/58/EG. Das VG Saarlouis hat zutreffend ausgeführt, dass die DSGVO für Telefonwerbung keine vorrangige Geltung gegenüber der RL 2002/58/EG beansprucht.⁴ Art. 95 DSGVO bestimmt, dass durch die DSGVO keine zusätzlichen Pflichten auferlegt werden, sodass es zu einer Parallelanwendung kommen kann.⁵ Die Vorschrift des § 7 UWG, die der Umsetzung des Art. 13 der RL 2002/58/EG dient, findet demnach weiterhin Anwendung. Zutreffend ist zudem die Feststellung des Gerichts, dass sich eine telefonische Werbeansprache, die im Widerspruch zur RL 2002/58/EG steht, nicht mittels Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO rechtfertigen lässt.

* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. VII, VIII.

1 RL 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. 7. 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation).

2 VG Saarlouis, 29. 10. 2019 – 1 K 732/19, K&R 2020, 386, 388.

3 BGH, 11. 2. 2011 – I ZR 164/09, K&R 2011, 587 ff. – Double-opt-in-Verfahren.

4 VG Saarlouis, 29. 10. 2019 – 1 K 732/19, K&R 2020, 386, 390; OLG München, 21. 3. 2019 – 6 U 3377/18, ZD 2019, 464.

5 *Gierschmann*, MMR 2018, 7, 9.

2. Darlegungs- und Beweislast bei der Einholung einer Einwilligung

In seiner Entscheidung⁶ hält das VG Saarlouis fest, dass Double-opt-in-Verfahren sei zum Nachweis einer Einwilligung in die Nutzung der erlangten Telefonnummern zu Werbeanrufen ungeeignet, weil diese im Wege des Double-opt-in-Verfahrens nicht überprüft bzw. verifiziert werden könnten. In den Entscheidungsgründen wird deutlich, dass sich das VG Saarlouis bei seinen Überlegungen maßgeblich an der oben angeführten Entscheidung des BGH⁷ orientiert. Indes hat der BGH gerade nicht festgestellt, dass das Double-opt-in-Verfahren zum Nachweis einer Einwilligung des Anschlussinhabers in die Nutzung der erlangten Telefonnummer zu Werbeanrufen generell (!) ungeeignet sei.

Zutreffend ist, dass die im Wege einer Online-Registrierung und einer Bestätigung per E-Mail erlangte Einwilligung im Double-opt-in-Verfahren ein sonst fehlendes Einverständnis nicht ersetzen kann.⁸ Richtig ist ebenfalls, dass durch das Double-opt-in-Verfahren die „Echtheit“ der bei der Registrierung vom Teilnehmer angegebenen Telefonnummer grundsätzlich nicht überprüft wird.⁹

Dies genügt aber nicht, um eine generelle Ungeeignetheit dieses Verfahrens für den Nachweis einer Einwilligung in Telefonwerbung auszusprechen. Der BGH hat zwar festgehalten, dass durch eine Bestätigungsmail im elektronischen Double-opt-in-Verfahren ein Einverständnis des Verbrauchers mit Werbeanrufen nicht belegt werde und eine solche für sich allein nicht zu einer Beweiserleichterung zu Gunsten des Werbenden führe. In seinen Entscheidungsgründen hat der BGH die Anforderungen an die erforderliche Darlegung indes weiter präzisiert: „Vielmehr trägt der Werbende auch die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Telefonanschluss der E-Mail-Adresse, unter der die Bestätigung abgesandt wurde, zuzuordnen ist. Ist das allerdings der Fall, obliegt es wieder dem Verbraucher darzulegen, dass er dennoch kein Einverständnis mit Werbeanrufen erklärt hat.“¹⁰

Folglich hat der BGH nicht per se die Ungeeignetheit des Double-opt-in-Verfahrens zum Nachweis einer Einwilligung des Anschlussinhabers in die Nutzung der erlangten Telefonnummer zu Werbeanrufen festgestellt. Soweit der Werbende das Double-opt-in-Verfahren einsetzt – mit dem jedenfalls die Einwilligung in die Werbung per E-Mail nachgewiesen werden kann –, hat er – um seiner Beweislast Genüge zu tun – zusätzlich darzulegen, dass der Telefonanschluss der E-Mail-Adresse, unter der die Bestätigung abgesandt wurde, zuzuordnen ist. Obgleich das VG Saarlouis diesen differenzierenden Blick des BGH gesehen hat,¹¹ hat es dies nicht veranlasst, sich näher damit zu befassen und dies, obgleich im vorliegenden Fall auch noch ein ausdrückliches Einverständnis mit der Telefonwerbung erklärt worden war. Es ging in der Tat also nur um eine Nachweisfrage.

3. Keine gesonderte Einwilligungserklärung für jeden Werbekanal

Dabei hat das VG Saarlouis auch nicht berücksichtigt, dass der BGH bereits in einer Entscheidung¹² aus dem Jahr 2018 ausgeführt hat, dass es nicht den Voraussetzungen des § 7 Abs. 2 Nr. 2 und 3 UWG widerspreche, wenn sich die in AGB enthaltene Einwilligung eines Verbrauchers in die Kontaktaufnahme zu Werbezwecken auf mehrere Werbekanäle beziehe. Laut BGH ist also nicht zwingend für jeden Werbekanal eine eigene Einwilligungserklärung er-

forderlich; eine einzige Einwilligung in die Kontaktaufnahme zu Werbezwecken kann vielmehr genügen.¹³ Der BGH legt die Einwilligungserklärung in ihrer Gesamtheit aus.¹⁴ Maßgebend sei, dass die Erklärung in Kenntnis der Sachlage erteilt werde. Das sei dann der Fall, wenn der Verbraucher wisse, dass seine Erklärung ein Einverständnis darstellt und worauf sie sich bezieht. Maßstab sei der rechtlich nicht vorgebildete, verständige und redliche Verbraucher.¹⁵ Letztlich vertritt der BGH die Auffassung, es sei eine reine Förmerei, separate Einwilligungen einzuholen. Auch unter Gesichtspunkten des Verbraucherschutzes bedürfe es keiner gesonderten Einwilligung für jeden Werbekanal.¹⁶

4. Bedeutung der Entscheidung des BGH

Sollte der Verbraucher die Kontaktaufnahme zu Werbezwecken auf mehreren Werbekanälen freiwillig bestätigt haben, indem er die Kästchen für diese Werbekanäle in einem Online-Formular ankreuzt und zudem freiwillig eine Telefonnummer angibt, stellt sich demnach die Frage, ob dies nicht ausreicht. Es liegt nahe, dass ein Zusammenhang zwischen der angegebenen E-Mail-Adresse und der angegebenen Telefonnummer besteht, insbesondere wenn ein ausdrückliches Einverständnis mit der Telefonwerbung erklärt wurde, obgleich es auch dann Gründe für eine Falscheingabe geben mag.¹⁷

Mit dem Double-opt-in-Verfahren ist es möglich, eine Einwilligung zur Kontaktaufnahme zu Werbezwecken – nämlich die Einwilligung in die E-Mail-Werbung – nachzuweisen. Sollte mittels des Double-opt-in-Verfahrens festgestellt worden sein, dass der Verbraucher eine Einwilligung – in die E-Mail-Werbung – erteilt hat und hat der Verbraucher in dem Antragsformular auch die weiteren Werbekanäle freiwillig angekreuzt, ist es interessengerecht, dem Anrufenden eine Beweiserleichterung in Form einer tatsächlichen Vermutung oder sekundären Darlegungslast zuzubilligen.

III. Praxisfolgen

Der BGH hat als obiter dictum lediglich festgehalten, dass das Double-opt-in-Verfahren allein (!) ungeeignet zur Darlegung von Einwilligungen in Telefonwerbung sei. Demnach haben Werbetreibende zum Nachweis einer Einwilligung in die Telefonwerbung zusätzlich darzulegen, dass es sich bei der angegebenen Telefonnummer um die des Betroffenen handelt¹⁸. Das VG Saarlouis hält das Double-opt-in-Verfahren hingegen generell für ungeeignet für den Nachweis einer Einwilligung des Anschlussinhabers in die Nutzung der erlangten Telefon-

6 VG Saarlouis, 29. 10. 2019 – 1 K 732/19, K&R 2020, 386, 388.

7 BGH, 11. 2. 2011 – I ZR 164/09, K&R 2011, 587 ff., Rn. 40 – Double-opt-in-Verfahren.

8 BGH, 11. 2. 2011 – I ZR 164/09, K&R 2011, 587 ff., Rn. 36 – Double-opt-in-Verfahren.

9 VG Saarlouis, 29. 10. 2019 – 1 K 732/19, K&R 2020, 386, 388; BGH, 11. 2. 2011 – I ZR 164/09 m. Anm. Hahn, EWiR, 2011, 757, 758.

10 BGH, 11. 2. 2011 – I ZR 164/09, K&R 2011, 587 ff., Rn. 40 – Double-opt-in-Verfahren.

11 VG Saarlouis, 29. 10. 2019 – 1 K 732/19, K&R 2020, 386, 388.

12 BGH, 1. 2. 2018 – III ZR 196/17, K&R 2018, 245 ff.

13 BGH, 1. 2. 2018 – III ZR 196/17, K&R 2018, 245 ff.; Eckhardt, K&R 2018, 310 ff.

14 BGH, 1. 2. 2018 – III ZR 196/17, K&R 2018, 245 ff.; Eckhardt, K&R 2018, 310.

15 BGH, 1. 2. 2018 – III ZR 196/17, K&R 2018, 245 ff., Rn. 22, 23.

16 BGH, 1. 2. 2018 – III ZR 196/17, K&R 2018, 245 ff., Rn. 26 ff.

17 BGH, 11. 2. 2011 – I ZR 164/09, K&R 2011, 587 ff., Rn. 40 – Double-opt-in-Verfahren.

18 Engels/Brunn, K&R 2011, 590, 592.

nummer zu Werbeanrufen. Dem folgend müsste der Werbende wie folgt vorgehen, um seiner Darlegungs- und Beweislast zu genügen:

- Einsatz des Double-opt-in-Verfahrens zum Nachweis der Einwilligung in die Werbung per E-Mail,
- Versenden einer Bestätigungs-SMS mit der Bitte um Bestätigung bzw. Rückantwort zum Nachweis der Einwilligung in die Werbung per SMS und Anruf.

Dass das vom VG Saarlouis intendierte Vorgehen nicht sonderlich praktikabel ist und im Ergebnis der zitierten Rechtsprechung des BGH widerspricht, liegt auf der Hand. Im Ergebnis erscheint es unzumutbar, für jede Angabe ein gesondertes Verifizierungsverfahren durchführen zu müssen; dies gilt vor allem auch für den Einwilligenden. Nach Ansicht des VG Saarlouis muss der Werbende damit rechnen, dass der Teilnehmer, der seine E-Mail-Adresse richtig angegeben hat, die mittels einer Bestätigungsmail verifiziert wurde, eine falsche Telefonnummer angibt, weshalb das Double-opt-in-Verfahren als Nachweis in die Einwilligung zur Telefonwerbung nicht geeignet sei. Das ist lebensfremd.

Fristlose Kündigung wegen missbräuchlicher Ausnutzung einer Sicherheitslücke

ArbG Siegburg, Urteil vom 15. 1. 2020 – 3 Ca 1793/19 (rechtskräftig)

ECLI:DE:ARBSU:2020:0115.3CA1793.19.00

§ 626 Abs. 1 BGB

Das Arbeitsverhältnis ist durch die fristlose Kündigung der Beklagten aufgelöst worden. Der Kläger hatte als IT-Berater Zugang zu hochsensiblen Daten. Indem er eine erkannte Sicherheitslücke bei einem Kunden seines Arbeitgebers ausgenutzt hat, hat er massiv das Vertrauen der Kundin in die Beklagte gestört und damit die Kundenbeziehung gefährdet. Prekär ist das Vorgehen insbesondere durch den unbefugten Zugriff auf fremde Bankkonten. (Leitsatz der Redaktion)

Sachverhalt

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen sowie einer hilfsweise erklärten ordentlichen Kündigung der Beklagten, die ca. 259 Arbeitnehmer beschäftigt. Der Kläger ist seit dem 1. 7. 2011 bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin als SAP-Berater tätig, wobei er zuletzt Senior Entwickler im Home-Office war.

Nachdem der Kläger bereits am 28. 7. 2019 seinem Vorgesetzten von seiner Verhaftung wegen des Verdachts der Erpressung eines Kunden der Beklagten berichtet hatte, wobei dieser Sachverhalt nicht der Streitgegenständlichen Kündigung zu Grunde liegt, räumte er am 29. 7. 2019 gegenüber seinem Vorgesetzten in einem weiteren Telefonat ein, dass er vom Rechner eines Spielcasinos aus Kopfschmerztabletten für zwei Vorstandsmitglieder der Kundin der Beklagten, für die er für die Beklagte tätig war, bestellt hatte, wobei er zwecks Zahlung per Lastschrift auf zuvor von einem verschlüsselten

Rechner der Kundin auf einen privaten Memory-Stick heruntergeladene Namen, Anschriften und Bankverbindungsdaten von Kunden der Kundin zurückgriff. Tatsächlich hatte sich dies zuvor so ereignet. Im Rahmen der Bestellung ließ der Kläger nach eigenen Angaben den Vorständen der Kundin der Beklagten die Anmerkung zukommen, dass sie aufgrund der Bestellung sehen könnten, wie einfach Datenmissbrauch sei, was bei ihnen zu Kopfschmerzen führen müsste, wobei die bestellten Kopfschmerztabletten durchaus helfen könnten. Die Beklagte hatte er zuvor nicht über Sicherheitslücken bei der Kundin informiert.

Noch am gleichen Tag wurde der kündigungsberechtigte Geschäftsführer der Beklagten hierüber informiert. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger zunächst fristlos und sodann hilfsweise ordentlich zum 30. 11. 2019. Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner am 9. 9. 2019 erhobenen Klage.

Aus den Gründen

Die Klage ist hinsichtlich des Antrags festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis fortbesteht unzulässig, im Übrigen ist sie unbegründet.

I. Soweit der Kläger die Feststellung begehrt, dass ein Arbeitsverhältnis über den 30. 11. 2019 hinaus fortbesteht, ist die Klage unzulässig, da es für diesen über den Kündigungsschutzantrag hinausgehenden Feststellungsantrag gemäß § 256 ZPO eines gesonderten Feststellungsinteresses bedarf, welches vorliegend nicht ersichtlich ist. Vortrag des Klägers zu anderen in Betracht kommenden Beendigungstatbeständen ist nicht erfolgt.

II. Im Übrigen ist die Klage unbegründet. Das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien ist durch die fristlose Kündigung der Beklagten vom 26. 8. 2019 mit Ablauf des gleichen Tages aufgelöst worden.

1. Es liegt ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB vor, der es der Beklagten unzumutbar macht, den Kläger bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist weiter zu beschäftigen. Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und bei Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses selbst bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann.

a) Dafür ist zunächst zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „an sich“, d. h. typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist. Alsdann bedarf es der Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falls – jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist – zumutbar ist oder nicht (BAG, Urt. v. 26. 3. 2015 – 2 AZR 517/14, Rn. 20, juris). Die Umstände, anhand derer zu beurteilen ist, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung zumindest bis zum Ende der Frist für eine ordentliche Kündigung zumutbar war oder nicht, lassen sich nicht abschließend festlegen. Zu berücksichtigen sind aber regelmäßig das Gewicht und die Auswirkung einer Vertragspflichtverletzung – etwa im Hinblick auf das Maß eines durch sie bewirkten Vertrauensverlusts und ihre wirtschaftlichen Folgen, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, eine mögliche Wiederholungsgefahr so-