Einholung der Einwilligung in zukünftige Werbemaßnahmen innerhalb eines Service-Calls unzulässig

Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg

Beschluss vom 31.07.2015

Az.: OVG 12 N 71.14

Tenor

Der Antrag der Klägerin auf Zulassung der Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin vom 7. Mai 2014 wird abgelehnt.

Die Kosten des Zulassungsverfahrens trägt die Klägerin.

Der Streitwert wird für die zweite Rechtsstufe auf 15 000 EUR festgesetzt.

Entscheidungsgründe

Der Antrag auf Zulassung der Berufung hat keinen Erfolg. Die von der Klägerin geltend gemachten Zulassungsgründe liegen nicht vor.

1. Unter Zugrundelegung des allein maßgeblichen Zulassungsvorbringens bestehen keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des erstinstanzlichen Urteils (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO).

a) Zu Recht hat das Verwaltungsgericht den Anwendungsbereich des § 4 Abs. 1 BDSG, der die Erhebung, Verarbeitung und

Nutzung personenbezogener Daten unter Erlaubnisvorbehalt stellt, als eröffnet angesehen. Soweit es dabei unter Bezugnahme auf die Legaldefinition in § 3 Abs. 5 BDSG angenommen hat, dass die Klägerin für die hier in Rede stehende telefonische Einholung von Einwilligungen in Werbung die privaten Telefonnummern von Zeitschriftenabonnenten und damit personenbezogene Daten nutze, bietet das Zulassungsvorbringen keinen Anlass für eine abweichende rechtliche Beurteilung.

Auf eine künstliche Aufspaltung eines einheitlichen Telefonats in mehrere Bestandteile und eine lediglich fingierte mehrfache Nutzung der Telefonnummer der Betroffenen kann sich die Klägerin nicht mit Erfolg berufen. Unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles hat das Verwaltungsgericht zu Recht darauf abgestellt, dass die Telefonnummern der betroffenen Kunden von der Klägerin von vornherein in zweifacher Hinsicht genutzt werden; zum einen für eine – für sich genommen nicht beanstandete – Abfrage der Kundenzufriedenheit und zum anderen für eine – bereits bei Herstellung der Telefonverbindung – zugleich bezweckte Einholung der Einwilligung in Werbung. Für die Annahme, die Datennutzung sei bereits mit dem Herstellen der Telefonverbindung abgeschlossen und durch den „unstreitig zulässigen“ Service-Call insgesamt gerechtfertigt, ist danach kein Raum. Für den Tatbestand des Nutzens der privaten Telefonnummern kann es entgegen dem Zulassungsvorbringen nicht allein darauf ankommen, dass innerhalb des Telefonats ein datenschutzrechtlich zulässiger Zweck verfolgt wird. Die gegenteilige Auffassung der Klägerin liefe im Ergebnis darauf hinaus, dass durch eine von vornherein beabsichtigte Verfolgung unterschiedlicher Ziele in einem Telefonat auch der Gebrauch geschützter Daten zu Zwecken zulässig wäre, die für sich genommen unter den Erlaubnisvorbehalt des § 4 Abs. 1 BDSG fallen und weder gesetzlich erlaubt noch von einer Einwilligung gedeckt sind. Dem hat zu Recht bereits das Verwaltungsgericht eine Absage erteilt.

b) Die Annahme des Verwaltungsgerichts, die Klägerin nutze die Telefonnummern für Zwecke der Werbung im Sinne des § 28 Abs. 3 BDSG, ohne dass die in der Vorschrift normierten Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt seien, begegnet gleichfalls keinen ernstlichen Richtigkeitszweifeln. Die gegen die erstinstanzliche Auslegung des Begriffs der Werbung erhobenen Einwände der Klägerin, mit denen sie ihre Rechtsauffassung eines engen, auf unmittelbar absatzfördernde Maßnahmen beschränkten Begriffsverständnisses wiederholt, greifen nicht durch.

(1) Soweit der Begriff der Werbung datenschutzrechtlich nicht definiert ist, vermag bereits der Ansatz der Klägerin, das angegriffene Urteil umgehe die gesetzlich notwendige Abgrenzung zwischen einer unmittelbar absatzfördernden Maßnahme und deren Vorbereitungen, nicht zu überzeugen. Inwieweit eine derartige Differenzierung gesetzlich geboten ist, lässt sich dem Zulassungsvorbringen nicht entnehmen. Der Verweis der Klägerin auf § 7 Abs. 1 und 2 UWG sowie die europarechtlichen Vorgaben der Richtlinie 2005/29/EG vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-Richtlinie) gibt dafür nichts her. Weder das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (§ 2 UWG) noch Art. 2 der UGP-Richtlinie enthalten eine Definition des Begriffs der Werbung, auf die im Rahmen des Datenschutzrechts – zumal in dem von der Klägerin reklamierten engen Begriffsverständnis – abzustellen wäre. Sie schließen daher eine eigenständige datenschutzrechtliche Auslegung, die sich am allgemeinen Sprachgebrauch und Gesetzeszweck orientiert (Ehmann, in: Simitis, BDSG, 8. Aufl. 2014, § 29 Rn. 80; Wedde, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, BDSG, 4. Aufl. 2014, § 28 Rn. 89), nicht aus. Für die Annahme, ein vom Verwaltungsgericht befürwortetes weites – unmittelbar und mittelbar absatzfördernde Maßnahmen umfassendes – Begriffsverständnis komme schon von Gesetzes wegen nicht in Betracht, ist danach kein Raum.

(2) Im Übrigen hat das Verwaltungsgericht – selbständig

tragend – angenommen, dass die beanstandete „Opt-In“-Anfrage selbst dann „für Zwecke der Werbung“ erfolgt, wenn im Rahmen der Auslegung des § 28 Abs. 3 BDSG auf den wettbewerbsrechtlichen Werbebegriff abgestellt wird. Auch insoweit rechtfertigen die auf § 7 UWG und die UGP-Richtlinie gestützten Einwände der Klägerin keine abweichende Beurteilung. Zu Recht ist das Verwaltungsgericht davon ausgegangen, dass der Begriff der Werbung im Wettbewerbsrecht im Sinne der Begriffsbestimmung in Art. 2 Buchst. a) der Richtlinie 2006/114/EG vom 12. Dezember 2006 über irreführende und vergleichende Werbung weit verstanden wird und sowohl die unmittelbare als auch die mittelbare Absatzförderung erfasst. Die erstinstanzliche Auffassung entspricht ersichtlich der einschlägigen höchstrichterlichen Rechtsprechung (BGH, Urteil vom 12. September 2013 – I ZR 208/12 – GRUR 2013, 1259, juris Rn. 17; Urteil vom 20. Mai 2009 – I ZR 218/07 – GRUR 2009, 980, juris Rn. 13) und wird durch das Zulassungsvorbringen nicht substantiiert in Frage gestellt. Ohne Erfolg beruft sich die Klägerin für ihre gegenteilige Auffassung auf die Unterscheidung zwischen geschäftlicher Handlung und Werbung in § 7 Abs. 1 UWG. Dass Werbung gesetzlich einen „Unterfall“ der geschäftlichen Handlung darstellt und daher enger auszulegen sei, vermag die ohne nähere Begründung aufgestellte Behauptung, der Unterschied liege gerade in der Beschränkung des Begriffs der Werbung auf unmittelbar absatzfördernde Maßnahmen, nicht zu tragen. Die Legaldefinition der geschäftlichen Handlung in § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG gibt dafür nichts her. Sie ist bereits insoweit weiter als der Begriff der Werbung, als sie auch Verhaltensweisen im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Durchführung von Verträgen oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen erfasst. Die gesetzlich vorgegebene Unterscheidung gebietet danach nicht die Annahme, dass eine mittelbare Absatzförderung nicht als Werbung anzusehen ist (BGH, Urteil vom 12. September 2013, a.a.O., Rn. 18; Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Aufl. 2012, § 2 Rn. 14 f., Rn. 47).

Die von der Klägerin reklamierte richtlinienkonforme Auslegung rechtfertigt keine andere Beurteilung. Zwar weist sie zutreffend darauf hin, dass die Regeln über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern durch die UGP-Richtlinie auf Gemeinschaftsebene vollständig harmonisiert worden sind. Dies steht einer weiten Auslegung des Begriffs der Werbung in § 28 Abs. 3 BDSG jedoch nicht entgegen. Dabei kann dahinstehen, ob sich der Begriff der Geschäftspraktiken, der in Art. 2 Buchst. d) der Richtlinie besonders weit definiert ist (EuGH, Urteil vom 14. Januar 2010 – C-304/08 – NJW 2010, 1867, juris Rn. 36), nur auf unmittelbar absatzbezogene Maßnahmen bezieht. Denn weder Erwägungsgrund 7 noch Nr. 26 des Anhangs I der UGP-Richtlinie schließen eine nationale Regelung aus, nach der die Nutzung personenbezogener Daten für werbende Zwecke, die unmittelbar oder mittelbar der Absatzförderung dienen, grundsätzlich nur bei Einwilligung des Betroffenen zulässig ist.

Dies ergibt sich bereits aus Erwägungsgrund 14, der in seinen beiden letzten Sätzen vorsieht, dass die Richtlinie das bestehende Gemeinschaftsrecht unberührt lassen sollte, das den Mitgliedstaaten ausdrücklich die Wahl zwischen mehreren Regelungsoptionen für den Verbraucherschutz auf dem Gebiet der Geschäftspraktiken lässt, und insbesondere auf Art. 13 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58/EG vom 12. Juli 2002 (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation) verweist. Nach Satz 2 der Nr. 26 des Anhangs I der UGP-Richtlinie gilt diese Bestimmung dementsprechend u.a. unbeschadet „der Richtlinien 95/46/EG und 2002/58/EG“. Die Regelung des Art. 13 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58/EG, geändert durch die Richtlinie 2009/136/EG vom 25. November 2009, wird danach durch die UGP-Richtlinie nicht berührt und ist ohne Einschränkung weiterhin gültig (BGH, Urteil vom 10. Februar 2011 – I ZR 164/09 – GRUR 2011, 936, juris Rn. 26). Sie erlaubt ausdrücklich mitgliedstaatliche Vorschriften, nach denen Telefonwerbung, d.h. die Nutzung eines personenbezogenen Datums für Zwecke der Werbung, von einer Einwilligung des

Betroffenen abhängig gemacht werden kann (sog. Opt-in-Lösung). Anhaltspunkte für eine gebotene Differenzierung zwischen einer unmittelbaren oder mittelbaren Absatzförderung zeigt der Zulassungsantrag insoweit nicht auf. Ebenso wenig kann sich die Klägerin mit Erfolg darauf berufen, dass vorliegend ein Fall des Art. 13 Abs. 2 und nicht Abs. 3 der Richtlinie 2002/58/EG gegeben sei. Dass die tatbestandlichen Voraussetzungen für eine zulässige Direktwerbung bei Kunden nach Art. 13 Abs. 2 der Richtlinie erfüllt sind, lässt sich dem Zulassungsvorbringen nicht entnehmen.

Unabhängig davon lässt die UGP-Richtlinie auch die Datenschutzrichtlinie 95/46/EG vom 24. Oktober 1995 unberührt. Diese ermächtigt die Mitgliedstaaten in Art. 7 ausdrücklich zum Erlass einer nationalen Regelung, wie sie §§ 4 Abs. 1, 28 Abs. 3 BDSG für die Nutzung personenbezogener Daten enthalten, ohne dies auf Werbemaßnahmen oder eine bestimmte Auslegung des Begriffs der Werbung zu beschränken (vgl. OLG Köln, Urteil vom 17. Januar 2014 – 6 U 167/13 – NJW 2014, 1820, juris Rn. 12; OLG Karlsruhe, Urteil vom 9. Mai 2012 – 6 U 38/11 – NJW 2012, 3312, juris Rn. 35 ff.).

(3) Die von der Klägerin angeführte Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Zulässigkeit des Double-opt-in-Verfahrens (Urteil vom 10. Februar 2011, a.a.O) vermag die von ihr reklamierte enge Auslegung des Begriffs der Werbung schließlich gleichfalls nicht zu begründen. Die zitierte Urteilspassage (juris Rn. 37) gibt dafür nichts her; im Übrigen hat der BGH klargestellt, dass mit dem elektronisch durchgeführten Double-opt-in-Verfahren nur die erforderliche Einwilligung in E-Mail-Werbung und nicht auch in Telefonwerbung eingeholt werden kann (Rn. 39, 40). Fehl geht auch der wiederholte Hinweis der Klägerin auf eine Gesetzesinitiative des Bundesrats zur Fortentwicklung des Verbraucherschutzes bei unerlaubter Telefonwerbung (BR-Drs. 557/10, Stellungnahme der Bundesregierung BT-Drs. 17/6482). Dass sich daraus ergebe, dass der Gesetzgeber die Opt-in-

Anfrage noch nicht als Werbung ansehe, hat zu Recht bereits das Verwaltungsgericht verneint. Dies gilt unabhängig davon, dass der Gesetzesvorschlag nicht verabschiedet worden ist. Denn den von der Klägerin bereits erstinstanzlich in Bezug genommenen Materialien lässt sich auch nicht ansatzweise entnehmen, dass eine – ohne Einverständnis – telefonisch eingeholte Einwilligung zur Vorbereitung eines späteren werblichen Anrufs nach geltendem Recht als zulässig angesehen wird. Der Hinweis in der Begründung des Gesetzesantrags, dass „belästigende Telefonwerbung nicht zur Legalisierung derselben ausgenutzt werden“ solle (BT-Drs. 557/10, S. 3), spricht vielmehr für das Gegenteil.

(4) Den Gründen, aus denen das Verwaltungsgericht davon ausgegangen ist, dass die Voraussetzungen des § 28 Abs. 3 Satz 1 und 2 BDSG für eine zulässige Nutzung der personenbezogenen Daten vorliegend nicht erfüllt sind, ist die Klägerin nicht entgegengetreten.

c) Auf die weitergehenden Einwände, die sich gegen die Annahme einer „überdies“ nach den Gesamtumständen vorliegenden unmittelbaren Absatzwerbung (UA S. 10 f.) sowie die Auslegung und Anwendung des § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG richten, kommt es danach nicht an. Sie können hinweg gedacht werden, ohne dass die angegriffene Entscheidung dadurch im Ergebnis mit Erfolg in Frage gestellt wird.

2. Die Berufung ist auch nicht wegen der geltend gemachten besonderen rechtlichen Schwierigkeiten zuzulassen (§ 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO). Soweit sich die Klägerin mangels Begründung des Zulassungsgrundes offensichtlich auf ihr übriges Vorbringen bezieht, sind besondere rechtliche Schwierigkeiten, die über die in anderen Verwaltungsstreitverfahren zu beurteilenden Rechtsfragen hinausgehen, nicht dargetan. Insbesondere kann der Ausgang eines Berufungsverfahrens aus den vorstehend zum Zulassungsgrund ernstlicher Richtigkeitszweifel dargelegten Gründen nicht als offen angesehen werden.

3. Die erhobene Grundsatzrüge (§ 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO) rechtfertigt schließlich gleichfalls nicht die Zulassung der Berufung.

Grundsätzliche Bedeutung kommt einer Rechtssache nur zu, wenn sie eine bisher weder höchstrichterlich noch obergerichtlich beantwortete konkrete und zugleich entscheidungserhebliche Rechts- oder Tatsachenfrage aufwirft, die im Interesse der Rechtseinheit oder der Rechtsfortbildung der fallübergreifenden Klärung in einem Berufungsverfahren bedarf. Eine derartige Fragestellung zeigt der Zulassungsantrag nicht auf.

Die Frage, ob „eine Datennutzung (Wählen einer Telefonnummer) künstlich nach den verschiedenen Themen eines Telefongesprächs aufgeteilt werden kann und damit so getan werden kann, als sei der Verbraucher mehrfach angerufen worden“, würde sich in einem Berufungsverfahren nicht stellen. Sie geht von der Prämisse einer künstlichen Aufspaltung eines Telefongesprächs aus, auf die sich die Klägerin aus den vorstehend zu Ziffer 1 a) dargelegten Gründen nicht berufen kann.

Zur Klärung der Frage, ob „eine einen werblichen Anruf erkennbar lediglich vorbereitende Opt-In-Anfrage ihrerseits Werbung“ ist, bedarf es nicht der Durchführung eines Berufungsverfahrens. Die Frage ist bereits auf der Grundlage der maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen und der vorliegenden Rechtsprechung im vorstehend dargelegten Sinne zu bejahen.

Die Frage, ob „für werbliche Maßnahmen innerhalb bestehender Kundenbeziehungen das Opt-In-Prinzip gilt“, war nach den eigenen Ausführungen der Klägerin für das Verwaltungsgericht nicht entscheidungserheblich. Sie kann daher auch nicht zum Gegenstand der Grundsatzrüge gemacht werden. Unabhängig davon zeigt die Antragsbegründung – wie bereits vorstehend dargelegt – nicht auf, dass die besonderen Voraussetzungen für Werbemaßnahmen im Rahmen bestehender Kundenbeziehungen

vorliegend erfüllt sind und der Frage damit in einem Berufungsverfahren nachzugehen wäre.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 47 Abs. 1 und 3, § 52 Abs. 1 GKG.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5 i.V.m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).