

Einwilligung durch Nichtgebrauch eines Angebots zum Streichen des Einwilligungstextes ist wirksam (BGH)

Urteil des Bundesgerichtshofs vom 11. November 2009, Aktenzeichen: VIII ZR 12/08

Normen:

BDSG: § 4, § 4a, § 28, § 29

BGB: § 305 Abs. 2 Nr. 2, § 307 Abs. 2 Nr. 1, § 307 Abs. 3 Satz 1, § 308 Nr. 5

Fundstellen:

K&R 2010, 116-121

CR 2010, 87-91

MMR 2010, 138-140

NJW 2010, 864-868

RDV 2010, 77-80

DuD 2010, 493-497

Leitsätze:

1. **In Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die der Betreiber eines Kundenbindungs- und Rabattsystems für Verträge mit Verbrauchern über die Teilnahme an dem System verwendet, unterliegt die Klausel**

"Einwilligung in Beratung, Information (Werbung) und Marketing

Ich bin damit einverstanden, dass meine bei HappyDigits erhobenen persönlichen Daten (Name, Anschrift, Geburtsdatum) und meine Programmdaten (Anzahl gesammelte Digits und deren Verwendung; Art der gekauften Waren und Dienstleistungen; freiwillige Angaben) von der C. GmbH [...], als Betreiberin des HappyDigits Programms und ihren Partnerunternehmen zu Marktforschungs- und schriftlichen Beratungs- und Informationszwecken (Werbung) über Produkte und Dienstleistungen der jeweiligen Partnerunternehmen gespeichert, verarbeitet und genutzt werden. Näheres hierzu in der Datenschutzerklärung als Teil der Teilnahmebedingungen, die Sie mit Ihrer Karte erhalten und die auch in allen K. Filialen und bei allen anderen Partnern eingesehen werden können. Sind Sie nicht einverstanden, streichen Sie die Klausel. Eine Streichung hat keinen Einfluss auf Ihre Teilnahme am Programm. Ihre Einwilligung können Sie jederzeit gegenüber der C. widerrufen. Daten von Minderjährigen werden automatisch von der Datennutzung für Werbezwecke ausgeschlossen."

nicht der Inhaltskontrolle, weil sie nicht von den Regelungen des Bundesdatenschutzgesetzes abweicht.

2. **Bei der Entscheidung über den unentgeltlichen Beitritt zum Rabatt- und Kundenbindungssystem HappyDigits sowie beim Ausfüllen des Anmeldeformulars unterliegt der Verbraucher keinem rechtlichen, wirtschaftlichen oder faktischen Zwang, der die freie Entscheidung des Betroffenen im Sinne von § 4a BDSG aufhebt.**
3. **Die Notwendigkeit, dass der Verbraucher eine vorformulierte Einwilligung streicht, begründet keine so gewichtige Hemmschwelle, dass der Verbraucher davon abgehalten wird, von seiner Entscheidungsmöglichkeit Gebrauch zu machen.**

Worum ging es?

Der Kläger ist der Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände. Er ist in die gemäß § 4 des Unterlassungsklagengesetzes (UKlaG) bei dem Bundesverwaltungsamt geführte Liste qualifizierter Einrichtungen eingetragen. Die Beklagte betreibt unter der Bezeichnung HappyDigits ein Kundenbindungs- und Rabattsystem. Verbraucher können mit ihr einen auf Rabattgewährung gerichteten Vertrag abschließen. Die Teilnehmer erhalten eine Kundenkarte. Einkäufe der Teilnehmer bei einem dem Rabattsystem angeschlossenen Wirtschaftsunternehmen (Partnerunternehmen) werden bei Vorlage der Karte von dem Partnerunternehmen registriert. Die Daten werden der Beklagten zugeleitet, die für jeden Teilnehmer ein Bonuskonto führt, den Teilnehmern die entsprechenden Digits (Bonuspunkte) gutschreibt und entsprechend der Anzahl der Bonuspunkte Rabatte auszahlt.

Das vom Teilnehmer auszufüllende Anmeldeformular ist Bestandteil einer Werbebroschüre der Beklagten. Es ist drucktechnisch in drei Abschnitte unterteilt. Unter der drucktechnisch durch rote Unterlegung hervorgehobenen Überschrift Ja, ich will Digits sammeln (...) befinden sich Felder, in denen Name, Vorname, Adresse und Geburtsdatum des jeweiligen Teilnehmers einzutragen sind. Es folgt ein weiterer drucktechnisch hervorgehobener Abschnitt, der das Sammeln von Digits beim Telefonieren betrifft. Sodann heißt es unter der drucktechnisch durch rote Unterlegung hervorgehobenen Überschrift Ja, ich will immer aktuell informiert sein und eine Reise in die Sonne gewinnen, zusätzlich umrandet und mit den nachstehend kenntlich gemachten Hervorhebungen durch Fettdruck wie folgt:

"Einwilligung in Beratung, Information (Werbung) und Marketing

Ich bin damit einverstanden, dass meine bei HappyDigits erhobenen persönlichen Daten (Name, Anschrift, Geburtsdatum) und meine Programmdateien (Anzahl gesammelte Digits und deren Verwendung; Art der gekauften Waren und Dienstleistungen; freiwillige Angaben) von der C. GmbH (C.), [...], als Betreiberin des HappyDigits Programms und ihren Partnerunternehmen zu Marktforschungs- und schriftlichen Beratungs- und Informationszwecken (Werbung) über Produkte und Dienstleistungen der jeweiligen Partnerunternehmen gespeichert, verarbeitet und genutzt werden. Näheres hierzu in der Datenschutzerklärung als Teil der Teilnahmebedingungen, die Sie mit Ihrer Karte erhalten und die auch in allen K. Filialen und bei allen anderen Partnern eingesehen werden können. **Sind Sie nicht einverstanden, streichen Sie die Klausel.** Eine Streichung hat keinen Einfluss auf Ihre Teilnahme am Programm. Ihre Einwilligung können Sie jederzeit gegenüber der C. widerrufen. Daten von Minderjährigen werden automatisch von der Datennutzung für Werbezwecke ausgeschlossen."

Mit seiner Klage verlangt der Kläger, die Klausel nicht zu verwenden.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht das Urteil hat der Klage stattgegeben.

Dagegen wendet sich mit Erfolg die Revision der Beklagten.

Rechtliche Zusammenfassung

Der Senat führt aus, das Berufungsgericht habe den Unterlassungsanspruch nach § 1 UKlaG wegen der Klausel bejaht, weil diese die an dem Kundenbindungs- und Rabattsystem der Beklagten teilnehmenden Verbraucher unangemessen benachteilige (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB). Gegenüber einer Regelung, wonach ein Einverständnis mit der Speicherung, Verarbeitung und Nutzung seiner persönlichen Daten durch aktives Tun, beispielsweise durch das Ankreuzen eines bestimmten Kästchens, erklärt werden müsse, stelle eine Klausel, die ihm lediglich ermögliche, durch Streichung der Klausel sein Einverständnis zu verweigern, eine unangemessene Benachteiligung dar.

Zwar verstoße die Regelung nicht gegen § 4a BDSG. Die Schriftform verlange nicht, dass zumindest angekreuzt wird. Auch die besondere Hervorhebung sei erfolgt. Der durchschnittlich aufgeklärte, situationsbedingt aufmerksame Verbraucher werde die Klausel zwar wahrnehmen und die ihm eingeräumte Wahlmöglichkeit auch erkennen. Er werde von ihr aber nicht in einem Umfang Gebrauch machen, wie es seinen Belangen entspreche. Die Beklagte biete den Teilnehmern (nahezu) ohne jegliche Gegenleistung

finanzielle Vergünstigungen in der Form des ausgelobten Rabatts an. Im Hinblick auf die Attraktivität des Angebots werde der Verbraucher die vorgegebene Option des Einverständnisses mit der Übersendung von Werbung eher akzeptieren und bereit sein, sich das Einverständnis mit den angebotenen ökonomischen Vorteilen abkaufen zu lassen. Demgegenüber halte eine so genannte Opt-in-Regelung, wonach ein Einverständnis durch den Verbraucher nur durch aktives Tun, also zum Beispiel durch Ankreuzen eines entsprechenden Kästchens, erklärt werden könne, den Teilnehmer in dieser Situation eher davon ab, letztlich gegen seinen Willen sein Einverständnis mit dem Erhalt von Werbung zu erklären.

Diese Beurteilung hielt der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das Urteil führt dazu aus:

Die Klausel sei wirksam. Sie betreffe allein die Einwilligung in die Speicherung, Verarbeitung und Nutzung von Daten für die Zusendung von Werbung per Post sowie zu Zwecken der Marktforschung. Den alleinigen Prüfungsmaßstab für die Frage, ob durch eine solche Einwilligung Regelungen vereinbart worden sind, die im Sinne von § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB von Rechtsvorschriften abweichen oder diese ergänzen, bildeten die Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG).

Danach sei die Klausel nicht zu beanstanden. Das gelte sowohl für die bis zum 31. August 2009 geltenden Fassung des Bundesdatenschutzgesetzes als auch für die ab dem 1. September geltende geänderte Fassung.

Gemäß § 4 Abs. 1 BDSG seien die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten nur zulässig, soweit dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift es erlaubt oder anordnet oder der Betroffene einwilligt. Nach § 4a Abs. 1 Satz 1 und 4 BDSG sei die Einwilligung unter anderem nur dann wirksam, wenn sie auf der freien Entscheidung des Betroffenen beruht und wenn sie, soweit sie zusammen mit anderen Erklärungen erteilt wird, besonders hervorgehoben ist. Beides sei hier der Fall.

Die dem Teilnehmer in der Klausel eingeräumte Möglichkeit zur Streichung der vorformulierten Einwilligung genüge jedenfalls bei der von der Beklagten gewählten Klauselgestaltung den Anforderungen, die an eine freie Entscheidung im Sinne von § 4 Abs. 1, § 4a Abs. 1 Satz 1 BDSG zu stellen sind.

§ 4a Abs. 1 Satz 1 BDSG ziele nach der Gesetzesbegründung auf eine Berücksichtigung der Voraussetzung ab, dass die Einwilligung ohne Zwang erfolgen muss. Daran könne es etwa fehlen, wenn die Einwilligung in einer Situation wirtschaftlicher oder sozialer Schwäche oder Unterordnung erteilt wird oder wenn der Betroffene durch übermäßige Anreize finanzieller oder sonstiger Natur zur Preisgabe seiner Daten verleitet wird.

Bei der Entscheidung über den Beitritt zum Rabatt- und Kundenbindungssystem der Beklagten sowie beim Ausfüllen des Anmeldeformulars unterliege der Verbraucher keinem derartigen rechtlichen, wirtschaftlichen oder faktischen Zwang. Die Klausel enthalte den ausdrücklichen Hinweis, dass eine Versagung der Einwilligung keinen Einfluss auf die Möglichkeit der Teilnahme am Kundenbindungs- und Rabattsystem der Beklagten hat. Zwar stelle die Notwendigkeit, zur Versagung der Einwilligung die vorformulierte Einwilligungserklärung zu streichen, entgegen der Meinung der Revision eine so genannte Opt-out-Erklärung dar, weil sie erfordere.

Auch die Tatsache, dass die Klausel nicht die Möglichkeit vorsehe, zu ihrer Abwahl ein zusätzliches Kästchen anzukreuzen, sondern - fettgedruckt - auf die Möglichkeit zur Streichung der Klausel hinweise, beeinträchtige die freie Entscheidung des Verbrauchers nicht. Eine Streichung der Klausel sei denkbar einfach. Es treffe nicht zu, dass der durchschnittlich verständige Verbraucher, der die Klausel streichen will, in einen nicht oder nur schwer lösbaren Konflikt geriete, wie die Streichung ausgeführt werden solle. Sowohl die vollständige Streichung der Klausel mittels Querstrich als auch das Ausstreichen Zeile für Zeile bis zu dem auf die Streichmöglichkeit hinweisenden Satz stünden ihm offen. Es sei nicht ersichtlich, dass bei Streichung der gesamten Klausel Nachteile entstehen könnten.

Die Erteilung Einwilligung sei auch nicht unmittelbar mit der Möglichkeit, eine Reise zu gewinnen, verknüpft.

Angesichts der Art ihrer Einbettung in den übrigen Formulartext und der Textgestaltung werde die Einwilligungserklärung auch dem Hervorhebungserfordernis des § 4a Abs. 1 Satz 4 BDSG gerecht.

Der Senat habe bereits früher entschieden, dass die aktive Erklärung der Einwilligung in der Weise, dass der Verbraucher eine gesonderte Einwilligungserklärung unterzeichnen oder ein für die Erteilung der Einwilligung vorzusehendes Kästchen ankreuzen muss, nicht erforderlich ist. Vielmehr ergebe sich aus § 4a Abs. 1 Satz 4 BDSG, dass die Einwilligung auch zusammen mit anderen Erklärungen schriftlich erteilt werden kann, sofern sie in diesem Fall besonders hervorgehoben wird. Durch dieses Erfordernis solle verhindert werden, dass die

Einwilligung bei Formularverträgen im so genannten Kleingedruckten versteckt wird und der Betroffene sie durch seine Unterschrift erteilt, ohne sich ihrer und ihres Bezugsgegenstands bewusst zu sein, weil er sie übersieht. Weitergehende Anforderungen stelle auch die Datenschutz-Richtlinie nicht.

Die Klausel sei so gestaltet, dass dem Verbraucher Umfang und Inhalt der Einwilligungserteilung nicht verborgen bleiben könnten, sondern dass sich ihm die mit der Unterschrift abzugebende Einwilligung als sein bewusster und autonomer Willensakt darstelle.

Die Möglichkeit zur Abwahl durch Ankreuzen sei nicht zwingend, wenn die Klausel eine andere Abwahlmöglichkeit enthalte und dem Hervorhebungserfordernis des § 4a Abs. 1 BDSG gerecht werde. Das sei hier der Fall. Die Klausel sei in der Mitte des eine Druckseite umfassenden Formulars platziert und als einziger Absatz der Seite mit einer zusätzlichen Umrahmung versehen, so dass sie schon deshalb Aufmerksamkeit auf sich ziehe. Der fettgedruckten Überschrift lasse sich schon aufgrund des verwendeten Worts Einwilligung unmittelbar entnehmen, dass sie ein rechtlich relevantes Einverständnis des Verbrauchers mit Werbungs- und Marketingmaßnahmen enthält, die - was einem durchschnittlich verständigen Verbraucher bekannt ist - in aller Regel mit einer Speicherung und Nutzung von Daten einhergingen.

Der Hinweis auf die Möglichkeit, eine Reise zu gewinnen, trage nicht dazu bei, die Relevanz der nachfolgenden Klausel zu verschleiern. Es sei auf einen durchschnittlich informierten und verständigen Verbraucher abzustellen, der einer vorformulierten Einwilligungserklärung die der Situation angemessene Aufmerksamkeit entgegenbringt. Ein solcher könne den unmittelbar über dem Bild befindlichen Absatz, dessen Umrahmung auf eine besonders wichtige Erklärung hinweise, nicht übersehen.

Etwas anderes gelte auch nicht nach dem durch das Gesetz zur Änderung datenschutzrechtlicher Bestimmungen vom 14. August 2009 mit Wirkung vom 1. September 2009 geänderten Bundesdatenschutzgesetz, an dem der in die Zukunft gerichtete Unterlassungsanspruch zu messen sei. Soweit personenbezogene Daten für Zwecke des Adresshandels oder der Werbung verarbeitet oder genutzt werden, enthalte § 28 Abs. 3a Satz 2 BDSG nF nunmehr eine Konkretisierung des in § 4a Abs. 1 Satz 4 BDSG enthaltenen Erfordernisses der Hervorhebung. § 28 Abs. 3 Satz 1 BDSG nF sehe vor, dass die Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten für Zwecke des Adresshandels oder der Werbung zulässig ist, soweit der Betroffene eingewilligt hat. Solle die Einwilligung zusammen mit anderen Erklärungen schriftlich erteilt werden, sei sie in drucktechnisch deutlicher Gestaltung besonders hervorzuheben (§ 28 Abs. 3a Satz 2 BDSG nF). Diese Regelungen gälten auch für die geschäftsmäßige Datenerhebung und Speicherung zum Zwecke der Übermittlung (§ 29 Abs. 1 Satz 2 BDSG nF) und für die Übermittlung im Rahmen dieser Zwecke (§ 29 Abs. 2 Satz 2 BDSG nF), nicht aber für Zwecke der Markt- oder Meinungsforschung. Insoweit sei eine Einwilligung nach wie vor an den in den §§ 4, 4a BDSG enthaltenen Regelungen zu.

Bedeutung für das Datenschutzrecht

Die Entscheidung sieht die Freiwilligkeit der Einwilligung nach §§ 4, 4a

BDSG nicht dadurch in Frage gestellt, dass im Falle des Nicht-Einverständnisses ein vorformulierter Einwilligungstext gestrichen werden muss.

Praktische Konsequenzen

Neben der (einfachsten und klarsten) Gestaltung eines Einwilligungsformulars in der Form, dass entweder die Einwilligung oder die Nichteinwilligung anzukreuzen ist, erklärt es die Entscheidung auch als ausreichend, wenn bei Nichteinwilligung die Streichung des betreffenden Textes verlangt wird.

Datum 11.11.2009