

NEWSLETTER MÄRZ 2018

TK-Recht

Recht und Schutz: Zur Novellierung der Rechtsschutzregelung nach § 35 Abs. 5 Sätze 2 und 3 TKG2

DatenschutzR

DS-GVO tritt am 25.05.2018 ohne ePrivacy-VO in Kraft –
Rechtsunsicherheit droht!7

TeleMedienG

OLG München: Ab Neufassung des TMG keine Störerhaftung für offene
WLAN-Hotspots mehr – Störerhaftung gilt aber noch für Altfälle 10

WettbewerbsR

Potztausend! Eine wirksame Werbeeinwilligung 11

Service

Termine 14

Sie erreichen uns gerne mit Anfragen, Kritik und Anregungen unter newsletter@juconomy.de

Recht und Schutz: Zur Novellierung der Rechtsschutzregelung nach § 35 Abs. 5 Sätze 2 und 3 TKG

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat dem Gesetzgeber in seinen Beschlüssen vom 22. November 2016 aufgegeben, spätestens bis zum 31. Juli 2018 die Regelungen des § 35 Abs. 5 Sätze 2 und 3 TKG zu novellieren. Die bisher verfassungsmäßigen Regelungen sind aufgrund veränderter tatsächlicher Bedingungen und angesichts veränderter Erkenntnislagen verfassungswidrig geworden. Der Beitrag erläutert die Grundzüge der Entscheidung des BVerfG und mögliche Novellierungsansätze.

Differenzierungsmangel führt zur Verfassungswidrigkeit

In seinen Beschlüssen vom 22. November 2016 (1 BvL 6/145 u.a.) aufgrund einer Verfassungsbeschwerde und aufgrund von sog. „Richtervorlagen“ des Bundesverwaltungsgerichts hat das BVerfG den Gesetzgeber zu einer Neuregelung der Regelungen des § 35 Abs. 5 Sätze 2 und 3 TKG bis zum 31. Juli 2018 verpflichtet. Mit den durch das TKG 2004 eingeführten Regelungen hatte der Gesetzgeber die Rechtsschutzmöglichkeiten des entgeltregulierten Unternehmens zum Schutz der Wettbewerber vor ggf. existenzbedrohenden Nachzahlungsverpflichtungen eingeschränkt. Wenn die Bundesnetzagentur (BNetzA) Entgelte in niedrigerer Höhe genehmigt als vom regulierten Unternehmen beantragt, kann das regulierte Unternehmen Verpflichtungsklage auf Genehmigung eines höheren Entgelts erheben. Die Möglichkeit des Gerichts, die BNetzA zur rückwirkenden Genehmigung zu verpflichten, ist allerdings durch § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG bisher eingeschränkt. Eine rückwirkende Korrektur zu niedriger Entgelte ist danach nur möglich, wenn bereits ein Eilantrag des regulierten Unternehmens auf vorläufige Anordnung eines höheren Entgelts nach § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG vor dem Verwaltungsgericht erfolgreich war. Diese ursprünglich verfassungsgemäßen Regelungen sind aufgrund veränderter tatsächlicher Bedingungen und angesichts veränderter Erkenntnislagen nach den Beschlüssen des BVerfG verfassungswidrig geworden und müssen angepasst werden.

Der Leitsatz der BVerfG-Beschlüsse lautet:

„Eine Beschränkung des Rechtsschutzes, den ein reguliertes Telekommunikationsunternehmen mit Wirkung für die Vergangenheit gegen Entgeltentscheidungen der Bundesnetzagentur erhalten kann, auf den im Eilverfahren erlangten Rechtsschutz, ist mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG nur vereinbar, solange und soweit sie erforderlich ist, um den Wettbewerb zu fördern.“

Die in den Vorjahren anfänglich verfassungsmäßige Regelung ist nach dem Beschluss des BVerfG inzwischen allerdings nicht mehr mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG vereinbar, weil die Regelung unterschiedslos für alle Wettbewerber gilt und daher unter einem Differenzierungsmangel leidet (Rn. 56 ff.). Hierbei stützt sich das BVerfG für diesen Befund auf die Aussagen der Monopolkommission, dass im Festnetzmarkt Unternehmen einer bestimmten Größenordnung, etwa auf dem inländischen Markt tätige ausländische Incumbents, eher Rückstellungen bilden könnten als kleine und mittlere Wettbewerber (Rn. 60). Bezüglich der aktiven und hinzutretenden kleinen und mittleren Wettbewerber stellen die vom Gericht in Bezug genommenen Aussagen der Monopolkommission fest, dass durch eine Änderung der Rückwirkungsregelungen die wirtschaftlichen Risiken für diese Unternehmen erhöht und dadurch entsprechende Gefahren für den Unternehmensmix und die Wettbewerbsintensität sich ergeben würden.

Ohne erheblichen Einfluss wäre dagegen der Schutz- und Fördermechanismus des § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG nach den in Bezug genommenen Aussagen der Monopolkommission für den Wettbewerb im Mobilfunkmarkt (Rn. 61). Stärkere Auswirkungen bestünden nur für kleinere Anbieter auf dem Festnetzmarkt, deren Kunden in die Mobilfunknetze telefonieren, d.h. die Terminierung in Mobilfunknetze mit Ursprung in Festnetzen (Rn. 66).

Der **verfassungsrechtlich unzulässig gewordene Differenzierungsmangel** besteht somit darin, dass das Gesetz keine zulässige Typisierung vornimmt (Rn. 69). Nicht immer besteht nach Auffassung des BVerfG zum aktuellen Stand der Marktentwicklung pauschal ein Förderbedarf des Vertragspartners eines regulierten Unternehmens. Nach den Aussagen des BVerfG kommt es bei der Typisierung auf die Finanzschwäche oder -stärke der Wettbewerber an (Rn. 69). Eine dahin differenzierende und typisierende Regelung wird vom BVerfG zwar als aufwändiger für Gesetzgeber, Regulierungsbehörde und Gerichte anerkannt, aber als

nicht ausgeschlossen und auch nicht als unpraktikabel angesehen (Rn. 70). Der Gesetzgeber muss insoweit nachbessern, um die veränderten tatsächlichen Bedingungen und die veränderten Erkenntnisse mit der Verfassung in Einklang zu bringen. Hierfür hat das BVerfG dem Gesetzgeber die genannte Umsetzungsfrist bis zum 31. Juli 2018 eingeräumt.

Mögliche Ansätze für die Novellierung

Die Beschlüsse des BVerfG dürfen dahin verstanden werden, dass eine Differenzierung und Typisierung in Bezug auf den Schutz einer beschränkten Rückwirkung verfassungsrechtlich nicht nur zulässig, sondern auch weiterhin geboten sind. Ohne diesen Schutz könnten sich ansonsten die vom BVerfG angesprochenen Gefahren für kleinere und mittlere Wettbewerber erheblich erhöhen und die Wettbewerbsintensität durch die Aufrechterhaltung eines Unternehmensmix auf den Telekommunikationsmärkten gefährdet werden. Nach den Feststellungen des BVerfG muss **Ausgangspunkt einer differenzierten und somit verfassungsrechtlich konformen Lösung die Finanzstärke bzw. -schwäche der Wettbewerber** eines regulierten Unternehmens ein.

Es ist in der Praxis keineswegs so, dass die Finanzstärke bzw. -schwäche eines regulierten Unternehmens immer größer als diejenige seines Leistungsnachfragers wäre. Beispielsweise ist auf den Festnetzmärkten jedes noch so kleine Unternehmen in Bezug auf die Entgelte für die Anrufzustellung zu seinen Endkunden (Terminierungsleistung) aufgrund des regulatorischen Prinzips „1 Netz = 1 Markt“ marktbeherrschend. Falls die Terminierungsleistungen etwa von der Telekom Deutschland GmbH nachgefragt werden, ist evident, dass die Finanzstärke dieses Nachfragers diejenige des kleinen Festnetzanbieters übersteigt.

Praktikable Anknüpfungspunkte für die erforderliche Novellierung, die auch im „allgemeinem Wettbewerbsrecht“ des GWB verankert sind, wären die Umsatzgröße und/oder der Marktanteil auf dem betreffenden korrespondierenden Endkundenmarkt. Die einfachere und somit praktikablere Ermittlungsmethode spräche dabei für das Kriterium des Umsatzes auf dem betreffenden korrespondierenden sachlich relevanten Endkunden. Hierbei könnten die Umsatzverhältnisse relativ zwischen einem regulierten Unternehmen und seinem Wettbewerber in den Blick zu genommen werden, weil die absoluten Höhen aufgrund der sich ändernden Marktentwicklungen nicht alleine eine Aussage zur konkreten

Schutzbedürftigkeit eines Wettbewerbers ergeben. Die Novellierung könnte hier einen prozentualen Abstand zwischen dem Umsatz des regulierten Unternehmens und dem Zugangsnachfrager vorsehen. Je geringer dieser Abstand des Zugangsnachfragers wäre (oder der Zugangsnachfrager den Umsatz des regulierten Unternehmens sogar übersteigt), umso geringer wäre die Rechtfertigung, diesen Zugangsnachfrager vor Nachzahlungsrisiken zu schützen. Bei geringerer Größe des Zugangsnachfragers könnte es ansonsten bei dem Schutz einer eingeschränkten Rückwirkung verbleiben.

Strukturelle Risikoverteilung des gerichtlichen Rechtsschutzes

Auch nach einer gesetzlichen Neuregelung mit einer Differenzierung zur Schutzbedürftigkeit von Zugangsnachfragern ist der Rechtsschutz des regulierten Unternehmens aus strukturellen Gründen sehr stark. Vertreter von Zugangsnachfragern vertreten die Auffassung, dass **Asymmetrien im gerichtlichen Rechtsschutz zu Gunsten des regulierten Unternehmens** bestehen, die ebenfalls gesetzlich reduziert werden müssten. Dies wird unter anderem in folgenden Gründen gesehen:

- Die Verpflichtungsklage eines regulierten Unternehmens hat Wirkung gegenüber allen Zugangsnachfragern („inter omnes“). Dagegen hat eine Wettbewerber-Anfechtungsklage nach der Rechtsprechung des BVerwG nur eine Wirkung zwischen dem (erfolgreich) klagenden Wettbewerber und dem regulierten Unternehmen („inter partes“). Gerade kleinere Wettbewerber können sich die Prozesskosten einer Anfechtungsklage nicht leisten. Um eine rechtswidrige Entgeltgenehmigung per Anfechtungsklagen „marktweit“ durchzusetzen, müssten im Einzelfall ggf. mehrere hundert Anfechtungsklagen (z.B. TAL-Zugangsnachfrager) durchgeführt werden. Ein reguliertes Unternehmen weiß, dass mit diesem Risiko praktisch niemals zu rechnen ist.
- Beim Erfolg einer Anfechtungsklage muss das Wettbewerbsunternehmen stets eine „böse Überraschung“ befürchten, weil die BNetzA im Rahmen einer Neugenehmigung die Entgelte zu Lasten des erfolgreichen Anfechtungsklägers „verbösern“ kann (sog. „reformatio in peius“). Dass dies keine hypothetische Gefahr ist, zeigt die Entscheidungspraxis der BNetzA. Dagegen muss das regulierte Unternehmen im Erfolgsfall seiner Verpflichtungsklage niemals eine Absenkung der zunächst genehmigten Entgelte befürchten.

- Die Anhängigkeit einer Verpflichtungs-Hauptsacheklage bleibt dem Wettbewerbsunternehmen aufgrund mangelnder Beiladung im gerichtlichen Verfahren verborgen. Es kann mangels Beiladung im Hauptsachverfahren auch nicht gegenüber dem Gericht schriftlich vortragen und Prozesshandlungen vornehmen. Dagegen wird ein reguliertes Unternehmen notwendig bei allen Anfechtungsklagen von Wettbewerbern beigeladen und hat somit umfassende Kenntnis und Einflussmöglichkeiten über alle Rechtsschutzverfahren.
- Die Höhe der Differenz zwischen dem beantragten und dem genehmigten Entgelt ist ausschließlich abhängig von der Antragsstrategie des regulierten Unternehmens. Das regulierte Unternehmen kann daher sehr einfach eine Änderung seiner Antragsstrategie vornehmen mit der Folge möglicherweise wirtschaftlich erdrückender Rückstellungsnotwendigkeiten bei seinen Wettbewerbern.
- Die Gefahren von Preis-Kosten-Scheren und Kosten-Kosten-Scheren bei einer rückwirkenden Erhöhung auch nur eines Vorleistungsproduktes wirken sich auf die Wettbewerber des regulierten Unternehmens aus. Die rückwirkende Entgelterhöhung würde in diesem Fall gegen Grundsätze des allgemeinen Wettbewerbsrechts verstoßen.

Fazit

Da der Vorleistungsbezug von regulierten Unternehmen immer noch auf absehbare Zeit wichtig bleibt, muss bei der Neuregelung des Rechtsschutzes durch den Gesetzgeber mitbedacht werden, dass das Recht tatsächlich nicht dem Schutz einer Partei bzw. eines Interesses dient. Selbstverständlich gilt es nicht, den einzelnen Wettbewerber zu schützen; allerdings ist die Funktionsfähigkeit eines Wettbewerber-Anbietermixes schutzwürdig und schutzbedürftig. Das BVerfG hat eine nach Schutzbedürftigkeit differenzierende gesetzliche Neuregelung nicht untersagt: im Gegenteil sprechen verfassungsrechtliche Gründe dafür, einen differenzierenden Schutz auch künftig vorzusehen.

Weitere Informationen:
RA Dr. Martin Geppert
Tel.: +49 (211) 90 99 16-61
E-Mail: geppert@juconomy.de



DS-GVO tritt am 25.05.2018 ohne ePrivacy-VO in Kraft – Rechtsunsicherheit droht!

Die DS-GVO enthält keine spezifischen Regeln für Telekommunikations- und Internetdienste. Deshalb war geplant, dass zum gleichen Zeitpunkt bereichsspezifische Datenschutzregeln für diese Dienste durch die neue ePrivacy-VO erlassen werden sollen. Nun sollen die Regeln der DS-GVO ohne die ePrivacy-VO in Kraft treten, da sich deren Erlass verzögert. Rechtsunsicherheit ist die Folge.

Inkrafttreten der DS-GVO

Ab dem 25.05.2018 gelten die Regeln der DS-GVO als unmittelbar geltendes Recht. Deren Regeln werden durch die Neufassung des BDSG ergänzt, soweit die DS-GVO einen weiteren Gestaltungsspielraum zulässt.

Die Regeln der DS-GVO gelten für alle Unternehmen und Personen, die personenbezogene Daten verarbeiten. Allerdings enthält die DS-GVO keine speziellen Regeln für Telekommunikationsdienste, wie sie bislang im TKG unter der ePrivacy-RiLi (RL 2002/58/EG) geregelt waren. Ebenso sind keine speziellen Regeln für Webdienste enthalten, wie sie bislang im TMG geregelt sind.

Übergangsregelung durch Art. 95 DS-GVO

Art. 95 DS-GVO enthält aber eine Sonderregelung für Kommunikationsdienste, die bislang von der ePrivacy-RiLi geregelt sind. Hiernach unterliegen die Anbieter von Kommunikationsdiensten keinen zusätzlichen Regeln, als sie durch die ePrivacy-RiLi bestimmt sind. Die Auslegung dieser Übergangsvorschrift ist umstritten.

Fortgeltung ePrivacy-RiLi und TKG-Datenschutz für „klassische TK-Dienste“

Noch relativ eindeutig ist, dass die Regeln der noch aktuellen ePrivacy-RiLi für die „klassischen“ Telekommunikationsdienste weiter gelten, da die ePrivacy-RiLi gerade für diese Dienste Regeln für die Verarbeitung von Verkehrsdaten trifft. Da und soweit die Datenschutzbestimmungen des TKG die ePrivacy-RiLi umsetzen, gelten insoweit auch die Daten-

schutzregeln des TKG weiter. Dies gilt folglich jedenfalls für die Verarbeitung von Verkehrsdaten, ist aber bereits für die Verarbeitung von Bestandsdaten weniger eindeutig.

Zudem stellt sich auch für die klassischen TK-Dienste die Frage, ob z.B. die Regeln der DS-GVO hinsichtlich der allgemeinen Pflichten vorrangig gelten, da die ePrivacy-RiLi hierzu keine umfassenden Regeln enthält. Der deutsche Gesetzgeber geht offenbar davon aus, dass es deswegen auch beim Datenschutz für klassische Telekommunikationsdienste Anpassungsbedarf im TKG gibt und plant ein TKG-Anpassungsgesetz.

Das TKG-Anpassungsgesetz soll demnächst im Entwurf der Öffentlichkeit im Entwurf zur Diskussion zur Verfügung gestellt werden. Mit einem Erlass und Inkrafttreten ist vor dem 25.05.2018 aber damit wohl nicht mehr zu rechnen. Damit besteht auch für TK-Unternehmen eine gewisse Rechtsunsicherheit, welche Regeln im Detail ab dem 25.05.2018 für das Angebot „klassischer“ Dienste gelten.

Strittige Fortgeltung des TMG für Internetdienste

Noch strittiger und unsicherer ist, welche Regeln für Internetdienste ab dem 25.05.2018 gelten. Auch diese Dienste können „Kommunikationsdienste“ im Sinne der ePrivacy-RiLi sein, die von der Übergangsregelung des Art. 95 DS-GVO erfasst werden. Die entscheidende Frage ist insofern, inwieweit die ePrivacy-RiLi auch für diese Dienste Regeln enthält. Zum Teil wird in der Literatur argumentiert, dies sei gar nicht der Fall. Hiergegen spricht aber, dass die ePrivacy-RiLi im Jahre 2009 im Rahmen der sog. „Cookie-RiLi“ ergänzt wurde und gerade für das Setzen von Cookies – und damit für Internetdienste – Regeln enthält. Insofern ist die ePrivacy-RiLi gem. Art. 95 DS-GVO weiter anwendbar. Es lässt sich deshalb vertreten, dass diese Regeln über Art. 95 DS-GVO direkt anwendbar sind und § 15 Abs. 3 TMG entsprechend richtlinienkonform auszulegen ist.

Gleichwohl stellt sich für die Internetdienste die Frage, ob auch die weiteren Datenschutzregeln des TMG fortgelten in richtlinienkonformer Auslegung der ePrivacy-RiLi. Denn dies würde einen angemessenen Übergang und mehr Rechtssicherheit bedeuten, als die Generalregeln des Art. 6 der DS-GVO speziell für Internetdienste auslegen zu müssen. Leider steht zu erwarten, dass diese Frage strittig bleiben wird und erst

durch die neue ePrivacy-VO dann zumindest wieder klar ist, welche Regeln dem Wortlaut nach gelten.

Fazit

Die EU und Deutschland wollen den Übergang in die Gigabitgesellschaft gestalten und sehen sich als führende Industrie- und IT-Nation. Umso betrüblicher und unverständlicher ist, dass gerade durch die Geltung der DS-GVO und deren unklarer Regelungen eine gravierende Rechtsunsicherheit für diesen Bereich beim Datenschutz eintritt. Auch wenn dies zu einem geringen Teil auch auf die Dauer der aktuellen Regierungsbildung zurückzuführen sein mag, ist festzustellen, dass es schon auf Ebene der EU und der DS-GVO an ausreichend klaren und rechtzeitigen Regelungen fehlt. Insofern ist von einem klaren Rückschritt im Bereich des Datenschutzes auszugehen, der sowohl die Anbieter, als auch die Nutzer trifft.

Es bleibt zu hoffen, dass diese Unsicherheit bald angemessen durch die ePrivacy-VO beseitigt wird. Aber auch deren aktueller Entwurf und das sich in die Länge ziehende Verfahren lassen insofern befürchten, dass entscheidende Fragen offen bleiben werden. Denn auch im aktuellen Entwurf der ePrivacy-VO fehlt es gerade für klassische Telekommunikationsdienste an ausreichend konkreten Regelungen.

Weitere Informationen:
RA Dr. Peter Schmitz
Tel.: +49 (211) 90 99 16-62
E-Mail: schmitz@juconomy.de



OLG München: Ab Neufassung des TMG keine Störerhaftung für offene WLAN-Hotspots mehr – Störerhaftung gilt aber noch für Altfälle

Das OLG München hat nach Presseinformationen mit Urteil v. 15.03.2018 (6 U 1741/17) auf Basis des in diesem Verfahren ergangenen EuGH-Urteils und dem neu gefassten TMG zur sog. „Störerhaftung“ im Fall Mc. Fadden entschieden. Das Urteil beantwortet damit auch die aktuelle Streitfrage, ob die Neufassung von § 8 Abs 3 und Abs. 4 TMG eine solche Störerhaftung ausschließt.

Urteil

Nach dem Urteil des OLG ist für die Störerhaftung zu unterscheiden, ob das „alte“ oder das „neue“ TMG mit seinen Regeln zur Störerhaftung anwendbar ist. Betreiber offener und freier WLAN-Netzwerke haften für mögliche Urheberrechtsverletzungen, die sich vor der Neufassung des TMG (12.10.2017) zugetragen haben (sog. „Altfälle“). Deshalb bestätigte das OLG, dass Mc. Fadden die Abmahnkosten zu tragen habe, da es sich um einen „Altfall“ handele.

Für nach der Neufassung des TMG begangene Urheberrechtsverletzungen Dritter besteht hingegen keine Haftung des WLAN-Anbieters für Urheberrechtsverletzungen unbekannter Dritter. Das OLG wies deshalb auch für den „Altfall“ ein Unterlassungsbegehren von Sony Music zurück, das in die Zukunft gerichtet war. Seit der Änderung des Telemediengesetzes im Oktober 2017, mit der die Störerhaftung abgeschafft worden ist, hält das OLG den Anspruch für nicht mehr gegeben.

Verfahren

Das OLG bestätigte damit nur zum Teil ein entsprechendes Urteil des Landgerichts München I (GRUR-RS 2017, 116901). Das LG hatte Mc. Fadden verurteilt, Abmahnkosten an die Sony Music Entertainment Germany GmbH, zu zahlen. Sony Music hatte Mc. Fadden abgemahnt und das Landgericht hatte entschieden, dass Mc. Fadden im Rahmen der Störerhaftung für die Urheberrechtsverletzung eines unbekanntem Nutzers haftet. Mc. Fadden klagte deswegen gegen Sony Music auf Feststellung, dass er für die Urheberrechtsverletzung eines unbekanntem Dritte nicht

haftet, während Sony Music widerklagend Unterlassung sowie die Abmahnkosten geltend machte. Das Landgericht hatte die Klage Mc. Fadens abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Im Berufungsverfahren legte das OLG München die Frage der Störerhaftung dem EuGH vor und entschied nun auf Basis des EUGH Urteils.

Fazit

Die Entscheidung des OLG ist als Schritt zu mehr Rechtssicherheit zu begrüßen. Es ist nun zu hoffen, dass sich diese Rechtsprechung durchsetzt. Allerdings ist die Revision zugelassen, sodass die Entscheidung noch nicht rechtskräftig ist. Es würde nicht überraschen, wenn die Sache abschließend erst durch den BGH entschieden wird.

Weitere Informationen:
RA Dr. Peter Schmitz
Tel.: +49 (211) 90 99 16-62
E-Mail: schmitz@juconomy.de



WettbewerbsR

Potztausend! Eine wirksame Werbeeinwilligung

Wer sich bislang auf die Suche begab, um AGB-förmige Werbeeinwilligungen zu finden, die einer gerichtlichen Kontrolle standhielten, konnte ergebnislos viel Zeit verbringen. Das hat sich jetzt geändert. Der BGH hat eine Klausel für wirksam erachtet.

Sachverhalt

Im vom BGH entschiedenen Fall (Urt. v. 01.02.2018 – III ZR 196/17) ging es nicht um einen Fall mutmaßlich wettbewerbs- oder deliktsrechtlich unzulässiger Direktwerbung, sondern allein um die AGB-rechtliche Wirksamkeit der fraglichen Einwilligungsklausel. Dies führte dazu, dass nicht der für das Wettbewerbsrecht zuständige I. Zivilsenat des BGH, sondern der III. Zivilsenat entschied.

Ein Telekommunikationsanbieter ermöglichte es dem Kunden im Internet-Bestellprozess, ein Kästchen anzuklicken, das vor folgender Erklärung stand:

„Ich möchte künftig über neue Angebote und Services der T. GmbH per E-Mail, Telefon, SMS oder MMS persönlich informiert und beraten werden.

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. Meine Vertragsdaten sind die bei der T. GmbH zur Vertragserfüllung (Vertragsschluss, -änderung, -beendigung, Abrechnung von Entgelten) erforderlichen und freiwillig abgegebenen Daten.“

Im Anschluss hieran wurde der Kunde auf das Recht zum jederzeitigen Widerruf der Einwilligung hingewiesen. Wegen weiterer Informationen wurde mit einem Link auf die Datenschutzhinweise Bezug genommen.

Das Urteil

Der BGH hat die Wirksamkeit dieser Klausel bejaht und damit das gegenläufige Berufungsurteil aufgehoben. Die Klausel sei anhand des AGB-Rechts (§§ 305 BGB) auf ihre Wirksamkeit hin zu überprüfen. Die AGB-Kontrolle greife auch dann, wenn die fragliche Erklärung durch Anklicken eines hierfür vorgesehenen Kästchens erfolge.

Es sei nicht grundsätzlich unzulässig, dass Einwilligungserklärungen in Werbung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten sind.

Die Einwilligungserklärung halte der Inhaltskontrolle stand. Entsprechend gefestigter Rechtsprechung zieht der III. Zivilsenat die aus der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG stammende Definition für Einwilligungen heran, wonach eine Einwilligung jede Willensbekundung ist, die ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgt und mit der die betroffene Person akzeptiert, dass personenbezogene Daten, die sie betreffen, verarbeitet werden.

Diese Voraussetzungen sieht der III. Zivilsenat als erfüllt an. Die Formulierung „individuelle Kundenberatung“ sei nicht unklar. Die drei Sätze der Klausel bildeten eine inhaltliche Einheit und konkretisierten gemeinsam den Inhalt und zeitlichen Umfang der Einwilligung. Während der erste Satz die zur Übermittlung der Informationen zulässigen Kommunikati-

onswege und den Inhalt der Werbung bestimme, regele der zweite Satz die zeitliche Geltungsdauer der Einwilligung und die Herkunft der erforderlichen Daten, die im dritten Satz ergänzend konkretisiert werde. Der verwendete Begriff „individuelle Kundenberatung“ sei deshalb auch nicht isoliert zu betrachten, sondern in Zusammenschau mit der in Satz 1 angekündigten Information und Beratung gegenüber dem vertragschließenden Kunden über neue Angebote und Services zu sehen. Der Inhalt der angekündigten Beratung werde in der gebotenen Zusammenschau deutlich. Im Hinblick darauf, dass der Anbieter und dessen Produktpalette allgemein und erst recht dem online vertragschließenden Kunden bekannt sei, sei diesem auch hinreichend klar, auf welche Art von Angeboten und Services sich die Einwilligung beziehe. Eine nähere Konkretisierung sei in diesem Fall nicht erforderlich.

Es sei auch nicht schädlich, dass sich die Einwilligungserklärung auf eine Werbung mittels verschiedener Kommunikationswege beziehe. Einer gesonderten Erklärung für jeden Werbekanal bedürfe es nicht.

Auch bestünden gegen die Geltungsdauer der Einwilligung keine Bedenken, da das Gesetz eine zeitliche Begrenzung einer einmal erteilten Einwilligung gar nicht vorsehe. Eine freiwillig vorgesehene Geltungsdauer sei daher unschädlich.

Fazit

Es dürfen leise Zweifel angebracht werden, ob die ebenfalls für Einwilligungsfragen zuständigen BGH-Senate (I. und III. Zivilsenat) eine gleichermaßen liberale Sichtweise eingenommen hätten. Daher darf mit Spannung erwartet werden, wie sich diese Zivilsenate bei sich bietender Gelegenheit zu dem nunmehr vorliegenden Urteil positionieren werden. Bis auf weiteres liegt mit diesem Urteil allerdings eine wertvolle höchstrichterliche Maßgabe vor, an der sich Telekommunikationsanbieter zumindest in ihrem online-Geschäft bei der Ausgestaltung von Werbeeinwilligungen orientieren können.

Weitere Informationen:
RA Dr. Jens Schulze zur Wiesche
Tel.: +49 (211) 90 99 16-64
E-Mail: szw@juconomy.de



Termine

09.04.2018	Stellungnahmefrist zur Veröffentlichung eines Konsultationsdokuments zu Fragen der Entgeltbestimmung im Hinblick auf die Mitnutzung öffentlicher Versorgungsnetze und die Koordinierung von Bauarbeiten auf Grundlage des DigiNetzG.
Internet	https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Breitband/Entgeltmassstaebe_DigiNetzG/EntgeltmassstaebeDigiNetzG-node.html
20.04.2018	Entscheidungsfristende im Verfahren BK11-17/020 (Telekom Deutschland GmbH ./ . SEG Entwicklungsgesellschaft Wiesbaden mbH sowie Stadt Wiesbaden
Internet	https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/1BK-Geschaeftszeichen-Datenbank/BK11-GZ/2017/2017_0001bis0999/2017_0001bis0099/BK11-17-0020/BK11-17-0020_Antrag.html?nn=718900

JUCONOMY Rechtsanwälte
Geppert Schmitz Schulze zur Wiesche
Partnerschaft mbB (AG Essen PR 2918)
Mörsenbroicher Weg 200, D-40470 Düsseldorf
Tel: +49 (0)211-90 99 16-0
Fax: +49 (0)211-90 99 16-99
E-Mail: kanzlei@juconomy.de
URL: <http://www.juconomy.de>
Ust-IDNr. DE 196413754

Die anwaltlichen Berufsträger von JUCONOMY Rechtsanwälte sind Mitglieder der Rechtsanwaltskammer Düsseldorf. Sie sind durch den Präsidenten des Landgerichts Düsseldorf bzw. durch die Rechtsanwaltskammer Düsseldorf als Rechtsanwälte zur Ausübung des Rechtsanwaltsberufes in der Bundesrepublik Deutschland zugelassen. Sie unterliegen berufsrechtlichen Regelungen, deren Einhaltung von der Rechtsanwaltskammer Düsseldorf überwacht wird. Zu den berufsrechtlichen Regelungen gehören u. a. die Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO), das Rechts-

anwaltsvergütungsgesetz (RVG), die Berufsordnung der Rechtsanwälte (BORA), die Berufsregeln der Rechtsanwälte der Europäischen Gemeinschaft, das Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland (EuRAG) sowie die Fachanwaltsordnung (FAO), deren Texte u. a. auf der Homepage der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) abgerufen werden können.

Trotz gewissenhafter Bearbeitung aller Beiträge wird für deren Inhalt keine Haftung übernommen.