

DATENSCHUTZ- BERATER

» Ihr zuverlässiger Partner für Datenschutz und Datensicherheit

Chefredakteur: Dr. Carlo Piltz

Schriftleitung: Dr. Alexander Golland, Adrian Schneider, Philipp Quiel, Tilman Herbrich

Datenschutz im Fokus

Zwischen Datenschutz- und Bankenaufsichtsrecht

Verantwortliche zwischen Datenschutz- und Bankenaufsichtsrecht – wie können Vorgaben beider Rechtsgebiete gleichzeitig beachtet werden?

Seite 150

Ein Jahr DSGVO in der Unternehmenspraxis: War die Angst berechtigt?

Ein Überblick zu dem, was bisher geschah

Seite 153

Die Melde- und Benachrichtigungspflichten nach Art. 33, Art. 34 DSGVO in der betrieblichen Praxis (Teil 1)

Ein Überblick zu den Melde- und Benachrichtigungspflichten nach Art. 33, Art. 34 DSGVO

Seite 156

Behördenkommunikation- und verfahren: Eine Orientierungshilfe

Ablauf des Behördenverfahrens und Ratschläge zur Kommunikation

Seite 160

Fragen aus der Praxis

Mammutaufgabe: Erfüllung der Informationspflichten

Seite 163

Aktuelles aus den Aufsichtsbehörden

„Datenübermittlungen bei Online-Überweisungen“

Seite 165

Die Verarbeitung zum Zwecke der Vertragserfüllung – Leitlinien des Europäischen Datenschutzausschusses

Seite 167

Rechtsprechung

Anspruch gegen eine Versicherung auf Übermittlung einer Gutachtenkopie

Seite 169

Keine Sperrwirkung der DSGVO bei Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht wegen Telefonwerbung

Seite 171

Stichwort

Ratloser Betriebsrat – Betriebsrat als eigener Verantwortlicher

Seite 173

▪ Nachrichten Seite 146 ▪ Service Seite 174

Tilman Herbrich/Sandra Häntschel

Keine Sperrwirkung der DSGVO bei Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht wegen Telefonwerbung

OLG München, Urt. v. 07.02.2019 – Az. 6 U 2404/18

Die Gerichtsentscheidung in Kürze

1. Die Regelungen der DSGVO über die Zulässigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten sind nicht als Prüfmaßstab bei der Beurteilung eines Verstoßes gegen das wettbewerbsrechtliche Belästigungsverbot nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG heranzuziehen.
2. Die Annahme einer unzumutbaren Belästigung wegen unzulässiger Werbeanrufe gem. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG steht mit den unionsrechtlichen Vorgaben der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation (RL 2002/58/EG, ePrivacy-RL) und der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (RL 2005/29/EG) im Einklang.
3. Ansprüche nach dem UWG von Mitbewerbern wegen unzumutbarer Belästigung werden nicht durch die datenschutzrechtlichen Bestimmungen der DSGVO verdrängt. Vielmehr gelangen beide Regelungen im Rahmen ihres Regelungsgehalts nebeneinander zur Anwendung.
4. Die Anwendung von § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG verstößt nicht gegen die nach Art. 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (EUGR-Ch) grundrechtlich geschützte unternehmerische Freiheit von Werbetreibenden.

Der Fall

Gegenstand des Berufungsverfahrens vor dem OLG München waren wettbewerbsrechtliche Ansprüche wegen unzulässiger Werbeanrufe eines Mitbewerbers. Die Parteien sind Mitbewerber im Energiesektor. Aufgrund mehrerer Werbeanrufe der Beklagten bei Verbrauchern machte die Klägerin vor dem LG München einen Unterlassungsanspruch und einen Erstattungsanspruch wegen vorgerichtlicher Abmahnkosten geltend. Die Anrufe der Beklagten, welche von ihr selbst bzw. in ihrem Auftrag durchgeführt wurden, verfolgten den Zweck, Energieleistungsverträge abzuschließen. Eine Einwilligung seitens der freien Marktteilnehmer lag dabei nicht vor. Die Klägerin sah darin eine unzumutbare Belästigung gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG und damit ein unlauteres Verhalten.

Die Beklagte berief sich im Wesentlichen darauf, dass die Bestimmungen aus dem UWG wegen des Anwendungsvorrangs der DSGVO sowie der angedachten ePrivacy-VO nicht zur Geltung kämen. Auch trug die Beklagte vor, dass die unionsrechtliche Regelung in Nr. 26 Anhang I Richtlinie 2005/29/EG dem Verbot nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG entgegenstehe. Darüber hinaus rügte die Beklagte eine Verletzung von Art. 16 EUGR-Ch bzw. von Art. 12 GG.

Das LG München I gab der Klage statt und verurteilte die Beklagte zur Unterlassung sowie Erstattung vorgerichtlicher Abmahnkosten. Als Berufungsinstanz bestätigte nunmehr das OLG München die Entscheidung. Eine Revision zum BGH hat das OLG München mangels grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache nicht zugelassen.

Die Gründe

Das OLG München bejahte ebenso wie die Vorinstanz den Unterlassungsanspruch der Klägerin gemäß § 8 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 Nr. 1, § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG sowie den Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Abmahnkosten aus § 12 Abs. 2 UWG. Die Beklagte habe unlauter gehandelt, weil sie Werbeanrufe ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung des angerufenen Marktteilnehmers vornahm bzw. im Auftrag durchführen ließ. Das Berufungsgericht lehnte entgegen des Beklagtenvortrags sowohl einen Anwendungsvorrang datenschutzrechtlicher Vorschriften als auch Verstöße gegen die RL 2002/58/EG und die RL 2005/29/EG ab. Ebenso sei eine Verletzung der unternehmerischen Freiheit aus Art. 16 EUGR-Ch der Beklagten nicht ersichtlich.

Verhältnis UWG zur DSGVO und zur Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation

Das OLG München stellte fest, dass es bei der Prüfung eines Verstoßes gegen das wettbewerbsrechtliche Belästigungsverbot gem. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG nicht der Heranziehung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen über Zulässigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal bedürfe.

Das Oberlandesgericht machte sich die Ausführungen des BGH in der Entscheidung „Double-opt-in Verfahren“ (Urteil v. 10.02.2011, Az. I ZR 164/09) zu eigen, wonach § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG mit dem Unionsrecht im Einklang steht. So erlaube Art. 13 Abs. 3 Richtlinie 2002/58/EG ausdrücklich mitgliedstaatliche Regelungen, nach denen Telefonwerbung ohne Einwilligung des betroffenen Teilnehmers nicht gestattet sei (sog. „Opt-in“). Gemäß Art. 95 DSGVO, welcher das Verhältnis zur RL 2002/58/EG regelt, trete Art. 13 Abs. 3 RL 2002/58/EG nicht gegenüber der DSGVO zurück. Dies bestätige auch Erwägungsgrund Nr. 173 DSGVO. Vielmehr seien beide Regelwerke im Rahmen ihres Regelungsgehaltes nebeneinander anzuwenden.

Das OLG München bekräftigte ferner, dass sich ein etwaiger Vorrang der DSGVO nicht im Sinne einer „Vorwirkung“ der sich im Gesetzgebungsverfahren befindlichen ePrivacy-VO begründen lasse.

Verhältnis zur Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken

Darüber hinaus erfährt Art. 13 Abs. 3 RL 2002/58/EG nach Ansicht des OLG München unter Bezugnahme auf die „Double-opt-in Verfahren“-Entscheidung des BGH entgegen dem Beklagtenvortrag keine Einschränkungen durch die RL 2005/29/EG. So sei zwar nach dem ersten Satz von Nr. 26 Anhang I RL 2005/29/EG allein das hartnäckige und unerwünschte Ansprechen von Kunden über Telefon, Fax, E-Mail oder sonstige für den Fernabsatz geeignete Medien unter allen Umständen unlauter. Gemäß Satz zwei der Bestimmung gelte dies jedoch unbeschadet der Richtlinie 2002/58/EG, weshalb das Merkmal der „Hartnäckigkeit“ auch kein Tatbestandsmerkmal von § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG darstelle. Diese wörtliche Auslegung werde insbesondere durch die letzten beiden Sätze des Erwägungsgrundes Nr. 14 RL 2005/29/EG bestätigt. Danach soll die Richtlinie das bestehende Gemeinschaftsrecht unberührt lassen, das den Mitgliedsstaaten ausdrücklich die Wahl zwischen mehreren Regelungsoptionen für den Verbraucherschutz auf dem Gebiet der Geschäftspraktiken lässt.

Schließlich werde die Regelung in Nr. 26 Anhang I RL 2005/29/EG durch die weitere Zulässigkeit der „Opt-in“ Lösung nicht überflüssig. Dies folge daraus, dass in Anwendung der Öffnungsklausel für Mitgliedstaaten in Art. 13 Abs. 3 Alt. 2 der RL 2002/58/EG Telefonwerbung nur dann unzulässig sei, wenn sie sich an Teilnehmer richtet, die ihr widersprochen haben („Opt-out“ Lösung).

Verstoß gegen EUGR-Ch und GG

Auf Grundlage der Entscheidung „Double-opt-in Verfahren“ des BGH stelle das Verbots nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG darüber hinaus auch keine Verletzung von Art. 16 EU-GR-Ch und Art. 12 GG dar. Der BGH hat seinerseits mangels Auslegungszweifeln des Unionsrechts von einer EuGH-Vorlage abgesehen.

Auswirkungen auf die Praxis

Die Entscheidung ist konsequent und spiegelt die gesetzgeberische Intention im Hinblick auf die unterschiedlichen Regelungsbereiche der DSGVO und ePrivacy-RL wieder. Die Vorschriften zur Direktwerbung gem. § 7 UWG setzen die unionsrechtlichen Vorgaben von Art. 13 ePrivacy-RL um und werden wegen der Kollisionsregel gem. Art. 95 DSGVO nicht von den Vorschriften der DSGVO überlagert. Gleiches gilt in Bezug auf das Verbot des hartnäckigen und unerwünschten Ansprechens über das Telefon gemäß Nr. 26 Anhang I RL 2005/29/EG, wie sich dem Normtext selbst entnehmen lässt. Insoweit befindet sich das Urteil auf einer Linie mit den höchstrichterlichen Vorgaben des BGH.

Die Auswirkungen der Entscheidung auf die Praxis halten sich in Grenzen, kurzum es bleibt alles beim Alten. Bei For-

men der Direktwerbung sind sowohl die wettbewerbsrechtlichen Vorgaben als auch die datenschutzrechtlichen Anforderungen zu beachten. Im Fokus stehen dabei insbesondere die Bedingungen für eine valide Einwilligung (vgl. Erwägungsgrund Nr. 17 ePrivacy-RL).

Ob jedoch umgekehrt DSGVO-Verstöße wettbewerbsrechtlich abgemahnt und verfolgt werden können, wird durch die Entscheidung des OLG München nicht beantwortet. Offen bleibt daher vorerst die höchst umstrittene Frage, ob die Regelung der DSGVO sogenannte Marktverhaltensregeln i. S. d. § 3a UWG darstellen (dafür OLG Hamburg, Urt. v. 25.10.2018 – 3 U 66/17 im Einzelfall; LG Würzburg, Beschl. v. 13.9.2018 – 11 O 1741/18; dagegen etwa LG Bochum, Urt. v. 7.8.2018 – I-12 O 85/18; LG Wiesbaden, Urt. v. 5.11.2018 – 5 O 214/18, LG Magdeburg, Urt. v. 18.1.2019 – 36 O 48/18; jüngst LG Stuttgart, Urt. v. 15.4.2019 – 35 O 68/18 KfH). Nur soweit die DSGVO Marktverhaltensregeln beinhaltet, kann die Einhaltung dieser Regeln von anderen Marktteilnehmern nach § 3a UWG eingefordert werden. Letztendlich wird die Streitfrage aller Voraussicht nach durch die sehnlich erwartete „Fashion-ID“-Entscheidung des EuGH (C-40/17) einer Klärung zugeführt werden.

Auch der BGH bezweifelte in dem Verfahren „Facebook-App-Zentrum“ die uneingeschränkte Anwendung der DSGVO im Rahmen wettbewerbsrechtlicher Ansprüche aus dem UWG. Der BGH hat dabei das Verfahren bis zur Entscheidung des EuGH in Sachen „Fashion-ID“ ausgesetzt (Beschl. v. 11.4.2019 – I ZR 186/17).

In weiterer Zukunft werden die bisherigen nationalen und europarechtlichen Vorgaben zum Direktmarketing ohnehin durch die sich derzeit noch im Gesetzgebungsverfahren befindliche ePrivacy-VO neugeordnet und einem eigenen unionsweit einheitlichen Sanktionsmechanismus unterworfen. Bis dahin gilt es, den Blick nach Luxemburg zu richten und auf die Entscheidung des EuGH in der Rechtsache „Fashion-ID“ zu warten.

Autoren: Tilman Herbrich (Ass. jur. & CIPP/E) ist Teil der Schriftleitung und Privacy Expert bei Spirit Legal LLP in Leipzig.



Sandra Häntschel ist Dipl.-Jur. und Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Spirit Legal LLP Rechtsanwälte.

