

Oberlandesgericht Nürnberg

Az.: 3 U 905/18
7 O 6829/17 LG Nürnberg-Fürth

Verbraucherzentrale

Bundesverband

20. Sep. 2018



EINGEGANGEN

In dem Rechtsstreit

Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., vertreten durch d. Vorstand Klaus Müller, Markgrafenstraße 66, 10969 Berlin
- Kläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte:

gegen

StayFriends GmbH, vertreten durch d. Geschäftsführer
chenplatz 1a, 91054 Erlangen
- Beklagte und Berufungsklägerin -

Neustädter Kir-

Prozessbevollmächtigte:

er-

wegen Unterlassung

erteilt das Oberlandesgericht Nürnberg - 3. Zivilsenat und Kartellsenat - durch

Hinweis gemäß § 522 Abs. 2 ZPO

Der Senat beabsichtigt, die Berufung gegen das Urteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 17. April 2018, Az. 7 O 6829/17, gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil er einstimmig der Auffassung ist, dass die Berufung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, der Rechtssache auch keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordert und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung über die Berufung nicht geboten ist.

I.

Die Parteien streiten um die Zulässigkeit einer Voreinstellung im Nutzerprofil auf der von der Beklagten betriebenen Onlineplattform „stayfriends.de“.

Das Landgericht Nürnberg-Fürth erließ am 17. April 2018 das nachfolgende Endurteil:

1. Die Beklagte wird verurteilt, es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, diese zu vollstrecken an den Geschäftsführern der Beklagten, zu unterlassen,

im Rahmen geschäftlicher Handlungen bei der Anmeldung auf der Seite stayfriends.de unter Profileinstellungen die Einwilligungen zur Veröffentlichung der personenbezogenen Nutzerinhalte außerhalb von stayfriends.de voreinzustellen, wenn dies geschieht wie folgt:

„Ich möchte gefunden werden

...

von Personen, die nicht bei StayFriends sind

- bei Portalen mit Ehemaligenverzeichnissen
- bei öffentlichen Suchmaschinen (z.B. Google)
- bei Ehemaligenseiten meiner Schule

Profilbild

Wir zeigen Ihr Profilbild außerhalb von StayFriends und Sie können mit diesem Profilbild bei Suchmaschinen, wie z.B. Google, gefunden werden.“

2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 214,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 29.11.2017 zu bezahlen.

Zur Begründung führte das Erstgericht u.a. aus, dass die verwendete Voreinstellung der Beklagten, wonach etwaige Daten des Nutzers auch außerhalb von StayFriends sichtbar seien, einen Verstoß gegen die zwingenden gesetzlichen Regelungen §§ 4, 4a BDSG sowie §§ 12, 13 TMG darstelle, da eine Verwendung der Daten des Nutzers ohne seine entsprechende Einwilligung erfolge.

Wegen des weiteren Inhalts wird auf die angegriffene Entscheidung Bezug genommen.

Gegen dieses Urteil legte die Beklagte Berufung ein. Sie beantragt, unter Aufhebung des Urteils, des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 17. April 2018 die Klage abzuweisen. Zur Begründung führt die Beklagte u.a. aus, dass ihre Datenschutzbestimmungen nicht widersprüchlich seien. Außerdem sei die vom Kläger gerügte Verwendung der Daten bereits vom Vertragszweck umfasst.

Der Kläger verteidigt das erstinstanzliche Urteil und beantragt die Zurückweisung der Berufung.

Wegen des weiteren Vorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Das angefochtene Urteil hält den Berufungsangriffen stand. Die Beklagte hat weder neue berücksichtigungsfähige Tatsachen vorgetragen (§ 529 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) noch konkrete Anhaltspunkte aufgezeigt, die Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Tatsachenfeststellungen des Landgerichts begründen würden (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Es ist daher von dem im angefochtenen Urteil zugrunde gelegten Sachverhalt auszugehen. Dieser rechtfertigt weder eine andere Entscheidung noch ist eine Rechtsverletzung vorgetragen, auf der die erstinstanzliche Entscheidung beruhen würde (§ 513 Abs. 1 ZPO).

Auf die zutreffenden Ausführungen des Erstgerichts wird Bezug genommen. Im Hinblick auf das Berufungsvorbringen sind folgende ergänzende Hinweise veranlasst:

1. Da der Kläger den geltend gemachten Unterlassungsanspruch auf Wiederholungsgefahr stützt, ist die Klage nur erfolgreich, wenn die beanstandete Handlung sowohl im Zeitpunkt ihrer Vornahme als auch im Zeitpunkt der Entscheidung in der Berufungsinstanz rechtswidrig ist. Für den Anspruch auf Erstattung von Abmahnkosten kommt es hingegen lediglich auf die Rechtslage zum Zeitpunkt der Abmahnung an (vgl. BGH, Urteil vom 02. März 2017 – I ZR 41/16, Rn. 13 - Komplettküchen).

Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch besteht daher im vorliegenden Fall nur dann, wenn die streitgegenständliche Klausel sowohl gegen §§ 4, 4a BDSG a.F., 12, 13 TMG als auch gegen die seit 25. Mai 2018 geltenden Art. 6, 7 der EU-Datenschutzgrundverordnung (DS-GVO) verstieß. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Vortrag der Beklagten, dass die streitgegenständliche Klausel nicht mehr verwendet werde. Denn zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr genügen weder der bloße Wegfall der Störung noch die Zusage des Verletzers, von Wiederholungen künftig Abstand zu nehmen (vgl. Bornkamm, in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 36. Aufl. 2018, § 8 Rn. 1.49).

2. Die Voreinstellung „Ich möchte gefunden werden von Personen, die nicht bei StayFriends sind (bei Portalen mit Ehemaligenverzeichnissen, bei öffentlichen Suchmaschinen (z.B. Google) und bei Ehemaligenseiten meiner Schule)“ verstößt sowohl gegen §§ 4, 4a BDSG a.F., 12, 13 TMG als auch gegen Art. 6, 7 DS-GVO.

a) Die Nutzung der Daten außerhalb der Plattform StayFriends ist nicht vom Vertragszweck umfasst.

aa) Nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG a.F. war das Erheben, Speichern, Verändern oder Übermitteln personenbezogener Daten oder ihre Nutzung als Mittel für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke zulässig, wenn es für die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses mit dem Betroffenen erforderlich ist. Zwischen der beabsichtigten Datenverarbeitung und dem Schuldverhältnis musste ein unmittelbarer sachlicher Zusammenhang bestehen (Wolff, in BeckOK DatenschutzR, 24. Ed. 01.08.2015, § 28 BDSG Rn. 33). Welche Daten konkret für die Durchführung des Schuldverhältnisses benötigt werden, hing von den bestehenden Rechten und Pflichten des Vertrages und nicht primär von dem Zweck des Vertrages ab (Wolff, a.a.O., § 28 BDSG Rn. 35). Wegen der Reichweite, der Streubreite und der Dauerhaftigkeit der Publikation im Internet war die Zulässigkeit der Publikation in diesem Medium immer besonderen Bestimmtheits- und Erforderlichkeitsanforderungen zu unterwerfen (Wolff, a.a.O., § 28 BDSG Rn. 39).

Dem entspricht teilweise der nunmehr maßgebliche Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b DS-GVO, wonach die Datenverarbeitung dann rechtmäßig ist, wenn die Verarbeitung für die Erfüllung eines Vertrags, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, oder zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen erforderlich ist, die auf Anfrage der betroffenen Person erfolgen. Es muss ein unmittelbarer Zusammenhang mit dem konkreten Zweck des Vertragsverhältnisses bestehen (Schulz, in Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 38). Daher ist beispielsweise die Speicherung von Kundenpräferenzen für Marketingzwecke oder Kundenbindungssysteme nicht für die Erfüllung des Vertrags erforderlich (Heberlein, in Ehmann/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 13).

bb) Unter Zugrundelegung dieses rechtlichen Maßstabs ist die Nutzung der Daten gemäß der streitgegenständlichen Klausel außerhalb der Plattform StayFriends nicht vom Vertragszweck mit umfasst. Dies ergibt sich - wie das Landgericht zutreffend ausführt - aus Ziff. 2.1. der AGBs der Beklagten, wonach der Nutzer durch das Hinterlassen seiner Daten in der Datenbank lediglich anderen registrierten Nutzern die Möglichkeit eröffnet, ihn zu finden. Das darin enthaltene Wort „insbesondere“ bezieht sich nur auf die dort aufgeführten Personen, jedoch nicht auf den Um-

stand, ob sich die Personen auf der Seite der Beklagten registriert haben.

b) In dem Akzeptieren der Datenschutzbestimmung im Rahmen des Anmeldeprozesses ist keine Einwilligung des Nutzers dazu zu sehen, dass seine Daten außerhalb von StayFriends veröffentlicht werden dürfen.

aa) Für eine wirksame Einwilligung im Sinne der §§ 12, 13 TMG und §§ 4, 4a BDSG a.F. musste ein eindeutiges Einverständnis des Nutzers vorliegen. § 4 Abs. 1 S. 1 BDSG schrieb vor, dass die Einwilligungserklärung auf einer freien Entscheidung basieren muss. Dafür war nach § 4 Abs. 1 S. 2 BDSG eine umfassende Aufklärung, inwieweit eine Nutzung der Daten erfolgt, erforderlich. Gemäß § 13 Abs. 2 Nr. 1 TMG musste der Nutzer die Einwilligung bewusst und eindeutig erklärt haben. Dies setzte voraus, dass die Datenschutzbestimmung, mit der im Rahmen eines Anmeldeprozesses die Einwilligung des Nutzers erklärt wird, eindeutig und verständlich ist. Darüber hinaus war der Betroffene nach § 4a Abs. 1 S. 2 BDSG a.F. auf den vorgesehenen Zweck der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung hinzuweisen. Der Betroffene konnte nur frei über die Einwilligung entscheiden, wenn er die vorgesehenen Verarbeitungen kennt und daher auch eine hinreichend bestimmte Erklärung abgeben kann. Vorformulierte Einwilligungen mussten dies auch in der Überschrift deutlich machen (Gola/Klug/Körffer, in Gola/Schomerus, BDSG, 12. Aufl. 2015, § 4a Rn. 26).

Nach dem nunmehr maßgeblichen Art. 7 Abs. 1 DS-GVO muss der Verantwortliche nachweisen können, dass die betroffene Person ihre Einwilligung in eine Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten erteilt hat. In Art. 4 Nr. 11 DS-GVO ist der Begriff der Einwilligung definiert. Demnach muss die Willensbekundung freiwillig, in informierter Weise und unmissverständlich sowie durch Erklärung oder eine sonstige eindeutige bestätigende Handlung erfolgen. In Kenntnis gesetzt werden muss der Betroffene daher insbesondere darüber, welche Arten von Daten zu welchem Zweck verarbeitet werden, wer die verantwortliche datenverarbeitende Stelle ist und wie diese zu erreichen ist sowie an welche Dritten die Daten im Falle der Übermittlung weitergegeben werden (Buchner/Kühling, in Kühling/Buchner, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 7 Rn. 59). Außerdem muss die betroffene Person nach Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO ihre Einwilligung zu der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten für einen oder mehrere bestimmte Zwecke gegeben haben. Daraus folgt, dass im Zeitpunkt der Einholung der Einwilligung der Zweck – bzw. bei mehreren Zwecken jeder dieser Zwecke – festgelegt und bestimmt sein muss. Wird die vorformulierte Einwilligungserklärung zusammen mit anderen Vertragspunkten in AGB's verwendet, muss das Ersuchen um die Einwilligung in verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache erfolgen, sodass es von den anderen Punkten des Vertrags klar abgrenzbar

ist (Artikel 7 Abs. 2 DS-GVO). Die Bedingung einer informierten Einwilligung erfordert, dass die betroffene Person vorab jedenfalls darüber informiert worden ist, welche Daten zu welchem Zweck und von wem verarbeitet werden (Heberlein, in Ehmann/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 8). Die Informationen müssen so aufbereitet sein, dass sie auch für einen durchschnittlichen Verbraucher mühelos lesbar sind, was ein Mindestmaß an Übersichtlichkeit und einen im Verhältnis zur Bedeutung des Geschäfts vertretbaren Umfang erfordert (Buchner/Kühling, in Kühling/Buchner, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 7 Rn. 60).

bb) Diesen rechtlichen Vorgaben wird die streitgegenständliche Klausel, wie das Erstgericht zutreffend feststellte, nicht gerecht. Denn die Datenschutzbestimmung der Beklagten ist hinsichtlich der Frage, welche voreingestellten Daten für Dritte einsehbar sind und welche nicht, widersprüchlich.

So lautete Ziff. 1. lit a. auszugsweise wie folgt: „Vereinzelt haben Sie auch die Möglichkeit, von Ihnen eingetragene Daten und Inhalte so einzustellen, dass sie auch für Dritte einsehbar sind, die selbst nicht bei StayFriends registriert sind. Eine solche Freigabe ist nie voreingestellt, sondern muss von Ihnen aktiv vorgenommen werden.“ Diese Klausel wird nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn von einem verständigen und redlichen potentiellen Nutzer dahingehend verstanden, dass sich der Ausschluss der Voreinstellung der Einsehbarkeit der Daten für Dritte auf alle Daten bezieht.

Demgegenüber lautet es aber unter Ziff. 4. lit. a. und b. der Datenschutzbestimmung, dass die Daten auch auf den dort genannten Partnerseiten und bei Suchmaschinen wie beispielsweise „Google“ veröffentlicht würden, der Nutzer aber einer Veröffentlichung widersprechen könne.

3. Es besteht auch ein Anspruch auf Unterlassung der Voreinstellung in Bezug auf das Profilbild („Wir zeigen Ihr Profilbild außerhalb von StayFriends und Sie können mit diesem Profilbild bei Suchmaschinen, wie z.B. Google, gefunden werden.“).

a) Zwar unterfällt das Profilbild nicht Art. 9 Abs. 1 DS-GSV. Nach dieser Vorschrift ist die Verarbeitung personenbezogener Daten, aus denen die rassische und ethnische Herkunft hervorgehen, untersagt. Erwägungsgrund 51 dieser Verordnung führt dazu Folgendes aus: „Die Verarbeitung von Lichtbildern sollte nicht grundsätzlich als Verarbeitung besonderer Kategorien von personenbezogenen Daten angesehen werden, da Lichtbilder nur dann von der Definition des Begriffs „biometrische Daten“ erfasst werden, wenn sie mit speziellen technischen Mitteln verarbeitet werden, die die eindeutige Identifizierung oder Authentifizierung einer natürlichen Person ermöglichen.“ Unter diese Vorschrift fallen Lichtbilder daher nur dann, wenn sie mit speziellen technischen Mitteln

verarbeitet werden, die die eindeutige Identifizierung oder Authentifizierung einer natürlichen Person ermöglichen und eine Auswertungsabsicht besteht, d.h. nicht bereits das schlichte Passbild eines Brillenträgers oder die Aufnahme eines Fotos mit einem biometriefähigen Endgerät (Schulz, in Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 9 Rn. 15).

b) Es wird die Einwilligungserklärung auch hinreichend unmissverständlich abgegeben.

aa) Die Einwilligungserklärung muss nach Art. 4 Nr. 11 DS-GVO unmissverständlich abgegeben worden sein. Anders als § 4 a BDSG a.F. ist in der DS-GVO von einer Schriftform nicht die Rede. Dies ermöglicht grundsätzlich jede Form, insbesondere die elektronisch in Textform abgegebene Einwilligungserklärung. Erwägungsgrund 51 dieser Verordnung führt dazu Folgendes aus: „Die Einwilligung sollte 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. Dies könnte etwa durch Anklicken eines Kästchens beim Besuch einer Internetseite, durch die Auswahl technischer Einstellungen für Dienste der Informationsgesellschaft oder durch eine andere Erklärung oder Verhaltensweise geschehen, mit der die betroffene Person in dem jeweiligen Kontext eindeutig ihr Einverständnis mit der beabsichtigten Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten signalisiert.“

bb) Im vorliegenden Fall ist unstreitig, dass bei der Neuanmeldung das Hochladen eines Profilfotos nicht erforderlich und die Nutzung der Plattform der Beklagten auch ohne ein Lichtbild möglich ist. Vielmehr wird dem Nutzer erst auf der Maske in Anlage K 1 die Möglichkeit eingeräumt, ein Profilfoto hochzuladen. Der Nutzer muss dafür ein Bild hochladen und auf den Button „Weiter“ klicken.

c) Allerdings ist die angegriffene Voreinstellung deswegen unzulässig, weil nicht hinreichend deutlich gemacht wird, wofür das Profilbild verwendet wird und worauf sich die erteilte Einwilligung erstreckt.

aa) Eine Einwilligung zur Veröffentlichung des Profilbildes ist nur dann wirksam, wenn sie informiert und freiwillig erfolgt. Der Nutzer muss daher Zweck, Art und Umfang der geplanten Veröffentlichung kennen. Es wird auf die obigen Ausführungen unter II.2.b)aa) Bezug genommen.

Darüber hinaus müssen personenbezogene Daten nach Art. 5 Abs. 1 lit. a DS-GVO für festgelegte und eindeutige Zwecke erhoben werden. Die Zweckbestimmung muss im Zuge der Einwilli-

gungserteilung grundsätzlich so präzise wie möglich erfolgen, um sicherzustellen, dass personenbezogene Daten nicht für Zwecke verarbeitet werden, mit denen die betroffene Person bei der Erhebung nicht gerechnet hat (Buchner/Kühling, in Kühling/Buchner, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 7 Rn. 61). Die eindeutige Festlegung der Zwecke ist auch Voraussetzung dafür, dass der Verantwortliche seine Nachweispflicht nach Art. 24 Abs. 1 S. 1 DS-GVO erfüllen kann. Ist der Zweck der Verarbeitung nicht eindeutig bestimmbar, geht dies zu Lasten des Verantwortlichen (Heberlein, in Ehmann/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 14).

bb) Im vorliegenden Fall ist auf der Eingabemaske in Anlage K 1 unterhalb des Feldes, wo das Hochladen des Profilbildes möglich ist, vermerkt: „Profilbilder sind stets öffentlich sichtbar“, wobei wiederum mittels Sternchenhinweises auf einen weiteren, sich dort befindlichen Passus verwiesen wird, der wie folgt lautet: „Das bedeutet, dass diese bspw. auch über Suchmaschinen wie Google auffindbar sind.“ Die Voreinstellungen hinsichtlich des Profilbildes lauten dagegen: „Wir zeigen Ihr Profilbild außerhalb von StayFriends und Sie können mit diesem Profilbild bei Suchmaschinen, wie z.B. Google, gefunden werden.“

Damit sind die Zustimmungserklärung in Anlage K 1 und die Voreinstellungen in Anlage K 2 weder völlig deckungsgleich noch in Bezug auf den Umfang der Veröffentlichung des Profilbildes hinreichend klar gefasst. So ergibt sich aus dem Hinweis „öffentlich sichtbar“ nicht ohne weiteres, dass damit das Zeigen des Bildes außerhalb der Plattform StayFriends gemeint ist. Denn der Begriff „öffentlich“ wird von der Beklagten uneinheitlich gebraucht. So heißt es in der Datenschutzbestimmung unter Ziff. 1. lit. a „innerhalb von StayFriends öffentlich sichtbar“.

Der Nutzer wird auch nicht ausreichend darüber informiert, was - mit Ausnahme der Auffindbarkeit über Suchmaschinen wie Google - unter „öffentlich sichtbar“ bzw. „zeigen ... außerhalb von StayFriends“ zu verstehen ist. Eine entsprechende Erklärung findet sich weder auf der Eingabemaske in Anlage K 1 noch in den Voreinstellungen in Anlage K 2. Auch die Datenschutzbestimmungen enthalten keine Ausführungen zum Profilbild. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass die Beklagte dem erstinstanzlichen Vortrag der Klagepartei, wonach die Beklagte sich ganz allgemein die Nutzung außerhalb von StayFriends vorbehalte, also auch auf nicht benannten Internetseiten oder gegebenenfalls sogar in Werbeanzeigen, nicht entgegengetreten ist. Außerdem führt Ziff. 4 lit. a der Datenschutzbestimmungen hinsichtlich mancher Daten ausdrücklich aus, dass der Eintrag auf StayFriends auf Partnerseiten veröffentlicht wird.

Schließlich ist der Zweck der Datenverarbeitung nicht eindeutig genug bestimmbar. Zwar ist einem durchschnittlich verständigen Nutzer des Services der Beklagten – wie der Senat aus eige-

ner Sachkunde beurteilen vermag – grundsätzlich der Zweck eines Profilbildes bekannt. Es handelt sich dabei um ein sich selbst beschreibendes Bild auf dem Profil in einem sozialen Netzwerk, wie beispielsweise Facebook, Whatsapp oder eben der Beklagten. Allerdings wird nicht hinreichend deutlich, ob die Beklagte das Profilbild auch tatsächlich lediglich zu diesem Zweck nutzt.

III.

Da die Berufung keine Aussicht auf Erfolg hat, legt das Gericht aus Kostengründen die Rücknahme der Berufung nahe. Im Falle der Berufungsrücknahme ermäßigen sich vorliegend die Gerichtsgebühren von 4,0 auf 2,0 Gebühren (vgl. Nr. 1222 des Kostenverzeichnisses zum GKG).

Hierzu besteht Gelegenheit zur Stellungnahme **binnen zwei Wochen** nach Zustellung dieses Hinweises.

gez.