

Client Letter

Update E-Commerce - Datenschutz

v. BOETTICHER HASSE LOHMANN

Zusammenfassung:

1. Update E-Commerce:

Änderungen der Widerrufs- und Rückgabebelehrung zum 11. Juni 2010

- Gesetz zur Bekämpfung unlauterer Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen vom 29.07.2009
- Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht vom 29.07.2009
- Urteils des Bundesgerichtshof vom 09.12.2009

2. Update Datenschutz:

Sanktionen bei Nichteinhaltung der Vorschriften zur Auftragsdatenverarbeitung

- Pflichtinhalte für den Auftrag zur Datenverarbeitung
- Kontrolle des mit der Datenverarbeitung beauftragten Dienstleisters
- Bußgeldtatbestand

1. Änderungen der Widerrufs- und Rückgabebelehrung zum 11. Juni 2010

Zu den Informationspflichten eines Unternehmers, der **Waren oder Dienstleistungen telefonisch oder über das Internet anbietet** (sog. Fernabsatz oder elektronischer Geschäftsverkehr), gehört insbesondere die Belehrung über das **Widerrufs- und Rückgaberecht von Verbrauchern**.

Die vom Gesetzgeber vorgesehene Muster-Widerrufs- bzw. Rückgabebelehrung wurde erst im letzten Jahr durch das „Gesetz zur Bekämpfung unlauterer Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen“ vom 29. Juli 2009 geändert (unten a)).

Das Gesetz zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht gleichen Datums („Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht“) erfordert jedoch weitere **Änderungen zum 11. Juni 2010** (unten b)).

Zudem hat der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 09.12.2009 (Az. VIII ZR 219/08) einige in der Praxis häufig verwendete Klauseln in Rückgabebelehrungen für unwirksam erklärt, was ebenfalls Anpassungen der Widerrufs- bzw. Rückgabebelehrung erfordern kann (unten c)).

(a) Gesetz zur Bekämpfung unlauterer Telefonwerbung

Bereits das Gesetz zur Bekämpfung unlauterer Telefonwerbung vom 29.07.2009 hat zu einer Neufassung des § 312d Abs. 3 BGB geführt und eine Änderung der Widerrufsbelehrung erforderlich gemacht.

Da nach der seit 04.08.2009 geltenden Gesetzesneufassung das Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen erst erlischt, **wenn der Vertrag von beiden Seiten auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers vollständig erfüllt ist, bevor der Verbraucher sein Widerrufsrecht ausgeübt hat**, muss schon seither folgender Hinweis in der Belehrung enthalten sein:

„Ihr Widerrufsrecht erlischt vorzeitig, wenn der Vertrag von beiden Seiten auf Ihren ausdrücklichen Wunsch vollständig erfüllt ist.“

Das Fehlen dieses Hinweises wird von Verbraucherschutzverbänden gerne mit Abmahnungen verfolgt.

(b) Gesetz zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht

Zum **11. Juni 2010** treten nunmehr weitere Änderungen in Kraft, die einerseits Vorteile für den Unternehmer bringen, andererseits eine erneute Änderung der bei Fernabsatzverträgen notwendigen Belehrung erforderlich machen.

Die Anforderungen an die Widerrufs- und Rückgabebelehrung werden in einem neuen § 360 BGB geregelt. Die neu gefassten Musterbelehrungen, die bislang in der BGB-InfoV zu finden waren, werden in das EGBGB, Art. 246 ff., überführt. Durch diese neue formell-gesetzliche Regelung soll Rechtssicherheit hergestellt werden, nachdem die bisher in der BGB-InfoV enthaltenen Musterbelehrungen wegen Verstoßes gegen gesetzliche Regelungen von einzelnen Gerichten für unwirksam erklärt worden waren.

Der neu eingefügte § 360 BGB sieht in Absatz 1 bzw. Absatz 2 zunächst vor, dass die Widerrufs- und Rückgabebelehrung **deutlich gestaltet** sein und dem Verbraucher entsprechend den Erfordernissen des eingesetzten Kommunikationsmittels seine wesentlichen Rechte deutlich machen muss. Anschließend werden die **Mindestanforderungen** an eine Belehrung aufgelistet und bestimmt, dass die Belehrungen den Anforderungen des Gesetzes genügen, wenn die Muster-Widerrufs- bzw. Rückgabebelehrung gemäß Anlagen 1 und 2 zum EGBGB verwendet wird. Voraussetzung dabei ist, dass die umfangreichen Gestaltungshinweise zu den Musterbelehrungen richtig umgesetzt werden.

Ferner erfolgt eine lediglich redaktionelle Anpassung an die Formulierung der Verbraucherkreditrichtlinie: Nach der Neufassung des § 355 Abs. 2 S. 1 BGB beträgt die **Widerrufsfrist** anstelle von zwei Wochen **14 Tage**.

Wesentliche Neuregelung ist demgegenüber, dass eine **unverzüglich nach Vertragsschluss** in Textform mitgeteilte Widerrufs- bzw. Rückgabebelehrung einer solchen bei Vertragsschluss gleichsteht, sofern der Unternehmer vor Vertragsschluss zumindest allgemein, z.B. in den AGB oder Hinweisen auf der Webseite, gemäß Art. 246 § 1 Abs. 1 Nr. 10 EGBGB über das Bestehen und die Bedingungen sowie Rechtsfolgen des Widerrufs- bzw. Rückgaberechts unterrichtet hat.

Nach bisheriger Rechtslage beträgt die Widerrufsfrist nur dann zwei Wochen, wenn der Unternehmer **vor Vertragsschluss** in Textform über das Widerrufsrecht belehrt. Unternehmer, die ihre Produkte auf Internetauktionsplattform veräußern, erfahren aber grundsätzlich **erst nach Vertragsschluss**, wer ihr Vertragspartner ist. Da eine Belehrung des Verbrauchers vor Vertragsschluss in diesen Fällen nicht möglich ist, mussten Unternehmer bei Internetauktionsplattformen den Verbrauchern ein einmonatiges Widerrufsrecht einräumen. Künftig gilt bei Fernabsatzverträgen generell eine Widerrufsfrist von 14 Tagen, und zwar auch dann, wenn der Unternehmer erst nach Vertragsschluss, dann jedoch unverzüglich, die Belehrung über das Widerrufsrecht nachholt.

Unverzüglich bedeutet, dass der Unternehmer die **erste ihm zumutbare Möglichkeit** ergreifen muss, um dem Verbraucher die Belehrung in Textform zukommen zu lassen (Bundesrats-Drucksache 848/08, S. 106). Dafür soll es genügen, wenn der Unternehmer dem Verbraucher im Anschluss an den Vertragsschluss eine E-Mail sendet oder die Belehrung in Textform spätestens an dem auf den Vertragsschluss folgenden Tag auf den Weg bringt (Bundesrats-Drucksache 848/08, S. 106).

Stellt der Unternehmer die Belehrung über das Widerrufs- bzw. Rückgaberecht nicht bei Vertragsschluss oder unverzüglich danach zur Verfügung, beträgt die Widerrufsfrist **einen Monat** nach Erhalt der Belehrung.

In der Widerrufs- bzw. Rückgabebelehrung sind aufgrund der Gesetzesänderung ab dem 11.06.2010 folgende redaktionelle Anpassungen vorzunehmen:

- Durch die Überführung der Muster-Widerrufs- und Rückgabebelehrung in Art. 246 ff. EGBGB sind die erforderlichen Gesetzesverweise anzupassen.
- Anstelle des bisherigen Wortlauts in der Widerrufs- und Rückgabebelehrung von „2 Wochen“ tritt nunmehr die Formulierung „14 Tage“.

(c) Urteil des Bundesgerichtshofes vom 09.12.2009

Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 09.12.2009 über die Rechtmäßigkeit einiger in der Praxis häufig in Rückgabebelehrungen enthaltener Klauseln entschieden. Gegenstand der Entscheidung waren zwar Bestimmungen zum Rückgaberecht in den AGB eines Verkäufers bei eBay. Die Ausführungen des Bundesgerichtshofes dürften auf Widerrufsbelehrungen aber ohne weiteres übertragbar sein.

Unwirksam sind danach z.B. folgende Klauseln:

„Der Verbraucher kann die erhaltene Ware ohne Angabe von Gründen innerhalb eines Monats durch Rücksendung der Ware zurückgeben. Die Frist beginnt frühestens mit Erhalt der Ware und dieser Belehrung.“

Begründung: Aus dieser Klausel wird nicht ersichtlich, dass dem Verbraucher eine Belehrung in Textform zur Verfügung gestellt werden muss und von welchen weiteren Voraussetzungen der Beginn der Rückgabefrist abhängt.

Ebenfalls für **unwirksam** hält der Bundesgerichtshof folgende Klausel hinsichtlich der Zahlung von Wertersatz:

“Bei einer Verschlechterung der Ware kann Wertersatz verlangt werden. Dies gilt nicht, wenn die Verschlechterung der Ware ausschließlich auf deren Prüfung, wie sie dem Verbraucher etwa im Ladengeschäft möglich gewesen wäre, zurückzuführen ist.“

Begründung: Diese Klausel enthält keinen vollständigen Hinweis auf die Rechtsfolgen des § 357 Abs. 1, 3 BGB: Wie § 357 Abs. 3 S. 1 BGB zu entnehmen ist, muss der Verbraucher nur dann Wertersatz für eine durch bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Sache entstandene Verschlechterung leisten, wenn er spätestens bei Vertragsschluss in Textform auf diese Rechtsfolge und eine Möglichkeit hingewiesen worden ist, diese zu vermeiden.

Da eine solche Belehrung in Textform bei einer Auktion vor Vertragsschluss nicht möglich ist, hätte in die Klausel aufgenommen werden müssen, dass **kein** Wertersatz für eine durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Sache entstandene Verschlechterung zu leisten ist.

In den Gestaltungshinweisen zu den neu gefassten Muster-Belehrungen wird dies bereits berücksichtigt. Gemäß Gestaltungshinweis 8 ist folgender Satz in die Muster-Widerrufsbelehrung einzufügen, wenn der

Verbraucher nicht schon vor Vertragsschluss über die Wertersatzpflicht belehrt wird:

„Für eine durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Sache entstandene Verschlechterung müssen Sie keinen Wertersatz leisten.“

Der Hinweis ist dann nicht erforderlich, wenn von der ab dem 11.06.2010 gegebenen Möglichkeit, die Widerrufsbelehrung unverzüglich nach Vertragsschluss zu übermitteln, Gebrauch gemacht wird.

eBay hat bereits angekündigt, entsprechende Widerrufs- und Rückgabebelehrungen von Verkäufern voraussichtlich ab Juli 2010 in die an Käufer gerichteten E-Mails zum Angebotsende automatisch zu integrieren.

Alle Unternehmer, die die neuen Muster-Widerrufs- bzw. Rückgabebelehrungen nicht verwenden, sollten die Grundsätze dieser BGH-Entscheidung berücksichtigen und die verwendeten Widerrufs- bzw. Rückgabebelehrungen auch insoweit anpassen.

Weiterführende Links:

Gesetz zur Bekämpfung unlauterer Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen

http://www.bmj.bund.de/files/-/3824/gesetz_verbot_telefonwerbung_bundesgesetzblatt.pdf

Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht

http://www.bmj.bund.de/files/-/3841/gesetz_verbraucherkreditrichtlinie_bundesgesetzblatt.pdf

Urteil des Bundesgerichtshofs vom 09.12.2009 (Az. VIII ZR 219/08)

[http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=a22d8bacf1f47fe8426323fe15cb912b&nr=50186&link=pm&Blank=1](http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=a22d8bacf1f47fe8426323fe15cb912b&nr=50186&linked=pm&Blank=1)

2. Sanktionen bei Nichteinhaltung der Vorschriften zur Auftragsdatenverarbeitung

Die Auftragsdatenverarbeitung gewinnt zunehmend an Bedeutung. Die Praxis zeigt jedoch, dass die datenschutzrechtlichen Anforderungen, insbesondere die schon seit September 2009 mit der Umsetzung der sog.

BDSG-Novelle II geltenden strengeren Regelungen der Vertragsbeziehungen zwischen Auftraggeber und datenverarbeitendem Unternehmen dabei häufig nicht eingehalten werden. Diese sollen, nicht zuletzt im Hinblick auf die mögliche Verhängung von Bußgeldern, daher nochmals zusammengefasst dargestellt werden.

(a) Pflichtinhalte für den Auftrag zur Datenverarbeitung

Der **Auftrag zur Datenverarbeitung** zwischen einem Unternehmen und einem Dienstleister (z.B. einem Direktwerbeunternehmen, einem Rechenzentrum oder einem Call-Center) musste schon bisher **schriftlich** erteilt werden. § 11 Abs. 2 Satz 2 BDSG n.F. hat zusätzlich einen umfangreichen **Katalog mit Pflichtinhalten** aufgestellt. Anlass hierfür war zum einen der wiederholt rechtswidrige Umgang von Call-Centern mit personenbezogenen Daten, zum anderen die Tatsache, dass vielen Unternehmen in der Vergangenheit offenbar nicht bewusst war, welchen Inhalt der Auftrag zur Datenverarbeitung haben muss.

Zwingend erforderlich sind danach Regelungen zu:

- **Gegenstand** der Datenverarbeitung, z.B. Call-Center-Dienste, Werbeaussendungen, Wartung/Fernwartung von IT-Systemen;
- **Dauer** der Datenverarbeitung z.B. einmalig, befristet, unbefristet mit Kündigungsmöglichkeit;
- **Umfang, Art und Zweck** der Datenverarbeitung;
- **Art der zu verarbeitenden Daten**, z.B. Personaldaten, Kundendaten;
- **Kreis der von der Auftragsdatenverarbeitung Betroffenen**, z.B. Mitarbeiter; Kunden;
- die **zu treffenden technischen und organisatorischen Maßnahmen zum Schutz der personenbezogenen Daten** gemäß § 9 BDSG. z.B. Zutritts-, Zugangs- und Zugriffskontrollen, Einsatz von Verschlüsselungstechniken (vgl. den Maßnahmenkatalog gemäß Anlage zu § 9 BDSG im Anhang des Gesetzestextes mit den dort genannten weiteren Sicherheitszielen);
- **Berichtigung, Löschung und Sperrung von Daten**, z.B. Mitwirkung des Auftragnehmers bei Berichtigungs-, Lösungs- und Sperrungspflichten des Auftraggebers; Festlegung von Lösungsfristen;
- die **vom Auftragnehmer einzuhaltenden Pflichten**, insbesondere Kontrollpflichten, gemäß § 11 Abs. 4 BDSG (z.B. Verpflichtung der Mitarbeiter des Auftragnehmers auf das Datengeheimnis);
- Berechtigung zur Einschaltung von **Unter-auftragnehmern**;

- **Kontrollrechte des Auftraggebers** und entsprechenden **Duldungs- und Mitwirkungspflichten des Auftragnehmers** (z.B. Umfang der Kontrollrechte; Kontrollen vor Ort beim Auftragnehmer);
- **Mitteilungspflicht des Auftragnehmers über Verstöße seiner Mitarbeiter** gegen Vorschriften zum Schutz personenbezogener Daten oder gegen die im Auftrag getroffenen Regelungen;
- **Umfang der Weisungsbefugnisse**, die sich der Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer vorbehält, sowie
- die **Rückgabe überlassener Datenträger** und die **Löschung beim Auftragnehmer gespeicherter Daten** nach Beendigung des Auftrags.

(b) Kontrolle des mit der Datenverarbeitung betrauten Dienstleisters

Die schon bisher bestehende Pflicht des Auftraggebers zur Kontrolle des Auftragnehmers wurde konkretisiert. Nunmehr hat sich der Auftraggeber bereits **vor Beginn der Datenverarbeitung** und **sodann regelmäßig** davon zu überzeugen, dass der Auftragnehmer die getroffenen technischen und organisatorischen Maßnahmen einhält, § 11 Abs. 2 Satz 4 BDSG.

Aufgrund der Vielgestaltigkeit der von der Auftragsdatenverarbeitung betroffenen Sachverhalte hat der Gesetzgeber **keinen starren Prüfungsturnus für diese regelmäßigen Kontrollen** vorgesehen. Das Bayerische Landesamt für Datenschutzaufsicht etwa hält – je nach Sachverhalt - **Prüfungsfristen zwischen 1 und 3 Jahren** für angemessen. Allerdings sollen in diesem Zusammenhang auch die öffentliche Berichterstattung zu Datenschutzverletzungen sowie eigene und fremde Erfahrungen mit dem Datenverarbeiter bzw. einer Branche berücksichtigt werden.

Flankierend zur Kontrolle ist vorgesehen, dass der Auftraggeber das Ergebnis sämtlicher Kontrollen – also sowohl der Vorabkontrolle als auch der regelmäßigen Kontrollen in laufenden Auftragsverhältnissen – dokumentiert. Diese neu eingeführte **Dokumentationspflicht** soll ihm letztlich auch die Möglichkeit geben, sich vor der Aufsichtsbehörde oder anderen Prüfungsinstitutionen zu entlasten.

(c) Sanktionen – neuer Bußgeldtatbestand

Es stellt nunmehr gemäß § 43 Abs. 1 Nr. 2b und Abs. 3 BDSG eine **Ordnungswidrigkeit** dar und kann mit einem **Bußgeld bis zu 50.000 Euro** geahndet werden, wenn

- der Auftrag zur Datenverarbeitung nicht richtig, nicht vollständig oder nicht in der vorgeschriebenen Weise erteilt wurde; oder
- der Auftraggeber gegen seine o.g. Pflicht in § 11 Abs. 2 Satz 4 BDSG verstößt, sich **vor Beginn der Datenverarbeitung** von der Einhaltung der beim Auftragnehmer getroffenen technischen und organisatorischen Maßnahmen zu überzeugen.

Die Verschärfung der Anforderungen an die Auftragsdatenverarbeitung ist nicht zuletzt durch das **neu eingeführte Bußgeld von größter Bedeutung**. In der Gesetzesbegründung wird darauf hingewiesen, dass ein vollständiger schriftlicher Auftrag bislang offenbar die Ausnahme war und auch die Vorschrift zur Kontrolle des Auftragnehmers nicht ausreichend beachtet wurde. Das Bußgeld soll es ausdrücklich erleichtern, die gesetzlichen Rahmenbedingungen der Auftragsdatenverarbeitung effektiver durchzusetzen.

Die vorstehenden Änderungen gelten auch für Prüfungen oder **(Fern-) Wartungsarbeiten automatisierter Verfahren oder von Datenverarbeitungsanlagen durch Auftragsdatenverarbeiter**, wenn dabei – was regelmäßig der Fall sein dürfte – ein Zugriff auf personenbezogene Daten nicht ausgeschlossen werden kann, § 11 Abs. 5 BDSG.

(d) Handlungsbedarf

Die Änderungen sind bereits zum 1. September 2009 in Kraft getreten, wurden aber in der Praxis vielfach noch nicht umgesetzt. Die Vertragspartner einer Auftragsda-

tenverarbeitung sollten daher, sofern nicht bereits geschehen, umgehend den Inhalt ihrer bestehenden Auftragsverhältnisse überprüfen und bei Bedarf entsprechende Zusatzvereinbarungen schließen. Für künftige Auftragsverhältnisse ist zu beachten, dass bereits eine unterbliebene Vorabkontrolle des Auftragsdatenverarbeiters eine bußgeldbewehrte Ordnungswidrigkeit darstellt. Zudem sind sämtliche Kontrollen des Auftragnehmers zu dokumentieren.

Weiterführende Links und Dokumente:

Bundesdatenschutzgesetz i. d. F. der Bek. v. 14.1.2003, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes v. 14.8.2009 (BGBl. I S. 2814),

http://bundesrecht.juris.de/bdsg_1990/BJNR029550990.html

Bayerisches Landesamt für Datenschutzaufsicht in der Regierung vom Mittelfranken, Auftragsdatenverarbeitung nach § 11 BDSG – Gesetzestext mit Erläuterungen, Stand: Dezember 2009,

http://www.regierung.mittelfranken.bayern.de/aufg_abt/abt1/abt1dsa30.htm

Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Datenschutzaudits und zur Änderung datenschutzrechtlicher Vorschriften, BT-Drs. 16/12011 v. 18.2.2009

Beschlussempfehlung und Bericht des Innenausschusses (4. Ausschuss), BT-Drs. 16/13657 v. 1.7.2009

Kontakt:

Für Fragen zu Vorstehendem und für etwaige weitere Fragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung:

Update E-Commerce

Dr. Angelika Hoche, M.C.J.

E-Mail: ahoche@boetticher.com

Dr. Bastian Krahm

E-Mail: bkrahm@boetticher.com

Tel. +49 - 89 - 223311 Fax: +49 - 89 - 21215959

Update Datenschutzrecht

Dr. Angelika Hoche, M.C.J.

E-Mail: ahoche@boetticher.com

Dr. Katja Hansen

E-Mail: khansen@boetticher.com

Dieser Client Letter stellt lediglich eine Auswahl von aktuellen Entwicklungen und Entscheidung zu den besprochenen Themen dar. Er erhebt weder Anspruch auf Vollständigkeit, noch stellt er Rechtsberatung dar. Wenn Sie Fragen zu den hier angesprochenen Rechtsproblemen – oder zu anderen Rechtsgebieten – haben, wenden Sie sich bitte an Ihren Ansprechpartner bei v. Boetticher Hasse Lohmann oder an die oben unter "Kontakt" angegebenen Personen.

© v. Boetticher Hasse Lohmann – Partnerschaft von Rechtsanwälten. Alle Rechte vorbehalten, 2010.

Wenn Sie keine weitere Information von v. Boetticher Hasse Lohmann über Rechtsfragen erhalten wollen, die wir für Sie für bedeutsam halten, senden Sie bitte eine E-Mail an die unter "Kontakt" angegebene Person.

v. Boetticher Hasse Lohmann – Partnerschaft von Rechtsanwälten ist eine eingetragene Partnerschaftsgesellschaft (AG München PR 516).