



## Pseudonym..., anonym... synonym?

Landgericht Frankfurt a. M. urteilt über Voraussetzungen des Web-Trackings

## Trenn oder zahl!

Oberlandesgericht Hamburg und Landgericht Frankfurt am Main zur Abmahnfähigkeit von fehlenden und versteckten Datenschutzerklärungen

## Verschollen in den Weiten der Bitströme

Haftung eines Providers für nicht übermittelte E-Mails

# Pseudonym..., anonym... synonym?

## Landgericht Frankfurt a. M. urteilt über Voraussetzungen des Web-Trackings

von Marten Hinrichsen

Informationen über das Nutzungsverhalten von Besuchern einer Webseite sind für den Betreiber von unschätzbarem Wert, um sein Webangebot zu optimieren. Der Verarbeitung von personenbezogenen Daten sind dabei jedoch enge datenschutzrechtliche Grenzen gesetzt. Aus diesem Grund beschränken sich viele Analysemethoden auf die Verarbeitung von pseudonymisierten oder anonymisierten Daten. Fraglich ist dabei jedoch wo die Grenze zwischen beiden Begrifflichkeiten verläuft und welche Auswirkungen dies auf das Schutzniveau der Daten hat. So räumt das Gesetz den Betroffenen beispielsweise ein Widerspruchsrecht gegen die Verarbeitung von pseudonymisierten Daten ein, auf das auch entsprechend in der Datenschutzerklärung hingewiesen werden muss. Das Landgericht Frankfurt a. M. hat nun kürzlich in einem Verfahren, bei dem die Trackingsoftware „Piwik“ zum Einsatz gekommen ist, geurteilt, dass es sich bei einer Kürzung von IP-Adressen lediglich um eine Pseudonymisierung und nicht um eine Anonymisierung handle.

### Web-Tracking in der Praxis

Unter normalen Umständen können Betreiber von Webseiten nur wenig über Stärken und Schwächen ihres Online-Angebots erfahren. Aus diesem Grund wird versucht, Fragen wie beispielsweise „Welche Angebote meiner Webseite werden am häufigsten genutzt?“, „Welche Informationen und Seiten werden wie oft und wie lange von den Besuchern betrachtet?“ oder „Wie sind die Besucher auf die Seite gelangt?“ mittels des sogenannten Web-Trackings bzw. Web-Analytics-Methoden zu beantworten. Dabei werden unter anderem durch das Setzen von Cookies und einer Analyse der Server-Log-Dateien umfangreiche Datensätze angelegt, die einer tiefergehenden Analyse zugänglich sind. Ziel des Web-Trackings kann dabei zum einen die Optimierung des eigenen Angebots und zum anderen auch die effektivere Schaltung von personalisierter Werbung sein.

Diese Interessen der Homepage-Betreiber können dabei aber bisweilen mit den Vorgaben des Datenschutzrechts kollidieren. So ermöglichen die gesammelten Daten beispielsweise Aussagen über das konkrete Surfverhalten von Nutzern. Gerade in Kombination mit persönlichen Daten aus sozialen Netzwerken ist dadurch eine umfangreiche personenbezogene Profilbildung möglich. (vgl. zu dieser Problematik: Hinrich-

sen: „Plug-Out“ Zieht den Social-Plug-Ins den Stecker!, DFN-Infobrief Recht 9/2013) Aus diesem Grund setzen viele neuere Programme auf die Pseudonymisierung oder sogar Anonymisierung der ermittelten Datensätze, um das Informationsinteresse und die datenschutzrechtlichen Vorgaben in Einklang zu bringen.

### Rechtliche Einordnung

Ausdruck der Vereinbarkeit beider Interessen ist die gesetzliche Regelung des § 15 Abs. 3 Telemediengesetz (TMG). Demnach darf der Betreiber einer Homepage Nutzungsprofile für Werbezwecke, Marktforschung oder die Angebotsoptimierung erstellen, wenn dies unter der Verwendung von Pseudonymen erfolgt und der Nutzer der Verwendung nicht widerspricht. Mit dieser Normierung hat der Gesetzgeber sich somit für eine Opt-Out-Regelung entschieden, bei der die Erstellung solange zulässig ist, bis ein Nutzer aktiv widerspricht. Zur Absicherung dieser Vorgehensweise muss der Betreiber die Nutzer jedoch im Rahmen der nach § 13 Abs. 1 TMG erforderlichen Datenschutzerklärung auf das Widerspruchsrecht hinweisen und eine Repersonalisierung der Daten darf nicht möglich sein. Dabei stellt sich jedoch bei jeder technischen Maßnahme schnell die Frage, wann es sich um eine zum Widerspruch berechti-

gende Pseudonymisierung und wann um eine Anonymisierung handelt.

## Entscheidung des LG Frankfurt a. M.

Das Landgericht Frankfurt a. M. hat sich nun in einer vielbeachteten Entscheidung (Urt. v. 18.2.2014 – 3-0 O 86/12) unter anderem zur Anwendbarkeit des § 15 Abs. 3 TMG beim Einsatz der Software „Piwik“ geäußert. Das beklagte Unternehmen verwendete dabei die besagte Software zur Analyse des eigenen Webangebots und nutzte die Software mit aktivierter Anonymisierungsfunktion für die letzten beiden Ziffernblöcke der IP-Adresse. Dadurch soll eine spätere Zuordnung zu anderen Daten ausgeschlossen werden. Für das Gericht war fraglich, ob es sich hierbei um eine Pseudonymisierung oder eine Anonymisierung der Daten handelt.

Vorweg fragte das Gericht jedoch, ob § 15 Abs. 3 TMG auch im Fall von anonymisierten Daten anwendbar wäre. Dies sei entgegen des Wortlauts der Norm unabhängig davon, ob es sich nur um pseudonymisierte oder anonymisierte Daten handle der Fall. Dies lege die Regelungsstruktur der Norm als Ausnahmevorschrift zum datenschutzrechtlichen Verbotsgrundsatz mit Erlaubnisvorbehalt, der eine Verarbeitung von Daten nur bei Vorliegen einer Erlaubnis oder einer gesetzlichen Regelung vorsehe, nahe. So fehle es insbesondere an einer Regelung zur Nutzung von selbst erhobenen aber anonymisierten Daten, wohingegen die Übermittlung solcher Daten in § 15 Abs. 5 S. 3 TMG geregelt sei. Im Ergebnis vermied das Gericht jedoch eine abschließende Entscheidung bezüglich dieser Frage. Sie könne dahinstehen, wenn es sich trotz der vorgenommenen Verkürzung der IP-Adressen lediglich um eine Pseudonymisierung und nicht um eine Anonymisierung handle.

Zur Abgrenzung dieser beiden Begrifflichkeiten könne auf die im Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) niedergeschriebenen Legaldefinitionen zurückgegriffen werden. Gem. § 3 Abs. 6 BDSG sei eine Anonymisierung von Daten dann anzunehmen, wenn personenbezogene Daten so verändert werden, dass eine Zuordnung zu den betroffenen Personen nicht mehr oder nur mit einem unverhältnismäßig großen Aufwand möglich ist. Im Unterschied dazu sei eine Pseudonymisierung gem. § 3 Abs. 6a BDSG die Nutzung einer stellvertretenden Kennzeichnung, die die Personenzuordnung ausschließe oder wesentlich erschwere. Nach Ansicht des Gerichts ergäbe sich aus diesen Definitionen eine fließende Grenze, die sich am Aufwand für eine Rück-

führung der Daten orientieren müsse.

Betrachte man unter diesem Gesichtspunkt die von der Piwik-Software vorgenommene Kürzung der letzten beiden Ziffernblöcke einer IP-Adresse, so sei nach Ansicht des Gerichts lediglich von einer Pseudonymisierung auszugehen. Zur Begründung dieser Ansicht diene dem LG Frankfurt a. M. dabei eine im März 2011 vom Unabhängigen Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein (ULD) herausgegebene Analyse der Funktionsweise von Piwik. Demnach nutzt das Programm intern trotz Kürzung weiterhin die volle IP-Adresse für notwendige Berechnungen, ohne dass die IP-Adresse dabei jedoch isoliert verarbeitet oder gespeichert wird. Das ULD kommt dabei zu dem Schluss, dass ein Zurückrechnen mit erheblichem Aufwand denkbar sei und so von einer Pseudonymisierung auszugehen sei. Dieser vor Gericht nicht angegriffenen Feststellung des ULD schloss sich das LG Frankfurt a.M. an, so dass im Ergebnis ein Widerspruchsrecht gem. § 15 Abs. 3 TMG besteht, das auch bei der Formulierung der Datenschutzerklärung zu beachten ist.

Darauf aufbauend stellte sich in diesem Verfahren eine zweite sehr wesentliche Frage bezüglich der Platzierung der Datenschutzerklärung auf der jeweiligen Homepage. Gem. § 13 Abs. 1 TMG hat der Betreiber einer Homepage zu Beginn des Nutzungsvorgangs über Art, Umfang und Zweck der Erhebung und Verwendung von personenbezogenen Daten in einer allgemein verständlichen Form zu unterrichten und die entsprechenden Inhalte für den Nutzer jederzeit abrufbar zu halten. Die Datenschutzerklärung nimmt somit eine ähnliche Funktion wie das Impressum einer Homepage ein. Dabei ergeben sich auch vergleichbare Probleme mit der Bezeichnung und Platzierung des entsprechenden Links. So entschied das LG Frankfurt a. M. im vorliegenden Fall, dass die Erreichbarkeit der Datenschutzerklärung über einen Link mit der Bezeichnung „Kontakt“ nicht ausreichend sei. Die Bezeichnung sei nicht geeignet, den Nutzer klar, zuverlässig und zu Beginn des Nutzungsvorgangs über das Widerspruchsrecht zu informieren, weil eine Auffindbarkeit der Informationen dort nicht zu erwarten sei. Die sich in diesem Zusammenhang ergebenden Fragen sind unter Berücksichtigung eines Urteils des OLG Hamburg (Urt. v. 27.6.2013 – 3 U 26/12) Gegenstand einer gesonderten Aufarbeitung (vgl. zu dieser Fragestellung ausführlich Overbeck: „Trenn oder zahl! Oberlandesgericht Hamburg und Landgericht Frankfurt a. M. zur Abmahnfähigkeit von fehlenden und versteckten Datenschutzerklärungen“ DFN-Infobrief Recht 4/2014).

## Fazit

Das Urteil des LG Frankfurt a. M. ist aus den unterschiedlichsten Gründen von Stimmen sowohl aus der Wissenschaft als auch aus der Praxis kritisiert worden. Dabei kann zunächst die vom Gericht in den Raum gestellte Geltung des § 15 Abs. 3 TMG auch für anonymisierte Daten dem Gesetz nicht entnommen werden. Nach der hergebrachten Systematik der Datenschutzgesetze handelt es sich bei anonymisierten Daten mangels Zurechenbarkeit nicht mehr um personenbezogene Daten und somit nicht um einen Regelungsgegenstand des Datenschutzrechts. Darüber hinaus scheint das LG Frankfurt a. M. zu ignorieren, dass in der Rechtswissenschaft bis heute nicht abschließend geklärt ist, ob dynamisch vergebene IP-Adressen überhaupt in jedem Fall personenbezogene Daten darstellen (vgl. hierzu beispielsweise Klein: „Ja? Nein? Jein! – Kein Ende der Odyssee um den Personenbezug von IP-Adressen. Landgericht Berlin verneint Personenbezug dynamischer IP-Adressen und erlaubt Erstellung von Protokolldateien“, DFN-Infobrief Recht 9/2013). Durch die Argumentation des Gerichts wird die Grenze zwischen beiden Begrifflichkeiten weiter verwischt und letztlich eine nicht gewollte Gleichbehandlung erreicht.

## Auswirkungen auf die Hochschulpraxis

Trotz der teils berechtigten Kritik an dem Urteil des LG Frankfurt a. M. empfiehlt es sich aus Hochschulsicht die bisherigen Datenschutzerklärungen auf ihre Vereinbarkeit mit dem Urteil des LG Frankfurt a. M. zu überprüfen. Gegebenenfalls sollte ein entsprechender Hinweis zum Widerspruchsrecht nach § 15 Abs. 3 TMG ergänzt werden.

Unabhängig von der verwendeten Software, gilt für alle Hochschulen als Anbieter einer Webseite jedoch, dass die Vorgaben des § 13 Abs. 1 TMG hinsichtlich der Platzierung der Datenschutzerklärung beachtet werden sollten um zukünftig Abmahnungen zu vermeiden. Dabei ist vor dem Hintergrund des vorliegenden Urteils zu einer gesonderten Verlinkung der Datenschutzerklärung unter eben dieser Bezeichnung zu raten.

# Trenn oder zahl!

## Oberlandesgericht Hamburg und Landgericht Frankfurt am Main zur Abmahnfähigkeit von fehlenden und versteckten Datenschutzerklärungen

von Alice Overbeck

Für die Betreiber von Telemedien ergibt sich aus dem Telemediengesetz (TMG) die Pflicht zur Vorhaltung von Datenschutzerklärungen. Diese Verpflichtung trifft auch Hochschulen im Hinblick auf deren Auftritte im Internet. Zwei aktuelle Entscheidungen des Oberlandesgerichts Hamburg (OLG Hamburg, Urt. v. 27.6.2013, 3 U 261/12) und des Landgerichts Frankfurt am Main (LG Frankfurt a.M., Urt. v. 18.2.2014, 3-10 O 86/12) legen nun die Maßstäbe für das Vorhalten und die Platzierung der Datenschutzerklärung auf Webseiten neu fest. Danach muss die Datenschutzerklärung getrennt vom Impressum angebracht, zu Beginn des Nutzungsvorgangs und von jeder Unterseite aus erreichbar sein. Bei der Verwendung von Webtracking-Tools wie „Google Analytics“ oder „PIWIK“ muss der Hinweis auf das Bestehen eines Widerspruchsrechts gegen die Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten bereits zu Beginn des Nutzungsvorgangs und später jederzeit abrufbar erfolgen. Werden diese Maßgaben nicht erfüllt, liegen abmahnfähige Verstöße gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vor, verbunden mit den üblichen Abmahnkosten.

### I. Informationspflichten

So gut wie alle Hochschulen sind mit eigenen Auftritten im Internet vertreten. Diese dienen in erster Linie der Akquise von neuen Studierenden, Lehrpersonal sowie Projektpartnern. Als Webseitenbetreiber gilt es für die Hochschulen eine Reihe von Informationspflichten zu erfüllen. Zentrale und bekannteste Informationspflicht ist die Pflicht zur Angabe eines Impressums gemäß §§ 5 Abs. 1 TMG und § 55 Abs. 2 Rundfunkstaatsvertrag (RStV). Dieses sollte leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar gehalten werden. Neben der Impressumspflicht ergibt sich aus § 13 Abs. 1 TMG die Pflicht zur Vorhaltung einer Datenschutzerklärung. Diese muss Angaben zu Art, Umfang und Zwecken der Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten und gegebenenfalls zu deren Übermittlung in Drittstaaten enthalten. Die Datenschutzhinweise müssen laut der Vorschrift zu Beginn des Nutzungsvorgangs erfolgen und auch danach jederzeit abrufbar gehalten werden. Ferner ist Webseitenbetreibern die Erstellung von pseudonymisierten (siehe vertiefend zum Begriff der Pseudonymisierung: Hinrichsen, Pseudonym..., Anonym... synonym?, DFN-Infobrief Recht 04/2014) Nutzungsprofilen zum Zwecke der

Werbung, Marktforschung und bedarfsgerechten Gestaltung erlaubt. Damit geht jedoch gemäß § 15 Abs. 3 TMG die Pflicht zur Aufklärung der Nutzer über ein diesbezügliches Widerspruchsrecht einher. Die eingangs erwähnten Urteile des OLG Hamburg und des LG Frankfurt a.M. äußern sich zum einen zum Erfordernis und der Platzierung dieser gesetzlich vorgeschriebenen Datenschutzhinweise. Zum anderen stufen sie Verstöße gegen die Hinweispflichten als abmahnfähig nach dem UWG ein. Die §§ 13 Abs. 1, 15 Abs. 3 TMG seien sogenannte Marktverhaltensvorschriften, deren Zuwiderhandeln einen Wettbewerbsverstoß gemäß § 4 Nr. 11 UWG begründe. Dies hatte das Kammergericht Berlin (KG Berlin, B. v. 29. 4. 2011, 5 W 88/11) im Jahr 2011 noch anders beurteilt. Anspruchs- und damit abmahnberechtigt nach dem UWG sind in erster Linie einzelne Mitbewerber, Unternehmerverbände und Verbraucherverbände, § 8 Abs. 3 UWG.

### II. Urteil des Oberlandesgerichts Hamburg

Das OLG Hamburg (OLG Hamburg, Urt. v. 27.6.2013, 3 U 261/12) stufte das Fehlen eines Impressums und einer Datenschutzer-

klärung auf einer Webseite als abmahnfähigen Wettbewerbsverstoß ein.

## Sachverhalt

Dem Urteil des OLG Hamburg lag ein Fall im Eilverfahren zugrunde, in dem die Antragstellerin, als Vertreiberin von Blutzuckerprodukten, von einer Mitbewerberin, die Blutzuckermessgeräte über eine Webseite verkaufte, Unterlassung wegen Verstoßes gegen die Informationspflichten nach dem TMG verlangte. Die Webseite der Antragsgegnerin, über welche diese die Blutzuckermessgeräte vertrieb, enthielt weder ein Impressum noch eine Information zur Erhebung und Verwendung der für die Registrierung der Kunden erforderlichen personenbezogenen Daten. In der Nichteinhaltung der gesetzlichen Informationspflichten für Webseitenbetreiber aus §§ 5 Abs. 1 TMG<sup>1</sup> und 13 Abs. 1 TMG sah die Antragstellerin einen anspruchsbegründenden Wettbewerbsverstoß nach § 4 Nr. 11 UWG.

## Urteil

Das Gericht gab dem Antrag in dieser Hinsicht statt. Es stufte die Vorschriften zum Vorhalten eines Impressums gemäß § 5 Abs. 1 TMG und einer Datenschutzerklärung gemäß § 13 Abs. 1 TMG als Marktverhaltensvorschriften im Sinne des Wettbewerbsrechts ein. Dies setzt voraus, dass die Vorschriften das Auftreten auf dem Markt regeln und damit zumindest auch die Interessen der Marktteilnehmer schützen. Das soll in Bezug auf die Pflicht zum Abrufbarhalten einer Datenschutzerklärung aus § 13 Abs. 1 TMG auch deswegen der Fall sein, weil die Vorschrift durch die Schaffung gleicher Wettbewerbsvoraussetzungen dazu dient, die wettbewerbliche Entfaltung der Mitbewerber zu schützen. Aufgrund des vollständigen Fehlens der Angaben im vorliegenden Fall lag ein anspruchsbegründender Wettbewerbsverstoß vor.

## III. „PIWIK“-Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main

Weitergehend arbeitete das LG Frankfurt am Main (LG Frankfurt a.M., Urteil vom 18.2.2014, Az. 3-10 O 86/12) in seinem „PIWIK“-Urteil die Voraussetzungen für die Platzierung der Datenschutzerklärung heraus. Bei „PIWIK“ handelt es sich um ein Web-Analysetool, das, genauso wie das Programm „Google Analytics“, eingesetzt werden kann, um das Surfverhalten der Besucher einer Webseite, beispielsweise hinsichtlich Klicks,

Verweildauer oder Browserverwendung zu verfolgen. Anders als bei „Google Analytics“ werden die datenschutzrechtlich relevanten Daten bei „PIWIK“ nicht auf den Servern des Programmanbieters, sondern auf den eigenen Servern des Webseitenbetreibers gespeichert.

## Sachverhalt

Der Entscheidung lag ebenfalls ein Antrag im Eilverfahren zugrunde. Sowohl bei der Antragstellerin als auch bei der Antragsgegnerin handelte es sich um Hersteller bzw. Vertreiber von Computerprogrammen, die diese im Internet zum Download anboten. Die Antragstellerin beanspruchte von der Antragsgegnerin, es zu unterlassen, Webtracking-Systeme zu verwenden, ohne beim Erstbesuch der Webseite exponiert und danach dauerhaft auf die Widerspruchsmöglichkeit hinsichtlich der damit verbundenen Erhebung und Verwendung personenbezogener Nutzerdaten hinzuweisen. Darin liege ein Verstoß gegen die datenschutzrechtlichen Informationspflichten des TMG. Dies wiederum stelle einen Verstoß im Sinne des Wettbewerbsrechts dar, gegen den Mitbewerber mittels eines Unterlassungsanspruchs vorgehen könnten. Dem trat die Antragsgegnerin mit dem Vortrag entgegen, dass die durch das Web-Analysetool „PIWIK“ erhobenen und verarbeiteten Daten anonymisiert seien und daher nicht vom Anwendungsbereich der Datenschutzgesetze erfasst würden. Tatsächlich war die Webseite der Antragsgegnerin so ausgestaltet, dass die Datenschutzerklärung, einschließlich eines Hinweises auf die Widerspruchsmöglichkeit, unter dem Button „Kontakte“ über einen Link „Informationen zum Datenschutz“ zu finden war. Der Link „Kontakte“ war seinerseits von jeder aufgerufenen Unterseite direkt erreichbar.

## Urteil

Das Gericht gab dem Antrag hinsichtlich des Unterlassungsbegehrens statt. Es bejahte den Personenbezug der durch „PIWIK“ erhobenen und verarbeiteten Daten (siehe zur Frage des Personenbezugs der von „PIWIK“ erhobenen und verarbeiteten Nutzerdaten: Hinrichsen, Pseudonym..., Anonym... synonym?, DFN-Infobrief Recht 04/2014). Die Platzierung der Datenschutzerklärung mit Widerspruchsmöglichkeit, hinsichtlich der Verwendung personenbezogener Daten, werde den Anforderungen der §§ 15 Abs. 3, 13 Abs. 1 TMG nicht gerecht. Sofern ein Webseitenbetreiber Webtracking-Tools einsetze, müsse er den Nutzer bereits zu Beginn der Nutzung des Angebots auf die Erhebung und Verarbeitung personenbezo-

gener Daten und die bestehende Widerspruchsmöglichkeit hinweisen. Auch nach diesem Hinweis beim Erstbesuch der Webseite müsse die Datenschutzerklärung mit der Information über das Recht zum Widerspruch „jederzeit abrufbar“ gehalten werden. Hierfür genüge es nicht, wenn der Link zu den Datenschutzhinweisen über den Link „Kontakte“ zu erreichen sei. Denn weder der Begriff „Kontakte“ lege nahe, dass an dieser Stelle die Informationen zum Datenschutz zu finden seien, noch handele es sich hierbei um einen etablierten Ort für die Platzierung der Datenschutzerklärung. Der Verstoß gegen §§ 15 Abs. 3, 13 Abs. 1 TMG sei auch abmahnfähig. Bei den genannten datenschutzrechtlichen Vorschriften des TMG handele es sich um Marktverhaltensvorschriften im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG. Deren Zuwiderhandeln kann durch Mitbewerber, rechtsfähige Verbände, Industrie- und Handelskammern (u.a.) abgemahnt werden, § 8 Abs. 3 UWG.

#### IV. Bewertung und Folgen für die Hochschulpraxis

Als wichtiger neuer Aspekt ergibt sich aus den beiden Urteilen, dass das Fehlen oder die unrichtige Platzierung der Datenschutzhinweise auf einer Webseite abmahnfähige Wettbewerbsverstöße darstellen. Dies bedeutet für die Hochschulen, dass bei Verstößen gegen § 13 Abs. 1 TMG auf den hochschuleigenen Internetauftritten die Gefahr von Abmahnungen und den damit verbundenen Kosten besteht. In der Praxis wird sich diese Gefahr vermutlich selten realisieren, denn abmahnberechtigt als Mitbewerber sind lediglich andere Hochschulen. Es ist jedoch nicht zu erwarten, dass sich die Hochschulen untereinander abmahnen werden. Ganz auszuschließen ist dieses Risiko aber nicht. Ferner ist zu beachten, dass neben Mitbewerbern auch Verbraucherverbände, wie die Verbraucherzentralen der Länder, abmahnberechtigt sind. Den Hochschulen ist daher dringend zu raten, ihre Internetauftritte den gesetzlichen Anforderungen des § 13 Abs. 1 TMG anzupassen. Unklarheiten verbleiben diesbezüglich hinsichtlich der richtigen Platzierung der Datenschutzerklärung. Das LG Frankfurt a.M. fordert eine zu Beginn der Nutzung des Dienstes und auch danach jederzeit abrufbare Datenschutzerklärung. Diese darf nicht unter dem Link „Impressum“ versteckt sein. Daraus folgt nicht, dass eine Trennung von Impressum und Datenschutzerklärung generell geboten ist. Jedoch muss der Link, unter dem beides abrufbar ist, aussagekräftig bezeichnet werden, etwa mit „Impressum und Datenschutzerklärung“. Am rechtssichersten ist jedoch die Gestaltung in der Form, dass „Impressum“ und „Datenschutzerklärung“

getrennt voneinander als eigene Links bereitgestellt werden. Für das Impressum besteht eine gesicherte Rechtsprechung dahingehend, dass es von jeder Unterseite aus mittels maximal zwei Klicks erreichbar sein muss. Für die Datenschutzerklärung, die laut TMG „jederzeit abrufbar“ gehalten werden muss, ist sicherheitshalber dazu zu raten diese so zu platzieren, dass sie von jeder Unterseite aus mittels eines Klicks erreichbar ist. Dies ist über eine Platzierung im Frame leicht zu verwirklichen. Praktische Schwierigkeiten könnte die Verpflichtung zum Hinweis auf ein Widerspruchsrecht hinsichtlich der Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten zur Erstellung von Nutzungsprofilen gemäß §§ 15 Abs. 3, 13 Abs. 1 TMG erzeugen. Dieser muss laut dem Gesetzeswortlaut und dem „PIWIK“-Urteil des LG Frankfurt a.M. bereits zu Beginn der Nutzung des Dienstes erfolgen. Zur technischen Umsetzung äußerte sich das Gericht leider nicht. Offen bleibt wie eng die Hinweispflicht „zu“ Beginn der Nutzung des Dienstes zu verstehen ist. Denkbar wäre ein Hinweis durch Cookies, mittels denen auch schon vor dem Abrufen der angefragten Webseite auf das Widerspruchsrecht hingewiesen werden könnte. Der Einsatz von Cookies ist jedoch für sich genommen datenschutzrechtlich bedenklich und ihre Verwendung wird von vielen Nutzern deaktiviert. Wurde die Deaktivierungsfunktion genutzt, gibt es für den Webseitenbetreiber keine Möglichkeit den Nutzer mittels Cookies frühzeitig über das Widerspruchsrecht zu informieren. Dies ist jedoch im Hinblick auf den Gesetzeswortlaut des § 13 Abs. 1 TMG, der eine Hinweispflicht „zu“ Beginn der Nutzung des Dienstes und nicht „davor“ statuiert, auch gar nicht unbedingt erforderlich. Denkbar ist es daher auch, die Datenschutzerklärung an prominenter Stelle auf der Startseite zu platzieren. Diesen Anforderungen könnte auch schon die Platzierung der Datenschutzerklärung im Frame gerecht werden. Eine diesbezügliche gerichtliche Klarstellung ist wünschenswert.

#### Anmerkungen:

<sup>1</sup> 55 Abs. 2 RStV war vorliegend mangels journalistisch-redaktioneller Gestaltung des Angebotes nicht einschlägig.

Siehe vertiefend zum „PIWIK“-Urteil des LG Frankfurt am Main: Hinrichsen, Pseudonym..., Anonym... synonym?, DFN-Infobrief Recht 04/2014

Siehe vertiefend zu den Impressumspflichten: Overbeck, „Ich bin dann mal weg und mein Name bitte auch!“ - Landgericht Düsseldorf urteilt über Ansprüche eines ausgeschiedenen Mitarbeiters bei der andauernden Verwendung seines Namens im Impressum, DFN-Infobrief Recht 07/2013, S. 2-5

# Verschollen in den Weiten der Bitströme

## Haftung eines Providers für nicht übermittelte E-Mails

von Kevin Kuta

Das Oberlandesgericht (OLG) Naumburg hat sich in einem Urteil vom 11.07.2013 (Az. 2 U 4/13) zur Haftung eines E-Mail-Providers auf Schadensersatz für nicht übermittelte E-Mails geäußert. Sobald ein Provider einen E-Mail-Account anbietet und eine E-Mail den Nutzer nicht erreicht, macht sich der Provider durch die fehlerhafte Ausführung seiner vertraglichen Pflichten schadensersatzpflichtig.

### I. Hintergrund

Die E-Mail hat sich sowohl im privaten Bereich als auch im geschäftlichen Verkehr zu einem äußerst wichtigen Kommunikationsmedium entwickelt. Ein Verzicht darauf wäre mit vielen Unwägbarkeiten verbunden. Die klassische Briefpost wird immer mehr durch E-Mails ersetzt, da diese schneller verschickt und zugestellt werden können. Viele Abläufe in der Wirtschaft, aber auch an deutschen Hochschulen werden mittels elektronischer Post erledigt. Mit der Einführung der De-Mail werden daneben Versuche getätigt, die bisher nur per Post zustellbaren Dokumente nun auch sicher, vertraulich und nachweisbar im Internet übermitteln zu können.

Dabei stellt sich aber die Frage, was passiert, wenn eine E-Mail einmal nicht übermittelt wird. Für diesen Umstand kommen verschiedene Fehlerquellen in Betracht, wie etwa eine nicht ordnungsgemäß funktionierende Hard- oder Software. Das OLG Naumburg hatte sich im vorliegenden Urteil aber mit dem Umstand zu beschäftigen, dass der Fehler beim Provider des Empfängers der E-Mail lag. Das Gericht hatte darüber zu entscheiden, ob dem Nutzer in diesem Fall ein Anspruch auf Schadensersatz zusteht.

### II. Das Urteil des OLG Naumburg

In der vorliegenden Entscheidung verurteilte das OLG Naumburg einen Provider, der seinen Kunden E-Mail-Accounts zur Verfügung stellte, wegen nicht übermittelter E-Mails zur Haftung auf Schadensersatz.

### Sachverhalt

Im Fall ging es um einen Vertragsschluss zwischen der Klägerin, welche Nutzerin des beklagten E-Mail-Providers war, und einem Dritten hinsichtlich der Erstellung eines Wertgutachtens für ein Grundstück, wobei der Vertrag unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen wurde. Der Dritte sollte der Klägerin nämlich per E-Mail mitteilen, ob der Vertrag über die Erstellung eines Wertgutachtens nach Rücksprache mit dem Eigentümer zustande kommt oder nicht. Die Erstellung des Wertgutachtens hing damit von der Zustimmung des Eigentümers ab, weshalb der Vertragsschluss aufschiebend bedingt war. Der Dritte hat die E-Mail ordnungsgemäß versendet. Sie kam jedoch nicht im E-Mail-Account der Klägerin an. Mangels (rechtzeitiger) Reaktion der Klägerin vergab der Eigentümer den Auftrag schließlich an einen anderen Wertgutachter, während die Klägerin leer ausging. Aus diesem Grund hat sie wegen entgangenen Gewinns einen vierstelligen Schadensersatzanspruch geltend gemacht.

### Haftung auf Schadensersatz

Zu einer Haftung auf Schadensersatz ist es aus folgenden Gründen gekommen: Die Beklagte (= der Provider) hatte den zwischen ihr und der Klägerin bestehenden Dienstleistungsvertrag verletzt. Aus diesem Grund konnte die aufschiebende Bedingung nicht eintreten und damit der Vertrag nicht geschlossen werden. Der zwischen den Parteien bestehende Dienstleistungsvertrag verpflichtete die Beklagte zur Bereitstellung eines E-Mail-Accounts an die Klägerin. In einem Zeitraum von sechs Tagen kam sie dieser Verpflichtung aber nicht



nach. Die Klägerin konnte in dieser Zeitspanne nicht auf ihren E-Mail-Account zugreifen, wofür technische Gründe aus der Sphäre des Providers verantwortlich waren. Der Provider hatte in einem Schreiben an die Klägerin zwar das Vorliegen einer Störung in einem Zeitraum von drei Tagen eingeräumt. Dieser dreitägige Zeitraum lag innerhalb der sechstägigen Zeitspanne, innerhalb der die Klägerin nicht auf ihren E-Mail-Account zugreifen konnte. Diesem Schreiben könne allerdings nicht entnommen werden, dass der Provider einen Anspruch auf Schadensersatz anerkennen wolle. Vielmehr sei nur der Störungszeitraum eingeräumt worden.

Die E-Mail des Dritten hat die Klägerin aber nicht rechtzeitig erreicht. Aus diesem Umstand ergebe sich ein Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen den Provider. Das Gericht legte in seinen Entscheidungsgründen dar, dass bei pünktlicher Zustellung der E-Mail der Eigentümer der Erstellung eines Wertgutachtens durch die Klägerin zugestimmt hätte. Es hätte dann zunächst eine Ortsbesichtigung erfolgen können und der Eigentümer hätte aufgrund dessen kein drittes Unternehmen mit der Erstellung des Gutachtens beauftragt. Die unterbliebene Ortsbesichtigung sei nämlich der einzig erkennbare Grund, warum die Wertgutachtenerstellung an ein Drittunternehmen vergeben wurde. Die Höhe des Schadensersatzanspruchs betrug in diesem Fall knapp 6.000 EUR.

### Schadensminderungspflicht

Im Falle eines Schadensersatzanspruches obliegt dem Geschädigten eine Schadensminderungspflicht. Danach ist er verpflichtet, den Schaden abzuwenden oder zu mindern, soweit dies von einem vernünftigen und sorgfältigen Menschen zu erwarten wäre. Hierbei handelt es sich nur um eine sogenannte Obliegenheit des Geschädigten. Der Schädiger hat also kein einklagbares Recht darauf, dass der Geschädigte den Schaden gering hält. Vielmehr kann eine Missachtung dieser Obliegenheit zu Nachteilen für den Geschädigten führen, da es für ihn zu einer Kürzung seines Schadensersatzanspruchs kommen kann.

Nach Ansicht des Gerichts habe die Klägerin nicht gegen ihre Schadensminderungspflicht verstoßen. In Betracht käme allenfalls ein unterlassener Anruf der Klägerin beim Dritten. Hätte die Klägerin mit einer Auftragserteilung übers Wochenende rechnen müssen, dann wäre sie zu einem derartigen Anruf verpflichtet gewesen. Aufgrund der Kenntnis vom Ausfall des

E-Mail-Accounts hätte sie von einer unterbliebenen Versendung einer E-Mail durch den Dritten ausgehen müssen. Während des Telefonats hätte sie sich dann nach dem aktuellen Sachstand erkundigen müssen und im Zuge dessen hätte sie von der tatsächlich erfolgten Versendung der E-Mail erfahren. Laut Auffassung der Robenträger könne aber nicht davon ausgegangen werden, dass die Klägerin mit einer E-Mail hätte rechnen müssen, die übers Wochenende eingehe. Der Provider trug außerdem vor, dass die Klägerin ihre Tätigkeit bereits am nächsten Werktag hätte aufnehmen können. Diese Argumentation genügte dem Gericht alleine nicht. Hinzu kam noch die Tatsache, dass nach nachvollziehbarer Aussage des Geschäftsführers der Klägerin mit einer solch kurzfristigen Antwort des Dritten nicht zu rechnen war. Aus alledem könne schlussendlich keine Verletzung der Schadensminderungspflicht seitens der Klägerin begründet werden.

### III. Fazit und Auswirkungen für die Hochschulen

Auf den ersten Blick erscheint die Entscheidung folgerichtig und konsequent. Ein Provider stellt eine E-Mail nicht zu und verletzt damit seine vertraglichen Pflichten. Den daraus entstandenen Schaden hat er dem Nutzer zu ersetzen. Schaut man sich dann aber die Entscheidungsgründe genauer an, kommen einige Fragen auf. Grundsätzlich beinhalten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Provider Klauseln, die einen Anspruch auf Schadensersatz dem Grunde und der Höhe nach einzuschränken versuchen. In der Entscheidung sucht man jedoch vergeblich nach Hinweisen auf derartige Allgemeine Geschäftsbedingungen. Entweder hatte der Provider ausnahmsweise keine dahingehenden Klauseln in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder aber das Gericht hat sich mit diesen schlichtweg nicht auseinandergesetzt. Die Richter gehen auch nicht näher auf das Verschulden des Providers sowie die damit einhergehenden Beweislastfragen ein. Die fehlende Übermittlung einer E-Mail kann für sich genommen nicht automatisch ein Verschulden des Providers begründen, der den E-Mail-Account des Empfängers betreibt. Ein Fehlverhalten kann auch aus der Sphäre des Providers kommen, der für den E-Mail-Account des Versenders zuständig ist. Es ist daher zu vermuten, dass im Rahmen der Verhandlung der Provider des Empfänger-E-Mail-Accounts (= E-Mail-Account des Klägerin) sein Vertretenmüssen nicht bestritten hat. Das wäre der einzige Grund dafür, dass das Gericht diese Fragestellung nicht näher erörtert hat. Letztlich ist auch die Argumentation

des Gerichts, dass die Klägerin aufgrund der Kenntnis vom Ausfall des E-Mail-Accounts von einer unterbliebenen Versendung einer E-Mail durch den Dritten hätte ausgehen müssen, nicht direkt nachvollziehbar. Es stellt sich nämlich die Frage, warum die Klägerin davon ausgehen soll, dass eine an sie adressierte E-Mail gar nicht abgesendet wurde, wenn doch gerade ihr E-Mail-Account ausgefallen ist und nicht der des Versenders. Unter der Prämisse, dass bei Ausfall des E-Mail-Accounts der Klägerin nur der Empfang nicht möglich ist, die Versendung aber sehr wohl, erscheint dies nicht konsequent. Vielmehr kann man der Ansicht sein, dass aufgrund der Kenntnis vom Ausfall des E-Mail-Accounts die Klägerin hätte davon ausgehen müssen, dass eine möglicherweise versendete E-Mail des Dritten nicht bei ihr angekommen ist.

Hochschulen stellen ihren Mitarbeitern und Studenten eine hochschuleigene E-Mail-Adresse zur Verfügung, weswegen auch hier die haftungsrechtliche Problematik für nicht zugestellte E-Mails im Raum steht. Ausschlaggebend für die Schadensersatzpflicht des Providers im besprochenen Fall war der Abschluss eines Dienstleistungsvertrages, in dessen Rahmen der E-Mail-Account zur Verfügung gestellt wurde. Eine der Vertragspflichten besteht in der Übermittlung der E-Mails, die an die mit diesem E-Mail-Account verknüpfte E-Mail-Adresse versendet werden. Diese Pflicht wurde im entschiedenen Fall verletzt. Das Gericht sprach daraufhin dem Nutzer einen Anspruch auf Schadensersatz gegen den Provider zu. Ein solcher Dienstleistungsvertrag liegt zwischen den Hochschulen und den Mitarbeitern sowie den Studenten nicht vor. Hochschulen stellen ihren Mitarbeitern eine E-Mail-Adresse zur Verfügung, um ihre Arbeitsleistung zu erbringen. Sollte eine Privatnutzung dieser E-Mail-Adresse ausdrücklich untersagt worden sein, erscheinen Schadensersatzansprüche wie im obigen Fall ausgeschlossen. Selbst bei geduldeter Privatnutzung des E-Mail-Accounts scheint eine Haftung der Hochschulen nicht in Betracht zu kommen, da dieser primär zur Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten überlassen wird. Das Verhältnis zwischen Hochschule und Student hinsichtlich der Bereitstellung eines E-Mail-Accounts ist ebenfalls nicht als klassischer Dienstleistungsvertrag einzuordnen. Gleichzeitig kann aber auch nicht davon ausgegangen werden, dass Hochschulen ihren Studenten E-Mail-Adressen ausschließlich als eine Art zusätzlichen Service anbieten mit der Folge, dass eine Haftung auch in dieser Konstellation von vornherein abwegig erscheinen würde. Jedoch muss die Unentgeltlichkeit der Bereitstellung eines E-Mail-Accounts durch Hochschulen an Studenten

in einem hinreichenden Maße berücksichtigt werden. Ein Schuldverhältnis zwischen Hochschulen und ihren Studenten besteht in Form des Nutzungsverhältnisses (ungeachtet der Art dessen Begründung), das Rechte und Pflichten für beide Seiten begründet, sodass eine Pflichtverletzung haftungsrechtliche Konsequenzen haben kann. Aus diesem Grund wird an den Hochschulen regelmäßig eine Benutzungsordnung hinsichtlich der Benutzung des bereitgestellten E-Mail-Accounts existieren. Vor dem Hintergrund dieses Urteils sollten gerade diese Benutzungsordnungen auf das Vorhandensein entsprechender Haftungsbeschränkungen überprüft werden. Eine höchstrichterliche Rechtsprechung zur Haftung einer Hochschule für nicht übermittelte E-Mails existiert jedoch nicht, weshalb die weitere Behandlung dieser Problematik mit Rechtsunsicherheiten behaftet ist. Es bleibt vielmehr die weitere Rechtsprechung abzuwarten und zu beobachten.

## Impressum

Der DFN-Infobrief Recht informiert über aktuelle Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung und daraus resultierende mögliche Auswirkungen auf die Betriebspraxis im Deutschen Forschungsnetz.

## Herausgeber

Verein zur Förderung eines Deutschen Forschungsnetzes e. V.

DFN-Verein

Alexanderplatz 1, D-10178 Berlin

E-Mail: [DFN-Verein@dfn.de](mailto:DFN-Verein@dfn.de)

## Redaktion

Forschungsstelle Recht im DFN

Ein Projekt des DFN-Vereins an der WESTFÄLISCHEN WILHELMS-UNIVERSITÄT, Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM), Zivilrechtliche Abteilung

Unter Leitung von Prof. Dr. Thomas Hoeren

Leonardo-Campus 9

D-48149 Münster

E-Mail: [recht@dfn.de](mailto:recht@dfn.de)

Nachdruck sowie Wiedergabe in elektronischer Form, auch auszugsweise, nur mit schriftlicher Genehmigung des DFN-Vereins und mit vollständiger Quellenangabe.