Oberlandesgericht Köln, 6 U 121/07

Datum:	14.12.2007
Gericht:	Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper:	6. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	6 U 121/07
ECLI:	ECLI:DE:OLGK:2007:1214.6U121.07.00

Vorinstanz:	Landgericht Köln, 26 O 358/05
Normen:	BGB §§ 107, 108, 305 Abs. 1, 307 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 Nr. 1; BDSG §§ 3 a, 4 a, 28 Abs. 1 Nr. 1; UklaG §§ 1, 2 Abs. 1, 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Abs. 2, 8 Abs. 1 Nr. 2; ZPO § 253 Abs. 2 Nr. 2

Tenor:

I.) Auf die Berufung des Klägers wird das am 9.5.2007 verkündete Urteil der 26. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 26 O 358/05 - teilweise abgeändert und im Hauptausspruch insgesamt wie folgt neu gefasst:

1.) Die Beklagte wird verurteilt,

a) es zur Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu vollziehen an ihren jeweiligen Geschäftsführern, zu unterlassen, die nachfolgende oder ihr inhaltsgleiche Bestimmungen in Verträge mit Verbrauchern über die Gewährung von Rabatten einzubeziehen sowie sich auf diese Bestimmungen bei der Abwicklung derartiger, nach dem 01.04.1977 geschlossener Verträge zu berufen:

Ich bin damit einverstanden, dass meine bei HappyDigits erhobenen persönlichen Daten (Name, Anschrift, Geburtsdatum) und meine Programmdaten (Anzahl gesammelte Digits und deren

Verwendung; Art der gekaufte Waren und Dienstleistungen; freiwillige Angaben) von der D GmbH (D), T-Ring 6, D-xxx L, als Betreiberin des HappyDigits Programms und ihren Partnerunternehmen zu Marktforschungs- und schriftlichen Beratungs- und Informationszwecken (Werbung) über Produkte und Dienstleistungen der jeweiligen Partnerunternehmen gespeichert, verarbeitet und genutzt werden. [...] Sind Sie nicht einverstanden, streichen Sie die Klausel [...],

wenn dies wie nachstehend wiedergegeben geschieht:

pp.

b) an den Kläger 50,00 € nebst 4 % Zinsen seit dem 26.08.2005 zu zahlen.

2.) Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

II. Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

III.) Von den Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen haben der Kläger ¾ und die Beklagte ¼ zu tragen.

IV.) Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte kann jedoch die Vollstreckung des Unterlassungsanspruches durch Sicherheitsleistung in Höhe von 2.500 € abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Vollstreckung des Zahlungs- und des Kostenerstattungsanspruches können die Parteien durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

V.) Bezüglich der Entscheidung über die Berufungsanträge zu I 1) - 3) wird die Revision zugelassen, im übrigen wird die Revision nicht zugelassen.

B e g r ü n d u n g 1

I 2

Die Beklagte organisiert und betreibt das – recht bekannte – Kundenbindungs- und Rabattsystem "HappyDigits". An das System angeschlossen sind große Unternehmen, wie der M und die ES AG. Die teilnehmenden Kunden werden mit einer Karte im Kreditkartenformat ausgestattet, auf der zur Individualisierung neben einer Mitgliedsnummer nur ihr Vor- und Zuname aufgeführt ist. Die Ausgestaltung der Karte ist zum Beispiel aus der Anlage K 5 ersichtlich. Einkäufe des Kunden bei einem der teilnehmenden Unternehmen werden nach Vorlage der Karte von dem Unternehmen registriert, die gespeicherten Daten werden sodann der Beklagten zugeleitet. Diese führt für jeden Kunden ein Bonuskonto, schreibt für jeden Einkauf Bonuspunkte gut und zahlt schließlich Rabatte aus, deren Höhe sich nach der Anzahl der Bonuspunkte (1 Punkt = 1 Cent) richtet. Teilnehmen können gemäß Ziff. 4.1 der AGB (Anlage K 4) nur Personen, die das 10. Lebensjahr vollendet haben. 3

Der Kläger verfolgt angebliche Verstöße gegen das Bundesdatenschutzgesetz, indem der Kunde sich nur bei Preisgabe seines Geburtsdatums und unter Erfassung der von ihm erworbenen Waren nach Warengruppen an dem System beteiligen könne. Zudem sei die Art zu beanstanden, wie ihm die Einwilligung in die zukünftige Zuleitung von Werbesendungen abgerungen und wie auf die Einbeziehung der AGB hingewiesen werde. 4

Gegenstand der Beanstandungen sind zum einen zwei Passagen, die sich in einem Link des Internet-Auftrittes der Beklagten unter "Datenschutz" finden, sowie Passagen aus einem Anmeldeformular für Kunden zur Teilnahme an dem System in Papierform (Anlagen K 3, K 5 und K 11). 5

Wegen des erstinstanzlich vorgetragenen Sachverhaltes im übrigen wird gem. § 540 Abs.1 S.1 Ziff.1 ZPO auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen. 6

Das Landgericht hat die Klage für zulässig, aber unbegründet gehalten. 7

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung des Klägers. Der Kläger verfolgt seine erstinstanzlichen Klageanträge mit folgender Maßgabe weiter: 8

1. 9

Mit dem Klageantrag zu I. 1. greift er den nachfolgend wiedergegebenen oberen Teil des Anmeldeformulars, in dem die Angabe des vollständigen Geburtsdatums abgefragt wird, als Regelung und konkrete Beispielsform an: 10

pp. 11

Hilfsweise bezieht er sein Unterlassungsbegehren zu I. 1. auf folgenden, aus der Anlage K 3 (Bl. 19) unter der Überschrift "Umfang der Datenerhebung und Datenverarbeitung persönliche Daten" ersichtlichen Text: 12

> "[Um sich als Teilnehmer eindeutig zu identifizieren und mit Ihnen kommunizieren zu können (z. B. Zusendung des Kontoauszuges) oder Ihnen Ihre Prämien zusenden zu können, benötigen wir von Ihnen einige persönliche Daten.] Diese werden bei Ihrer Anmeldung abgefragt und umfassen [Name, Vorname, Anschrift und] Geburtsdatum (volljährig?) [...]." 13

2. 14

Den Klageantrag zu I. 2. ergänzt der Kläger um die nachfolgend wiedergegebene, unmittelbar an den bisherigen Antragswortlaut anschließende Passage: 15

16

"Diese Programmdaten brauchen wir für die Durchführung der oben beschriebenen Zwecke innerhalb des Programms. Die Programmdaten beinhalten – hier am Beispiel eines Einkaufs – Ihre HappyDigits-Karten-Nummer, das Datum des Einkaufs, die Kennung des Partnerunternehmens, bei dem Sie eingekauft haben, die Summe der gesammelten Digits und Informationen über die Höhe des Einkaufs und die gekauften Waren (nach Warengruppen), damit das jeweilige Partnerunternehmen und wir, zum Beispiel bei Beschwerden Ihrerseits, nachvollziehen können, ob wir Ihnen alle gesammelten Digits gutgeschrieben haben."

3. 17

Den Klageantrag zu I. 3. stellt der Kläger in der mit der vorliegenden Entscheidung zuerkannten Fassung. 18

In der Sache wiederholen und vertiefen die Parteien ihr erstinstanzliches Vorbringen. 19

II. 20

Die Berufung ist zulässig und hat zum Teil auch in der Sache Erfolg. Der Klageantrag zu I. 3. ist in der nunmehr gestellten Fassung begründet, weswegen auch der Kostenerstattungsanspruch dem Kläger in anteiliger Höhe zusteht. Die weiter geltend gemachten Ansprüche bestehen nicht, insoweit ist die Berufung zurückzuweisen. 21

Ein Anlass, entsprechend der Anregung des Klägers das Verfahren gem. § 148 ZPO bis zur Entscheidung des BGH in dem das Urteil des Oberlandesgerichts München vom 28.09.2006 – 29 U 2769/06 – betreffenden Revisionsverfahren VIII ZR 348/06 auszusetzen, besteht nicht. 22

1. 23

Der Kläger ist befugt, die streitgegenständlichen Ansprüche geltend zu machen. Entgegen der in dem Berufungsverfahren wiederholten Auffassung der Beklagten setzt die Klagebefugnis des Klägers nicht voraus, dass die Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes, die dieser durch die angegriffenen Klauseln verletzt sieht, verbraucherschützende Normen darstellen. 24

Der Kläger ist – wie aus der Anlage K 1 ersichtlich ist und von der Beklagten nicht bestritten wird – in die von dem Bundesamt für Justiz geführte "Liste qualifizierter Einrichtungen" im Sinne des § 4 Abs. 1 und 2 UKlaG eingetragen. Ihm stehen deswegen gem. § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UKlaG u. a. die in § 1 UKlaG bezeichneten Ansprüche auf Unterlassung zu, woraus sich zugleich seine Klagebefugnis ergibt. In § 1 UKlaG ist geregelt, dass u. a. Verwender von gem. §§ 307 – 309 BGB unwirksamen AGB auf Unterlassung in Anspruch genommen werden können. Diese Voraussetzungen sind nach dem im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung zu Grunde zu legenden Vortrag des Klägers, der sich ausdrücklich auf § 307 BGB bezieht, erfüllt. 25

§ 1 UKlaG setzt nicht zusätzlich voraus, dass mit der beanstandeten Geschäftsbedingung gerade von einer verbraucherschützenden Norm abgewichen wird. Eine dahingehende Einschränkung enthält lediglich der im vorliegenden Verfahren nicht einschlägige § 2 Abs. 1 S. 1 UKlaG, wonach in Anspruch genommen werden kann, wer in anderer Weise als durch Verwendung oder Empfehlung von AGB Verbraucherschutzgesetzen zuwider handelt. Dementsprechend findet sich in der Kommentarliteratur zu § 1 UKlaG (z.B. Hefermehl/*Köhler* 26

/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 25. Aufl., § 1 UKlaG, Rz. 4; Palandt-Bassenge, 66. Aufl., § 1 UKlaG, Rz. 4 ff; Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 10. Auflage, § 1 UKlaG, Rz. 4; § 3 Rz. 2) die Auffassung nicht, dass nur solche AGB beanstandet werden könnten, die speziell Beschränkungen von verbraucherschützenden Rechten zum Gegenstand hätten. In seiner Entscheidung NJW 03, 1237, 1240 hat der BGH das Gegenteil für selbstverständlich gehalten. Eine andere Meinung vertritt auch Roloff an der von der Beklagten angegebenen Fundstelle (Erman/Roloff, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Auflage, § 4 UKlaG, Rz. 2) nicht.

Dem steht auch nicht entgegen, dass gem. § 4 Abs. 2 UKlaG in die erwähnte, von dem Bundesamt für Justiz geführte "Liste qualifizierter Einrichtungen" nur solche Verbände eingetragen werden, zu deren satzungsgemäßen Aufgaben es gerade gehört, die Interessen der Verbraucher wahrzunehmen. Denn die in § 1 UKlaG aufgeführten §§ 307 – 309 BGB stellen selbst verbraucherschützende Normen dar. Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut von § 2 Abs. 2 UKlaG, der die Verwendung oder Empfehlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausdrücklich als eine Möglichkeit aufführt, durch die Verbraucherschutzgesetzen zuwider gehandelt werden kann. Diesem Verständnis entspricht es auch, dass der Gesetzgeber in § 3 Abs. 2 UKlaG die Anspruchsberechtigung (und Klagebefugnis) der in § 3 Abs. 1 UKlaG aufgeführten Institutionen ausdrücklich für die Fälle ausgeschlossen hat, in denen die AGB gegenüber einem Unternehmen verwendet oder zwischen Unternehmern empfohlen werden. Einer derartigen Regelung bedürfte es nicht, wenn sich die Klagebefugnis der Verbände von vorneherein ausschließlich auf AGB bezöge, die von speziell verbraucherschützenden Normen abweichen. 27

Die Klagebefugnis des Klägers erfasst damit sämtliche gerügten Verstöße gegen §§ 307 – 309 BGB, soweit die AGB – wie es hier der Fall ist – gerade gegenüber Verbrauchern verwendet werden. 28

2. 29

Ohne Erfolg rügt die Beklagte auch die Antragsformulierung, wonach ihr untersagt werden soll, die vier streitgegenständlichen Klauseln in Verträge mit Verbrauchern *"über die Gewährung von Rabatten"* einzubeziehen, sowie sich auf diese zu berufen, als zu unbestimmt. Die Formulierung "Gewährung von Rabatten" verstößt nicht gegen das Bestimmtheitsgebot des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Der Beklagten ist einzuräumen, dass es sich bei dem Begriff "Rabatt" um einen Rechtsbegriff und damit einen in tatsächlicher Hinsicht nicht scharf umrissenen Begriff handelt. Es entspricht jedoch gefestigter Rechtsprechung (BGH WRP 1999, 200, 202 – *"Beanstandung durch Apothekerkammer"*; BGH GRUR 2000, 616 f – *"Auslaufmodelle III"*; BGH WRP 2000, 389, 392 – *"Gesetzeswiederholende Unterlassungsanträge"*), dass die Verwendung derartiger Begriffe dann nicht gegen das Bestimmtheitsgebot verstößt, wenn ihr Sinngehalt im betreffenden Einzelfall nicht zweifelhaft und zwischen den Parteien auch nicht streitig ist. So liegt der Fall hier. Zwischen den Parteien ist weder streitig, für die Teilnahme an welchem System die beanstandeten AGB verwendet werden, noch, dass durch jenes System den Kunden Rabatte gewährt werden. 30

Es handelt sich um eine Abgrenzungsformel, die entgegen der Auffassung der Beklagten auch den Bestimmungen des § 8 Abs. 1 Ziffer 2 UKlaG genügt, wonach im Klageantrag die Bezeichnung der Art der Rechtsgeschäfte, für die die Bestimmungen beanstandet werden, angegeben werden muss. § 8 Abs. 1 Ziff. 2 UKlaG erfordert nicht eine vollständige Darstellung des konkreten Geschäftsmodells, innerhalb dessen eine einzelne Klausel angegriffen wird. Die Bestimmung soll lediglich sicherstellen, dass das Verbot durch eine zu abstrakte Fassung nicht auch solche Geschäftsbereiche erfasst, in denen eine AGB- 31

Widrigkeit nicht festgestellt werden kann. In Erfüllung der Bestimmung ist "die Art der Rechtsgeschäfte im Klageantrag in möglichst griffiger Weise zu konkretisieren, und zwar z. B. nach dem Vertragstyp oder der Geschäftsart" (vgl. näher Hensen, a. a. O. § 8 UKlaG, Rz. 2). Dies ist durch die Angabe "Gewährung von Rabatten" geschehen.

Soweit die Beklagte für ihre gegenteilige Auffassung anführt, tatsächlich gewähre nicht sie selbst, sondern gewährten lediglich die an dem System "HappyDigits" beteiligten Unternehmen Rabatte, betrifft dieser Einwand nicht die Bestimmtheit, sondern die Begründetheit des Antrages. 32

3. Berufungsantrag zu I. 1. 33

Mit dem in der mündlichen Verhandlung neu gefassten Berufungsantrag zu I. 1. greift der Kläger das aus der Anlage K 11 ersichtliche Anmeldeformular an, soweit darin von dem Teilnehmer die Angabe seines vollständigen Geburtsdatums verlangt wird. 34

a) 35

Die in dieser Neufassung liegende Klageänderung in zweiter Instanz ist gem. § 533 ZPO zulässig. Der Beklagte hat eingewilligt, indem er sich in der mündlichen Verhandlung auf die geänderte Klage eingelassen hat, ohne der Änderung zu widersprechen (§§ 267, 525 ZPO). Zudem wäre ohne Weiteres die Sachdienlichkeit zu bejahen, nachdem die Klageänderung auf einen gem. § 139 ZPO erforderlichen Hinweis des Senates hin erfolgt ist. Weiter wird die Klage auch mit dem neuen Antrag, durch den dieser lediglich dem unveränderten anfänglichen Begehren angepasst worden ist, nur auf die Tatsachen gestützt, die der Senat gem. § 529 ZPO ohnehin seiner Entscheidung zu Grunde zu legen hat. 36

Der gegen die ursprüngliche Fassung des Berufungsantrages zu I. 1. gerichtete Einwand der Unbestimmtheit betrifft den neugefassten Antrag nicht. 37

b) 38

Die nunmehr in der Papierform angegriffenen, mit dem Geburtsdatum auszufüllenden Felder stellen eine Allgemeine Geschäftsbedingung, also eine für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingung dar, die der Verwender der anderen Partei bei Abschluss eines Vertrages stellt (§ 305 Abs. 1 S. 1 BGB). Die Beklagte macht den Vertragsschluss mit dem einzelnen Verbraucher über dessen Teilnahme an dem Rabattsystem "HappyDigits" davon abhängig, dass dieser durch Ausfüllen der Felder sein vollständiges Geburtsdatum angibt, und stellt damit eine Vertragsbedingung für das Zustandekommen des Vertrages im Sinne von § 305 Abs. 1 S. 1 BGB. 39

Der Qualifizierung dieser auszufüllenden Felder als allgemeine Geschäftsbedingung steht der Umstand nicht entgegen, dass das Verlangen bereits im Vorfeld des Vertragsschlusses gestellt wird, der Vertrag also schon gar nicht zu Stande kommt, wenn der Verbraucher die Bedingung nicht erfüllt. Für die Zulässigkeit der AGB-Kontrolle ist es nicht erforderlich, dass der Vertrag bereits geschlossen ist und die AGB rechtswirksam in den Vertrag einbezogen worden sind (vgl. Ulmer, a. a. O., § 305 Rz. 13). Es erfüllen vielmehr auch solche Bedingungen die Voraussetzungen des § 305 Abs. 1 BGB, die als "Vertragsabschlussklausel" das Zustandekommen des Vertrages zum Gegenstand haben. 40

Soweit das Landgericht darauf abgestellt hat, dass die Beklagte lediglich ihrer Verpflichtung aus § 4 Abs. 3 BDSG nachkomme und sich die fragliche Klausel nicht unter den "AGB", 41

sondern unter "Hinweise zum Datenschutz bei HappyDigits" finde, ist dieser Aspekt mit der dargestellten Neufassung des Berufungsantrages gegenstandslos geworden.

c) 42

Entgegen der Auffassung des Klägers verstößt die in der geforderten Angabe des Geburtsdatums liegende AGB-Klausel nicht gegen § 307 Abs. 1, Abs. 2 Ziff. 1 BGB. Nach dieser Bestimmung sind AGB-Klauseln unwirksam, wenn sie den Verbraucher dadurch unangemessen benachteiligen, dass sie mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren sind. 43

Der Kläger sieht durch die Klausel § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG verletzt. Danach ist unter anderem das Erheben personenbezogener Daten (nur) zulässig, wenn es *"der Zweckbestimmung eines Vertragsverhältnisses ... mit dem Betroffenen dient"*. Dieser Definition ist immanent, dass die Erhebung der Daten für die Durchführung des Vertrages erforderlich sein muss (vgl. für im Rahmen von Arbeitsverhältnissen erhobene Daten Simitis, BDSG, 6. Aufl., § 28 Rz. 67 sowie für die Verwendung Rz. 91; Gola/Schomerus, BDSG, 9. Aufl., § 28 Rz. 13). Entgegen der Auffassung des Klägers ist zur Durchführung des Rabattsystems "HappyDigits" die Angabe des vollständigen Geburtsdatums durch den Teilnehmer indes erforderlich. 44

Das ergibt sich allerdings nicht vornehmlich daraus, dass – worauf sich die Beklagte in erster Linie stützt – nur so Zuordnungsverwirrungen bei der Gutschrift der Rabattpunkte vermieden werden könnten. Denn diese dürften mit Hilfe der in die Teilnehmerkarte eingestanzten Mitgliedsnummer und im Hinblick darauf, dass der Teilnehmer auch seine vollständige Anschrift anzugeben hat, zumindest weitestgehend vermieden werden können, wenn auch die Zuordnung durch die Angabe des Geburtsdatums in den Fällen leichter fallen wird, in denen der Kunde nach einem Wohnungswechsel der Beklagten seine neue Anschrift nicht mitgeteilt hat. 45

Der Senat sieht aber das Verlangen der Angabe des vollständigen Geburtsdatums im Hinblick darauf als notwendig an, dass zur Teilnahme an dem System nur natürliche Personen berechtigt sind, die das 10. Lebensjahr vollendet haben und Minderjährige, die diese Anforderung erfüllen, zur Teilnahme an dem System gem. §§ 107, 108 Abs.1 BGB der Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters bedürfen. 46

Dem Kläger ist einzuräumen, dass die potenziellen Teilnehmer ihre insoweit erforderlichen Altersangaben auch ohne Preisgabe ihres konkreten Geburtsdatums machen könnten. So käme die Vorformulierung einer konkreten Aussage (z.B.: *"Ich bin volljährig ja/nein"*) in Betracht. Es ist jedoch mit der Beklagten davon auszugehen, dass eine deutlich höhere Gewähr für die Richtigkeit der Angaben besteht, wenn der Interessent nicht lediglich "ja" oder "nein" ankreuzen, sondern sein konkretes Geburtsdatum angeben muss. Es fällt leichter, ein Kreuz an der falschen Stelle zu machen, als in allen Einzelheiten (Tag, Monat und Jahr) das Geburtsdatum unrichtig anzugeben. Zudem werden nicht wenige Teilnehmer Sorge haben, die Angabe eines unrichtigen konkret angegebenen Geburtsdatums könnte leichter auffallen, als das Ausfüllen eines unzutreffenden Kästchens. Für den Fall der Entdeckung wird der betreffende Teilnehmer, der lediglich ein Feld anzukreuzen hatte, zudem eher annehmen, sich auf ein Versehen herausreden zu können. 47

Soweit der Kläger sich in der mündlichen Verhandlung darauf berufen hat, es könnte für die Belange der Beklagten genügen, wenn der Interessent sein Geburtsjahr oder auch das Geburtsjahr und den Geburtsmonat mitteilt, so ist dem nicht zu folgen: Es verbliebe ein – im 48

ersteren Falle größerer, im zweiten Falle aber auch noch vorhandener – Zeitraum, in dem der Interessent zwar die Bedingungen hinsichtlich seines Alters schon erfüllt, dies aus seinen Angaben aber nicht hervorgeht. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass das BDSG in § 28 Abs. 3 Ziff. 3 lit. g die Angabe des Geburtsjahres unter bestimmten Voraussetzungen ausdrücklich gestattet. Es ist indes nicht zu erkennen, dass die Belange des Verbrauchers in nennenswerter Weise stärker beeinträchtigt werden könnten, wenn an Stelle des Geburtsjahres das vollständige Geburtsdatum anzugeben ist. Das kann insbesondere nicht damit begründet werden, die Daten würden zur Kanalisierung der Übersendung von Werbung genutzt. Denn zur Zuordnung einer Person in eine bestimmte Zielgruppe reicht es aus, das Geburtsjahr des Betreffenden zu kennen, und ist die Kenntnis des vollständigen Geburtsdatums nicht erforderlich.

Aus dem letztgenannten Grunde wäre auch, wollte man in der angegriffenen Klausel einen Verstoß gegen § 28 BDSG sehen, nicht festzustellen, dass damit ein Abweichen von einem "wesentlichen Grundgedanken" der datenschutzrechtlichen Bestimmung im Sinne des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB vorläge. 49

d) 50

Soweit sich der Kläger hilfsweise auf die ursprüngliche Fassung seines Berufungsantrages zu I. 1. bezieht, hat sein Vorbringen ebenfalls keinen Erfolg. 51

Der Hilfsantrag hat folgenden, aus der Anlage K 3 ("Hinweise zum Datenschutz bei HappyDigits") unter der Überschrift *"Umfang der Datenerhebung und Datenverarbeitung persönliche Daten"* ersichtlichen, Text zum Gegenstand: 52

> "[Um sich als Teilnehmer eindeutig zu identifizieren und mit Ihnen kommunizieren zu können (z. B. Zusendung des Kontoauszuges) oder Ihnen Ihre Prämien zusenden zu können, benötigen wir von Ihnen einige persönliche Daten.] Diese werden bei Ihrer Anmeldung abgefragt und umfassen [Name, Vorname, Anschrift und] Geburtsdatum (volljährig?) [...]." 53

Der – in seinem Wortlaut den ursprünglichen Klageantrag zu I 1 schon deutlich erweiternde – Hilfsantrag ist nicht deswegen unzulässig, weil, wie die Beklagte meint, die betreffende Klausel verkürzt wiedergegeben wäre. Von einem Schreibfehler abgesehen (das zweite Wort muss "Sie" und nicht "sich" lauten), hat der Kläger die von ihm als unzulässige AGB angesehene Formulierung bis auf einen hier unbedeutenden Nachsatz im Antrag vollständig und richtig wiedergegeben. 54

Der Hilfsantrag ist aber unbegründet, weil es sich bei dieser Erklärung in den von der Beklagten gegebenen Hinweisen zum Datenschutz nicht um eine AGB-Klausel handelt. Durch die Formulierung wird nicht – wie dies Voraussetzung einer AGB-Klausel ist – eine vorformulierte Vertragsbedingung gestellt. Es handelt sich vielmehr lediglich um eine Erläuterung der in dem Anmeldeformular, das Gegenstand des vorstehend erörterten Hauptantrages ist, zu sehenden AGB-Klausel. Eine solche bloße Erläuterung unterliegt der AGB-Kontrolle nicht. 55

4. Berufungsantrag zu I. 2. 56

a) 57

Auch dieser Antrag ist zulässig. Der Kläger hat in der mündlichen Berufungsverhandlung auf den – der Sache nach berechtigten – Einwand der Beklagten, die ursprüngliche 58

Antragsfassung erfasse den Teil der AGB-Klausel, um deren Verbot es ihm gehe, nicht, seinen Antrag wie oben dargestellt erweitert. Dadurch ist nunmehr der gesamte Text Gegenstand des Antrages, wie er sich unter der Überschrift "Programmdaten" in den aus der Anlage K 3 ersichtlichen "Hinweisen zum Datenschutz bei HappyDigits" ergibt. Die in dieser Neufassung des Klageantrages in zweiter Instanz liegende Klageänderung ist – sinngemäß – aus den Gründen zulässig, die vorstehend für den Berufungsantrag zu I. 1. a) erörtert worden sind.

b) 59

Bei der mit dem Berufungsantrag zu I. 2. in dieser Fassung angegriffenen Formulierung handelt es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung, weil die Beklagte nicht nur ein tatsächliches Tun ankündigt, sondern – und zwar durch diese Formulierung selbst – auf diese Weise vereinbaren will, dass der Kunde mit jener Verfahrensweise einverstanden ist. 60

Der Kläger beanstandet die Klausel mit der Begründung, es stelle einen Verstoß gegen § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG dar, dass die Beklagte sich auf diese Weise von dem einzelnen Kunden das Recht einräumen lasse, die Daten über die "Warengruppe" der von dem Teilnehmer gekauften Waren an die einzelnen an dem System beteiligten Unternehmen weiterzuleiten. Diese Begründung trägt das Begehren nicht: 61

Die Beklagte hat bereits in erster Instanz dargelegt, dass die Angabe der Warengruppen notwendig sei, damit der Kunde nachvollziehen könne, ob und wofür ihm in bestimmter Anzahl die "Digits" gutgeschrieben würden. Dazu sei die Unterteilung in Warengruppen erforderlich, weil in verschiedenen dieser Warengruppen in Einzelfällen Rabattpunkte in unterschiedlicher Höhe gewährt würden. Dem ist der Kläger – wie bereits das Landgericht ausgeführt hat – nicht entgegengetreten. Er trägt im Berufungsverfahren lediglich vor, der Verbraucher erinnere sich an (Klein-) Einkäufe in der Regel nicht mehr. Hilfreich sei daher nicht die Angabe des Verwendungszwecks, wie z. B. "Lebensmittel", sondern die Angabe des Gesamtpreises und des Rabattsatzes. Im Übrigen benötige die Beklagte die Angabe auch für die Bearbeitung eventueller Reklamationen nicht, weil der Kunde schon konkret vortragen werde, worauf sich seine Reklamation erstrecke. 62

Auch unter Berücksichtigung dieses Vorbringens ist davon auszugehen, dass die Erhebung auch der Daten über die "Warengruppen" im Sinne des § 28 Abs.1 Nr. 1 BDSG erforderlich ist. Die Ausführungen der Beklagten belegen, dass unter Verwendung der "Warengruppen", für die teilweise unterschiedliche Rabattsätze gewährt werden, für den einzelnen Kunden besonders deutlich nachvollziehbar gemacht wird, ob und in welchem Umfang ihm die Digitspunkte, die ihm zustehen, auch tatsächlich gutgeschrieben worden sind. Bei einer Anzahl von Käufen etwa am selben Tage bei verschiedenen Unternehmen oder auch in verschiedenen Abteilungen eines Kaufhauses kann der Kunde seine "Punkteabrechnung" ohne Zuordnung wenigstens der Warengruppe wesentlich schlechter erkennen. 63

Der Senat verkennt nicht, dass die Zuordnung zu den "Warengruppen" es den beteiligten Unternehmen erleichtert oder auch erst ermöglicht, Werbematerial gezielt an diejenigen Teilnehmer zu versenden, die in der betreffenden Warengruppe bereits Käufe getätigt haben. Angesichts der dafür bestehenden Gründe muss das hingenommen werden. 64

Ein Abweichen von der gesetzlichen Regelung des § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG i. V. m. § 3 a BDSG, wonach grundsätzlich keine oder so wenig wie möglich personenbezogene Daten erhoben, verarbeitet oder genutzt werden sollen, ist danach nicht zu erkennen, weswegen der Kläger auch diese Klausel zu Unrecht beanstandet. 65

5. Berufungsantrag zu I. 3. 66

Bezüglich dieser Klausel hat die Berufung Erfolg. Die Klage ist insoweit zulässig und begründet. 67

a) 68

Der Kläger hat bereits in der Berufungsbegründung den Klageantrag um den Satz *"Sind Sie nicht einverstanden, streichen Sie die Klausel"* erweitert und in der Berufungsverhandlung die – in den obigen Tenor eingeblendete – konkrete Verletzungsform in den Antrag einbezogen. In dieser Fassung genügt der Antrag den Zulässigkeitsanforderungen der § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO sowie § 8 Abs. 1 Ziff. 1 UKlaG. 69

Die in der Antragsneufassung liegende – zweimalige – Klageänderung ist aus den zu dem Berufungsantrag zu I. 1. a) dargelegten Gründen zulässig, nachdem ein richterlicher Hinweis auf die gebotene Antragsneufassung zuvor nicht erfolgt war. 70

b) 71

Durch die Klausel wird das Einverständnis des Teilnehmers damit festgeschrieben, dass die von der Beklagten erhobenen persönlichen Daten von der Beklagten und ihren Partnerunternehmen gespeichert, verarbeitet und insbesondere zu Beratungs- und Informationszwecken, also der Übersendung von Werbung, genutzt werden dürfe. Der Teilnehmer erhält das Recht eingeräumt, durch Streichung dieser Klausel sein Einverständnis hiermit zu verweigern (sog. "Opt-Out-Regelung"). Der Kläger beanstandet dies mit der Begründung, angemessen wäre eine "Opt-In-Regelung", wonach ein Einverständnis durch den Verbraucher nur durch dessen aktives Tun, also z. B. das Ankreuzen eines entsprechenden Kästchens, erklärt werden könne. Diese Auffassung trifft zu. Die angegriffene Regelung stellt eine unangemessene Benachteiligung der Teilnehmer im Sinne des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB dar. 72

Entgegen der Auffassung des Klägers ergibt sich das allerdings nicht daraus, dass von Vorschriften des BDSG abgewichen würde. Insbesondere liegt ein Verstoß gegen § 4 a BDSG nicht vor. Nach dessen Abs. 1 S. 3 bedarf die Einwilligung grundsätzlich der Schriftform. Nach Satz 4 ist die Einwilligung in den Fällen, in denen sie "zusammen mit anderen Erklärungen schriftlich erteilt werden soll", besonders hervorzuheben. Eine Festlegung darauf, dass der Text einer Einwilligungserklärung nicht vollständig vorformuliert sein dürfe, sondern immer (zumindest) ein Ankreuzen erforderlich mache, lässt sich aus diesem Gesetzeswortlaut nicht herleiten. Auch in der einschlägigen Kommentierung finden sich derartige Anforderungen nicht. Die Erklärung ist auch im Sinne der Bestimmung "besonders hervorgehoben". So deutet schon der hervorgehobene Text in der Balkenüberschrift *"Ja, ich will immer aktuell informiert sein und eine Reise in die Sonne gewinnen"* deutlich auf das Einverständnis mit der Übersendung von Werbung hin. Erst Recht gilt dies im Hinblick auf die fettgedruckte weitere Überschrift *"Einwilligung in Beratung, Information (Werbung) und Marketing"*, mit der die insgesamt durch eine Umrahmung zusammengefasste AGB-Klausel eingeleitet wird. 73

Ist damit der Beispielsfall des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht erfüllt, so liegt gleichwohl eine AGB-Bestimmung vor, die den Vertragspartner der Beklagten entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt und deswegen gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam ist. Das Abverlangen der Streichung der Klausel stellt sich unter der gebotenen Berücksichtigung der Gesamtumstände als unangemessene Benachteiligung der Teilnehmer 74

dar.

Im Ausgangspunkt mag der Beklagten zu konzedieren sein, dass eine "Opt-Out" – Lösung den Belangen des Verbrauchers genügen kann. Das gilt jedoch für die das streitgegenständliche Rabatt- und Kundenbindungssystem betreffende Klausel nicht. Der durchschnittlich aufgeklärte, situationsbedingt aufmerksame Verbraucher wird diese zwar wahrnehmen und die ihm eingeräumte Wahlmöglichkeit auch erkennen. Er wird von ihr aber nicht in einem Umfang Gebrauch machen, wie es seinen Belangen entspricht. Die Beklagte bietet den Teilnehmern (nahezu) ohne jegliche Gegenleistung finanzielle Vergünstigungen in der Form des ausgelobten nicht geringen Rabattes an. Der Kunde wird aus diesem Grunde grundsätzlich geneigt sein, an dem System teilzunehmen. Im Hinblick auf die Attraktivität des Angebotes wird er die vorgegebene Option des Einverständnisses mit der Übersendung von Werbung eher akzeptieren und bereit sein, sich das Einverständnis, das er sonst nicht erteilen würde, mit den angebotenen ökonomischen Vorteilen "abkaufen" zu lassen. Demgegenüber würde eine "Opt-In" Regelung den Kunden in dieser Situation eher davon abhalten, letztlich gegen seinen Willen sein Einverständnis mit dem Erhalt von Werbung zu erklären. Denn die Notwendigkeit, hierfür eine ausdrückliche Erklärung abzugeben, wird ihn eher veranlassen, dies nicht zu tun. Für den im vorliegenden Verfahren allein zu beurteilenden Einzelfall wäre aus diesen Gründen nur eine "Opt-In" Regelung angemessen. Die beanstandete Klausel stellt daher, weil sie eine "Opt-Out" Regelung vorsieht, eine im Sinne des § 307 Abs.1 S. 1 BGB unangemessene Benachteiligung der Teilnehmer dar. 75

Die Beklagte hat in der mündlichen Verhandlung allerdings ausdrücklich bestritten, dass sich bei einem "Opt-In" Verfahren deutlich weniger Interessenten für die Übersendung von Werbung entscheiden würden, als nach der von ihr praktizierten "Opt-Out" Methode. Die Lebenserfahrung spricht jedoch dafür, dass eine – wie hier – potenzielle Belästigungen nach sich ziehende Einwilligung seltener erteilt wird, wenn sie einer individuellen Unterschrift bedarf, als wenn sie in einem vorbereiteten Text enthalten ist und durch eigene redaktionelle Bearbeitung entfernt werden muss. 76

Die Beklagte hat weiter vorgetragen, der Kunde wisse, dass er in das System eingebunden werde und dieses auch Werbezwecken diene. Das mag zutreffen. Indes ist auch ein Kunde, dem diese Einzelheiten bewusst sind, der besonderen Verlockung ausgesetzt, die von dem Rabattangebot ausgeht und die Unangemessenheit der Regelung begründet. 77

Dass der Kunde das Recht hat, eine einmal erteilte Einwilligung später zu widerrufen, macht die Regelung ebenfalls nicht zu einer im Sinne des § 307 Abs.1 S.1 BGB nicht unangemessenen. Das Recht des Widerrufes wird unter der Herrschaft des Trägheitsprinzips angesichts des damit verbundenen Aufwandes von einem relevanten teil der Verbraucher nicht wahrgenommen werden. Überdies wird allenfalls die bereits erfolgte und als lästig empfundene Übersendung von Werbung für einzelne Teilnehmer Anlass sein, von ihrem Widerrufsrecht Gebrauch zu machen. Diese sind indes durch die bis dahin erhaltene Werbung bereits unangemessen beeinträchtigt worden. 78

6. Klageantrag zu I. 4. 79

Mit dem Antrag zu I. 4. beanstandet der Kläger folgende Formulierung aus dem als Anlage K 11 zu den Akten gereichten Anmeldeformular: 80

> "Die Teilnahme an HappyDigits erfolgt auf Grundlage der Allgemeinen Teilnahmebedingungen, die Sie mit ihrer Karte erhalten und die Sie dann mit Ihrer ersten Aktivität, z. B. Sammeln, anerkennen". 81

Die Klage ist insoweit zulässig, aber unbegründet. 82

a) 83

Entgegen den Zweifeln der Beklagten erfüllt der Antrag die Zulässigkeitsanforderungen des § 8 Abs. 1 Nr. 1 UKlaG. Deren Auffassung, der Text sei aus dem Gesamtzusammenhang einer Klausel herausgerissen, trifft nicht zu. Die angegriffene Formulierung stellt eine eigenständige Regelung dar, die ungeachtet des Umstandes, dass sie in einen weiteren Text des Anmeldeformulars eingebettet ist, eigenständig angegriffen werden kann. 84

b) 85

Die Klagebefugnis des Klägers aus §§ 1, 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 4 Abs. 1 UKlaG erstreckt sich auch auf den streitgegenständlichen Antrag. 86

Es trifft allerdings im Ausgangspunkt zu, dass im Rahmen des abstrakten Normenkontrollverfahrens nach dem Unterlassungsklagengesetz, wie es Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreites ist, nur die inhaltliche (Un-) Wirksamkeit einer Geschäftsbedingung, nicht aber die Frage überprüft werden kann, ob diese wirksam Bestandteil eines konkreten Individualvertrages geworden ist. Das belegt schon der Wortlaut des § 1 UKlaG, in dem von einer Unwirksamkeit "nach den §§ 307 – 309 BGB" die Rede ist, da die Einbeziehung von AGB nicht in jenen Bestimmungen, sondern in § 305 Abs. 2 BGB geregelt ist. Es ist aber anerkannt, dass gleichwohl auch solche AGB-Klauseln dem Kontrollverfahren nach dem UKlaG unterliegen, die die Einbeziehung von AGB generell abweichend von den gesetzlichen Bestimmungen regeln wollen (vgl. z. B. Ulmer, a. a. O. § 1 UKlaG Rz. 9). Um einen derartigen Fall handelt es sich hier. Der Kläger meint, die Beklagte weiche mit der angegriffenen Norm von der Bestimmung des § 305 Abs. 2 BGB über die Einbeziehungsvoraussetzungen in zu beanstandender Weise ab. 87

c) 88

Auch dieser mithin zulässige Antrag ist indes unbegründet. 89

Die Beklagte weicht mit der beanstandeten Formulierung entgegen der Auffassung des Klägers nicht im Sinne des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung des § 305 Abs. 2 BGB ab. 90

Gemäß § 305 Abs. 2 BGB werden AGB u. a. nur dann Bestandteil eines Vertrages, wenn der Verwender bei Vertragsschluss die andere Vertragspartei "ausdrücklich... auf sie hinweist" (Nr. 1). Dazu ist anerkannt, dass dieser ausdrückliche Hinweis auch in den AGB selbst enthalten sein kann. Er muss dabei aber wegen der gesetzlich geforderten Ausdrücklichkeit so angeordnet und gestaltet sein, dass er von einem Durchschnittskunden nicht übersehen werden kann (BGH NJW-RR 87, 113; Palandt-Heinrichs, a. a. O. § 305 Rz. 29). Diese Voraussetzung ist erfüllt. Der durchschnittlich aufmerksame Verbraucher erkennt bei dem aus der Anlage K 11 ersichtlichen Anmeldeformular, das alleiniger Gegenstand des Klageantrages zu I. 4. ist, anhand der hierfür typischerweise verwendeten Schriftgröße und des Drucksatzes Allgemeine Geschäftsbedingungen. Die streitgegenständliche Passage findet sich nahezu unmittelbar über dem Feld, in dem er den Antrag zu unterzeichnen hat. 91

Es kommt hinzu, dass die bloße Kenntnisnahme der angegriffenen Passage selbst die Einbeziehung der AGB gar nicht bewirken soll. Es wird dort nämlich lediglich angekündigt, dass der Kunde die Allgemeinen Teilnahmebedingungen (erst) mit seiner Karte – also 92

zukünftig – erhalten werde und dann mit seiner ersten Aktivität, z. B. dem Punktesammeln, anerkenne. Die Einbeziehung der AGB soll nach diesem eindeutigen Wortlaut mithin nicht schon durch die angegriffene Passage, sondern erst künftig, nämlich mit dem Beginn der Teilnahme an dem System, Vertragsbestandteil werden. Durch diese bloße Ankündigung des Weges, auf welche Weise die AGB Vertragsbestandteil werden sollen, weicht die Beklagte ersichtlich nicht von der gesetzlichen Regelung des § 305 Abs. 2 BGB über die Frage der Einbeziehungsvoraussetzungen ab.

7. Klageantrag zu II. 93

Der mit dem Berufungsantrag zu II. geltend gemachte Zahlungsanspruch ist in Höhe von 50,00 € nebst Zinsen in Höhe von 4 % seit dem Tag der Zustellung der Klageschrift am 26.08.2005 aus §§ 5 UKlaG, 12 Abs. 1 S. 2 UWG, 291, 288 Abs. 1 S. 2 BGB begründet. 94

Die Abmahnung des Klägers vom 04.02.2005, mit der die vier Klauseln, die Gegenstand des Unterlassungsantrages zu I. sind, angegriffen worden sind, war – wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt – (nur) bezüglich der Beanstandung der Regelung über die Einwilligung in die Datennutzung ("Opt-Out"-Verfahren) begründet. Dementsprechend steht dem Kläger ¼ des der Höhe nach nicht zu beanstandenden Betrages von 200,00 €, also der Betrag von 50,00 €, nebst Prozesszinsen zu. 95

8. Aussetzung 96

Der Anregung des Klägers, das vorliegende Verfahren gem. § 148 ZPO im Hinblick auf das Revisionsverfahren VIII ZR 348/06 des BGH auszusetzen, ist nicht zu folgen. Die Entscheidung im vorliegenden Verfahren hängt nicht im Sinne des § 148 ZPO von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses ab, das den Gegenstand jenes Revisionsverfahrens bildet. Der Antrag zu I. 4. findet in jenem Verfahren keine Entsprechung. Die die Datenübermittlung betreffende Klausel (Antrag zu I. 2.) ist in beiden Fällen zwar in gewisser Weise ähnlich, aber nicht identisch. Das gilt auch für die Ausgestaltung der Möglichkeit, die Übersendung von Werbung auszuschließen. Dementsprechend hat im Übrigen der Kläger selbst sich noch in erster Instanz gegen eine Aussetzung im Hinblick auf jenes, damals noch vor dem OLG München anhängigen, Verfahren ausgesprochen. 97

III. 98

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs.1 ZPO. 99

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr.10, 711 ZPO. 100

Wegen der grundsätzlichen Bedeutung und der teilweise abweichenden Auffassung des OLG München in dem Urteil vom 28.9.2006 (29 U 2769/06) ist bezüglich der Entscheidung über die Berufungsanträge zu I 1 – 3 die Revision zuzulassen. Im übrigen liegen die Voraussetzungen des § 543 ZPO für eine Zulassung der Revision nicht vor. 101

Streitwert für das Berufungsverfahren: 10.000 €. 102

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE