



OBERLANDESGERICHT KÖLN

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

Aktenzeichen: 6 U 95/07

Entscheidung 23. November 2007

In dem Rechtsstreit

...

gegen

...

hat der 6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln auf die mündliche Verhandlung vom 31. Oktober 2007 ... für Recht erkannt:

I. Die Berufung der Beklagten gegen das am 07.03.2007 verkündete Urteil der 26. Zivilkammer des Landgerichts Köln (Az.: 26 O 77/05) wird zurückgewiesen.

II. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte.

III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte kann jedoch die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Die Sicherheitsleistung beträgt hinsichtlich der Unterlassungsverpflichtung 250.000 ? und hinsichtlich der Kostenerstattung 110% des zu vollstreckenden Betrages.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Entscheidungsgründe:

I.

Der Kläger ist der bundesweit tätige Dachverband der Verbraucherzentralen der Bundesländer und weiterer 21 verbraucher- und sozialorientierter Organisationen in Deutschland. Die Beklagte betreibt ein Mobilfunknetz und bietet bundesweit Telekommunikationsdienstleistungen an.

Der Kläger hat die Beklagte auf Unterlassung der Verwendung einer in ihren Antragsformularen enthaltenen Bestimmung betreffend die Einwilligungserklärung des Kunden in die Verwendung seiner Bestandsdaten in Anspruch genommen.

Er hat hierbei unter anderem die Auffassung vertreten, dass die Klausel, welche der Klageantrag wörtlich, aber ohne Bezugnahme auf ihre konkrete Aufmachung in dem Original-Formular der Beklagten wiedergibt, den Kunden im Hinblick auf die Regelungen des § 4 a BDSG bzw. auf die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zu Telefonwerbung i.S. des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG unangemessen benachteilige.

Mit Urteil vom 07.03.2007, auf das hinsichtlich der tatsächlichen Feststellungen und der Wiedergabe der Parteienträge gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ergänzend Bezug genommen wird, hat die Kammer die Beklagte antragsgemäß verurteilt und zur Begründung ausgeführt, dass die angefochtene Klausel einer Inhaltskontrolle im Lichte des § 4 a BDSG nicht standhalte.

Gegen diese Beurteilung wendet sich die Beklagte mit ihrem Rechtsmittel.

Der Kläger verteidigt das Urteil unter Aufrechterhaltung seines erstinstanzlichen Rechtsstandpunktes.

II.

Die Berufung ist zulässig. In der Sache bleibt ihr der Erfolg versagt. Im Ergebnis zutreffend hat das Landgericht die Beklagte verurteilt, die Einbeziehung oder Benutzung der angegriffenen oder einer inhaltsgleichen Klausel zu unterlassen. Die Vertragsbestimmung

"Ich bin damit einverstanden, dass meine Vertragsdaten von den Unternehmen XY zur Kundenberatung, Werbung, Marktforschung und bedarfsgerechten Gestaltung der von mir genutzten Dienstleistungen verwendet werden. (Meine Vertragsdaten sind die zur gegenseitigen Vertragserfüllung [Vertragsabschluss, -änderung, -beendigung; Abrechnung von Entgelten] erforderlichen und freiwillig angegebenen Daten [ggf. ganzen Absatz streichen, s. a. Hinweise zum Datenschutz in den angehefteten Allgemeinen Geschäftsbedingungen für den Mobilfunk-Dienst XY])"

benachteiligt die Vertragspartner (soweit es sich nach Maßgabe der nachstehend zu Ziffer 1 erfolgten Klarstellung um Verbraucher im Sinne des § 13 BGB handelt) der Beklagten unangemessen i.S. des § 307 Abs. 1 BGB, weil sie die Möglichkeit einer telefonischen Werbung nicht von der Einverständniserklärung ausnimmt.

1.

Der Kläger ist eine i.S. der § 3 Abs. 1 Nr. 1, § 4 UKlaG qualifizierte Einrichtung.

Soweit er neben sonstigen und hier nicht relevanten Gesichtspunkten beanstandet, dass die angegriffene Klausel einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB nicht standhalte, weil sie wesentlichen Grundgedanken des Rechts, nämlich den Regelungen in § 4 a BDSG bzw. den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen zu i.S. des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG zulässiger Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern, widerspreche, hat das Landgericht zu Recht seine Klagebefugnis und Aktivlegitimation für den auf § 1 UKlaG gestützten Unterlassungsanspruch angenommen.

Der Senat macht sich die auch in Ansehung des Berufungsvorbringens zutreffenden und der Rechtsprechung

des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH NJW 2003, 1237, 1240, 1241) Rechnung tragenden Ausführungen der Kammer zu eigen.

Die Befugnis des Klägers als eines Verbraucherverbandes zur Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs aus § 1 UKlaG ist allerdings auf Fälle beschränkt, in denen die Beklagte die angegriffene Klausel gegenüber Verbrauchern im Sinne des § 13 BGB benutzt. Soweit ein Gebrauch gegenüber Unternehmern im Sinne des § 14 BGB erfolgt, ermangelt es demgegenüber der Prozessführungsbefugnis eines Verbraucherverbandes, § 3 Abs. 2 UKlaG.

In einem Fall wie dem vorliegenden, in welchem die Klausel ausweislich des Antragsformulars gleichermaßen in Mobilfunkverträge mit Verbrauchern und mit Unternehmern einbezogen wird, ist die Klagebefugnis des Verbandes auf die Geltendmachung einer Unwirksamkeit nur in Verbraucherverträgen beschränkt (vgl. Palandt-Bassenge, BGB, 66. Aufl., § 4 UKlaG Rn. 14; Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 10. Aufl., § 3 UKlaG Rn. 10).

Die hieraus folgende Beschränkung hat in der Präambel der der Abmahnung des Klägers vom 16.12.2004 (Anlage K 4, GA 17) beigefügten vorformulierten Unterlassungsverpflichtungserklärung (vgl. Anlage K 5, GA 20: "...ausgenommen gegenüber einer Person, die in ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt (Unternehmer)...") ordnungsgemäß Berücksichtigung gefunden. Ebenso sind die Klagebegründung und der weitere schriftsätzliche Vortrag beider Parteien auf eine Benutzung der Klausel gegenüber Verbrauchern zugeschnitten. Da die entsprechende Einschränkung allerdings ? nur ? nicht in den Unterlassungsantrag und auch nicht in den Tenor des landgerichtlichen Urteils Eingang gefunden hat, stellt der Senat ausdrücklich klar, dass Gegenstand des titulierten Verbots ausschließlich eine Einbeziehung und Verwendung der fraglichen Klausel gegenüber Verbrauchern im Sinne des § 13 BGB ist.

2.

Bei der angegriffenen Klausel handelt es sich um eine der Inhaltskontrolle zugängliche allgemeine Geschäftsbedingung i.S. des § 305 Abs. 1 BGB, auch wenn die Regelung eine im Zusammenhang mit einem Vertragsverhältnis stehende vorformulierte einseitige rechtsgeschäftliche Erklärung des Kunden betrifft (vgl. BGH GRUR 2000, 818, 819 ? Telefonwerbung VI).

3.

Das Landgericht hat sich im Ausgangspunkt der Auffassung des OLG München in dessen Urteil vom 28.09.2006 ? 29 U 2769/06 ? (MMR 2007, 47, 48) angeschlossen, dass die nach § 95 Abs. 2 TKG, § 4 a BDSG vorgesehene Einwilligungserklärung des Kunden in die Verwendung seiner Bestandsdaten auch in Form einer sogenannten ?Opt-Out?-Klausel erteilt werden könne, d.h. einer Klausel, welche auf den Verzicht einer aktiven Zustimmung ausgelegt ist und bei der nur die Nicht-Zustimmung ein Tun wie etwa Ankreuzen oder Streichen der Textpassage voraussetzt.

Einer Entscheidung des Senats in dieser Frage bedarf es indes nicht. Ebenso kann offen bleiben, ob die ? in dieser konkreten Form zwar nicht angegriffene, wohl aber nur solcherart von der Beklagten benutzte ? Klausel nach ihrer äußeren Aufmachung, wie sie aus dem Originalformular gemäß der Anlage B 1 (GA 38) der Beklagten hervorgeht, überhaupt als ?Opt-Out?-Klausel angelegt ist.

Zweifel hieran bestehen nach Auffassung des Senats deshalb, weil sich der Schriftformvorgabe des § 4 a Abs. 1 Satz 3 BDSG folgend an den Klauseltext unmittelbar eine ? durch eine farbige Umrandung hervorgehobene ? Zeile anschließt, welche das Einsetzen von Datum und Unterschrift des Kunden voraussetzt.

Auch in Anbetracht des Umstands, dass sich dieses Unterschriftenfeld, wie nach näherer Maßgabe des § 4 a Abs. 1 Satz 4 BDSG grundsätzlich zulässig, zugleich auf sonstige, der angegriffenen Klausel vorangestellte Erklärungen bezieht, dürfte die vorhandene Kombination - einerseits besteht die Notwendigkeit einer Unterschrift bei Zustimmung und damit aktivem Handeln i.S. herkömmlicher ?Opt-In?-Klauseln, andererseits wird im Fall der fehlenden Zustimmung die Möglichkeit eröffnet, eine Textpassage zu streichen - keine reine

?opt-out?-Klausel darstellen.

4.

Diese Bedenken können aber letztlich dahinstehen, und es kommt auch nicht darauf an, ob die fragliche Klausel unter sonstigen Gesichtspunkten einer Inhaltskontrolle im Lichte des § 4 a Abs. 1 BDSG standhält.

Sie führt nämlich bereits deshalb zu einer unangemessenen Benachteiligung des Verbrauchers, weil sie auch dessen Einverständnis zu telefonischer Werbung umfasst und hierbei den von der Rechtsprechung insbesondere zu § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG entwickelten Kriterien nicht genügt.

a) Nach § 4 a Abs. 1 Satz 2 BDSG ist der Betroffene "auf den vorgesehenen Zweck" der Datenverwendung hinzuweisen. Die angegriffene Klausel gibt insoweit den Gesetzestext des § 95 Abs. 2 TKG wieder, indem pauschal auf eine Verwertung unter anderem "zur Werbung" verwiesen wird.

Der Oberbegriff der "Werbung" erfasst indes alle denkbaren Formen und Medien und also auch Verlautbarungsmöglichkeiten einer werblichen Äußerung, d.h., soweit im Streitfall von Interesse, nicht nur eine solche via Post oder E-Mail oder auch SMS, sondern gerade auch eine solche über Telefonanrufe "eine um so naheliegendere Möglichkeit im Hinblick auf die Verwendung der Klausel in einem Antragsformular für einen Mobilfunkvertrag.

Anzumerken ist, dass auch die ausführlicheren "Hinweise zum Datenschutz in dem Mobilfunk-Dienst XY" (Anlagenkonvolut B 1, GA 40) der Beklagten, die dem Antragsformular beigelegt werden, keinen entsprechenden Ausschluss enthalten.

Im Hinblick auf die im Verbandsprozess zugrunde zu legende kundenfeindlichste Auslegung (st.Rspr. des BGH, vgl. etwa BGH Urt. v. 21.09.2005 - VIII ZR 38/05 "NJW-RR 2005, 1717") kommt es nicht darauf an, ob die Beklagte aus der Klausel ein Einverständnis auch zur Telefonwerbung tatsächlich herleitet oder ob es einzelne Verbraucher gibt, die unter "Werbung" ungeachtet der objektiven Begriffsdeutung nicht zugleich auch "telefonische Werbung" verstehen.

b) Telefonische Werbung gegenüber Verbrauchern ist nach §§ 3, 7 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 UWG nur zulässig im wettbewerbsrechtlichen Sinne, wenn sie in diese eingewilligt haben.

Nach der Rechtsprechung des 4. Zivilsenates (vgl. BGHZ 141, 137, 149 = NJW 1999, 2279) sowie des 11. Zivilsenates des Bundesgerichtshofs (vgl. BGHZ 141, 124, 128 = NJW 1999, 1864) schließt der vorrangige Schutz der Privatsphäre des angerufenen Verbrauchers wegen der mit Werbeanrufen verbundenen massiven Beeinträchtigungen eine vorformulierte Einwilligung in die Telefonwerbung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen generell aus.

Ob dieser Auffassung uneingeschränkt zuzustimmen ist oder ob nicht der Auffassung der Vorzug gebührt, dass nur diejenige vorformulierte Einverständniserklärung zu einer unangemessenen Benachteiligung führt, die über die Belange des bereits bestehenden bzw. des konkret anzubahnenden Vertrages hinausgehende Telefonwerbung umfasst (vgl. BGH a.a.O. "Telefonwerbung VI"; ebenso Hefermehl/Bornkamm/Köhler, Wettbewerbsrecht, 25. Aufl. § 7 Rn. 47), kann offen bleiben.

Die angegriffene Klausel hält nämlich auch unter Ansatz der letztgenannten Rechtsauffassung einer Inhaltskontrolle nicht stand:

Das Einverständnis des Kunden soll sich zwar auf die "bedarfsgerechte Gestaltung der von mir genutzten Dienstleistungen" erstrecken, womit vordergründig ein Bezug zu dem Vertragszweck hergestellt wird.

Zugleich beansprucht das Einverständnis ausweislich Satz 1 der Klausel aber Geltung für sämtliche "Unternehmen des Konzerns XY" und also nicht nur für die Beklagte als konzernzugehörige Tochtergesellschaft, sondern auch für die weiteren Unternehmen, deren Geschäftsgegenstand keine

Berührung zu der einschlägigen Dienstleistung ?Mobilfunkvertrag? aufweist.

Auch insoweit ist im Übrigen, ohne dass es hierauf entscheidend ankäme, wiederum dem Merkblatt "Hinweise zum Datenschutz in dem Mobilfunk-Dienst XY", dort unter "Vertragsdaten" im letzten Absatz, eindeutig zu entnehmen, dass der Kunde sich mit "allgemeiner Kundenberatung" durch die Konzerngesellschaften einverstanden erklärt, d.h. also dass (Telefon-)Werbung auch zu anderen als unmittelbaren Vertragszwecken erfolgen kann.

Die Formulklausel geht deshalb über eine allenfalls zulässige Einwilligung des Verbrauchers in Telefonwerbung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen hinaus und ist wegen der hiermit verbundenen unangemessenen Benachteiligung unwirksam.

5.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs.1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO.

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO liegen nicht vor, nachdem die berührten rechtlichen Probleme insbesondere zur Frage der Zulässigkeit einer Einwilligung des Verbrauchers in Telefonwerbung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen mit den zitierten höchstrichterlichen Entscheidungen eine Klärung gefunden haben.

(Unterschriften)