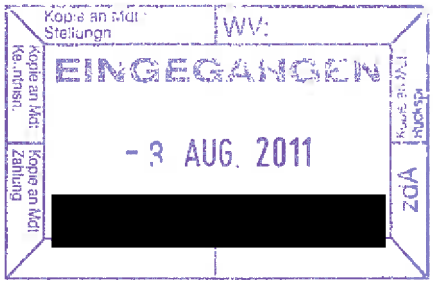
Abschrift A 8608-16

OBERLANDESGERICHT MÜNCHEN

Aktenzeichen: **6 U 4039/10**
21 O 23548/09 Landgericht München I

Verkündet am 21.07.2011
Die Urkundsbeamtin:

[redacted]
Justizangestellte



IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., vertreten durch den Vorstand Gerd Billen, Markgrafenstraße 66, 10969 Berlin

- Kläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigter:
Rechtsanwalt [redacted]

gegen

Sky Deutschland Fernsehen GmbH & Co. KG, vertreten durch die persönlich haftende Gesellschafterin Sky Deutschland Verwaltungs GmbH, diese vertreten durch die Geschäftsführer [redacted], Medienallee 4, 85774 Unterföhring

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte [redacted]

hat der 6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht [redacted] sowie die Richter am Oberlandesgericht [redacted] und [redacted] auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 05.05.2011

für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts München I vom 09.07.2010, Az.: 21 O 23548/09, dahingehend abgeändert, dass es in Ziffern I. bis III. nunmehr lautet wie folgt:

„I. Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu € 250.000,-, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, die Ordnungshaft zu vollziehen an den Geschäftsführern der persönlich haftenden Gesellschafterin, zu unterlassen, nachfolgende oder mit diesen inhaltsgleiche Bestimmungen in Verträge über Leistungen des Bezahlfernsehens mit Verbrauchern bei Bestellung über die Internetseite mit der Adresse

https://www.sky.de/web/abo/siebel/selling/boundary/aboAdressRH.do

einzubeziehen sowie sich auf die Bestimmungen bei der Ansprache des Verbrauchers zu werblichen Zwecken zu berufen:

☐ Von den AGB von Sky, von Kabel Deutschland sowie der Widerrufsbelehrung und der datenschutzrechtlichen Einwilligungserklärung habe ich Kenntnis genommen und bestätige dies mit Absendung dieses Formulars.

in Verbindung mit der vorformulierten Regelung:

Der Abonnent willigt mit Abschluss dieses Abonnementvertrages ein, dass Sky die angegebenen personenbezogenen Daten auch zu Marketingzwecken für eigene Produktangebote per Telefon, SMS, E-Mail und Post sowie zur Marktforschung nutzen darf.

II. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger € 200,- nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 19.12.2009 zu zahlen.

III. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen."

2. Die Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen werden gegeneinander aufgehoben.

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

I.

Der Kläger, der bundesweit tätige Dachverband der 16 Verbraucherzentralen der Bundesländer, geht gegen die Beklagte, die auf dem Markt – vormals (bis einschließlich 03.07.2009) unter dem Namen „Premiere" firmierend – Leistungen des Bezahlfernsehens anbietet, wegen der Verwendung von vermeintlich rechtswidrigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen in ihrem Internetauftritt unter der Adresse www.sky.de vor. Über diese Internetseite lässt sich das kostenpflichtige Fernsehangebot der Beklagten erwerben, dem Verbraucher wird die Möglichkeit eingeräumt, die Leistungen der Beklagten online zu bestellen.

Zur Durchführung des Bestellvorgangs unter Verwendung der vom Kläger angegriffenen, nachfolgend unter Ziffern I.1. und I.2. des landgerichtlichen Urteils wiedergegebenen Klauseln der Beklagten wird auf die Ausführungen im Tatbestand des Ersturteils (LGU S.5/7) Bezug genommen sowie auf die als Anlagenkonvolut K 1 vorgelegten Internetseiten verwiesen.

Im Zusammenhang mit ihrer Umfirmierung von „Premiere" zu „Sky" hat die Beklagte das als Anlage K 2 vorgelegte Schreiben vom 25.06.2009 an ihre Abonnenten versandt. Die darin im vorletzten Absatz enthaltene Klausel, hinsichtlich deren Inhalts auf die nachfolgend dargestellte Ziffer I.3. des Ersturteils verwiesen wird, hält der Kläger ebenfalls für AGB-rechtswidrig.

Das Landgericht hat am 09.07.2010 im Sinne des Klägers antragsgemäß folgendes Urteil verkündet:

I. Die Beklagte wird verurteilt, es [bei Meidung der gesetzlich vorgesehenen Ordnungsmittel] zu unterlassen, nachfolgende oder mit diesen inhaltsgleiche Bestimmungen in Verträge über Leistungen des Bezahlfernsehens mit Verbrauchern bei Bestellung über die Internetseite mit der Adresse

https://www.sky.de/web/abo/siebel/selling/boundary/aboAdressRH.do

einzubeziehen sowie sich auf die Bestimmungen bei der Ansprache des Verbrauchers zu werblichen Zwecken zu berufen:

1. ☐ Von (den AGB, von Sky, von Kabel Deutschland sowie der Widerrufsbelehrung und) der datenschutzrechtlichen Einwilligungserklärung habe ich Kenntnis genommen und bestätige dies mit Absendung dieses Formulars.

in Verbindung mit der vorformulierten Regelung:

2. Mit Abschluss Ihres Abonnementvertrages willigen Sie ein, dass Sky Ihre angegebenen personenbezogenen Daten auch zu Marketingzwecken für eigene Produktangebote per Telefon, SMS, E-Mail und Post sowie zur Marktforschung nutzen darf.

Durch Versenden von Schreiben wie das als Anlage K 2 beigefügte:

3. Mit der Buchung eines Angebotes willigen Sie zudem ein, dass Premiere (ab dem 04.07.2009 Sky Deutschland) Ihre angegebenen personenbezogenen Daten auch zu Marketingzwecken für eigene Produktangebote per Telefon, SMS, E-Mail und Post sowie zur Marktforschung nutzen darf.

II. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger € 200,00 nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 19.12.2009 zu zahlen.

III. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

IV. [Vorläufige Vollstreckbarkeit]

Zur Begründung ist im Ersturteil ausgeführt: Die in Ziffern I.1. in Kombination mit Ziffern I.2. des Tenors von der Beklagten auf ihrer Internetseite verwendete Klausel verstoße gegen § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG und führe zu einer unangemessenen Benachteiligung des Vertragspartners im Sinne von § 307 Abs. 1 BGB. Einwilligungsklauseln, die so gestaltet sind, dass der Kunde mit seiner Erklärung betreffend die Zusendung von Werbeunterlagen mittels elektronischer Post durch Ankreuzen eines gemeinsamen Kästchens weitere Erklärungen abgibt, stünden mit § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG nicht in Einklang. Diese Vorschrift verlange, dass die Einwilligung mittels einer gesonderten Erklärung erteilt werde (sog. gesonderte Opt-In-Erklärung). Dies folge zwar nicht aus dem Wortlaut des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG, jedoch aus der richtlinienkonformen Ausle-

gung des Einwilligungsbegriffs in der Richtlinie 2002/58/EG. Die dort verwendete Formulierung „spezifische Angabe" zeige auf, dass aus datenschutzrechtlichen Gründen die Einwilligung in die Zusendung von Werbung mittels elektronischer Post durch eine gesonderte Erklärung zu erfolgen habe. Dem trage die verfahrensgegenständliche Klausel nicht Rechnung, da diese neben der Einwilligung in die Zusendung von Werbung zugleich Hinweise zur Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten und Hinweise auf die Widerrufsbelehrung enthalte. Dem könne nicht entgegengehalten werden, dass eine gesonderte Erklärung nicht erforderlich sei, wenn die Einwilligung in elektronischer Form erteilt werde. Eine Unterscheidung zwischen schriftlicher und elektronischer Einwilligungserklärung finde in der Datenschutzrichtlinie keine Grundlage.

Die vom Kläger angegriffene, von der Beklagten im Zusammenhang mit der Versendung des Anschreibens an ihre Abonnenten aus Anlass der Umfirmierung ihres Unternehmens in Sky Deutschland Fernsehen GmbH & Co. KG gemäß Anlage K 2 verwendete Klausel gemäß Ziffern I.3. des Urteilstenors benachteilige die Kunden der Beklagten in gleicher Weise. Der verfahrensgegenständliche Hinweis im vorletzten Absatz des Schreibens gemäß Anlage K 2 stelle sich als Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB dar. Insoweit sei nicht zwischen der Erst- und der Weiterverwendung einer AGB-Klausel zu unterscheiden. Verwender sei auch, wer sich wie die Beklagte gegenüber einem Vertragspartner auf die in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen Klauseln berufe und daraus Rechte ableite. Eine auf die Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gerichtete Erklärung könne auch in Gestalt der Aufforderung zur Angebotsabgabe (für künftige Sky-Abonnenten) erfolgen.

Dem Kläger stehe des Weiteren die eingeklagte Abmahnpauschale in der geltend gemachten, von der Beklagten nicht in Abrede gestellten Höhe (€ 200,00) gemäß § 5 UKlaG, § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG zu.

Auf die tatsächlichen Feststellungen dieses Urteils wird Bezug genommen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten. Das in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG relevante Erfordernis einer Einwilligung beruhe auf der Richtlinie 2002/58/EG, die auf den Begriff der Einwilligung der betroffenen Person in der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG verweise. Hieraus folge, dass der Begriff der „Einwilligung" datenschutzrechtlich und wettbewerbsrechtlich gleich auszulegen sei. In Art. 2 lit. h der Richtlinie

95/46/EG finde allerdings der Begriff der „gesonderten" (spezifischen) Erklärung keine Erwähnung. Vielmehr sei der Begriff „Einwilligung" dort definiert als „jede Willensbekundung, die ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgt und mit der die betroffene Person akzeptiert, dass personenbezogene Daten, die sie betreffen, verarbeitet werden". Anderes folge auch nicht aus dem zweiten Satz des 17. Erwägungsgrundes der Richtlinie 2002/58/EG, wonach die Einwilligung in jeder geeigneten Weise gegeben werden könne, durch die der Wunsch des Nutzers „in einer spezifischen Angabe" zum Ausdruck komme. Zusätzliche Anforderungen an die Wirksamkeit einer Einwilligung, die über die Anforderungen des Art. 2 lit. h der Richtlinie 95/46/EG hinausgehen, sollten mit dieser lediglich in den Erwägungsgründen und nicht in der Richtlinie selbst enthaltenen Formulierung nicht aufgestellt werden. Aus dem 17. Erwägungsgrund der Richtlinie 2002/58/EG ergebe sich lediglich, dass eine Einwilligung auch durch Markieren eines Feldes auf einer Internet-Seite erteilt werden könne. Das vermeintlich zusätzliche Erfordernis einer „spezifischen" Angabe beruhe offenbar auf einer fehlerhaften Übersetzung der Richtlinien 95/46/EG und 2002/58/EG. Der englischen und französischen Sprachfassung sei zu entnehmen, dass das deutsche Wort „spezifisch" nicht im Sinne eines im Vergleich zum Wortlaut des Art. 2 lit. h der Richtlinie 95/46/EG zusätzlichen Merkmals zu verstehen, sondern die Worte „specific" bzw. „spécifique" mit „für den konkreten Fall" zu übersetzen seien. Soweit die Entscheidung des Bundesgerichtshofs in der Sache „*Payback*" (GRUR 2008, 1010) dahingehend zu verstehen sei, dass die Anforderungen an eine Einwilligung im Wettbewerbsrecht strenger seien als im Datenschutzrecht, sei das mit höherrangigem Europarecht nicht vereinbar. Die Beklagte regt insoweit an, den Rechtsstreit auszusetzen und dem Europäischen Gerichtshof zur Klärung im Vorabentscheidungsverfahren (über die auf Seite 7 der Berufungsbegründung vom 04.11.2010 = Bl. 78 d.A. formulierte, nachstehend unter III.4. wiedergegebene Vorlagefrage) vorzulegen.

Ergänzend sei darauf hinzuweisen, dass sich die Datenschutzrichtlinie 2002/58/EG nur auf elektronisch abgegebene Erklärungen beziehe. Dazu, ob die Anforderungen an eine schriftliche Erklärung denjenigen entsprechen, die an eine elektronische Erklärung zu stellen seien, verhalte sich die Datenschutzrichtlinie entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht. Aus dem Fehlen von § 4 a Abs. 1 Satz 4 BDSG und § 28 Abs. 3 a Satz 2 BDSG entsprechenden Anforderungen in den Vorschriften für elektronisch erklärte Einwilligungen könne nicht geschlossen werden, dass eine Verbindung der Einwilligungserklärung mit weiteren Erklärungen gänzlich verboten sei.

Das Ersturteil könne auch in Richtung auf die Verurteilung zur Unterlassung gemäß Ziffer I.3. des landgerichtlichen Tenors keinen Bestand haben. Das Informationsschreiben der Beklagten falle nicht in den Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB. Diesem lägen lediglich Informationen über Vertragsbedingungen zugrunde, die im Falle des Abschlusses eines Abonnements zukünftig vereinbart würden. Es handle sich auch nicht um den Fall der Weiterverwendung oder der Wiederholung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Im Zeitpunkt der Versendung des Schreibens gemäß Anlage K 2 seien nämlich die streitgegenständlichen Klauseln noch nicht Gegenstand der Abonnementverträge mit den Kunden der Beklagten gewesen und hätten sich auch noch nicht auf der Webseite der erst mit Wirkung zum 04.07.2009 in Sky Deutschland Fernsehen GmbH & Co. KG umfirmierenden Beklagten befunden. Bei Abfassung und Versendung des Schreibens vom 25.06.2009 hätten noch die alten Premiere-AGB´s gegolten. Gegenteiliges habe der Kläger nachzuweisen. Dem Streitfall liege daher nicht die Berufung auf bereits vereinbarte Allgemeine Geschäftsbedingungen zugrunde, sondern eine Information über noch nicht vereinbarte Vertragsbedingungen. In rechtlicher Hinsicht sei das Schreiben der Beklagten gemäß Anlage K 2 allenfalls als eine „invitatio ad offerendum“ anzusehen; ein vorvertragliches Schuldverhältnis sei durch das Schreiben nicht begründet worden.

Da die Abmahnung des Klägers unbegründet gewesen sei, könne die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von Abmahnkosten ebenfalls keinen Bestand haben.

Der Tenor des landgerichtlichen Urteils sei schließlich auch zu unbestimmt. Soweit mit Ziffer I.3. des Tenors eine selbständige Unterlassungsverpflichtung begründet sei, sei er in sprachlicher Hinsicht unvollständig und spreche kein eindeutiges Verbot aus. Der Tenor des Ersturteils sei zumindest insofern einzuschränken, als die angegriffene Klausel in Ziffer I.3. auch Werbung per (Brief-)Post umfasse, nachdem diesbezüglich weniger strenge Maßstäbe gälten als bei der Werbung per E-Mail, SMS oder Telefon.

Die Beklagte beantragt,

das angegriffene Urteil des Landgerichts München I vom 09.07.2010 abzuändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen mit der Maßgabe, dass

a) es in Ziffer I.2. des Tenors des landgerichtlichen Urteils zu lauten habe:

„Der Abonnent willigt mit Abschluss dieses Abonnementvertrages ein, dass Sky die angegebenen personenbezogenen Daten auch zu Marketingzwecken für eigene Produktangebote per Telefon, SMS, E-Mail und Post sowie zur Marktforschung nutzen darf."

b) die 2. Klausel wie folgt laute:

„Die Beklagte wird weiter verurteilt, … zu unterlassen, nachfolgende oder mit diesen inhaltsgleiche Bestimmungen in Verträge über Leistungen des Bezahlfernsehens mit Verbrauchern durch Versendung von Schreiben wie das als Anlage K 2 beigefügte einzubeziehen sowie sich auf die Bestimmungen bei der Ansprache des Verbrauchers zu werblichen Zwecken zu berufen:

„Mit der Buchung eines Angebotes willigen Sie zudem ein, dass Premiere (ab dem 04.07.2009 Sky Deutschland) Ihre angegebenen personenbezogenen Daten auch zu Marketingzwecken für eigene Produktangebote per Telefon, SMS, E-Mail und Post sowie zur Marktforschung nutzen darf.""

Er verteidigt das landgerichtliche Urteil und führt ergänzend aus: Die Beurteilung des Landgerichts, wonach die streitgegenständliche „Kombinationslösung" der Einwilligungserklärung des Vertragskunden der Beklagten im Zusammenwirken mit weiteren Erklärungen einer Überprüfung nicht stand halte, stehe in Einklang mit den Vorgaben der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG, namentlich in zutreffender Interpretation von Satz 2 des Erwägungsgrundes 17 zur Richtlinie. Hiernach müsse, wie der Entscheidung des Bundesgerichtshofs „*Payback*" (BGH aaO.) zu entnehmen sei, die Einwilligung, falls sie im Zusammenhang mit anderen Erklärungen stehe, gesondert erfolgen. Die Einwilligungserklärung erfolge auch nicht „ohne Zwang" im Sinne von Art. 2 lit. h der Richtlinie 95/46/EG, wenn die geforderte Willensbetätigung ausschließlich als „Paket" angeboten werde. Der Verbraucher habe in dieser Situation keine Möglichkeit, einer-

seits die Kenntnisnahme von den Allgemeinen Geschäftsbedingungen und von der Widerrufsbelehrung der Beklagten zu bestätigen, andererseits aber die Einwilligung in die Nutzung der Daten zu werblichen Zwecken zu versagen. Demgegenüber könne sich die Beklagte nicht mit Erfolg auf ihre – fehlerhafte – Interpretation der einschlägigen europarechtlichen Vorschriften berufen. Die Rechtsauffassung der Beklagten stelle in Abrede, dass in Erwägungsgrund 17 der Datenschutzrichtlinie im elektronischen Geschäftsverkehr ausdrücklich von der freien Entscheidung der betroffenen Person gesprochen werde und sei mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung nicht in Einklang zu bringen.

Die angegriffene Klausel gemäß Ziffer I.3. des landgerichtlichen Urteils falle in den Anwendungsbereich der §§ 307 ff. BGB. Aus der Sicht des Verbrauchers handle es sich um eine verbindliche Erklärung, die mit der Buchung ihre Rechtswirksamkeit entfalte und an die der Kunde mit Abschluss des mit dem Schreiben gemäß Anlage K 2 beworbenen Abonnementvertrages gebunden sei. Die Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen könne bereits mit der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes erfolgen.

Im Übrigen wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und auf das Protokoll des Termins vom 05.05.2011 Bezug genommen.

II.

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte (§§ 517, 519 ZPO) und begründete (§ 520 Abs. 2 ZPO) Berufung ist teilweise begründet. Soweit der Beklagten in Ziffer I.3. des landgerichtlichen Urteils untersagt wurde, das Schreiben gemäß Anlage K 2 mit dem vom Kläger gerügten Inhalt an Dritte zu versenden, hat das Ersturteil keinen Bestand. In Richtung auf das in Ziffer I.1. und I.2. des Ersturteils ausgesprochene Verbot ist der Berufung der Beklagten im Umfang des vom Kläger zuletzt gestellten Sachantrages (mit der Maßgabe wie nachfolgend zu 1. dargestellt) der Erfolg versagt. Hinsichtlich der klägerseits geltend gemachten Abmahnkosten hat die Berufung teilweise Erfolg.

1. Klausel 2 (Ziffer I.3. des Ersturteils)

Die gegen das Verbot der Verwendung der Klausel im Schreiben gemäß Anlage K 2

„Mit der Buchung eines Angebotes willigen Sie zudem ein, dass Premiere (ab dem 04.07.2009 Sky Deutschland) Ihre angegebenen personenbezogenen Daten auch zu Marketingzwecken für eigene Produktangebote per Telefon, SMS, E-Mail und Post sowie zur Marktforschung nutzen darf."

(nachfolgend: Klausel 2) gerichtete Berufung der Beklagten hat Erfolg – mit der Maßgabe, dass hinsichtlich der Klauselbestimmung „Von den AGB von Sky ..." auf die konkrete Verletzungshandlung, nämlich ohne Klammerzusatz vor „den AGB ..." bzw. nach den Worten „Widerrufsbelehrung und" abzustellen ist -; insoweit war das angegriffene landgerichtliche Urteil abzuändern.

a) Zwar hat der Kläger den beklagtenseits in erster Instanz gegen die Fassung des Klageantrags zu Ziffer I.3. in Richtung auf die Klausel 2 geäußerten und im Berufungsrechtszug sich auf Ziffer I.3. des Tenors im landgerichtlichen Urteil erstreckenden Bedenken in Bezug auf den Inhalt des klägerseits verfolgten Unterlassungsbegehrens durch die in der Berufungsverhandlung erfolgte geänderte – mit einer Ordnungsmittelandrohung gemäß § 890 ZPO versehene - Antragsfassung Rechnung getragen und klargestellt, dass das insoweit begehrte Verbot Gegenstand eines selbständigen und von den Klageanträgen I.1. und I.2. unabhängigen Unterlassungsantrags ist.

b) Dem sich auf den Unterlassungsanspruch des § 1 UKlaG stützenden Begehren des Klägers, der Beklagten die Versendung ihres Schreibens gemäß Anlage K 2 mit dem vorstehend wiedergegebenen Inhalt zu untersagen, ist allerdings der Erfolg versagt. Bei den angegriffenen Formulierungen im Schreiben der Beklagten vom 25.06.2009 (Anlage K 2) handelt es sich nicht um Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB, § 1 UKlaG, sie unterliegen nicht der Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB.

Gemäß § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB sind Allgemeine Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt.

Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB müssen auf die Regelung eines Vertragsinhalts abzielen. Dieser konstitutive Charakter unterscheidet die Vertragsbedingungen von bloßen Informationen über tatsächliche Umstände oder tatsächliches Verhal-

ten (vgl. MüKo/*Basedow*, 2007, Bd. 2, § 305 BGB Rn. 9, 12). Bloße Hinweise und Werbeaussagen sind keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Gleiches gilt für die vorformulierte Erklärung eines Kunden, dass er der Geltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zustimme (vgl. BGH NJW 1982, 1388, 1389; aA. Palandt/*Grüneberg*, BGB, 70. Aufl. 2011, § 305, Rn. 4). Anders verhält es sich, wenn der Text eines Einheitsschreibens beim Durchschnittskunden den Eindruck hervorruft, der Verwender wolle vertragliche Rechte und Pflichten begründen (vgl. BGH NJW 1996, 2574, 2575; Palandt/*Grüneberg* aaO., § 305 Rn. 4).

Vor diesem Hintergrund ist die streitgegenständliche Passage im Schreiben gemäß Anlage K 2 nicht der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle zu unterziehen. Das Schreiben vom 25.06.2009 beinhaltet selbst kein Angebot auf Abschluss eines Sky-Abonnementvertrages, sondern informiert darüber, dass die Beklagte unter ihrer neuen Bezeichnung Sky ihren bisherigen Premiere-Kunden ein neues Programm-Abonnement (als sogenanntes Sky Paket) zur Verfügung stellen werde. Es liegt auch kein Fall der Aufforderung zur Abgabe eines Vertragsangebotes (invitatio ad offerendum) vor. Aufgrund fehlender inhaltlicher Angaben zum Inhalt des neuen Sky-Abonnements ist der Adressat des Schreibens gemäß Anlage K 2 nämlich nicht in der Lage, der Beklagten gegenüber seinerseits ein Vertragsangebot zu unterbreiten. Der Adressat wird das Schreiben vom 25.06.2009 auch nicht dahingehend verstehen, dass mit diesem unmittelbar Rechte und Pflichten begründet werden sollen. Vielmehr kommt im Schreiben gemäß Anlage K 2 hinreichend deutlich zum Ausdruck, dass die Einwilligung zur Verwendung personenbezogener Daten nur und erst für den Fall erfolgen solle, dass es – nach Annahme eines im Zeitpunkt des Zugangs des Schreibens vom 25.06.2009 noch nicht vorliegenden, sondern lediglich angekündigten Vertragsangebotes durch den potentiellen Kunden - zum Abschluss eines Sky-Abonnementvertrages kommen sollte. Insofern fehlt es in Bezug auf die streitgegenständliche Passage im Schreiben vom 25.06.2009 für das Vorliegen Allgemeiner Geschäftsbedingungen im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB am Tatbestandsmerkmal des Stellens vorformulierter Vertragsbedingungen „bei Abschluss eines Vertrages". Die lediglich theoretische Möglichkeit eines Vertragsschlusses kann nicht – auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Vorliegens einer Erstbegehungsgefahr, da der Kläger keine Anhaltspunkte dafür vorgetragen hat, dass sich die Beklagte im Falle des Abschlusses eines Sky-Abonnementvertrages gegenüber ihren Kunden auf die streitgegenständliche Klausel im Schreiben gemäß Anlage K 2 berufen würde und entsprechende Klauseln im späteren rechtsverbindlichen Vertragswerk nicht enthalten seien – dazu führen, dass es der Beklagten untersagt sei, ihre Kunden vorab über ein neues Programmpaket in Gestalt des Schreibens vom 25.06.2009 zu informieren.

Dem kann der Kläger nicht mit Erfolg entgegenhalten, dass § 1 UKlaG nicht zwischen der Erst- und einer Weiterverwendung von Allgemeinen Geschäftbedingungen unterscheide (vgl. *Köhler*/Bornkamm, UWG, 29. Aufl. 2011, UKlaG § 1 Rn. 8). Die Beklagte hat vorgetragen, dass im Zeitpunkt der Abfassung des Schreibens vom 25.06.2009 gegenüber Vertragskunden von Premiere noch die ursprünglichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegolten hätten, die neuen Allgemeinen Sky-Bedingungen demgegenüber noch nicht im Internet abrufbar gewesen seien, somit ein Fall der Weiterverwendung nicht vorliege. Im Schreiben vom 25.06.2009 ist ausgeführt, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Sky gelten sollten, falls sich der Adressat dafür entscheiden sollte, „sofort auf eines der neuen Sky-Pakete zu wechseln". Hieraus ergibt sich, dass sich die streitgegenständliche Passage („Mit der Buchung eines Angebots willigen Sie ein, …") nicht auf die Weiterverwendung bisher im Rahmen eines Premiere-Abos geltende Allgemeine Geschäftsbedingungen beziehen sollte, sondern ausschließlich auf die erstmalige Buchung eines neuen Sky-Abonnements.

2. Klausel 1 (Ziffern I.1. und I.2. des Ersturteils)

Die gegen das in Ziffern I.2. und I.3. des angegriffenen landgerichtlichen Urteils gerichtete Berufung der Beklagten bleibt ohne Erfolg.

a) Der Berufungsantrag der Klägerin, die Berufung der Beklagten mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass sich das gegenüber der Beklagten ausgesprochene Verbot abweichend von Ziffer I.2. des Ersturteils auf die Klausel (nachfolgend: Klausel 1):

„☐ Von (den AGB, von Sky, von Kabel Deutschland sowie der Widerrufsbelehrung und) der datenschutzrechtlichen Einwilligungserklärung habe ich Kenntnis genommen und bestätige dies mit Absendung dieses Formulars.

in Verbindung mit der vorformulierten Regelung:

> Der Abonnent willigt mit Abschluss dieses Abonnementvertrages ein, dass Sky die angegebenen personenbezogenen Daten auch zu Marketingzwecken für eigene Produktangebote per Telefon, SMS, E-Mail und Post sowie zur Marktforschung nutzen darf."

beziehe, stellt sich nicht als Änderung des Klageantrags im Berufungsrechtszug im Sinne von § 533 ZPO dar, sondern lediglich als Präzisierung des in erster Instanz gestellten Klageantrags dergestalt, dass die streitgegenständliche Klausel abweichend von der ursprünglichen personifizierten („willigen Sie ein, …") Fassung gemäß ihrem exakten Wortlaut ohne inhaltliche Änderung zum Gegenstand des Klageantrags gemacht wurde (dazu, dass dies kein Fall des § 533 ZPO ist, vgl. Thomas/Putzo/*Reichold*, ZPO, 32. Aufl. 2011, § 263, Rn. 4; § 533 Rn. 11).

b) Die gegen das vom Landgericht in Bezug auf Klausel 1 ausgesprochene Verbot gerichteten Angriffe verhelfen der Berufung der Beklagten in der Sache nicht zum Erfolg. Die Beurteilung des Landgerichts, Klausel 1 verstoße gegen § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG und führe zu einer unangemessenen Benachteiligung des Vertragspartners im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB, lässt einen Rechtsfehler nicht erkennen.

In seinem Urteil vom 16.07.2008 – *Payback* (GRUR 2008, 1010) hat der Bundesgerichtshof auszugsweise ausgeführt (BGH aaO., Tz. 27 ff):

„… § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG verlangt vielmehr, dass die Einwilligung mittels einer gesonderten Erklärung erteilt wird ("Opt-in"-Erklärung).

Zwar sieht der Wortlaut dieser Bestimmung nicht ausdrücklich vor, dass für die Erteilung der Einwilligung eine gesonderte Erklärung erforderlich ist. Dieses Erfordernis ergibt sich aber aus der richtlinienkonformen Auslegung des hierin verwendeten Einwilligungsbegriffs anhand der Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (ABl. Nr. L 201 vom 31. Juli 2002 S. 37; Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation). Zur Bestimmung des Begriffs der Einwilligung verweist Art. 2 Satz 2 Buchst. f dieser Richtlinie auf die Richtlinie 95/46/EG (Datenschutzrichtlinie). Mit Rücksicht auf das Ziel der Richtlinie 2002/58/EG, die Privatsphäre des Betroffenen vor neuen Risiken durch öffentliche Kommunikationsnetze zu schützen (Erwägungsgründe 5 und 6), erläutert Erwägungsgrund 17 deshalb auch: "... Die Einwilligung kann in jeder geeigneten Weise gegeben werden, wodurch der Wunsch des Nutzers in einer spezifischen Angabe zum Ausdruck kommt, die sachkundig und in freier Entscheidung erfolgt; hierzu zählt auch das Markieren eines Feldes auf einer Internet-Website." Die Formulierung "spezifische Angabe" macht deutlich, dass

eine gesonderte, nur auf die Einwilligung in die Zusendung von Werbung mittels elektronischer Post bezogene Zustimmungserklärung des Betroffenen erforderlich ist.

Dem werden Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht gerecht, wenn die Einwilligung in Textpassagen enthalten ist, die auch andere Erklärungen oder Hinweise enthalten. Es fehlt bei derart vorformulierten Erklärungen an der geforderten spezifischen Einwilligungserklärung, wenn der Kunde weder ein bestimmtes Kästchen anzukreuzen hat noch sonst eine vergleichbar eindeutige Erklärung seiner Zustimmung abzugeben braucht. ... Die geforderte spezifische Angabe verlangt vielmehr eine gesonderte Erklärung durch zusätzliche Unterschrift oder individuelles Markieren eines entsprechenden Feldes („Opt-in"-Erklärung)."

An dieser Beurteilung hält der Bundesgerichtshof auch in seinem Beschluss vom 14.04.2011 – I ZR 38/10 (nachgewiesen in der Rechtsprechungsdatenbank juris, dort Tz. 8, 9) fest.

Vorstehenden Anforderungen leistet die streitgegenständliche Klausel 1, mit der der Interessent bei Anklicken des hierfür vorgesehenen Feldes sowohl sein Einverständnis zur Verwendung personenbezogener Daten durch die Beklagte erteilt als auch erklärt, von den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten und von der Widerrufsbelehrung Kenntnis genommen zu haben, nicht Genüge. Dem Vorhalt der Beklagten, der Begriff der „gesonderten" (spezifischen) Erklärung finde in der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG, die zur Beurteilung des Maßstabs der an den Geltungsbereich des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG im Streitfall zu stellenden Voraussetzungen heranzuziehen sei, keine Erwähnung, erteilt der Bundesgerichtshof eine Absage (vgl. BGH aaO. – *Payback*, Tz. 30): *„Angesichts der spezifischen Schutzzweckanforderungen auf dem Gebiet der elektronischen Kommunikation enthält § 7 Abs. 2 UWG auch keine dem § 4a Abs. 1 Satz 4 BDSG entsprechende Regelung, nach der es zulässig ist, die Einwilligung zusammen mit anderen Erklärungen zu erteilen. Anders als im Rahmen von § 4a Abs. 1 Satz 4 BDSG genügt es deshalb am Maßstab des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG für die Einwilligung in Werbung per E-Mail oder SMS-Nachrichten nicht, wenn sie zusammen mit anderen Erklärungen abgegeben wird. Insoweit enthält das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vielmehr eine gegenüber dem Bundesdatenschutzgesetz eigenständige Regelung, was nicht zuletzt darin seinen Ausdruck findet, dass der Gesetzgeber die Umsetzung von Art. 13 der Richtlinie 2002/58/EG nicht im Datenschutzrecht, sondern mit Blick auf den nicht selten belästigenden Charakter solcher Werbung bewusst im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vorgenommen hat (vgl. BT-Drs. 15/1487, S. 15)."*

Bei dieser Sachlage bedarf es keiner Entscheidung, ob sich die streitgegenständliche Klausel 1 am Maßstab des Art. 2 Buchst h) der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG messen ließe, wonach eine „Einwilligung der betroffenen Personen" jede Willenserklärung ist, die ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgt und mit der die betroffene Person akzeptiert, dass personenbezogene Daten, die sie betreffen, verarbeitet werden. Hieran bestehende Zweifel, dass ein abschlusswilliger Interessent über die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung seiner personenbezogener Daten nicht mehr „in freier Entscheidung" (vgl. § 4 a Abs. 1 Satz 1 BDSG) befindet, wenn er sich gezwungen sieht, die Kenntnisnahme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten und der Widerrufsbelehrung mit der Zustimmung zur Verwendung seiner personenbezogenen Daten zu verbinden, anderenfalls er ein Sky-Abonnement nicht online buchen kann, erscheinen überdies nicht ohne weiteres als unbegründet.

Der Senat vermag – unabhängig von seiner fehlenden Relevanz für die Entscheidung in der Streitsache für den Fall, dass entsprechend den vorstehenden Ausführungen Klausel 1 nicht den Anforderungen der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG gerecht würde - auch nicht zu erkennen, dass der „*Payback*"-Entscheidung des Bundesgerichtshofes ein fehlerhaftes Verständnis des in richtlinienkonformer Auslegung zu ermittelnden Begriffs der Einwilligung im Sinne von § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG zugrunde läge. Der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil vom 16.07.2008 (vgl. BGH aaO. – *Payback*, Tz. 27 ff.) erläutert, dass den sowohl in der Richtlinie 2002/58/EG als auch in der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG zum Ausdruck kommenden besonderen Schutzzweckanforderungen auf dem Gebiet der elektronischen Kommunikation dadurch Rechnung zu tragen sei, dass Erklärungen der streitgegenständlichen Art – namentlich der Einwilligung in die Verwendung personenbezogener Daten - in gesonderter Weise und nicht im Zusammenhang mit anderen rechtserheblichen Erklärungen zu erfolgen hätten. Diese Beurteilung gälte auch für den Fall, dass mit der Beklagten die (in der Richtlinie 2002/58/EG in der englischen und französischen Sprachfassung verwendeten) Worte „specific" bzw. „spécifique" mit „für den konkreten Fall" zu übersetzen seien.

Ohne Erfolg macht die Beklagte ferner geltend, dass sich ein Verbot jedenfalls nur auf elektronische Erklärungen zu beziehen habe, die Einschränkungen der Datenschutzrichtlinie 2002/58/EG für die Einwilligung zur Weitergabe personenbezogener Daten für schriftliche Erklärungen hingegen nicht gälten. Da sich der Klageantrag seinem Wortlaut nach nur auf Online-Bestellungen bezieht, war insoweit eine teilweise Zurückweisung des Klageantrags nicht veranlasst.

3. Soweit die vorgerichtliche Abmahnung in Bezug auf Klausel 2 ausgesprochen wurde, war sie unberechtigt. Dies hat jedoch keine Auswirkungen auf die gemäß § 5 UKlaG i.V.m. § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG zu erstattende Kostenpauschale (BGH aaO. – *Payback*; BGH WRP 2010, 396 – Tz. 39).

III.

1. Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 91, 92 Abs. 1 ZPO. Sie trägt dem Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen der Parteien im Rechtsstreit Rechnung.

2. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO.

3. Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) und auch die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO nicht vorliegen. Die in Bezug auf Klausel 1 maßgeblichen Rechtsfragen hat der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 16.07.2008 – *Payback* (GRUR 2008, 1010), wie den Ausführungen zu Ziffer II. dieses Senatsurteils zu entnehmen ist, entschieden.

4. Mangels Entscheidungserheblichkeit (vgl. die Ausführungen unter II. dieses Senatsurteils) war auch der Anregung der Beklagten (Berufungsbegründung vom 04.11.2010, Seite 7 = Bl. 78 d.A.),

die Frage der Auslegung des Begriffs der Einwilligung in der Richtlinie 2002/58/EG und der Richtlinie 95/46/EG, insbesondere die Frage, ob im Rahmen der Richtlinie 2002/58/EG abweichend von den Vorgaben der Richtlinie 95/46/EG eine gesonderte, von weiteren Erklärungen getrennte Angabe zu fordern ist, dem Europäischen Gerichtshof zur Klärung im Vorabentscheidungsverfahren vorzulegen,

nicht zu entsprechen.

[redacted]
Vorsitzender Richter
am Oberlandesgericht

[redacted]
Richter
am Oberlandesgericht

[redacted]
Richter
am Oberlandesgericht

BAYERN
OBERLANDESGERICHT

Für die Richtigkeit der Abschrift
München, den 28. Juli 2011
Geschäftsstelle des Oberlandesgerichts München

[redacted]stellte
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle