

# Oberlandesgericht Hamm

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

§§ 4 Abs. 1, 4a Abs. 1 Satz 1 BDSG; 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG; 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB

- 1. Allgemeine Geschäftsbedingungen werden der wirksamen Einwilligung in Werbeanrufe, -faxe oder – E-Mails nicht gerecht, wenn die Einwilligung in Textpassagen enthalten ist, die auch andere Erklärungen oder Hinweise enthalten.**
- 2. 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."**
- 3. Der Tatbestand des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG ist von Art 13 Abs. 3 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation gedeckt, der dem nationalen Gesetzgeber ausdrücklich gestattet, die Telefonwerbung von der Einwilligung der betreffenden Teilnehmer ("optin") abhängig zu machen.**
- 4. Mangels zureichender Einverständniserklärung würde es sich deshalb bei Werbung, die auf Grund der streitgegenständlichen Klausel per E-Mail oder Fax versandt wird, um unverlangte Werbung handeln. Eine solche Werbung stellt nach § 7 Abs. 2 UWG eine unzumutbare Belästigung dar.**
- 5. Auch wenn für eine Telefonwerbung gegenüber Unternehmern bzw. sonstigen Marktteilnehmern schon eine mutmaßliche Einwilligung ausreichend ist, führt dies nicht zu einer anderen Beurteilung. Denn die streitgegenständliche Klausel wirkt deutlich darauf hin, eine ausdrückliche Einwilligung in schriftlicher Form zu erhalten. Eine solche ausdrückliche Einwilligung ist aber eben nur in Form einer "Optin"-Erklärung wirksam möglich.**

OLG Hamm, Urteil vom 17.02.2011; Az.: I-4 U 174/10

#### **Tenor:**

Unter Zurückweisung der Berufung der Beklagten wird auf die Berufung der Klägerin das am 15. Juni 2010 verkündete Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund teilweise abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Einzelfall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000, EUR,

ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, insgesamt jedoch höchstens zwei Jahre, zu unterlassen, im Wettbewerb handelnd in Allgemeinen Geschäftsbedingungen die nachfolgende oder eine inhaltsgleiche Klausel zu verwenden oder sich bei der Abwicklung von Verträgen auf diese Klausel zu berufen, wenn dies geschieht wie im Antragsformular (Anlage 1 zur Klageschrift):

„Ich bin widerruflich damit einverstanden, dass der Anbieter meine Kontaktdaten (Post-, E-Mail-Adresse sowie Fax- und Rufnummer) zur Beratung und Werbung ausschließlich für eigene Zwecke nutzt und mir auf diesem Wege aktuelle Produktinformationen bzw. den Newsletter zukommen lässt. Meine Einwilligung kann ich jederzeit zurückziehen.“

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

### **Tatbestand:**

A.

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Unterlassung der Verwendung einer Klausel in dem folgenden Auftragsformular in Anspruch.

Das Formular wurde für Aufträge über einen "ISDN-Mehrgeräteanschluss" Fon oder eine Basis-Flatrate DSL 2000" und entsprechende Zusatzmodule konzipiert und entsprechend benutzt. Die Klägerin wendet sich gegen folgende in diesem Formular enthaltene Klausel:

"Ich bin widerruflich damit einverstanden, dass der Anbieter meine Kontaktdaten (Post-, E-Mail-Adresse sowie Fax- und Rufnummer) zur Beratung und Werbung ausschließlich für eigene Zwecke nutzt und mir auf diesem Wege aktuelle Produktinformationen bzw. den Newsletter zukommen lässt. Meine Einwilligung kann ich jederzeit zurückziehen."

Eine gesonderte und von der Vertragserklärung an sich separate Einwilligungserklärung für die Einwilligung zur Nutzung der persönlichen Kontaktdaten befindet sich in dem Auftragsformular nicht.

Die Klägerin ist der Ansicht, die streitgegenständliche AGB-Klausel verstoße gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 Abs. 1 S. 1 BGB und sei daher unwirksam.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen,

1.

es bei Meidung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu unterlassen,

im Wettbewerb handelnd in Allgemeinen Geschäftsbedingungen die nachfolgende oder eine inhaltsgleiche Klausel zu verwenden oder sich bei der Abwicklung von Verträgen auf diese Klausel zu berufen, wenn diese in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen eingebettet ist und keine ausdrückliche Einwilligung der Kunden im Sinne eines Opt-In vorsieht:

"Ich bin widerruflich damit einverstanden, dass der Anbieter meine Kontaktdaten (Post-, E-Mail-Adresse sowie Fax- und Rufnummer) zur Beratung und Werbung ausschließlich für eigene Zwecke nutzt und mir auf diesem Wege aktuelle Produktinformationen bzw. den Newsletter zukommen lässt. Meine Einwilligung kann ich jederzeit zurückziehen."

2.

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 208,65 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

hilfsweise:

1.

es bei Meidung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu unterlassen,

gegenüber Verbrauchern im Wettbewerb handelnd in Allgemeinen Geschäftsbedingungen die nachfolgende oder eine inhaltsgleiche Klausel zu verwenden oder sich bei der Abwicklung von Verträgen auf diese Klausel zu berufen, wenn diese in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen eingebettet ist und keine ausdrückliche Einwilligung der Kunden im Sinne eines Opt-In vorsieht:

"Ich bin widerruflich damit einverstanden, dass der Anbieter meine Kontaktdaten (Post-, E-Mail-Adresse sowie Fax- und Rufnummer) zur Beratung und Werbung ausschließlich für eigene Zwecke nutzt und mir auf diesem Wege aktuelle Produktinformationen bzw. den Newsletter zukommen lässt. Meine Einwilligung kann ich jederzeit zurückziehen."

2.

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 208,65 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die Auffassung vertreten, ihre AGB-Klausel entspreche den gesetzlichen Vorgaben und hat dies näher begründet.

Wegen des weiteren Sachverhalts wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen.

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt allerdings mit der Einschränkung, dass sie die Verwendung der Klausel nur gegenüber Verbrauchern zu unterlassen habe. Insoweit verstoße die Klausel gegen § 7 Abs. 2 UWG. Für die Kontaktaufnahme gegenüber Verbrauchern sei eine ausdrückliche Erklärung

erforderlich. Es genüge nicht, wenn in den AGB eine Einwilligung in die Kontaktaufnahme enthalten sei. Vielmehr sei es erforderlich, durch eine separate Erklärung unabhängig von der eigentlichen Vertragserklärung die Zustimmung zu erklären. Hinsichtlich der Verwendung gegenüber Unternehmern bestehe kein Unterlassungsanspruch. Aus § 7 Abs. 2 UWG ergebe sich, dass für Verträge gegenüber Unternehmen weniger strenge Voraussetzungen wie bei Verträgen gegenüber Verbrauchern gelten würden. Insofern sei es bei Verträgen gegenüber Unternehmen nicht erforderlich, eine von der Vertragserklärung gesonderte Einwilligungserklärung abzugeben. Der Klageantrag sei nicht zu unbestimmt. Es sei für die beteiligten Kreise ersichtlich, welches Begehren die Klägerin mit ihrem Klageantrag verfolge. Der Klageantrag sei weder missverständlich noch unbestimmt. Der Aufwendungsersatzanspruch ergebe sich aus § 12 Abs. 1 S. 2 UWG.

Gegen dieses Urteil richten sich die Parteien mit ihren Berufungen, mit denen sie ihre ursprünglichen Klageanträge weiterverfolgen.

Die Klägerin ist der Ansicht, das Landgericht habe übersehen, dass § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG in seinem Anwendungsbereich nicht zwischen der Werbung gegenüber Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern, also auch Unternehmern, differenziert. In jedem Falle sei eine ausdrückliche Einwilligung des Adressaten der Werbung notwendig. Bei einer ausdrücklichen Einwilligung müsse es sich um eine "spezifische Angabe" handeln. Dem sei nicht genügt, wenn sie zusammen mit anderen Erklärungen abgegeben werde, z.B. in AGB enthalten in weiteren Textpassagen. Schon damit sei dem Unterlassungsbegehren der Klägerin vollumfänglich stattzugeben, denn die beanstandete Klausel konstruiere unzureichend eine ausdrückliche Einwilligung für die Werbung per email und Faxgerät i.S.v. § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG.

Im Anwendungsbereich des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG, Werbung mit einem Telefonanruf, gelte nichts anderes. Zwar differenziere diese Vorschrift zwischen Werbung gegenüber Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern, indem sie bei Werbung gegenüber sonstigen Marktteilnehmern eine zumindest mutmaßliche Einwilligung genügen lasse. Die beanstandete Klausel sei aber darauf gerichtet, der Beklagten insoweit eine ausdrückliche Einwilligung zu verschaffen, um die Beklagte der Schwierigkeit zu entheben, bei Werbung mit Telefonanrufen die mutmaßliche Einwilligung zu beweisen.

§ 7 Abs. 2 UWG sei nicht europarechtswidrig. Durch die Tatbestände des Anhanges I zur UGP-Richtlinie werde nicht das Verbraucherschutzniveau der Richtlinie insgesamt definiert, sondern gewissermaßen dessen Mindestmaß.

Ob die beanstandete Klausel den Anforderungen des BDSG genüge, sei unerheblich. Für die Werbung stelle § 7 Abs. 2 UWG nun einmal strengere Anforderungen auf als das BDSG.

Die Klägerin beantragt,

in teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils

die Beklagte zu verurteilen,

es bei Meidung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu unterlassen,

im Wettbewerb handelnd in Allgemeinen Geschäftsbedingungen die nachfolgende oder eine inhaltsgleiche Klausel zu verwenden oder sich bei der Abwicklung von Verträgen auf diese Klausel zu berufen, wenn dies geschieht, wie im Antragsformular (Anlage 1 zur Klageschrift):

"Ich bin widerruflich damit einverstanden, dass der Anbieter meine Kontaktdaten (Post-, E-Mail-Adresse sowie Fax- und Rufnummer) zur Beratung und Werbung ausschließlich für eigene Zwecke nutzt und mir auf diesem Wege aktuelle Produktinformationen bzw. den Newsletter zukommen lässt. Meine Einwilligung kann ich jederzeit zurückziehen."

Die Beklagte beantragt,

1.

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen,

2.

das Urteil des Landgerichts Dortmund vom 15.06.2010 aufzuheben und die Klage insgesamt abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung der Beklagten abzuweisen.

Die Beklagte weist darauf hin, dass die Übertragung des Rechtsstreits zur Entscheidung auf den Einzelrichter rechtswidrig vorgenommen worden ist, weil sie gleichzeitig mit der Klagezustellung erfolgt ist. Damit habe das Landgericht eine vorherige Anhörung der Parteien zur Frage der Übertragung auf den Einzelrichter unterlassen.

Der Urteilstenor verstoße gegen § 9 Nr. 2 UKlaG, wonach dieser die Bezeichnung der Art der Rechtsgeschäfte enthalten müsse, für die die beanstandeten Bestimmungen nicht verwendet werden dürften.

Es treffe nicht zu, dass es einer ausdrücklichen und separaten Einwilligung des Verbrauchers in Telefonwerbung und Werbung durch E-Mails und SMS bedürfe. § 7 UWG sei von der UGP-Richtlinie her auszulegen. Wie der EuGH (14.01.2010 - "Plus Warenhandels-gesellschaft"; GRUR 2010, 244) klargestellt habe, führe die durch die Richtlinie bezweckte Vollharmonisierung dazu, dass es den Mitgliedstaaten nicht erlaubt sei, das Verbraucherschutzniveau der Richtlinie durch weitergehende Beschränkungen zu übertreffen. Danach führe die sog. "Schwarze Liste" nach Anhang I abschließend diejenigen Geschäftspraktiken auf, die "unter allen Umständen", also ohne eine Beurteilung des Einzelfalles als unlauter gelten dürften. Die "Schwarze Liste" untersage "das hartnäckige und unerwünschte Ansprechen über Telefon, Fax, E-Mail oder sonstige für den Fernabsatz geeignete Medien" als "aggressive Geschäftspraxis". Hartnäckigkeit setze aber eine zumindest mehrfache Tätigkeit voraus. Demgegenüber solle nach § 7 Abs. 2 UWG eine Kontaktaufnahme mit Verbrauchern nur nach vorheriger Einwilligung überhaupt zulässig sein. Damit sei die nationale Regelung enger als der europäische Rechtsrahmen es erlaube. Damit könne § 7 Abs. 2 UWG keine Anwendung finden. Es gebe dann auch keine gesetzliche Regelung, von der im Sinne des § 307 BGB abgewichen werde.

Aus dem Urteil des BGH vom 16.07.2008 (Pay-Back) könne ohnehin nicht der Rückschluss gezogen werden, dass die von der Beklagten verwendete Regelung deshalb unzulässig sei, weil es einer gesonderten und separaten Erklärung als Einwilligung bedürfe. Inzwischen habe der Gesetzgeber § 28 BDSG geändert und in Abs. 3a angefügt "Soll die Einwilligung zusammen mit anderen Erklärungen schriftlich erteilt werden, ist sie in drucktechnisch deutlicher Gestaltung besonders hervorzuheben." In der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 16/13657, S. 19) heiße es, dass die Regelung der durch das sog. "Payback-Urteil" bestätigten Rechtslage Rechnung trage. Offenbar habe der Gesetzgeber diese Entscheidung dahin verstanden, dass eine gesonderte Einwilligungserklärung - also z.B. das Setzen eines Häkchens - entbehrlich sei, solange die Einwilligungserklärung nur ausreichend hervorgehoben sei.

Daraus ergebe sich auch, dass das Landgericht zutreffend die Klage hinsichtlich eines Teils des geltend gemachten Anspruchs (Verwendung der Klausel gegenüber Unternehmern) abgewiesen habe. Insbesondere behandle die Pay-Back-Entscheidung des BGH nicht die Verwendung von Einwilligungsklauseln unter Unternehmern.

Schon gar nicht sei das Einverständnis eines Unternehmers, dass seine Kontaktdaten zur Beratung und Werbung ausschließlich für eigene Zwecke genutzt würden und der Verwender dem Unternehmer auf diesem Wege aktuelle Produktinformationen bzw. den Newsletter zukommen lasse, als Verstoß gegen § 7 UWG anzusehen, der zur Unwirksamkeit nach § 307 BGB führe.

Es gehe auch nicht darum, dass die Beklagte sich mit dieser Erklärung Möglichkeiten verschaffe, eine konkludente Einwilligung zu beweisen. Selbst wenn dem so wäre, wäre daran nicht per se Unlauteres zu erkennen.

§ 7 Abs. 2 Nr. 1, 2 und 3 i.V.m. Abs. 3 UWG, die zwischen Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern differenzierten, würden zeigen, dass keine unangemessene Benachteiligung des Unternehmers vorliege, wenn er sich auf diese Weise mit Werbung in der bestehenden Geschäftsbeziehung einverstanden erkläre.

Wegen des weiteren Vortrags der Parteien wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

### **Entscheidungsgründe:**

B.

Die Berufung der Klägerin ist begründet. Die Berufung der Beklagten ist unbegründet.

I.

Es kann allerdings dahingestellt bleiben, ob das angefochtene Urteil unter dem Verfahrensmangel eines rechtswidrigen Einzelrichterbeschlusses leidet. Eine nach § 538 Abs. 2 S. 1 ZPO in Betracht kommende Zurückverweisung wäre nur auf Antrag einer Partei vorzunehmen. Ein solcher ist jedoch nicht gestellt worden.

Im Übrigen kann - was die Beklagte bereits selbst gesehen hat - gemäß § 348a Abs. 3 ZPO ein Rechtsmittel nicht auf eine erfolgte Übertragung des Rechtsstreits auf den Einzelrichter gestützt werden.

II.

Der Klageantrag in der Fassung, in der er in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat gestellt worden ist, genügt dem Bestimmtheitsgrundsatz und den Anforderungen des § 8 Abs. 1 Nr. 2 UKlaG.

III.

Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Unterlassungsanspruch gemäß § 1 UKlaG, soweit es die Einwilligung sowohl eines Verbrauchers als auch eines Unternehmers in die Nutzung der Kontaktdaten für die Zusendung von Werbung per Post betrifft.

Gemäß § 1 UKlaG kann derjenige, der in Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bestimmungen, die nach den §§ 307 bis 309 BGB unwirksam sind, verwendet oder für den rechtsgeschäftlichen Verkehr empfiehlt, auf Unterlassung und im Falle des Empfehlens auf Widerruf in Anspruch genommen werden.

1.

Die Klägerin ist für den Unterlassungsanspruch nach § 1 UKlaG gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 UKlaG klagebefugt (Köhler / Bornkamm, UWG, 28. Aufl., Einl 2.29).

2.

Bei der beanstandeten Klausel handelt es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne des § 305 Abs. 1, S. 1 BGB.

3.

Die Klausel ist aufgrund eines Verstoßes gegen §§ 4 Abs. 1, 4a Abs. 1, S. 1 BDSG gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. Abs. 1 BGB unwirksam. Gemäß § 4 Abs. 1 BDSG sind Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten nur zulässig, soweit dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift es erlaubt oder anordnet oder der Betroffene einwilligt. Nach § 4a Abs. 1 S. 1 und 4 BDSG ist die Einwilligung unter anderem nur dann wirksam, wenn sie auf der freien Entscheidung des Betroffenen beruht und wenn sie, soweit sie zusammen mit anderen Erklärungen erteilt wird, besonders hervorgehoben ist.

a.

Nach § 4a Abs. 1 BDSG ist es zur Wirksamkeit der Einwilligung nicht erforderlich, dass der Betroffene sie gesondert erklärt, indem er eine zusätzliche Unterschrift leistet oder ein dafür vorgesehenes Kästchen zur positiven Abgabe der Einwilligungserklärung ankreuzt ("Optin"-Erklärung). In der Vorschrift des Art. 2 lit h der Datenschutz-Richtlinie 95/46/EG, die mit § 4a Abs. 1 BDSG umgesetzt wird, wird als Einwilligung der betroffenen Person jede Willensbekundung definiert, 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 (BGH a.a.O.). Bei der Entscheidung über die

Bestellung eines Mehrgeräteanschlusses oder eine Flatrate sowie beim Ausfüllen des Anmeldeformulars unterliegt der Besteller keinem rechtlichen, wirtschaftlichen oder faktischen Zwang.

b.

Jedoch ist vorliegend das Erfordernis der besonderen Hervorhebung gemäß § 4a Abs. 1, S. 4 BDSG nicht erfüllt. Eine solche Hervorhebung ist nicht erkennbar. Die hier in Rede stehende Klausel (GA 12) befindet sich in dem letzten Abschnitt "14. Allgemeine Informationen". Dieser Abschnitt hat 5 Absätze, von denen der erste, der dritte und der fünfte Abschnitt in "Fettschrift" hervorgehoben sind. Die streitgegenständliche Klausel bildet aber den zweiten Abschnitt, der lediglich in normaler, kleingedruckter Schrift gehalten ist. Es ist auch nicht so, dass sich dieser zweite Absatz direkt über der Zeile für die Unterschrift des Bestellers befinden würde.

4.

Die Wiederholungsgefahr ist durch die erfolgte Verwendung der Klausel in dem streitgegenständlichen Formular indiziert. Daran ändern auch nichts die gütlichen Absprachen zwischen den Parteien in der Vergangenheit bezüglich anderer Kunden. Vielmehr spricht die Weigerung, eine strafbewährte Unterlassungserklärung abzugeben, für eine Wiederholungsgefahr.

5.

Damit liegt hier ein Verstoß gegen das BDSG vor, so dass die Klausel bereits in Bezug auf die die Nutzung der Kontaktdaten für die Zusendung von Werbung per Post als unwirksam anzusehen ist, so dass ein Unterlassungsanspruch der Klägerin besteht.

IV.

Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Unterlassungsanspruch gemäß § 1 UKlaG, soweit es die Einwilligung sowohl eines Verbrauchers als auch eines Unternehmers in die Nutzung der Kontaktdaten für die Zusendung von Werbung per EMail und Fax betrifft.

In diesem Umfang ist die Klausel im Sinne von § 307 Abs. 2, Nr. 1 BGB unangemessen und deshalb gemäß § 307 Abs. 1, S. 1 unwirksam.

1.

In Bezug auf die formularmäßig erklärte Einwilligung in Werbung mittels E-Mail oder Fax ist die streitgegenständliche Klausel der Inhaltskontrolle unterworfen, weil durch die verwendete Klauselgestaltung eine von Rechtsvorschriften abweichende Regelung vereinbart wird (§ 307 Abs. 3, S. 1 BGB). Nach § 7 Abs. 2, Nr. 3 Var. 2 und 3 UWG stellt Werbung unter Verwendung eines Faxgerätes oder elektronischer Post eine unzumutbare Belästigung dar, sofern keine Einwilligung des Adressaten vorliegt. § 7 Abs. 2, Nr. 3 UWG verlangt, dass die Einwilligung mittels einer gesonderten Erklärung erteilt wird ("Optin"-Erklärung).

a.



Hierzu hat der BGH in seiner bereits zitierten "Pay Back" - Entscheidung (NJW 2008, 3055) ausgeführt:

"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 (Datenschutzrichtlinie). Zur Bestimmung des Begriffs der Einwilligung verweist Art. 2 S. 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, 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 der 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."

Eine Erklärung in Form einer "spezifischen Angabe" liegt jedenfalls nicht in der Unterschrift, mit der der Kunde eine Bestellung für ein ISDN-Gerät oder eine Flatrate abgibt. Die geforderte spezifische Angabe verlangt vielmehr eine gesonderte Erklärung durch zusätzliche Unterschrift oder individuelles Markieren eines entsprechenden Feldes ("Opt-In"-Erklärung).

"Diesen Anforderungen an die Auslegung des Begriffs der Einwilligung ist im nationalen Recht Rechnung zu tragen. Denn der deutsche Gesetzgeber hat mit der Regelung des § 7 UWG die in Art. 13 der Richtlinie 2002/58/EG enthaltenen Vorgaben zum Schutz der Privatsphäre des Betroffenen vor unverlangt auf elektronischem Wege zugesandter Werbung umsetzen wollen. ... Angesichts der spezifischen Schutzzweckanforderungen auf dem Gebiet der elektronischen Kommunikation enthält § 7 Abs. 2 UWG auch keine dem § 4a Abs. 1 S. 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 S. 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 (scil.: oder per Telefax) nicht, wenn sie zusammen mit anderen Erklärungen abgegeben wird. Insoweit enthält das UWG vielmehr eine gegenüber dem BDSG eigenständige Regelung (BGH a.a.O.)."

b.

Der Auffassung der Beklagten, die Regelung des § 7 Abs. 2 UWG könne keine Anwendung finden, weil sie als nationale Regelung enger ausfalle als es die UGP-Richtlinie (2005/29/EG) erlaube, ist nicht zu folgen.

Die Schwarze Liste der UGP-Richtlinie enthält zwar eine abschließende Aufzählung von unter allen Umständen unlauteren Geschäftspraktiken. Es ist aber zu berücksichtigen, dass der Anwendungsbereich des Anh I Nr. 26 UGP-Richtlinie durch Nr. 26 S. 2 u.a. zugunsten der Richtlinie 2002/58 (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation) eingeschränkt wird ("unbeschadet"). Der Tatbestand des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG ist durch Art. 13 Abs. 1 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation gedeckt. Danach darf die Verwendung von automatischen Anrufmaschinen, Faxgeräten oder elektronischer Post nur bei vorheriger Einwilligung der Teilnehmer gestattet werden. Der Tatbestand des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG ist von Art 13 Abs. 3 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation gedeckt, der dem nationalen Gesetzgeber ausdrücklich gestattet, die Telefonwerbung von der Einwilligung der betreffenden Teilnehmer ("optin") abhängig zu machen. Daran wollte die UGP-Richtlinie ausweislich des Erwägungsgrundes 14 (vorletzter und letzter Satz) nichts ändern (Köhler / Bornkamm, UWG, 29. Aufl., 2011, § 7 Rn 97).

2.

Der danach eröffneten Inhaltskontrolle hält die streitgegenständliche Klausel nicht stand. Soweit sie sich bei der Einwilligung in Werbung per E-Mail und Fax mit der Bestätigung durch Unterschrift am Ende des 14. Abschnitts bzw. am Ende des gesamten Formulars beschränkt, ist sie mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von denen sie abweicht, nicht zu vereinbaren und benachteiligt die Vertragspartner der Beklagten damit unangemessen, weil es an einer spezifischen Erklärung fehlt.

Der I. Zivilsenat hat im Rahmen des Pay Back Verfahrens auf Anfrage erklärt, dass dem von § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG geforderten bewussten Einverständnis ("optin") auch nach seiner Auffassung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur durch eine ausdrückliche Erklärung Rechnung getragen werden könne (und eine "Opt-Out"-Klausel ... von der gesetzlichen Regelung abweiche) .

Mangels zureichender Einverständniserklärung würde es sich deshalb bei Werbung, die auf Grund der streitgegenständlichen Klausel per E-Mail oder Fax versandt wird, um unverlangte Werbung handeln. Eine solche Werbung stellt nach § 7 Abs. 2 UWG eine unzumutbare Belästigung dar. Eine vorformulierte Einwilligungserklärung, die dem nicht Rechnung trägt, stellt sich deshalb als unangemessen im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB dar.

3.

Die vorhergehende Beurteilung gilt gleichermaßen für Verbraucher und Unternehmer, weil § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG anders als § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG keinerlei Unterscheidung vornimmt zwischen Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern.

4.

Demnach ist die Klausel auch in Bezug auf die Nutzung der Kontaktdaten für die Zusendung von Werbung per E-Mail und Fax als unwirksam anzusehen, so dass auch insoweit ein Unterlassungsanspruch der Klägerin besteht.

V.

Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Unterlassungsanspruch gemäß § 1 UKlaG, soweit es die Einwilligung sowohl eines Verbrauchers als auch eines Unternehmers in die Nutzung der Kontaktdaten für die Zusendung von Werbung per Telefon betrifft.

1.

Soweit es um die Verwendung dieser Klausel gegenüber Verbrauchern geht, kann auf die Ausführungen zu 2. verwiesen werden, weil auch insoweit eine ausdrückliche Einwilligung für die Nutzung der Kontaktdaten für die Zusendung von Werbung erforderlich ist.

2.

Soweit es um die Verwendung dieser Klausel gegenüber Unternehmern geht, ergibt sich kein Unterschied zur Konstellation der Verwendung gegenüber Verbrauchern. Auch wenn für eine Telefonwerbung gegenüber Unternehmern bzw. sonstigen Marktteilnehmern schon eine mutmaßliche Einwilligung ausreichend ist, führt dies hinsichtlich der streitgegenständlichen Klausel nicht zu einer anderen Beurteilung. Denn die streitgegenständliche Klausel wirkt deutlich darauf hin, eine ausdrückliche Einwilligung in schriftlicher Form zu erhalten. Eine solche ausdrückliche Einwilligung ist aber eben nur in Form einer "Optin"-Erklärung wirksam möglich.

Es kann auch nicht dahin argumentiert werden, dass dann, wenn eine wirksame ausdrückliche Einwilligung nicht vorliege, jedenfalls eine mutmaßliche Einwilligung angenommen werden könne. Für eine mutmaßliche Einwilligung ist es erforderlich, dass auf Grund konkreter Umstände ein sachliches Interesse des Anzurufenden am Anruf durch den Anrufer vermutet werden kann. Dies ergibt sich nicht allein aus einer unwirksamen ausdrücklichen Einwilligung.

3.

Damit ist die Klausel auch in Bezug auf die die Nutzung der Kontaktdaten für die Zusendung von Werbung per Telefon insgesamt als unwirksam anzusehen ist, so dass auch insoweit ein Unterlassungsanspruch der Klägerin besteht.

VI.

Aus den vorangegangenen Ausführungen ergibt sich, dass der Klägerin gemäß § 12 Abs. 1, S. 2 UWG der bereits erstinstanzlich zugesprochene Aufwendungsersatzanspruch, der nicht explizit erneut tenoriert worden ist, zusteht.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.