



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 348/06

Verkündet am:
16. Juli 2008
Ermel,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 Bm, Cl; BDSG §§ 4 Abs. 1, 4a Abs. 1, 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1; UWG § 7 Abs. 2 Nr. 3

- a) In Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die der Betreiber eines Kundenbindungs- und Rabattsystems für Verträge mit Verbrauchern über die Teilnahme an dem System verwendet, hält die Klausel

"Mit meiner Unterschrift erkläre ich mich einverstanden, dass die von mir oben angegebenen Daten sowie die Rabattdaten (Waren/Dienstleistungen, Preis, Rabattbetrag, Ort und Datum des Vorgangs) für an mich gerichtete **Werbung** (z.B. Informationen über Sonderangebote, Rabattaktionen) per Post und mittels ggfs. von mir beantragter Services (SMS oder E-Mail-Newsletter) sowie zu Zwecken der **Marktforschung** ausschließlich von der L. GmbH und den Partnerunternehmen gemäß **Nummer 2 der beiliegenden Hinweise zum Datenschutz** gespeichert und genutzt werden.

(...)

- ☐ Hier ankreuzen, falls die Einwilligung **nicht** erteilt wird."

der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht stand, soweit sie die Einwilligung in die Speicherung und Nutzung der Daten für die Zusendung von Werbung per SMS oder E-Mail-Newsletter betrifft.

Soweit die Klausel die Einwilligung in die Speicherung und Nutzung der Daten für die Zusendung von Werbung per Post sowie zu Zwecken der Marktforschung betrifft, unterliegt sie gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB nicht der Inhaltskontrolle.

- b) In Allgemeinen Geschäftsbedingungen der vorgenannten Art unterliegen folgende Klauseln nicht der Inhaltskontrolle:

"Wenn Sie am Payback Programm teilnehmen, werden ... Ihr Geburtsdatum ... benötigt. ...";

"Setzen Sie Ihre Payback-Karte bei einem Partnerunternehmen ein, so meldet dieses die Rabattdaten (Waren/Dienstleistungen ...) an L. zur Gutschrift, Abrechnung gegenüber den Partnerunternehmen, Verwaltung und Auszahlung der Rabatte."

BGH, Urteil vom 16. Juli 2008 - VIII ZR 348/06 - OLG München

LG München I

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Februar 2008 durch den Vorsitzenden Richter Ball, die Richter Dr. Wolst und Dr. Frellesen, die Richterin Dr. Milger sowie den Richter Dr. Achilles

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen das Urteil des 29. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 28. September 2006 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als auf die Berufung des Beklagten die Klage hinsichtlich nachstehender Klausel abgewiesen und die Berufung des Klägers gegen die teilweise Abweisung der Zahlungsklage zurückgewiesen worden ist.

Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des Landgerichts München I vom 9. März 2006 unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung hinsichtlich nachstehender Klausel teilweise abgeändert.

Der Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der schuldhaften Zuwiderhandlung zu zahlenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, insgesamt nicht mehr als zwei Jahre, zu vollziehen an den Vorstandsmitgliedern, zu unterlassen, die Klausel

"Mit meiner Unterschrift erkläre ich mich einverstanden, dass die von mir oben angegebenen Daten sowie die Rabattdaten (Waren/Dienstleistungen, Preis, Rabattbetrag, Ort und Datum des Vorgangs) für an mich gerichtete **Werbung** (z. B. Informationen über Sonderangebote, Rabattaktionen) per Post und mittels ggfs. von mir beantragter Services (SMS oder E-Mail-Newsletter) sowie zu Zwecken der **Marktforschung** ausschließlich von der L.

GmbH und den Partnerunternehmen gemäß **Nummer 2**



der beiliegenden Hinweise zum Datenschutz gespeichert und genutzt werden.

(...)

☐ Hier ankreuzen, falls die Einwilligung **nicht** erteilt wird."

im Rahmen von Verträgen mit Verbrauchern über die Gewährung von Rabatten in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu verwenden oder sich darauf zu berufen, soweit sie die Einwilligung in die Speicherung und Nutzung der Daten für die Zusendung von Werbung per SMS oder E-Mail-Newsletter betrifft.

Auf die Berufung des Klägers wird das vorbezeichnete Urteil dahin abgeändert, dass der Beklagte verurteilt wird, an den Kläger weitere 133,33 € nebst Zinsen in Höhe von 4% ab dem 12. Juli 2005 zu zahlen.

Die Kosten des Rechtsstreits haben der Kläger zu 3/5 und der Beklagte zu 2/5 zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger, ein in die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 Abs. 1 des Unterlassungsklagengesetzes (UKlaG) eingetragener Verein, nimmt den Beklagten auf Unterlassung der Verwendung dreier Klauseln in Anspruch, die dieser im Rahmen eines von ihm unter der Bezeichnung Payback betriebenen

Kundenbindungs- und Rabattsystems bei Verträgen mit Verbrauchern verwendet. Ferner verlangt er Aufwendungsersatz in Höhe von 200 €.

- 2 Der Beklagte bietet Verbrauchern die Möglichkeit, mit ihm einen auf Rabattgewährung gerichteten Vertrag abzuschließen, und verpflichtet sich dabei, den Teilnehmern eine Kundenkarte ("Payback-Karte") zur Legitimation bei einem der angeschlossenen Wirtschaftsunternehmen ("Partnerunternehmen") und zur Erfassung der Rabattansprüche zu erteilen, ein Bonuskonto einzurichten und nach Erwerb einer Ware oder Inanspruchnahme einer Dienstleistung darauf eingehende Bonuspunkte gutzuschreiben. Die Teilnehmer können die gesammelten Punkte gegen Prämien einlösen oder sich Bargeld auszahlen lassen.
- 3 Mit der Abwicklung des Systems und der Verwaltung dabei anfallender Daten hat der Beklagte die L. GmbH beauftragt. In dem - papiergebundenen - Anmeldeformular ("Ihre Payback Anmeldung"), welches vor Ausstellung der Kundenkarte auszufüllen ist, heißt es dazu: "Die Verwaltung Ihrer Daten (Basisdaten, freiwillige Angaben und Rabattdaten) erfolgt durch die Payback Betreibergesellschaft L. GmbH ... gemäß Ziffer 1 der beiliegenden Hinweise zum Datenschutz."
- 4 Das Anmeldeformular ist in fünf Abschnitte unterteilt. Zunächst wird im Abschnitt "Persönliche Angaben" nach Name, Geburtsdatum, Anschrift und Telefonnummer des Teilnehmers gefragt. Daran schließt sich der Abschnitt "Freiwillige Angaben" an, in dem der Teilnehmer Angaben über seinen Familienstand, das monatliche Haushaltsnettoeinkommen, den Besitz eines PC sowie Anzahl und Geburtsjahr der Kinder machen kann. In einem weiteren Abschnitt bietet der Beklagte an, eine Zweitkarte ausstellen zu lassen. Der vierte Abschnitt sieht unter der Überschrift "Profitieren Sie von zusätzlichen exklusiven Angeboten

und Einkaufsvorteilen!" die Möglichkeit vor, durch Angabe der Mobiltelefonnummer und/oder der E-Mail-Adresse des Teilnehmers Mitteilungen über den erreichten Punktestand sowie Informationen über "Extra-Punktechancen, Top-Aktionen und Neuigkeiten zu Payback" per SMS bzw. "E-Mail-Newsletter" zu erhalten.

- 5 Den Schluss bildet ein Abschnitt mit der Überschrift "Ihre Unterschrift". Dieser enthält unter dieser Überschrift und oberhalb der in gelber Farbe gehaltenen Unterschriftenzeile eine zusätzlich schwarz umrandete und durch Fettdruck hervorgehobene "Einwilligung in Werbung und Marktforschung", die mit nachstehend kenntlich gemachten Hervorhebungen durch Fettdruck/Unterstreichung wie folgt lautet, wobei das zum Ankreuzen vorgesehene Kästchen rechts neben dem übrigen Text der Klausel angeordnet ist:

"Mit meiner Unterschrift erkläre ich mich einverstanden, dass die von mir oben angegebenen Daten sowie die Rabattdaten (Waren/Dienstleistungen, Preis, Rabattbetrag, Ort und Datum des Vorgangs) für an mich gerichtete **Werbung** (z. B. Informationen über Sonderangebote, Rabattaktionen) per Post und mittels ggfs. von mir beantragter Services (SMS oder E-Mail-Newsletter) sowie zu Zwecken der **Marktforschung** ausschließlich von der L. GmbH und den Partnerunternehmen gemäß **Nummer 2 der beiliegenden Hinweise zum Datenschutz** gespeichert und genutzt werden.

(...)

☐ Hier ankreuzen, falls die Einwilligung nicht erteilt wird."

(nachfolgend: Klausel 1).

- 6 Dem Anmeldeformular liegt ein Faltblatt bei, welches "Teilnahmebedingungen für das Payback Programm", "Hinweise zum Datenschutz" sowie "Nutzungsbedingungen für SMS und E-Mail Newsletter" enthält. Unter Nr. 1 der "Hinweise zum Datenschutz" heißt es unter anderem:

"Wenn Sie am Payback Programm teilnehmen, werden ... Ihr Geburtsdatum ... benötigt ..." (nachfolgend: Klausel 2).

"Setzen Sie Ihre Payback-Karte bei einem Partnerunternehmen ein, so meldet dieses die Rabattdaten (Waren/Dienstleistungen ...) an L. zur Gutschrift, Abrechnung gegenüber den Partnerunternehmen, Verwaltung und Auszahlung der Rabatte" (nachfolgend: Klausel 3).

7 Das Landgericht (LG München I, DuD 2006, 309 = RDV 2006, 169) hat dem Antrag auf Unterlassung der Verwendung der Klausel 1 sowie der Zahlungsklage in Höhe eines Teilbetrags von 66,67 € stattgegeben; im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht (OLG München, DuD 2006, 741 = RDV 2007, 27) hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen; auf die Berufung des Beklagten hat es die Klage insgesamt abgewiesen. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Unterlassungs- und Zahlungsbegehren in vollem Umfang weiter.

Entscheidungsgründe:

8 Die Revision hat hinsichtlich der Klausel 1 zum Teil und hinsichtlich des Zahlungsantrages in vollem Umfang Erfolg; im Übrigen ist sie unbegründet.

I.

9 1. Das Berufungsgericht hat zu Klausel 1 ausgeführt:

10 Der Kläger sei für den von ihm geltend gemachten Unterlassungsanspruch nach § 1 UKlaG klagebefugt und aktivlegitimiert (§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 i. V. mit § 4 UKlaG), denn er sei in die Liste qualifizierter Einrichtungen eingetragen (§ 4

Abs. 1 und 2 UKlaG). Klagebefugnis und Aktivlegitimation erstreckten sich auf Bestimmungen, die nach den §§ 307 bis 309 BGB unwirksam seien (§ 1 UKlaG). Die Klage nach § 1 UKlaG könne auch auf die Unwirksamkeit einer Klausel wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen zwingendes Recht gestützt werden. Das schließe eine Berücksichtigung datenschutzrechtlicher Bestimmungen ein, sofern sie inhaltliche Anforderungen stellten. Die Art der Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen könne im Verbandsklageverfahren jedoch nicht kontrolliert werden. Formelle Mängel, wie zum Beispiel ein Verstoß gegen das Erfordernis der besonderen Hervorhebung der Einwilligung im Fall des § 4a Abs. 1 Satz 4 BDSG, rechtfertigten daher kein inhaltsbezogenes Klauselverbot.

11 Bei der Klausel 1 handele es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung (§ 305 Abs. 1 BGB), die nach § 307 Abs. 3 BGB kontrollfähig sei. Personenbezogene Daten dürften in gewissem Umfang zwar nach §§ 28, 29 BDSG auch ohne Einwilligung des Betroffenen für Werbe- und Marktforschungszwecke genutzt werden. Die Klausel gehe jedoch über diese gesetzlichen Befugnisse hinaus, soweit sie auch die Verwendung der Rabattdaten - insbesondere betreffend Waren und Dienstleistungen - für Werbe- und Marktforschungszwecke erlaube.

12 Die Klausel 1 halte der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB stand. Datenschutzrechtliche Bestimmungen seien zwar als gesetzliche Regelung im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB zu berücksichtigen. Jedoch genüge die Klausel 1, die eine so genannte "Opt-out"-Regelung ("Auskreuzlösung") enthalte, den von § 4a Abs. 1 BDSG gestellten Anforderungen. Gemäß § 4a Abs. 1 Satz 1 BDSG sei die Einwilligung nur wirksam, wenn sie auf der freien Entscheidung des Betroffenen beruhe. Die Vorschrift berücksichtige die Voraussetzungen des Art. 2

Buchst. h der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr. Danach müsse die Einwilligung ohne Zwang erfolgen. Ein derartiger Zwang bestehe bei der genannten Klausel nicht, weil der Verbraucher die Möglichkeit habe, die Einwilligung durch Ankreuzen nicht zu erteilen. Bei der Beurteilung sei nicht auf den flüchtigen, sondern auf den situationsadäquat aufmerksamen und sorgfältigen Verbraucher abzustellen; dieser werde derartige Klauseln nicht ungelesen akzeptieren.

- 13 Die Einwilligung werde nicht nur dann freiwillig erklärt, wenn sie rechtstechnisch als bewusste, vorherige Zustimmung gestaltet sei. § 4a Abs. 1 Satz 4 BDSG setze implizit voraus, dass eine vorformulierte Einwilligung nicht nur in Gestalt einer so genannten "Opt-in"-Klausel zulässig sei, bei der die Möglichkeit bestehe, "ja" oder "nein" anzukreuzen, sondern auch in Form einer "Opt-out"-Klausel.
- 14 Die Klausel 1 benachteilige den Verbraucher auch nicht unangemessen im Sinne von § 307 Abs. 1 BGB. Zwar trage der Verbraucher das Risiko des Überlesens. Dies stelle indes vor dem Hintergrund von § 4a Abs. 1 BDSG und im Hinblick darauf, dass nicht auf den flüchtigen, sondern auf den situationsadäquat aufmerksamen und sorgfältigen Verbraucher abzustellen sei, keine unangemessene Benachteiligung dar.
- 15 2. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung stand, soweit es um die Einwilligung des Verbrauchers in die Speicherung und Nutzung der Daten für die Zusendung von Werbung per Post sowie zu Zwecken der Marktforschung geht. Eine vorformulierte Einwilligung in die Speicherung und Nutzung

von Daten für diese Zwecke genügt in der vom Beklagten verwendeten Klauselvariante den Anforderungen der §§ 4 Abs. 1, 4a Abs. 1 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG), die in Bezug auf datenschutzrechtliche Bestimmungen den alleinigen Prüfungsmaßstab für die Frage bilden, ob durch die in Klausel 1 vorgesehene Zustimmungserklärung Regelungen vereinbart worden sind, die im Sinne von § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB von Rechtsvorschriften abweichen oder diese ergänzen.

- 16 a) Dem Berufungsgericht ist darin beizupflichten, dass der Kläger für den Unterlassungsanspruch nach § 1 UKlaG gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1, § 4 Abs. 1 UKlaG klagebefugt ist, weil er in die vom Bundesamt für Justiz geführte Liste der qualifizierten Einrichtungen eingetragen ist (zur Klagebefugnis vgl. BGH, Urteil vom 23. Januar 2003 - III ZR 54/02, WM 2003, 425, unter I 1).
- 17 b) Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung steht dem Unterlassungsanspruch nach § 1 UKlaG nicht entgegen, dass § 4 Abs. 1 BDSG nicht als Verbraucherschutzgesetz im Sinne von § 2 UKlaG angesehen wird, weil die Vorschrift alle natürlichen Personen, aber nicht speziell Verbraucher schützt (OLG Frankfurt am Main, GRUR 2005, 785, 786). Der Kläger erhebt keinen Unterlassungsanspruch wegen verbraucherschutzwidriger Praktiken aus § 2 UKlaG, sondern einen Unterlassungsanspruch wegen Verwendung unwirksamer Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen gemäß § 1 UKlaG.
- 18 c) Zutreffend hat das Berufungsgericht weiter angenommen, dass die beanstandete Klausel 1 eine Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne des § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB ist. Mit Rücksicht auf ihren Schutzzweck sind die §§ 305 ff. BGB auch auf eine vom Verwender vorformulierte einseitige Erklärung des anderen Teils anzuwenden, die im Zusammenhang mit dem Vertrags-

verhältnis steht (BGH, Urteil vom 27. Januar 2000 - I ZR 241/97, GRUR 2000, 818 = WRP 2000, 722, unter II 3 a - Telefonwerbung VI).

19 d) Die Klausel 1 ist unter dem Gesichtspunkt datenschutzrechtlicher Bestimmungen nicht zu beanstanden, weil die in § 4 Abs. 1, § 4a Abs. 1 BDSG gestellten Anforderungen an das Vorliegen einer wirksamen Einwilligung in die vom Beklagten erstrebte Datennutzung gewahrt sind (§ 307 Abs. 3 Satz 1 BGB). Weitergehende inhaltliche oder formale Anforderungen an die von einer wirksamen Einwilligung gedeckte Datennutzung, wie die Klausel 1 sie vorsieht, bestehen nach den Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes nicht.

20 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 Satz 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. Beides ist hier der Fall. Die formularmäßige Widerspruchsmöglichkeit gegen die Erteilung einer Einwilligung genügt jedenfalls bei der vom Beklagten gewählten Klauselgestaltung den Anforderungen, die an eine freie Entscheidung im Sinne von § 4 Abs. 1, § 4a Abs. 1 Satz 1 BDSG zu stellen sind. Angesichts der Art ihrer Einbettung in den übrigen Formulartext und der Textgestaltung wird die Einwilligungserklärung auch dem Hervorhebungserfordernis des § 4a Abs. 1 Satz 4 BDSG gerecht.

21 aa) 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 ("Opt-in"-Erklärung). Die Vorschrift

setzt Art. 2 Buchst. h der Datenschutz-Richtlinie 95/46/EG vom 24. Oktober 1995 (ABl. EG Nr. L 281 S. 31) um. Dort 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. § 4a Abs. 1 Satz 1 BDSG zielt nach der Gesetzesbegründung auf eine Berücksichtigung der Voraussetzung ab, dass die Einwilligung ohne Zwang erfolgen muss (BT-Drs. 14/4329, S. 34). An der Möglichkeit zu einer freien Entscheidung kann es etwa fehlen, wenn die Einwilligung in einer Situation wirtschaftlicher oder sozialer Schwäche oder Unterordnung erteilt wird (Brühann in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Band IV, Stand: Oktober 2007, A 30, Art. 2 Rdnr. 28; Damman/Simitis, EG-Datenschutz-Richtlinie, 1997, Art. 2 Rdnr. 23) oder wenn der Betroffene durch übermäßige Anreize finanzieller oder sonstiger Natur zur Preisgabe seiner Daten verleitet wird (Bergmann/Möhrle/Herb, Datenschutzrecht, Stand: Januar 2007, § 4a BDSG Rdnr. 7).

22 Bei der Entscheidung über den Beitritt zum Rabatt- und Kundenbindungssystem des Beklagten sowie beim Ausfüllen des Anmeldeformulars unterliegt der Verbraucher indes keinem derartigen rechtlichen, wirtschaftlichen oder faktischen Zwang. Das macht die Revision auch nicht geltend. Es ist nicht erkennbar, dass die Notwendigkeit, zur Versagung der Einwilligung in die Zusendung von Werbung das dafür vorbereitete Kästchen anzukreuzen ("Opt-out"-Erklärung), eine ins Gewicht fallende Hemmschwelle darstellt, die den Verbraucher davon abhalten könnte, von seiner Entscheidungsmöglichkeit Gebrauch zu machen (aA von Fragstein, EWIR 2006, 517, 518).

23 bb) Aus § 4a BDSG ergibt sich nicht, dass die Einwilligung nur dann wirksam sein soll, wenn sie, wie die Revision es für erforderlich hält, in der Weise "aktiv" erklärt wird, dass der Verbraucher eine gesonderte Einwilligungserklä-

rung unterzeichnen oder ein für die Erteilung der Einwilligung vorzusehendes Kästchen ankreuzen muss ("Opt-in"-Erklärung). Vielmehr ergibt sich aus § 4a Abs. 1 Satz 4 BDSG, dass die Einwilligung auch zusammen mit anderen Erklärungen schriftlich erteilt werden kann, sofern sie in diesem Fall besonders hervorgehoben wird. Durch dieses Erfordernis soll verhindert werden, dass die Einwilligung bei Formularverträgen im so genannten Kleingedruckten versteckt wird und der Betroffene sie durch seine Unterschrift erteilt, ohne sich ihrer und ihres Bezugsgegenstands bewusst zu sein, weil er sie übersieht (Gola/Schomerus, BDSG, 9. Aufl., § 4a Rdnr. 14; Schaffland/Wiltfang, BDSG, Stand: Dezember 2007, § 4a Rdnr. 29; Simitis, BDSG, 6. Aufl., § 4a Rdnr. 40). Weitergehende Wirksamkeitsanforderungen im Hinblick auf die Technik der Einwilligungserklärung, die bei der Auslegung des § 4a BDSG zu beachten wären, sind auch der Datenschutz-Richtlinie nicht zu entnehmen. Nach deren Art. 7 Buchst. a, Art. 2 Buchst. h muss sichergestellt sein, dass die Einwilligung der betroffenen Person in die Verarbeitung personenbezogener Daten "ohne jeden Zweifel", für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erteilt wird. Diesen Anforderungen kann auch eine zusammen mit anderen Erklärungen schriftlich erteilte Einwilligung genügen, sofern sie, wie nach § 4a Abs. 1 Satz 4 BDSG erforderlich, besonders hervorgehoben wird.

- 24 Den danach an eine gemäß § 4a BDSG wirksame Einwilligung zu stellenden Anforderungen wird die von dem Beklagten verwendete Klausel 1 mit ihrer Platzierung unmittelbar über der Unterschriftszeile, ihren Aussagen und ihren drucktechnischen Hervorhebungen gerecht. Sie ist entgegen der Ansicht der Revision so gestaltet, dass dem Verbraucher Umfang und Inhalt der Einwilligungserteilung nicht verborgen bleiben können, sondern dass sich ihm die mit der Unterschriftsleistung abzugebende Einwilligungserklärung - nicht zuletzt auch angesichts der denkbar einfachen und deutlich gestalteten Abwahrmöglichkeit - als sein bewusster und autonomer Willensakt darstellt. Es ist zwar nie

ganz auszuschließen, dass ein unsorgfältiger Verbraucher die vom Beklagten verwendete "Einwilligung in Werbung und Marktforschung" vor Abgabe seiner Unterschrift gleichwohl überliest. Wie die Revision einräumt, ist jedoch nicht auf einen oberflächlichen, sondern auf einen durchschnittlich informierten und verständigen Verbraucher abzustellen, der einer vorformulierten Einwilligungserklärung die der Situation angemessene Aufmerksamkeit entgegenbringt (BGHZ 156, 250, 252 f. - Marktführerschaft; BGH, Urteil vom 16. Dezember 2004 - I ZR 222/02, GRUR 2005, 438 = WRP 2005, 480, unter II 1 - Epson-Tinte). Auch im Rahmen von § 4a Abs. 1 BDSG ist dem Betroffenen jedenfalls ein Mindestmaß an Aufmerksamkeit zuzumuten (Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke/Munz, Datenschutzklauseln, Stand: November 2002, Rdnr. 17). Dem trägt die Klausel 1 hinreichend Rechnung. Denn sie ist so platziert und drucktechnisch so gestaltet, dass der Betroffene geradezu auf die mit der Unterschriftsleistung verbundene Einwilligungserklärung und die vorgesehene Abwahlmöglichkeit gestoßen wird.

- 25 Etwas anderes ergibt sich entgegen der Auffassung der Revision auch nicht daraus, dass der Verbraucher dem Inhalt des Formulars unter Umständen nur eine vergleichsweise flüchtige Aufmerksamkeit schenken mag, weil der auf Rabattgewährung gerichtete Vertrag aus seiner Sicht nicht mit einer Gegenleistung verbunden ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs schließen sich die Begriffe "flüchtig" und "verständlich" nicht gegenseitig aus (BGH, Urteil vom 19. April 2001 - I ZR 46/99, GRUR 2002, 81 = WRP 2002, 81, unter II 3 b - Anwalts- und Steuerkanzlei; BGH, Urteil vom 20. Oktober 1999 - I ZR 167/97, GRUR 2000, 619 = WRP 2000, 517, unter II 2 b - Orient-Teppichmuster). Angesichts der überschaubaren Gestaltung der hier streitigen Klausel ist auch von einem flüchtigen, aber durchschnittlich verständigen Verbraucher zu erwarten, dass er den Umstand der Einwilligung und die damit einhergehende Abwahlmöglichkeit zur Kenntnis nimmt.

- 26 3. Die Revision ist dagegen begründet, soweit sich die Klausel 1 auf die Einwilligung in die Speicherung und Nutzung der Daten für eine Übermittlung von Werbung durch telefonische Kurznachrichten (SMS) oder E-Mails bezieht ("...mittels von mir beantragter Services (SMS oder E-Mail-Newsletter...)"). In diesem Umfang ist die Klausel im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unangemessen und deshalb gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam.
- 27 a) In Bezug auf die formularmäßig erklärte Einwilligung in Werbung mittels SMS oder E-Mail ist die streitgegenständliche Klausel der Inhaltskontrolle unterworfen, weil durch die verwendete Klauselgestaltung eine von Rechtsvorschriften abweichende Regelung vereinbart wird (§ 307 Abs. 3 Satz 1 BGB). Nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 Var. 3 UWG stellt Werbung unter Verwendung elektronischer Post, insbesondere E-Mail und SMS, eine unzumutbare Belästigung dar, sofern keine Einwilligung des Adressaten vorliegt. Einwilligungsklauseln, die so gestaltet sind, dass der Kunde tätig werden und ein Kästchen ankreuzen muss, wenn er seine Einwilligung in die Zusendung von Werbung unter Verwendung von elektronischer Post nicht erteilen will ("Opt-out"-Erklärung), sind von dieser Vorschrift nicht gedeckt. § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG verlangt vielmehr, dass die Einwilligung mittels einer gesonderten Erklärung erteilt wird ("Opt-in"-Erklärung).
- 28 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 herein 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.

29 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 solche Erklärung liegt insbesondere nicht allein schon in der Unterschrift, mit der der Kunde das auf Rabattgewährung gerichtete Vertragsangebot annimmt. Die geforderte spezifische Angabe verlangt vielmehr eine gesonderte Erklärung durch zusätzliche Unterschrift oder individuelles Markieren eines entsprechenden Feldes ("Opt-in"-Erklärung).

30 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 enthal-

tenen Vorgaben zum Schutz der Privatsphäre des Betroffenen vor unverlangt auf elektronischem Wege zugesandter Werbung umsetzen wollen (BT-Drs. 15/1487, S. 15, 21). In den Gesetzesmaterialien zu § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG heißt es ausdrücklich, dass mit dieser Bestimmung, "entsprechend der Regelung der Fallgruppe 3 [§ 7 Abs. 3 Nr. 3 UWG] die so genannte Opt-in-Lösung gewählt" worden sei (BT-Drs. 15/1487, S. 21). 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).

- 31 b) Eine gesonderte Einwilligungserklärung liegt entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung nicht bereits in der Angabe der E-Mail-Adresse oder Mobilfunknummer durch den Kunden, wie dies im vierten Abschnitt des vom Beklagten verwendeten Anmeldeformulars vorgesehen ist. Sofern der Kunde diese Angaben macht, wird er über "Extra-Punktechancen, Top-Aktionen und Neuigkeiten zu Payback ... informiert". Damit willigt er lediglich in die Übermittlung der in der Klausel ausdrücklich genannten Informationen per E-Mail oder SMS-

Nachricht ein, erklärt aber keine Einwilligung in die Zusendung von Werbung jeglicher Art durch elektronische Post.

32 Auch die Voraussetzungen des § 7 Abs. 3 UWG, unter denen eine Ausnahme vom Erfordernis der Einwilligung des Adressaten in die Zusendung elektronischer Post besteht, sind nicht oder jedenfalls nicht vollständig erfüllt.

33 c) Der danach eröffneten Inhaltskontrolle hält die Klausel 1 in dem vorbezeichneten Umfang nicht stand. Soweit sie sich bei der Einwilligung in Werbung per E-Mail oder SMS auf eine "Opt-out"-Erklärung beschränkt, ist sie mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von denen sie abweicht, nicht zu vereinbaren und benachteiligt die Vertragspartner des Beklagten damit unangemessen, weil hierin die Einwilligung nicht mit der geforderten spezifischen Angabe, sich gerade auch auf eine Werbung per E-Mail oder SMS einlassen zu wollen, zum Ausdruck kommt (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Dem steht die Rechtsprechung des für Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche aus dem Gesetz über den unlauteren Wettbewerb zuständigen I. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs nicht entgegen, soweit dort zur belästigenden Werbung im Sinne von § 1 UWG aF bzw. nunmehr § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG ausgeführt ist, dass durch die Zusendung von E-Mails zu Werbezwecken eine Belästigung für den Empfänger entstehe, die dieser nicht hinzunehmen brauche, wenn er nicht ausdrücklich oder konkludent sein Einverständnis erklärt habe (Urteile vom 11. März 2004 - I ZR 81/01, GRUR 2004, 517, unter II 2 b aa - E-Mail-Werbung; vom 1. Juni 2006 - I ZR 167/03, GRUR 2007, 164, Tz. 8 - Telefax-Werbung II). Der I. Zivilsenat hat auf Anfrage erklärt, dass dem von § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG geforderten bewussten Einverständnis ("opt-in") auch nach seiner Auffassung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur durch eine ausdrückliche Erklärung Rechnung

getragen werden könne und eine "Opt-out"-Klausel der hier zu beurteilenden Art von der gesetzlichen Regelung abweiche.

34 Mangels zureichender Einverständniserklärung würde es sich deshalb bei Werbung, die auf Grund der Klausel 1 per SMS oder E-Mail versandt wird, um unverlangte Werbung handeln. Eine solche Werbung stellt nach § 7 Abs. 2 UWG eine unzumutbare Belästigung dar. Diese belästigende Wirkung geht nicht nur von einer Versendung von Werbe-E-Mails ohne Einwilligung des Empfängers aus ("Spam"; vgl. Köhler in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 26. Aufl., § 7 Rdnr. 81). Der unverlangte Versand von Werbung mittels SMS greift ähnlich stark in die Privatsphäre des Adressaten ein (Koch in: Ullmann, jurisPK-UWG, Stand: 4. Oktober 2007, § 7 Rdnr. 284). Eine vorformulierte Einwilligungserklärung, die dem nicht Rechnung trägt, stellt sich deshalb als unangemessen im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB dar.

35 d) Die Unangemessenheit des vorgenannten Regelungsteils führt nicht zur Unwirksamkeit der gesamten Klausel (§ 306 Abs. 1 BGB). Lässt sich eine komplexe Formularbestimmung inhaltlich und nach ihrem Wortlaut aus sich heraus verständlich und sinnvoll in einen zulässigen und in einen unzulässigen Regelungsteil trennen, so ist die Aufrechterhaltung des zulässigen Teils nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs rechtlich unbedenklich (siehe nur Senatsurteil vom 25. März 1998 - VIII ZR 244/97, WM 1998, 1452 unter II 1 a cc m.w.N.). So ist es hier. Sprachlich und gegenständlich verbleibt nach Streichung des unwirksamen Regelungsteils "... mittels von mir beantragter Services (SMS oder E-Mail-Newsletter ...)" ein aus sich heraus verständlicher, selbständiger Klauseltext, der die Einwilligung in Werbung per Post betrifft und - wie aufgezeigt - Gegenstand einer gesonderten Wirksamkeitsprüfung sein kann.

II.

36 1. Die Klausel 2 hat das Berufungsgericht als wirksam angesehen und zur Begründung ausgeführt:

37 Bei ihr handele es sich nicht um eine Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB. Nach dem maßgeblichen Empfängerhorizont enthalte diese Klausel keine Vertragsbedingung, sondern lediglich einen tatsächlichen Hinweis. Gegen eine Vertragsbedingung spreche bereits, dass sie sich in der Rubrik "Hinweise zum Datenschutz" befinde, die von der Rubrik "Teilnahmebedingungen für das Payback Programm" räumlich abgesetzt sei. Außerdem komme der Klausel 2 aus Sicht des Verbrauchers deshalb kein eigenständiger Vertragsregelungsgehalt zu, weil sich der Umstand, dass das Geburtsdatum als Pflichtangabe benötigt werde, bereits aus dem Anmeldeformular ergebe, welches "Persönliche Angaben" und "Freiwillige Angaben" unterscheide und unter "Persönliche Angaben" ein Feld für das Geburtsdatum vorsehe.

38 Im Übrigen sei die Klausel 2 nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB nicht kontrollfähig, weil sie sich in einem Hinweis auf die für den Beklagten nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG bestehende Berechtigung erschöpfe. Nach dieser Vorschrift sei das Erheben personenbezogener Daten für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke zulässig, wenn es der Zweckbestimmung eines Vertragsverhältnisses oder eines vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses diene. Dies sei dann der Fall, wenn Daten zur Erfüllung der Pflichten oder der Wahrnehmung von Rechten aus dem Vertrag gebraucht würden. Diese Voraussetzung liege im Hinblick auf das Geburtsdatum vor. Es stelle ein geeignetes Kriterium zur Identifizierung von Kunden und zur Unterscheidung namensgleicher Kunden dar. Das bloße Geburtsjahr ermögliche bei der großen Zahl von Teilnehmern am

Payback-Programm (über 30 Millionen) die erforderliche Unterscheidung nicht hinreichend zuverlässig. Außerdem sei allein das Geburtsjahr zur Kontrolle der Einhaltung der Altersgrenze - gemäß Nr. 1.2 der Teilnahmebedingungen die Vollendung des 16. Lebensjahrs - nicht hinreichend geeignet. Auch eine PIN-Nummer versage als Identifizierungsmerkmal bei denjenigen Kunden, die sie vergessen oder verlegt hätten. Einen Verstoß gegen den Grundsatz der Datensparsamkeit nach § 3a BDSG könne der Kläger im Übrigen nicht mit Erfolg geltend machen, weil diese Vorschrift nur einen Programmsatz enthalte.

39 2. Diese Beurteilung hält rechtlicher Überprüfung stand.

40 a) Es kann dahinstehen, ob die von der Revision angegriffene Bestimmung eine Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB ist, also ob sie überhaupt den Vertragsinhalt regelt oder ob sie nicht nur einen tatsächlichen Hinweis enthält, weil das Geburtsdatum des Teilnehmers bereits im Abschnitt "Persönliche Angaben" erhoben wird.

41 b) Jedenfalls unterliegt auch diese Bestimmung nicht der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB, weil sie keine von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelung enthält (§ 307 Abs. 3 Satz 1 BGB). Gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Alt. 1 BDSG ist das Erheben, Speichern, Verändern oder Übermitteln personenbezogener Daten oder ihre Nutzung als Mittel für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke zulässig, wenn es der Zweckbestimmung eines Vertragsverhältnisses mit dem Betroffenen dient. Darüber hinausgehende Befugnisse räumt die angegriffene Klausel dem Beklagten nicht ein.

42 Nach der Gesetzesbegründung soll § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG den Gedanken der Zweckbestimmung der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung

personenbezogener Daten als Mittel für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke verdeutlichen (BT-Drs. 14/4329, S. 42). Schon angesichts der Vielzahl der Teilnehmer am Payback-Programm gehört eine praktikable und gleichzeitig sichere Methode der Identifizierung der Programtteilnehmer zu den Vertragszwecken. Die Angabe des vollständigen Geburtsdatums ist bei einem Bonusprogramm, welches nach den Feststellungen des Berufungsgerichts rund dreißig Millionen Teilnehmer hat, zur Vermeidung von Identitätsverwechslungen in besonderer Weise geeignet.

- 43 Es kommt nicht darauf an, ob die Kenntnis des vollständigen Geburtsdatums des Teilnehmers für ein Bonusprogramm zwingend erforderlich ist oder nicht. Zwar soll das Erfordernis des "Dienens" im Sinne von § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG erst dann gewahrt sein, wenn die Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung zur Erfüllung des Vertragszwecks erforderlich ist (vgl. Gola/Schomerus, aaO, § 28 Rdnr. 13; Simitis, aaO, § 28 Rdnr. 91, jeweils m.w.N.; siehe bereits BAGE 53, 226, 233). Jedoch zieht auch der Kläger nicht in Zweifel, dass außer dem Namen, der Anschrift und dem bloßen Geburtsjahr des Teilnehmers ein weiteres Identifizierungsmerkmal notwendig ist. Es ist deshalb nicht zu beanstanden, dass der Beklagte angesichts des nicht von der Hand zu weisenden Bedürfnisses nach Identifizierungssicherheit das vollständige Geburtsdatum als ein überlegenes Identifizierungsmerkmal gewählt hat. Denn § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG setzt nicht voraus, dass die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung gerade der betreffenden Daten für die Zweckbestimmung des Vertragsverhältnisses unverzichtbar ist (Schaffland/Wiltfang, aaO, § 28 Rdnr. 18 f.).

III.

- 44 1. Die Klausel 3 ist nach Auffassung des Berufungsgerichts ebenfalls nicht zu beanstanden. Es hat ausgeführt:

45 Auch bei dieser Klausel handele es sich nicht um eine Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB, sondern lediglich um einen Hinweis, der nach seinem objektiven Wortlaut nicht den Eindruck hervorrufe, den Inhalt eines vertraglichen Rechtsverhältnisses zu regeln. Gegen den AGB-Charakter der Klausel spreche bereits, dass sie von der Rubrik "Teilnahmebedingungen für das Payback Programm" räumlich abgesetzt sei. Mit dieser Klausel werde der Verbraucher zudem lediglich unterrichtet, an wen die so genannten Rabattdaten übermittelt würden. Der Verbraucher werde die Klausel nicht dahin verstehen, dass sie die Berechtigung des Beklagten zur Übermittlung der Rabattdaten konstitutiv regeln solle. Der Beklagte komme damit vielmehr lediglich seiner Hinweispflicht nach § 4 Abs. 3 BDSG nach.

46 Im Übrigen sei die Bestimmung auch deshalb nicht kontrollfähig im Sinne von § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB, weil sie sich ebenfalls in einem Hinweis auf die für den Beklagten nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG bestehende Berechtigung erschöpfe. Wie bereits das Landgericht zu Recht ausgeführt habe, stehe demjenigen, der an dem Rabattsystem des Beklagten teilnehme, gemäß § 666 BGB ein Anspruch auf Auskunft im Zusammenhang mit der Gutschrift, Verwaltung und Auszahlung der Payback-Punkte zu. Der Beklagte habe hinreichend dargetan und belegt, dass er bzw. die Betreibergesellschaft L. GmbH zur Erfüllung dieses Anspruchs wissen müssten, welche Waren oder Dienstleistungen dem jeweiligen Rabattvorgang zugrunde lägen, zumal die Partnerunternehmen des Payback-Systems die Möglichkeit hätten, Sonderaktionen mit besonders hohen Punktwerten durchzuführen. Im Hinblick auf die Fülle der Möglichkeiten von rabattrelevanten Sonderaktionen durch Partnerunternehmen, wie sie der Beklagte erläutert habe, gebe es zur Übermittlung der Waren und Dienstleistungen betreffenden Rabattdaten keine mit vernünftigem Aufwand realisierbare und praktikable Alternative. Auch die vom Beklagten vor-

gelegten Kundenbeschwerden könnten ohne Kenntnis der betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht sachgerecht bearbeitet werden.

47 2. Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

48 Es kann offenbleiben, ob die Klausel nach ihrem Wortlaut bei den Empfängern den Eindruck hervorruft, es solle der Inhalt eines vertraglichen Rechtsverhältnisses geregelt werden (§ 305 Abs. 1 Satz 1 BGB), oder ob sie nicht lediglich einen tatsächlichen Vorgang beschreibt. Jedenfalls ist die Klausel nicht kontrollfähig, weil ihr Inhalt von § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Alt. 1 BDSG gedeckt wird (§ 307 Abs. 3 Satz 1 BGB). Die Mitteilung der Rabattdaten durch das Partnerunternehmen dient, auch soweit es um eine Mitteilung der von den Teilnehmern unter Einsatz der Payback-Karte erworbenen Waren und Dienstleistungen geht, der Zweckbestimmung des Vertragsverhältnisses des Beklagten mit den Teilnehmern des Rabattprogramms.

49 Unter Nr. 3.1 Satz 2 der Teilnahmebedingungen räumt der Beklagte den Teilnehmern das Recht ein, jederzeit ihren aktuellen Punktestand abzurufen. Das entspricht den in § 666 BGB geregelten Auskunft- und Rechenschaftspflichten eines Beauftragten gegenüber dem Auftraggeber. Seiner Verpflichtung kann der Beklagte nur gerecht werden, wenn die von ihm erteilten Auskünfte für den Kunden nachprüfbar sind. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die dem Bonusprogramm angeschlossenen Partnerunternehmen von einer Vielzahl unterschiedlicher Rabattierungsmöglichkeiten Gebrauch machen, die speziell von der jeweiligen Ware bzw. Dienstleistung abhängen können. Angesichts dessen bedarf der Beklagte der Kenntnis der vom Kunden bei dem Partnerunternehmen erworbenen Waren bzw. in Anspruch genommenen Dienstleistungen, um den Kunden über deren Punktestand vollständig, richtig,

verständlich und nachprüfbar Auskunft geben zu können. Namentlich dann, wenn der Kunde häufiger bei einem dem Rabattsystem angeschlossenen Unternehmen einkauft, dessen Warensortiment breit gestreut ist, ist die Benennung der Ware oder Dienstleistung in der Regel das maßgebliche Identifizierungsmerkmal, um den Rabattierungsvorgang nachverfolgen und überprüfen zu können.

IV.

50 Der Zahlungsanspruch folgt aus § 5 UKlaG i. V. mit § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG. Eine Kostenpauschale ist auch dann in voller Höhe zu entrichten, wenn die Abmahnung nur teilweise berechtigt war (BGH, Urteil vom 8. Oktober 1998 - I ZR 94/97, WRP 1999, 509, unter III 2; OLG Frankfurt am Main, GRUR 1991, 690; Bornkamm in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, aaO, § 12 Rdnr. 1.99; Fezer/Büscher, Lauterkeitsrecht, 2005, § 12 UWG Rdnr. 52; Ahrens/Scharen, Der Wettbewerbsprozess, 5. Aufl., Kap. 11 Rdnr. 35 m.w.N.).

51 Der Zinsanspruch ergibt sich aus § 291 BGB.

V.

52 Das Berufungsurteil ist nach alledem aufzuheben, soweit das Oberlandesgericht auf die Berufung des Beklagten die Klage hinsichtlich der begehrten Unterlassung im vorstehend erörterten Umfang und hinsichtlich der Kostenerstattung teilweise abgewiesen und die Berufung des Klägers gegen die Teilabweisung der Zahlungsklage zurückgewiesen hat (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Rechtsstreit ist zur Endentscheidung reif, so dass der Senat abschließend zu

entscheiden hat (§ 563 Abs. 3 ZPO). Im Umfang der Aufhebung des Berufungsurteils ist der Klage stattzugeben.

Ball

Dr. Wolst

Dr. Frellesen

Dr. Milger

Dr. Achilles

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 09.03.2006 - 12 O 12679/05 -

OLG München, Entscheidung vom 28.09.2006 - 29 U 2769/06 -