



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

VIII ZR 12/08

Verkündet am:  
11. November 2009  
Vorusso,  
Justizhauptsekretärin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 305, 307 Bm; Ca, Cl; 308; BDSG §§ 4, 4a, 28

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

#### **"Einwilligung in Beratung, Information (Werbung) und Marketing**

Ich bin damit einverstanden, dass meine bei HappyDigits erhobenen persönlichen Daten (Name, Anschrift, Geburtsdatum) und meine Programmdaten (Anzahl gesammelte Digits und deren Verwendung; Art der gekauften Waren und Dienstleistungen; freiwillige Angaben) von der C. GmbH [...], als Betreiberin des HappyDigits Programms und ihren Partnerunternehmen zu Marktforschungs- und schriftlichen Beratungs- und Informationszwecken (Werbung) über Produkte und Dienstleistungen der jeweiligen Partnerunternehmen gespeichert, verarbeitet und genutzt werden. Näheres hierzu in der Datenschutzerklärung als Teil der Teilnahmebedingungen, die Sie mit Ihrer Karte erhalten und die auch in allen K. Filialen und bei allen anderen Partnern eingesehen werden können. **Sind Sie nicht einverstanden, streichen Sie die Klausel.** Eine Streichung hat keinen Einfluss auf Ihre Teilnahme am Programm. Ihre Einwilligung können Sie jederzeit gegenüber der C. widerrufen. Daten von Minderjährigen werden automatisch von der Datennutzung für Werbezwecke ausgeschlossen."

nicht der Inhaltskontrolle, weil sie nicht von den Regelungen des Bundesdatenschutzgesetzes abweicht (§ 307 Abs. 3 Satz 1 BGB; im Anschluss an BGHZ 177, 253).

b) In Allgemeinen Geschäftsbedingungen der vorgenannten Art hält folgende Klausel der Inhaltskontrolle nicht stand:

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

BGH, Urteil vom 11. November 2009 - VIII ZR 12/08 - OLG Köln  
LG Köln

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Oktober 2009 durch den Vorsitzenden Richter Ball, die Richterinnen Dr. Milger, Dr. Hessel und Dr. Fetzer sowie den Richter Dr. Büniger

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten und die Anschlussrevision des Klägers wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 14. Dezember 2007 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 21. Januar 2008 unter Zurückweisung der weitergehenden Revision insoweit aufgehoben, als der Unterlassungsklage auf die Berufung des Klägers teilweise stattgegeben und die Berufung des Klägers wegen nachstehender Klausel und wegen der Abweisung des Zahlungsanspruchs teilweise zurückgewiesen worden ist.

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil der 26. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 9. Mai 2007 unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen hinsichtlich nachstehender Klausel teilweise abgeändert.

Die 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 jeweiligen Geschäftsführern, zu unterlassen, die folgende oder eine dieser inhaltsgleiche Klausel in Verträgen mit Verbrauchern über die Gewährung von Rabatten zu verwenden oder sich auf diese Klausel bei der Abwicklung derartiger, nach dem 1. April 1977 geschlossener Verträge zu berufen:

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

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger weitere 150 € nebst 4 % Zinsen seit dem 26. August 2005 zu zahlen.

Von den Kosten des Revisionsverfahrens tragen der Kläger 2/3 und die Beklagte 1/3.

Da der Kläger die Revision zurückgenommen hat, wird er dieses Rechtsmittels für verlustig erklärt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger ist der Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände. Er ist in die gemäß § 4 des Unterlassungsklagengesetzes (UKlaG) bei dem Bundesverwaltungsamt geführte Liste qualifizierter Einrichtungen eingetragen. Die Beklagte betreibt unter der Bezeichnung HappyDigits ein Kundenbindungs- und Rabattsystem. Sie bietet Verbrauchern die Möglichkeit, mit ihr einen auf Rabattgewährung gerichteten Vertrag abzuschließen. Die Teilnehmer werden von der Beklagten mit einer Kundenkarte ausgestattet. Einkäufe der Teilnehmer bei einem dem Rabattsystem angeschlossenen Wirtschaftsunternehmen ("Partnerunternehmen") werden nach der Vorlage der Karte von dem Partnerunternehmen registriert. Die gespeicherten Daten werden der Beklagten zugeleitet, die für jeden Teilnehmer ein Bonuskonto führt, den Teilnehmern die entsprechenden, Digits genannten Bonuspunkte gutschreibt und schließlich Rabatte auszahlt, deren Höhe sich nach der Anzahl der Bonuspunkte richtet.
- 2 Die Beklagte verwendet ein von dem Teilnehmer auszufüllendes Anmeldeformular, das Bestandteil einer unter anderem bei den Partnerunternehmen der Beklagten erhältlichen Werbebroschüre der Beklagten ist. Es ist drucktechnisch in drei Abschnitte unterteilt. Unter der drucktechnisch durch rote Unterlegung hervorgehobenen Überschrift "Ja, ich will Digits sammeln (...)" befinden

sich Felder, in denen Name, Vorname, Adresse und Geburtsdatum des jeweiligen Teilnehmers einzutragen sind. Es folgt ein weiterer drucktechnisch hervorgehobener Abschnitt, der das Sammeln von Digits beim Telefonieren betrifft. Sodann heißt es unter der drucktechnisch durch rote Unterlegung hervorgehobenen Überschrift "Ja, ich will immer aktuell informiert sein und eine Reise in die Sonne gewinnen", zusätzlich umrandet und mit den nachstehend kenntlich gemachten Hervorhebungen durch Fettdruck wie folgt:

**"Einwilligung in Beratung, Information (Werbung) und Marketing**

Ich bin damit einverstanden, dass meine bei HappyDigits erhobenen persönlichen Daten (Name, Anschrift, Geburtsdatum) und meine Programm- und Kontaktdaten (Anzahl gesammelte Digits und deren Verwendung; Art der gekauften Waren und Dienstleistungen; freiwillige Angaben) von der C. GmbH (C. ), [...], als Betreiberin des HappyDigits Programms und ihren Partnerunternehmen zu Marktforschungs- und schriftlichen Beratungs- und Informationszwecken (Werbung) über Produkte und Dienstleistungen der jeweiligen Partnerunternehmen gespeichert, verarbeitet und genutzt werden. Näheres hierzu in der Datenschutzerklärung als Teil der Teilnahmebedingungen, die Sie mit Ihrer Karte erhalten und die auch in allen K. Filialen und bei allen anderen Partnern eingesehen werden können. **Sind Sie nicht einverstanden, streichen Sie die Klausel.** Eine Streichung hat keinen Einfluss auf Ihre Teilnahme am Programm. Ihre Einwilligung können Sie jederzeit gegenüber der C. widerrufen. Daten von Minderjährigen werden automatisch von der Datennutzung für Werbezwecke ausgeschlossen."

(nachfolgend: Klausel 1)

- 3 Nach dem Rahmenbalken können sich die Teilnehmer mit dem Erhalt von Werbung auch auf weiteren Kommunikationswegen einverstanden erklären und zu diesem Zweck ihre E-Mail-Adresse, Festnetz-Telefonnummer, Mobil-Rufnummer und Fax-Rufnummer angeben. In diesem Fall wird ihnen die Möglichkeit der Teilnahme an einer Gewinnverlosung eröffnet, auf die mit einem seitlich von den auszufüllenden Feldern platzierten farbigen Bild hingewiesen

wird. Vor der Unterschriftenzeile am Ende der Seite befindet sich folgender Satz:

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

(nachfolgend: Klausel 2)

- 4 Mit seiner Klage verlangt der Kläger - neben Unterlassungsansprüchen wegen zweier weiterer Klauseln, auf die es hier nicht mehr ankommt - von der Beklagten Unterlassung der Verwendung der Klauseln 1 und 2 in mit Verbrauchern über die Gewährung von Rabatten zu schließenden Verträgen sowie ferner Aufwendungsersatz in Höhe von 200 € nebst Zinsen in Höhe von 4 % seit Klagezustellung für die von ihm wegen aller ursprünglich angegriffenen Klauseln ausgesprochene, fruchtlos gebliebene Abmahnung.
- 5 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht das Urteil teilweise abgeändert und der Klage hinsichtlich der Klausel 1 in der vom Kläger im Berufungsverfahren noch beanstandeten, durch die Umrahmung, die drucktechnischen Hervorhebungen und die Schriftgröße charakterisierten konkreten Verletzungsform sowie wegen des Zahlungsanspruchs in Höhe von 50 € nebst anteiligen Zinsen stattgegeben. Es hat die Revision zugelassen, soweit es die Beklagte zur Unterlassung der Verwendung der Klausel 1 verurteilt und die Berufung des Klägers wegen der beiden weiteren, in der Revision nicht mehr im Streit stehenden Klauseln zurückgewiesen hat.
- 6 Mit ihrer Revision wendet sich die Beklagte gegen die Verurteilung zur Unterlassung der Verwendung der Klausel 1 und gegen die Verurteilung zur

Zahlung. Der Kläger hat seine ursprünglich wegen der beiden weiteren Klauseln eingelegte Revision wieder zurückgenommen. Er verfolgt mit der Anschlussrevision nur noch seinen Unterlassungsantrag hinsichtlich der Klausel 2 sowie den restlichen Zahlungsanspruch nebst Zinsen weiter.

Entscheidungsgründe:

7 Die Revision der Beklagten hat, soweit sie sich gegen die Verurteilung zur Unterlassung wendet, Erfolg; im Übrigen ist sie zurückzuweisen. Die Anschlussrevision des Klägers hat Erfolg.

I.

8 Das Berufungsgericht (OLG Köln, OLGR 2008, 461 ff.) hat zur Begründung seiner Entscheidung - soweit für das Revisionsverfahren noch erheblich - im Wesentlichen ausgeführt:

9 Dem Kläger stehe der geltend gemachte Unterlassungsanspruch nach § 1 UKlaG wegen der Klausel 1 zu. Sie benachteilige die an dem Kundenbindungs- und Rabattsystem der Beklagten teilnehmenden Verbraucher unangemessen (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB). Im Gegensatz zu einer Regelung, wonach ein Einverständnis des Verbrauchers mit der Speicherung, Verarbeitung und Nutzung seiner persönlichen Daten durch aktives Tun, beispielsweise durch das Ankreuzen eines bestimmten Kästchens, erklärt werden müsse, stelle eine Klausel, die ihm lediglich ermögliche, durch Streichung der Klausel sein Einverständnis zu verweigern, eine unangemessene Benachteiligung dar.

10 Zwar verstoße die Regelung nicht gegen § 4a BDSG. Aus der dort vorgesehenen Schriftform lasse sich nicht herleiten, dass die Klausel nicht voll-

ständig vorformuliert sein dürfe, sondern zumindest ein Ankreuzen erforderlich mache. Die Erklärung sei auch im Sinne von § 4a BDSG durch die Überschriften und die Umrahmung besonders hervorgehoben. Gleichwohl stelle unter Berücksichtigung der Gesamtumstände das Erfordernis der Streichung der Klausel eine unangemessene Benachteiligung dar. Der durchschnittlich aufgeklärte, situationsbedingt aufmerksame Verbraucher werde die Klausel zwar wahrnehmen und die ihm eingeräumte Wahlmöglichkeit auch erkennen. Er werde von ihr aber nicht in einem Umfang Gebrauch machen, wie es seinen Belangen entspreche. Die Beklagte biete den Teilnehmern (nahezu) ohne jegliche Gegenleistung finanzielle Vergünstigungen in der Form des ausgelobten Rabatts an. Im Hinblick auf die Attraktivität des Angebots werde der Verbraucher die vorgegebene Option des Einverständnisses mit der Übersendung von Werbung eher akzeptieren und bereit sein, sich das Einverständnis mit den angebotenen ökonomischen Vorteilen "abkaufen" zu lassen. Demgegenüber halte eine so genannte "Opt-in"-Regelung, wonach ein Einverständnis durch den Verbraucher nur durch dessen aktives Tun, also zum Beispiel durch Ankreuzen eines entsprechenden Kästchens, erklärt werden könne, den Teilnehmer in dieser Situation eher davon ab, letztlich gegen seinen Willen sein Einverständnis mit dem Erhalt von Werbung zu erklären.

- 11           Wegen der Klausel 2 stehe dem Kläger ein Unterlassungsanspruch gemäß § 1 UKlaG nicht zu. Die Klausel 2 weiche nicht von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung des § 305 Abs. 2 BGB ab (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Es sei anerkannt, dass der gemäß § 305 Abs. 2 BGB erforderliche ausdrückliche Hinweis auch in den Geschäftsbedingungen selbst enthalten sein könne. Er müsse so gestaltet sein, dass er von einem Durchschnittskunden nicht übersehen werden könne. Diese Voraussetzung sei hier erfüllt. Die streitgegenständliche Passage finde sich nahezu unmittelbar über dem Feld, in dem der Verbraucher zu unterzeichnen habe. Hinzu komme, dass die bloße Kennt-



nisnahme selbst die Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gar nicht bewirken solle. Es werde dort nämlich lediglich angekündigt, dass der Kunde die Allgemeinen Teilnahmebedingungen zukünftig erhalte und mit seiner ersten Aktivität anerkenne. Die Einbeziehung solle nach diesem eindeutigen Wortlaut mithin nicht schon durch die angegriffene Passage, sondern erst künftig, nämlich mit dem Beginn der Teilnahme Vertragsbestandteil werden.

12           Wegen der Abmahnung stehe dem Kläger der geltend gemachte Anspruch auf Aufwendungsersatz nach § 5 UKlaG in Verbindung mit § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG nebst Zinsen nur in Höhe von einem Viertel des geltend gemachten Betrages von 200 € zu, weil die Abmahnung, mit der der Kläger vier Klauseln angegriffen habe, nur bezüglich einer Klausel begründet sei.

## II.

13           Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

14           A. Die Revision der Beklagten ist zulässig und begründet, soweit sie sich gegen die Verurteilung zur Unterlassung der Verwendung der Klausel 1 wendet. Der wegen der Klausel 1 geltend gemachte Unterlassungsanspruch steht dem Kläger nicht zu (§ 1 UKlaG, § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB).

15           1. Das Berufungsgericht geht zwar zutreffend davon aus, dass die Klausel 1 eine von der Beklagten verwendete Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB darstellt (vgl. BGHZ 177, 253, Tz. 18 m.w.N.). Die von der Revision erhobene Rüge, das Berufungsurteil enthalte hinsichtlich der Frage der Passivlegitimation keine Gründe (§ 547 Nr. 6 ZPO), greift nicht durch. Das Berufungsgericht hat - von der Revision unangegriffen - festgestellt, dass die Beklagte das Kundenbindungs- und Rabattsystem Happy Digits betreibt, die Daten der Teilnehmer speichert und verwaltet und die Rabat-

te auszahlt, wobei die Einwilligung in die Datenspeicherung und Datennutzung der Beklagten gegenüber erklärt wird. An der Verwendereigenschaft und damit auch an der Passivlegitimation der Beklagten (§ 1 UKlaG) bestehen daher keine Zweifel.

16           2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist die Klausel 1 aber wirksam. Sie betrifft allein die Einwilligung in die Speicherung, Verarbeitung und Nutzung von Daten für die Zusendung von Werbung per Post sowie zu Zwecken der Marktforschung. Wie der Senat nach Erlass des Berufungsurteils entschieden hat, bilden die Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) den alleinigen Prüfungsmaßstab für die Frage, ob durch eine solche Einwilligung Regelungen vereinbart worden sind, die im Sinne von § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB von Rechtsvorschriften abweichen oder diese ergänzen (BGHZ 177, 253, Tz. 15, 19).

17           Das gilt auch, soweit sich die Einwilligung auf die Datennutzung und Datenspeicherung zu Zwecken der Marktforschung bezieht. Dass die Klausel 1 auch am Maßstab von § 7 UWG zu überprüfen sein könnte, weil sie eine Einwilligung des Verbrauchers in die Nutzung einer etwaig bekannt gewordenen Rufnummer zu dem Zweck umfasst, Kunden für Marktforschungszwecke telefonisch zu befragen (vgl. Hoeren, EWiR 2009, 45, 46; ders., LMK 2008, 267772, unter 3, zu der der Entscheidung des Senats in BGHZ 177, 253 zu Grunde liegenden Klausel), erscheint angesichts der in der Klausel 1 vorgenommenen Beschränkung der persönlichen Daten auf Name, Anschrift und Geburtsdatum unter Aussparung der Telefonnummer auch bei kundenfeindlichster Auslegung fern liegend; es wird ferner weder von der Beklagten für sich in Anspruch genommen, noch vom Kläger geltend gemacht.

- 18           Unter dem Gesichtspunkt datenschutzrechtlicher Bestimmungen ist die Klausel 1 nicht zu beanstanden. Das gilt sowohl, soweit für die Speicherung, Verarbeitung und Nutzung der von der Beklagten erhobenen oder gespeicherten Daten das Bundesdatenschutzgesetz in der bis zum 31. August 2009 geltenden Fassung anzuwenden ist (§ 4 Abs. 1, § 4a Abs. 1 BDSG in Verbindung mit Art. 1 Nr. 18 des Gesetzes zur Änderung datenschutzrechtlicher Vorschriften vom 14. August 2009; BGBl. I S. 2814), als auch, soweit ab dem 1. September 2009 die Bestimmungen des durch dieses Gesetz geänderten Bundesdatenschutzgesetzes gelten.
- 19           a) 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 - wovon auch das Berufungsgericht ausgegangen ist - entgegen der Auffassung des Klägers der Fall.
- 20           aa) Die dem Teilnehmer in der Klausel 1 eingeräumte Möglichkeit zur Streichung der vorformulierten Einwilligung genügt jedenfalls bei der von der 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.
- 21           (1) § 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 wirt-

schaftlicher oder sozialer Schwäche oder Unterordnung erteilt wird oder wenn der Betroffene durch übermäßige Anreize finanzieller oder sonstiger Natur zur Preisgabe seiner Daten verleitet wird (BGHZ 177, 253, Tz. 21 m.w.N.).

22 Bei der Entscheidung über den Beitritt zum Rabatt- und Kundenbindungssystem der Beklagten sowie beim Ausfüllen des Anmeldeformulars unterliegt der Verbraucher indes keinem derartigen rechtlichen, wirtschaftlichen oder faktischen Zwang. Die Klausel 1 enthält den ausdrücklichen Hinweis, dass eine Versagung der Einwilligung keinen Einfluss auf die Möglichkeit der Teilnahme am Kundenbindungs- und Rabattsystem der Beklagten hat. Zwar stellt die Notwendigkeit, zur Versagung der Einwilligung die vorformulierte Einwilligungserklärung zu streichen, entgegen der Meinung der Revision eine so genannte "Opt-out"-Erklärung dar, weil sie erfordert, dass der Verbraucher die bereits vorformulierte Einwilligung wieder streicht (vgl. BGHZ 177, 253, Tz. 22; Grapentin, MMR 2008, 735 f.). Es ist aber nicht erkennbar, dass dies eine ins Gewicht fallende Hemmschwelle darstellt, die den Verbraucher davon abhalten könnte, von seiner Entscheidungsmöglichkeit Gebrauch zu machen (BGHZ aaO).

23 (2) Auch die Tatsache, dass die Klausel 1 - im Gegensatz zu der Klausel, die Gegenstand der Senatsentscheidung vom 16. Juli 2008 war (BGHZ 177, 253, Tz. 5) - nicht die Möglichkeit vorsieht, zu ihrer Abwahl ein zusätzliches Kästchen anzukreuzen, sondern - fettgedruckt - auf die Möglichkeit zur Streichung der Klausel hinweist, beeinträchtigt entgegen der Auffassung des Klägers die freie Entscheidung des Verbrauchers nicht. Eine Streichung der Klausel 1 ist denkbar einfach (aA von Nussbaum/Krienke, MMR 2009, 372, 374). Es trifft nicht zu, dass der durchschnittlich verständige Verbraucher, der die Klausel 1 streichen will, in einen nicht oder nur schwer lösbaren Konflikt geriete, wie die Streichung ausgeführt werden soll. Sowohl die vollständige Streichung der Klausel mittels Querstrich als auch das Ausstreichen Zeile für Zeile bis zu dem

auf die Streichmöglichkeit hinweisenden Satz stehen ihm offen. Entgegen der Auffassung des Klägers führt die Streichung mittels Querstrich auch nicht dazu, dass etwa den Verbraucher begünstigende Regelungen nicht Vertragsinhalt werden. Es ist nicht ersichtlich, dass sich die Streichung der weiteren in der Klausel 1 enthaltenen bloßen Hinweise zum Nachteil desjenigen Teilnehmers auswirken könnte, der die Klausel insgesamt streicht.

24 (3) Entgegen der Ansicht des Klägers ist schließlich die Erteilung der hier streitgegenständlichen, in der Klausel 1 enthaltenen Einwilligung nicht unmittelbar mit der Möglichkeit, eine Reise zu gewinnen, verknüpft. Nach den angegebenen Bedingungen für die Teilnahme an der Gewinnverlosung hängt die Teilnahme an der Verlosung davon ab, dass der Teilnehmer in den dafür vorgesehenen Feldern seine E-Mail Adresse, Telefon- und Faxnummern angibt. Durch die Gewinnmöglichkeit soll ein Anreiz geschaffen werden, diese zusätzlichen Daten preiszugeben. Die mit der Gewinnverlosung verknüpfte vorformulierte Einwilligung in die Verwendung der E-Mail Adresse, Telefon- und Faxnummern des Teilnehmers, oder die Veranstaltung der im hier vorliegenden Formular vorgesehenen Gewinnverlosung selbst hat der Kläger mit seiner Klage indes nicht angegriffen. Die Frage ihrer Zulässigkeit, die sich unter anderem nach §§ 3, 4 Nr. 1 und Nr. 5, § 7 Abs. 2 und 3 UWG richtet, ist nicht Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens.

25 bb) 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.

26 (1) Der Senat hat bereits entschieden, dass die "aktive" Erklärung der Einwilligung in der Weise, dass der Verbraucher eine gesonderte Einwilligungserklärung unterzeichnen oder ein für die Erteilung der Einwilligung vorzusehen-

des Kästchen ankreuzen muss, nicht erforderlich ist (BGHZ 177, 253, Tz. 23; zustimmend Haertlein/Thümmeler, WuB IV F. § 4 BDSG 1.09, unter 6 b; Hanloser, CR 2008, 713, 715; Klinger, jurisPR-ITR 22/2008 Anm. 2, unter C). 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. 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 (BGHZ aaO, m.w.N.). An dieser Auffassung hält der Senat angesichts des eindeutigen Gesetzeswortlauts auch unter Berücksichtigung der geäußerten Kritik (vgl. Brisch/Laue, CR 2008, 724, 725 f.; van Raay/Meyer-van Raay, VuR 2009, 103, 108 f.; Hoeren, LMK 2008, 267772, unter 2) fest.

27           (2) Den danach an eine gemäß § 4a BDSG wirksame Einwilligung zu stellenden Anforderungen wird die Klausel 1 gerecht. Sie ist entgegen der Ansicht des Klägers so gestaltet, dass dem Verbraucher Umfang und Inhalt der Einwilligungserteilung nicht verborgen bleiben können, sondern dass sich ihm die mit der Unterschriftsleistung abzugebende Einwilligungserklärung als sein bewusster und autonomer Willensakt darstellt.

28           Zwar sieht die Klausel 1 - im Gegensatz zu der Klausel, die Gegenstand der Senatsentscheidung vom 16. Juli 2008 war (BGHZ 177, 253, Tz. 5) - nicht die Möglichkeit vor, zu ihrer Abwahl ein zusätzliches Kästchen anzukreuzen, sondern weist - fettgedruckt - auf die Möglichkeit zur Streichung der Klausel hin. Die Möglichkeit zur Abwahl durch Ankreuzen ist aber nicht zwingend, wenn die

Klausel eine andere Abwahlmöglichkeit enthält und dem Hervorhebungserfordernis des § 4a Abs. 1 BDSG gerecht wird.

29 Das ist hier der Fall. Die Klausel 1 ist in der Mitte des eine Druckseite umfassenden Formulars platziert und als einziger Absatz der Seite mit einer zusätzlichen Umrahmung versehen, so dass sie schon deshalb Aufmerksamkeit auf sich zieht. Der fettgedruckten Überschrift lässt sich schon aufgrund des verwendeten Worts "Einwilligung" unmittelbar entnehmen, dass sie ein rechtlich relevantes Einverständnis des Verbrauchers mit Werbungs- und Marketingmaßnahmen enthält, die - was einem durchschnittlich verständigen Verbraucher bekannt ist - in aller Regel mit einer Speicherung und Nutzung von Daten einhergehen.

30 Entgegen der Auffassung des Klägers trägt die unmittelbar vor die Umrahmung gesetzte, durch die drucktechnische Unterlegung besonders hervorgehobene Überschrift durch ihren Hinweis auf die Möglichkeit, eine Reise zu gewinnen, nicht dazu bei, die Relevanz der nachfolgenden Klausel zu verschleiern, sondern lenkt die Aufmerksamkeit des Verbrauchers gerade auf die unmittelbar darunter abgedruckte Klausel 1. Es kann zwar nicht ausgeschlossen werden, dass sich die Aufmerksamkeit des Verbrauchers zunächst unmittelbar auf das am rechten Bildrand unter der Klausel 1 abgedruckte farbige Bild richtet. Es ist aber nicht auf einen oberflächlichen, sondern auf einen durchschnittlich informierten und verständigen Verbraucher abzustellen, der einer vorformulierten Einwilligungserklärung die der Situation angemessene Aufmerksamkeit entgegenbringt (BGHZ 177, 253, Tz. 24 m.w.N.). Ein durchschnittlich informierter und verständiger Verbraucher kann aber auch, wenn er seine Aufmerksamkeit zunächst auf das Bild richten sollte, den unmittelbar über dem Bild befindlichen Absatz, dessen Umrahmung auf eine besonders wichtige Erklärung hinweist, nicht übersehen.

- 31 Entgegen der Auffassung des Klägers ergibt sich etwas anderes 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. Die Begriffe "flüchtig" und "verständlich" schließen sich gegenseitig nicht aus (BGHZ aaO, Tz. 25). Angesichts der Gestaltung der hier streitigen Klausel und der durch Fettdruck hervorgehobenen Abwahlmöglichkeit ist auch von einem flüchtigen, aber durchschnittlich verständigen Verbraucher zu erwarten, dass er den Umstand der Einwilligung und die Abwahlmöglichkeit zur Kenntnis nimmt.
- 32 b) Etwas anderes gilt schließlich auch nicht nach dem durch das Gesetz zur Änderung datenschutzrechtlicher Bestimmungen vom 14. August 2009 (aaO) mit Wirkung vom 1. September 2009 geänderten Bundesdatenschutzgesetz, an dem der in die Zukunft gerichtete Unterlassungsanspruch zu messen ist (vgl. BGHZ 160, 393, 395 m.w.N.).
- 33 Soweit personenbezogene Daten für Zwecke des Adresshandels oder der Werbung verarbeitet oder genutzt werden, enthält § 28 Abs. 3a Satz 2 BDSG nF nunmehr eine Konkretisierung des in § 4a Absatz 1 Satz 4 BDSG enthaltenen Erfordernisses der Hervorhebung. § 28 Abs. 3 Satz 1 BDSG nF sieht vor, dass die Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten für Zwecke des Adresshandels oder der Werbung zulässig ist, soweit der Betroffene eingewilligt hat. Soll die Einwilligung zusammen mit anderen Erklärungen schriftlich erteilt werden, ist sie in drucktechnisch deutlicher Gestaltung besonders hervorzuheben (§ 28 Abs. 3a Satz 2 BDSG nF). Diese Regelungen gelten auch für die geschäftsmäßige Datenerhebung und Speicherung zum Zwecke der Übermittlung (§ 29 Abs. 1 Satz 2 BDSG nF) und für die Übermittlung im Rahmen dieser Zwecke (§ 29 Abs. 2 Satz 2 BDSG nF), nicht aber für Zwecke



der Markt- oder Meinungsforschung. Insoweit ist eine Einwilligung nach wie vor an den in den §§ 4, 4a BDSG enthaltenen Regelungen zu messen (§ 30a BDSG nF; vgl. BT-Drs. 16/13657, S. 33).

34 Die Hervorhebung der Einwilligung in die Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten für Zwecke der Werbung ist im äußeren Erscheinungsbild drucktechnisch umzusetzen, beispielsweise durch die Schriftgröße, den Schrifttypus, eine Formatierung oder einen Rahmen (BT-Drs. 16/13657, S. 32). Die in der Regelung enthaltenen Anforderungen sollen denen entsprechen, die der Senat in der Entscheidung vom 16. Juli 2008 an die Hervorhebung der Einwilligungserklärung gestellt hat (aaO; BT-Drs., aaO). Sie sind hier - wie bereits ausgeführt - eingehalten.

35 B. Die Anschlussrevision des Klägers ist zulässig und begründet, soweit sie sich gegen die Abweisung des geltend gemachten Anspruchs auf Unterlassung der Verwendung der Klausel 1 wendet. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts steht dem Kläger der wegen der Klausel 2 geltend gemachte Unterlassungsanspruch zu (§ 1 UKlaG, § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB).

36 1. Die Anschlussrevision des Klägers ist entgegen der Auffassung der Revision zulässig (§ 554 ZPO). Zwar hat das Berufungsgericht die Revision wegen des von dem Kläger mit der Anschlussrevision weiterverfolgten Unterlassungsanspruchs hinsichtlich der Klausel 2 nicht zugelassen. Eine Anschlussrevision kann bei beschränkter Zulassung der Revision aber auch dann eingelegt werden, wenn sie nicht den Streitstoff betrifft, auf den sich die Zulassung bezieht (BGHZ 155, 189, 191 f.; Senatsurteil vom 26. Juli 2004 - VIII ZR 281/03, NJW 2004, 3174, unter B 1). Unzulässig ist sie nur dann, wenn sie einen Lebenssachverhalt betrifft, der mit dem von der Revision erfassten Streitgegenstand nicht in einem unmittelbaren rechtlichen oder wirtschaftlichen Zusam-

menhang steht (BGHZ 174, 244, Ls., Tz. 38). Entgegen der Ansicht der Revision besteht hinsichtlich der Klausel 2 der zwischen den Streitgegenständen der Haupt- und der Anschlussrevision erforderliche Zusammenhang. Die Klausel 2 ist Bestandteil des Vertragswerks der Beklagten, das auch die Klausel 1, hinsichtlich derer das Berufungsgericht die Revision zugelassen hat, enthält (vgl. Senatsurteil vom 18. April 2007 - VIII ZR 117/06, WM 2007, 1856, Tz. 27; BGH, Urteil vom 5. Dezember 2006 - X ZR 165/03, VersR 2007, 1392, Tz. 6).

37            2. Der Kläger kann von der Beklagten Unterlassung der Verwendung der Klausel 2 verlangen (§ 1 UKlaG, § 307 Abs. 2 Nr. 1 in Verbindung mit § 305 Abs. 2, § 308 Nr. 5 BGB). Zwar geht das Berufungsgericht zutreffend davon aus, dass die Klausel 2 im Unterlassungsklageverfahren am Maßstab der §§ 307 bis 309 BGB überprüft werden kann (vgl. Senatsurteil vom 15. Mai 1991 - VIII ZR 38/90, NJW 1991, 1750, unter II 6). Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist die Klausel 2 aber unwirksam (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 in Verbindung mit § 305 Abs. 2, § 308 Nr. 5 BGB). Sie enthält nicht nur die Bestätigung einer für die Einbeziehung erforderlichen Tatsache, deren Vorliegen nicht zweifelhaft sein kann (vgl. Senatsurteil vom 1. März 1982 - VIII ZR 63/81, NJW 1982, 1388, unter 2 b), sondern soll die Einbeziehung - unter Zuhilfenahme einer gemäß § 308 Nr. 5 BGB unzulässigen Erklärungsfiktion - bewirken, ohne dass die dafür erforderlichen Voraussetzungen eingehalten sind (§ 305 Abs. 2 BGB).

38            a) Voraussetzung für die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist unter anderem, dass der Verwender die andere Vertragspartei bei Vertragsabschluss ausdrücklich auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen hinweist und ihr die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen (§ 305 Abs. 2 BGB). Sinn und Zweck der Vorschrift ist, dass der Vertragspartner die Gelegenheit erhalten soll, sich bei Vertragsab-

schluss mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen vertraut zu machen, damit er die Rechtsfolgen und Risiken eines Vertragsabschlusses abschätzen kann (BGHZ 109, 192, 196; BGH, Urteil vom 10. Juni 1999 - VII ZR 170/98, NJW-RR 1999, 1246, unter II 2). Die Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme muss deshalb bestehen, bevor sich der Kunde durch eine auf die Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gerichtete Erklärung bindet (BGH, aaO; AG Freudenstadt, NJW-RR 1994, 238, 239; Ulmer in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, § 305 Rdnr. 147a, 155 f.; MünchKommBGB/Basedow, 5. Aufl., § 305 Rdnr. 62; Pfeiffer in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 5. Aufl., § 305 Rdnr. 97; vgl. auch OLG Nürnberg, ZIP 1997, 1781, 1782; aA Staudinger/Schlosser, BGB (2006), § 305 Rdnr. 138).

39           Scheitert die Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, weil die Anforderungen des § 305 Abs. 2 BGB nicht eingehalten sind, kommt der Vertrag ohne sie zustande, unabhängig davon, ob der Verwender seinen Willen zur Einbeziehung zum Ausdruck gebracht hat (vgl. Ulmer, aaO, § 305 Rdnr. 155). Eine nachträgliche Einbeziehung kann dann nur im Wege der Vertragsänderung erfolgen, für die die Anforderungen von § 305 Abs. 2 BGB sinngemäß gelten.

40           b) Die Klausel 2 geht nach ihrem Inhalt davon aus, dass die Allgemeinen Teilnahmebedingungen den Teilnehmern bei Abgabe ihrer auf den Vertragsabschluss gerichteten Willenserklärung, nämlich des Teilnahmeantrags, nicht vorliegen, sondern erst später mit der Karte übersandt werden, so dass die Voraussetzungen ihrer Einbeziehung nicht erfüllt sind (§ 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB). Der Vertrag kommt - jedenfalls - dadurch zustande, dass die Beklagte den Antrag des Teilnehmers durch die Übersendung der Karte annimmt. In den ohne Einbeziehung der Allgemeinen Teilnahmebedingungen zustande gekommenen Vertrag sollen diese sodann nachträglich dadurch einbezogen werden, dass

das Einverständnis des Teilnehmers mit der darin liegenden Vertragsänderung durch die erste Verwendung der Karte unter Verstoß gegen § 308 Nr. 5 BGB fingiert wird (vgl. auch Pfeiffer, aaO, Rdnr. 99). Der Verbraucher ist aufgrund des bereits geschlossenen Vertrags berechtigt, die ihm übersandte Karte zu nutzen. Eine Erklärungswirkung kommt dieser Verwendung als solcher nicht zu, sondern wird ihr - unzulässig - nur durch die Klausel 2 beigelegt.

41 C. Die Anschlussrevision des Klägers ist auch zulässig und begründet, soweit sie sich gegen die Abweisung des geltend gemachten Zahlungsanspruchs wegen der Abmahnkosten richtet. Die Anschlussrevision beanstandet zu Recht, dass das Berufungsgericht dem Kläger wegen der Abmahnung einen Anspruch auf Aufwendungsersatz in der geltend gemachten und von der Revision nicht angegriffenen Höhe nur teilweise zugesprochen hat (§ 5 UKlaG, § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG). Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann der Anspruchsberechtigte die Kostenpauschale auch dann in voller Höhe verlangen, wenn die Abmahnung nur zum Teil berechtigt war (BGHZ 177, 253, Tz. 50 m.w.N.; BGH, Urteil vom 11. März 2009 - I ZR 194/06, WRP 2009, 1229, unter II 5). Das ist hier der Fall, weil dem Kläger ein Anspruch auf Unterlassung der Verwendung der Klausel 2 zusteht. Daraus folgt ferner, dass die Revision der Beklagten wegen der Verurteilung zur (teilweisen) Zahlung der Abmahnkosten unbegründet ist; die Frage ihrer Zulässigkeit kann deshalb dahinstehen.

### III.

42 Das Berufungsurteil kann danach mit der gegebenen Begründung keinen Bestand haben, soweit das Berufungsgericht der Unterlassungsklage wegen der Klausel 1 stattgegeben und die Berufung des Klägers wegen der Klausel 2 und der teilweisen Abweisung des Zahlungsanspruchs zurückgewiesen hat. Es ist daher wie aus dem Tenor ersichtlich aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der

Senat entscheidet in der Sache selbst, weil keine weiteren Feststellungen zu treffen sind (§ 563 Abs. 3 ZPO). Wegen der Klausel 2 ist der Unterlassungsklage nach dem oben Ausgeführten stattzugeben; wegen der Klausel 1 ist sie abzuweisen. Der Zahlungsklage ist in voller Höhe stattzugeben.

Ball

Richterin am Bundesgerichtshof  
Dr. Hessel ist urlaubsabwesend  
und dadurch gehindert, ihre Unterschrift beizufügen.

Dr. Milger

Ball

Dr. Fetzer

Dr. Büniger

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 09.05.2007 - 26 O 358/05 -

OLG Köln, Entscheidung vom 14.12.2007 - 6 U 121/07 -