

Werbung unter Nutzung erhaltener Informationen - Neuer Versorger

UWG §§ [UWG § 3](#), [UWG § 4](#) Nr. [UWG § 4 Nummer 11](#); BDSG §§ [BDSG § 4](#), [BDSG § 28](#)

Wendet sich ein Energieversorger an einen ehemaligen Kunden, um ihm, unter Nutzung der im Zusammenhang mit der Kündigung des Stromlieferungsvertrags erlangten Information darüber, zu welchem neuen Stromlieferanten der Kunde gewechselt ist, ein Angebot zu unterbreiten, in dem er den eigenen Tarif demjenigen des neuen Stromlieferanten gegenüberstellt, liegt darin ein Verstoß gegen §§ [UWG § 3](#), [UWG § 4](#) Nr. [UWG § 4 Nummer 11](#) UWG i. V. mit §§ [BDSG § 4](#), [BDSG § 28](#) BDSG.

OLG Karlsruhe, *Urt. v. 9.5. 2012 – 6 U 38/11*

Zum Sachverhalt:

Die Parteien sind Wettbewerber bei der Strombelieferung von Privatkunden. Sie streiten darüber, inwieweit die Bekl. berechtigt war, frühere Kunden unter Verwendung der Information, dass diese zur Kl. gewechselt haben, zu dem Zweck anzuschreiben, diese Kunden zum Rückwechsel zur Kl. zu veranlassen.

Unter dem 14.2. 2009 schrieb die Bekl. einen ihrer früheren Kunden an, der mit Wirkung zum 31.12. 2007 das Vertragsverhältnis zu der Bekl. gekündigt hatte und seit dem 1.1. 2008 Kunde der Kl. ist. Unter demselben Datum schrieb die Bekl. einen weiteren ihrer ehemaligen Kunden an, der das Lieferverhältnis zur Bekl. mit Wirkung zum 31.7. 2008 gekündigt hatte und seit dem 1.8. 2008 Kunde der Kl. ist. In beiden Schreiben nutzte die Bekl. die ihr im Rahmen der Vertragsbeendigung zur Kenntnis gelangte Information, dass die beiden Kunden zur Kl. gewechselt hatten, indem sie einen ihrer aktuellen Stromtarife dem Stromtarif der Kl. vergleichend gegenüberstellte.

Die Kl. ist der Ansicht, die Bekl. verstoße mit dieser Vorgehensweise gegen § [BDSG § 4](#) [BDSG § 4 Absatz 1](#) BDSG, weil die Werbung nicht nach § [BDSG § 28](#) BDSG erlaubt sei. Dies begründe nach §§ [UWG § 3](#), [UWG § 4](#) Nr. 11, [UWG § 8](#) [UWG § 8 Absatz 1](#) UWG einen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch.

Mit dem angefochtenen Urteil hat das LG der Klage stattgegeben. Die dagegen gerichtete Berufung der Bekl. hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Zu Recht hat das LG die Nutzung der Information über den neuen Stromversorger als Verstoß gegen eine Marktverhaltensregel nach § [UWG § 4](#) Nr. [UWG § 4 Nummer 11](#) UWG angesehen.

1. Mit der Versendung der Werbeschreiben hat die Bekl. eine geschäftliche Handlung i. S. des § [UWG § 2](#) [UWG § 2 Absatz 1](#) Nr. 1 UWG vorgenommen (zu diesem – in § [UWG § 4](#) Nr. [UWG § 4 Nummer 11](#) UWG nicht ausdrücklich erwähnten – Erfordernis vgl. *Piper/Ohly/Sosnitza*, UWG, 5. Aufl. [2010], § 4 Rdnr. 11/26; *Köhler/Bornkamm*, UWG, 30. Aufl. [2012], § 4 Rdnr. 11.23). Diese verstößt gegen § [BDSG § 4](#) [BDSG § 4 Absatz 1](#) BDSG, denn die Nutzung personenbezogener Daten (Name und Anschrift früherer eigener Kunden, jetziger

Kunden der Kl.) ohne Einwilligung der Kunden zum Zweck der Versendung eines individuellen Werbeschreibens war nicht gem. § [BDSG § 28](#) [BDSG § 28 Absatz I](#) bis [BDSG § 28 Absatz III](#) BDSG erlaubt.

a) Eine Einwilligung der Kunden darin, dass die Bekl. die Information über den neuen Versorger für Werbezwecke nutzt, liegt nicht vor. Sie kann insbesondere, worauf das LG zutreffend hingewiesen hat, nicht in dem Umstand erblickt werden, dass die Kunden die Kl. als neuen Versorger zur Vornahme der Kündigung bevollmächtigt und beauftragt haben. Mit einem solchen an den neuen Versorger gerichteten Auftrag nimmt der Kunde – wenn er sich darüber überhaupt Gedanken macht – allenfalls in Kauf, dass der bisherige Versorger erfährt, wer der neue Versorger ist. Das hat mit der Erlaubnis zur Nutzung dieser Information durch den bisherigen Versorger nichts zu tun. Nicht jeder, der eine Information preisgibt, stimmt damit aber jeglicher Nutzung der Information zu. Nur ergänzend sei darauf hingewiesen, dass Art. [EWG RL 95 46 Artikel 7](#) lit. a der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG als gemeinschaftsrechtliche Grundlage des § [BDSG § 4](#) [BDSG § 4 Absatz I](#) BDSG (dazu unten³) verlangt, dass die betroffene Person in die Verarbeitung personenbezogener Daten (die nach dem Sprachgebrauch der Richtlinie auch die „Benutzung“ der Daten einschließt, vgl. Art. [EWG RL 95 46 Artikel 2](#) lit. b) „ohne jeden Zweifel“ eingewilligt hat; davon kann im Streitfall nicht die Rede sein.

b) § [BDSG § 28](#) BDSG, der sich im dritten Abschnitt des BDSG über die Datenverarbeitung nicht-öffentlicher Stellen und öffentlich-rechtlicher Wettbewerbsunternehmen befindet, enthält in den Abs. 1–3 differenzierte Erlaubnistatbestände für die Erhebung, Verarbeitung (mit Ausnahme des Sperrens und Löschens) und Nutzung personenbezogener Daten ohne Vorliegen einer Einwilligung für eigene Geschäftszwecke. Er ist im Streitfall nach § [BDSG § 47](#) Nr. [BDSG § 47 Nummer 2](#) BDSG i. d. F. anzuwenden, die bis zum 31.8. 2009 galt. Nach dieser Vorschrift ist § [BDSG § 28](#) BDSG bis zum 31.8. 2012 für die Verarbeitung und Nutzung vor dem 1.9. 2009 erhobener oder gespeicherter Daten für Zwecke der Werbung in der bis dahin geltenden Fassung weiter anzuwenden (nachstehend: § [BDSG § 28](#) BDSG a.F.). In den zur Begründung der Wiederholungsgefahr angeführten Fällen wurden sämtliche personenbezogenen Daten, auch die Information über den neuen Versorger der Kunden, vor dem 1.9. 2009 erhoben; hierauf ist der Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens beschränkt. Die Kündigungen, durch die die Bekl. Kenntnis vom neuen Versorger erlangt hat, sind zum 31.12. 2007 bzw. zum 31.7. 2008 erfolgt. Auf die Frage, ob auch nach der seit dem 1.9. 2009 geltenden Fassung des § [BDSG § 28](#) BDSG ein Verstoß vorläge (vgl. dazu [nach dem mitgeteilten Sachverhalt wohl ohne Entscheidungsrelevanz] *OLG Köln*, CR 2011, [CR Jahr 2011 Seite 680](#) [m. Anm. *Eckhardt*] = BeckRS 2011, [BECKRS Jahr 14259](#)), kommt es daher im Streitfall nicht an. Auch der Umstand, dass sich das anwendbare Recht – auch für „Altdaten“ – in absehbarer Zeit (1.9. 2012) ändern wird, ist ohne Belang. Für den Unterlassungsanspruch kommt es auf das zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung geltende Recht an, und das ist in der Berufungsinstanz für „Altdaten“ § [BDSG § 28](#) BDSG in der vor dem 1.9. 2009 geltenden Fassung (§ [BDSG § 47](#) Nr. [BDSG § 47 Nummer 2](#) BDSG).

c) Nach § [BDSG § 28](#) [BDSG § 28 Absatz I](#) 2 BDSG a.F. müssen die Zwecke, für die personenbezogene Daten verarbeitet oder genutzt werden sollen, bei deren Erhebung konkret festgelegt werden; nur so kann die Zulässigkeit der späteren Verarbeitung und Nutzung nach S.1 Nrn.1–3 ermittelt werden (*Gola/Schomerus*, BDSG, 9. Aufl. [2007], § 28 Rdnr.48). Eine solche Festlegung ist für die hier fraglichen personenbezogenen Daten, nämlich die Information über den neuen Versorger des ehemaligen Kunden, nicht erfolgt.

Für einen anderen als den festgelegten Zweck dürfen einmal erhobene personenbezogene Daten nach § [BDSG § 28 BDSG § 28 Absatz II](#) BDSG a.F. nur unter den Voraussetzungen des § [BDSG § 28 BDSG § 28 Absatz I](#) 1 Nr.2 und Nr.3 BDSG a.F. übermittelt und genutzt werden. § [BDSG § 28 BDSG § 28 Absatz II](#) BDSG a.F. gestattet also die Zweckänderung bzw. Zweckerweiterung speziell für Übermittlung und Nutzung der Daten und für den Fall, dass der neue Zweck (falls es eine ursprüngliche Zweckfestlegung gab: ebenfalls) von § [BDSG § 28 BDSG § 28 Absatz I](#) 1 Nr.2 oder 3 BDSG a.F. gedeckt ist (vgl. *Gola/Schomerus*, § 28 Rdnr. 49).

Nach § [BDSG § 28 BDSG § 28 Absatz I](#) 1 Nr.2 BDSG a.F. ist u.a. die Nutzung personenbezogener Daten zulässig, soweit es zur Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle (d. h. hier: der nutzenden Stelle, vgl. § [BDSG § 3 BDSG § 3 Absatz VII](#) BDSG) erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Nutzung überwiegt. Die Vorschrift erfordert also eine Interessenabwägung, bei der die berechtigten Interessen des Nutzenden den schutzwürdigen Interessen des Betroffenen gegenübergestellt werden und auf Seiten des Nutzenden zusätzlich das Tatbestandsmerkmal der Erforderlichkeit erfüllt sein muss (vgl. *Gola/Schomerus*, § 28 Rdnr. 33).

Das berechtigte Interesse des Nutzenden kann wirtschaftlicher oder ideeller Natur sein; es muss von der Rechtsordnung gebilligt sein (*Gola/Schomerus*, § 28 Rdnr. 33). Das Interesse der Bekl., sich mit Werbung gezielt an ehemalige Kunden zu wenden und diesen – auch vergleichende (vgl. § [UWG § 6](#) UWG) – Angebote zu machen, wird grundsätzlich von der Rechtsordnung gebilligt; für die Unzulässigkeit des hier streitgegenständlichen Angebots bestehen im vorliegenden Verfahren keine Anhaltspunkte. Die Bekl. verfolgt also mit ihrer Werbung ein berechtigtes Interesse im Sinne der genannten Vorschrift.

Der *Senat* teilt aber die Auffassung des *OLG Köln* (BeckRS 2011, [BECKRS Jahr 14259](#), auszugsweise veröffentlicht in CR 2011, [CR Jahr 2011 Seite 680](#)), dass für die Verfolgung dieses Interesses die Nutzung der Information, dass der ehemalige Kunde zur Bekl. gewechselt hat, nicht „erforderlich“ i. S. des § [BDSG § 28 BDSG § 28 Absatz I](#) 1 Nr.2 BDSG a.F. ist und dass das schutzwürdige Interesse des Kunden am Ausschluss der Nutzung überwiegt. Das Merkmal der Erforderlichkeit setzt voraus, dass die berechtigten Interessen auf andere Weise nicht bzw. nicht angemessen gewahrt werden können. Es geht also um ein bei vernünftiger Betrachtung zu bejahendes Angewiesensein auf die Nutzung der fraglichen Information, nicht um eine absolut zwingende Notwendigkeit; die Nutzung ist dann erforderlich, wenn es, um das berechtigte Interesse verfolgen zu können, zur Nutzung der jeweiligen Information keine zumutbare Alternative gibt (vgl. *Gola/Schomerus*, § 28 Rdnr. 34 m.w. Nachw.). Damit kann Erforderlichkeit im Zusammenhang mit der Nutzung für Werbung aber nicht mit bestmöglicher Effizienz gleichgesetzt werden (*OLG Köln*, BeckRS 2011, [BECKRS Jahr 14259](#)). Zudem zeigen die oben genannten Kriterien, dass die Beurteilung der Erforderlichkeit nicht getrennt betrachtet werden kann von den Interessen des Betroffenen am Schutz seiner personenbezogenen Daten. Wann die Nutzung personenbezogener Daten für die Verfolgung eines berechtigten Interesses erforderlich im genannten Sinn ist, hängt auch davon ab, in welchem Maße die Interessen des Betroffenen Schutz verdienen; je mehr Schutz sie verdienen, desto eher kann dem Nutzenden eine alternative, wenn auch weniger effiziente Art der Verfolgung seines berechtigten Interesses ohne Nutzung der personenbezogenen Daten zugemutet werden. Wie weit der Kreis der in Betracht kommenden Alternativen zu ziehen ist, hängt ebenfalls vom Grad der Schutzwürdigkeit der Interessen des Betroffenen und von der Intensität des Eingriffs ab (vgl. *Simitis*, BDSG, 5. Aufl. [2003], § 28 Rdnr. 159). Die Prüfung der Erforderlichkeit ist also Teil der Interessenabwägung, die § [BDSG § 28 BDSG § 28 Absatz I](#) 1 Nr.2 BDSG a.F. verlangt.

Schließlich hat das Merkmal der Erforderlichkeit auch Rückwirkungen darauf, was als Gegenstand des berechtigten Interesses des Nutzenden in Betracht kommt. Denn das Merkmal der Erforderlichkeit wäre obsolet, wenn das berechnete Interesse gerade auf die spezifische, die Verwertung personenbezogener Daten voraussetzende Nutzungsform bezogen würde; dann wäre die Nutzung eben stets „erforderlich“. Das gebietet eine Abstrahierung dessen, woran der Nutzende ein berechtigtes Interesse hat, im Streitfall auf die gezielte werbliche Ansprache ehemaliger Kunden (vgl. *OLG Köln*, BeckRS 2011, [BECKRS Jahr 14259](#)).

Vorliegend kann der Bekl. bei Berücksichtigung der wechselseitigen Interessen zugemutet werden, auf die Nutzung der Information über die Identität des neuen Versorgers und damit auf einen spezifisch auf den neuen Versorger des Kunden zugeschnittenen Vergleich in der Werbung zu verzichten. Dabei kommt es nicht entscheidend darauf an, ob es für den ehemaligen Kunden günstig ist, vergleichende Preiswerbung unter Bezugnahme auf seinen aktuellen Stromanbieter zu erhalten. Maßgeblich für das Interesse des Kunden als „Betroffener“ i. S. des § [BDSG § 28](#) BDSG muss vielmehr eine datenschutzrechtliche Betrachtung sein; dass der Anbieter mit einer solchen Werbung ein berechtigtes Anliegen verfolgt, wurde oben bereits ausgeführt.

Die Information, für welchen Stromanbieter sich ein individualisierter Kunde entschieden hat, ist ein personenbezogenes Datum, welches den Schutz des Art. [GG Artikel 2 GG Artikel 2 Absatz 1](#) GG (Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung) und des BDSG genießt. Bei der Würdigung der datenschutzrechtlich maßgeblichen Interessen des Betroffenen fällt aus Sicht des *Senats* in der vorliegenden Konstellation erheblich ins Gewicht, dass ein Stromkunde, der den Versorger wechselt und mit der Kündigung des Altvertrags den neuen Versorger beauftragt, regelmäßig nicht damit rechnet und nicht damit rechnen muss, dass der alte Versorger das personenbezogene Datum seines neuen Versorgers speichern und noch lange nach erfolgter Umstellung des Vertrags zu Zwecken der Werbung nutzen wird. Der Kunde gibt eine Erklärung gegenüber dem neuen Versorger ab, um dessen Service bei der Vertragsumstellung in Anspruch zu nehmen. Dies geschieht allein zum Zweck der reibungslosen Umstellung des Stromlieferungsvertrags. Der Kunde, dessen personenbezogene Daten durch das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung und durch das BDSG geschützt sind, darf darauf vertrauen, dass die bei der Beauftragung des neuen Versorgers mit der Kündigung notwendigerweise preisgegebene Information über seinen neuen Versorger nur insoweit genutzt wird, wie es im Rahmen dieser üblichen und energierechtlich vorgesehenen Vorgehensweise (vgl. *Eckhardt*, CR 2011, [CR Jahr 2011 Seite 684](#)) unumgänglich ist, nämlich im Rahmen technischer Abwicklung des Versorgerwechsels (vgl. auch *OLG Köln*, BeckRS 2011, [BECKRS Jahr 14259](#)). Ob der alte Versorger die Information, wer der neue Versorger seines ehemaligen Kunden ist, sogar gem. § [BDSG § 35 BDSG § 35 Absatz II](#) 2 Nr.3 BDSG zu löschen oder zumindest nach § [BDSG § 35 BDSG § 35 Absatz III](#) Nr.1 BDSG zu sperren hat (so *Eckhardt*, CR 2011, [CR Jahr 2011 Seite 684](#); wohl a.A., aber mit Blick auf andere Fallgestaltungen, *Gola/Schomerus*, BDSG, 10. Aufl. [2010], § 35 Rdnr.13), bedarf letztlich keiner Entscheidung.

Denn auch wenn eine Löscho- oder Sperrpflicht der Bekl. nicht bestünde, überwäge dennoch das dargestellte Interesse des ehemaligen Kunden am Schutz seiner Daten dasjenige des alten Versorgers an der Nutzung der Information über den neuen Versorger des Kunden. Überzeugend weist das *OLG Köln* in der zitierten Entscheidung darauf hin, dass dem Anbieter weder eine werbliche Ansprache speziell seiner ehemaligen Kunden noch ein dabei unterbreiteter genereller Preisvergleich unmöglich gemacht wird, wenn er die genannte Information nicht nutzen darf. Ihm wird lediglich die Möglichkeit genommen, den Preisvergleich gerade auf denjenigen Stromanbieter zuzuschneiden, zu dem der jeweilige Kunde gewechselt hat. Dieser Verzicht kann und muss ihm im Rahmen der Abwägung angesichts des Schutzes, den personenbezogene Daten genießen, zugemutet werden. Damit liegen die Voraussetzungen des § [BDSG § 28 BDSG § 28 Absatz I](#) 2 Nr.2 BDSG a.F.

nicht vor. Gleiches gilt für § [BDSG § 28](#) [BDSG § 28 Absatz I](#) 2 Nr.3 BDSG a.F., der sich auf den hier nicht einschlägigen Fall der Daten aus allgemein zugänglichen oder zur Veröff. bestimmten Daten bezieht.

d) Die Nutzung der fraglichen personenbezogenen Daten ist auch nicht nach § [BDSG § 28](#) [BDSG § 28 Absatz III](#) Nr.3 lit. a BDSG a.F. zulässig. Die Vorschrift gestattet u. a. die Nutzung für Zwecke der Werbung, wenn es sich um listenmäßig zusammengefasste Daten über Angehörige einer Personengruppe handelt, die sich auf eine Angabe über die Zugehörigkeit des Betroffenen zu dieser Personengruppe beschränken, und wenn kein Grund zu der Annahme besteht, dass der Betroffene ein schutzwürdiges Interesse an der dem Ausschluss der Nutzung hat (so genannte „Listenprivileg“, vgl. *Gola/Schomerus*, BDSG, 9. Aufl. [2007], § 28 Rdnr.55f.).

Ob dem Vortrag der Bekl. hinreichend konkrete Angaben zur Zugehörigkeit der streitgegenständlichen Daten zu einem solchen listenmäßig zusammengefassten Datenbestand über Angehörige einer Personengruppe entnommen werden können, bedarf keiner Vertiefung. Denn selbst unter der (naheliegenden) Annahme, dass eine solche Organisation der Daten besteht, fehlt es an der weiteren Voraussetzung, dass sich die von der Bekl. genutzten Daten auf eine Angabe über die Zugehörigkeit der Betroffenen zu dieser Personengruppe beschränken. Die Zugehörigkeit zu einer Personengruppe darf also nicht durch eine Kombination von Angaben beschrieben werden (*Gola/Schomerus*, § 28 Rdnr.56a; *Simitis*, § 28 Rdnr.239; *OLG Köln*, BeckRS 2011, [BECKRS Jahr 14259](#)). Das ist hier aber der Fall: Die Bekl. hat die Kombination der Informationen „ehemaliger eigener Kunde, der gewechselt hat“ und „nunmehr Kunde der Kl.“ genutzt.

e) Da somit die geltend gemachten Erlaubnistatbestände nicht eingreifen, fällt die Verwendung der fraglichen personenbezogenen Daten unter das Verbot des § [BDSG § 4](#) [BDSG § 4 Absatz I](#) BDSG.

2. Bei §§ [BDSG § 4](#) [BDSG § 4 Absatz I](#), [BDSG § 28](#) BDSG handelt es sich um Marktverhaltensregeln i.S. des § [UWG § 4](#) Nr. [UWG § 4 Nummer 11](#) UWG, weil und soweit sie die Zulässigkeit des Erhebens (§ [BDSG § 3](#) [BDSG § 3 Absatz III](#) BDSG), Verarbeitens (§ [BDSG § 3](#) [BDSG § 3 Absatz IV](#) BDSG) und Nutzens (§ [BDSG § 3](#) [BDSG § 3 Absatz V](#) BDSG) personenbezogener Daten (§ [BDSG § 3](#) [BDSG § 3 Absatz I](#) BDSG) für Zwecke der Verkaufsförderung, insbesondere der Werbung, regeln.

§ [UWG § 4](#) Nr. [UWG § 4 Nummer 11](#) UWG erfasst nur solche Vorschriften, die zumindest auch den Schutz der Interessen der Marktteilnehmer bezwecken. Marktteilnehmer sind nach § [UWG § 2](#) [UWG § 2 Absatz I](#) Nr.2 UWG neben Mitbewerbern und Verbrauchern alle Personen, die als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen tätig sind. Der Zweck, Interessen der Marktteilnehmer zu schützen, muss nicht der einzige und nicht einmal der primäre Zweck der jeweiligen Norm sein (*Köhler/Bornkamm*, § 4 Rdnr. [BAUHEFKOWETTBEWR UWG § 4 Randnummer 11.33](#)).

Zwar zielt das in § [BDSG § 4](#) [BDSG § 4 Absatz I](#) BDSG enthaltene Verbot mit Erlaubnisvorbehalt (vgl. *Gola/Schomerus*, BDSG, 10. Aufl. [2010], § 4 Rdnr.3) weitaus überwiegend nicht darauf ab, Marktverhalten zu regeln. Soweit jedoch ein Marktteilnehmer sich auf einen Erlaubnistatbestand beruft, um die Nutzung personenbezogener Daten bei seiner Werbung zu rechtfertigen, bezwecken die Grenzen, die das BDSG einem solchen Marktverhalten setzt, den Schutz des Betroffenen in seiner Stellung als Marktteilnehmer. Dieser Schutz ist zwar Ausfluss des allgemeinen Schutzes eines Rechts des Verbrauchers, nämlich seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Auch eine dem Schutz von Rechten oder Rechtsgütern dienende Vorschrift ist aber dann eine Marktverhaltensvorschrift, wenn das geschützte Interesse gerade durch die Marktteilnahme berührt wird. Der Anwendungsbereich des § [UWG § 4](#) Nr. [UWG § 4 Nummer 11](#) UWG ist also nicht auf solche

Marktverhaltensregelungen beschränkt, die eine spezifisch wettbewerbsbezogene Schutzfunktion in dem Sinne aufweisen, dass sie die Marktteilnehmer speziell vor dem Risiko einer unlauteren Beeinflussung ihres Marktverhaltens schützen (vgl. *BGH*, GRUR 2011, [GRUR Jahr 2011 Seite 633](#) Rdnr. [GRUR Jahr 2011 Seite 633 Randnummer 34](#) = NJW-RR 2011, [NJW-RR Jahr 2011 Seite 1125](#) = WRP 2011, [WRP Jahr 2011 Seite 858](#) – BIO TABAK; *BGH*, GRUR 2010, [GRUR Jahr 2010 Seite 754](#) Rdnrn. [GRUR Jahr 2010 Seite 754 Randnummer 20–GRUR Jahr 2010 Seite 754 Randnummer 23](#) – Golly Telly; BGHZ 173, [BGHZ Band 173 Seite 188](#) = GRUR 2007, [GRUR Jahr 2007 Seite 890](#) Rdnr. [GRUR Jahr 2007 Seite 890 Randnummer 35](#) = NJW 2008, [NJW Jahr 2008 Seite 758](#) – Jugendgefährdende Medien bei eBay; Köhler/Bornkamm, § 4 UWG Rdnr. [BAUHEFKOWETTBEWR UWG § 4 Randnummer 11.35](#) d m. w. Nachw.). Im Streitfall hat die Bekl. geschützte Daten genutzt, die ihr durch die Marktteilnahme der Betroffenen, nämlich die Vertragsbeziehung mit der Bekl. und ihre Beendigung, bekannt geworden sind. Soweit sie solche Daten zum Zwecke der Werbung nutzt, ist dieses Marktverhalten durch den Schutz der Daten nach Maßgabe des BDSG im Interesse der Betroffenen geregelt (*OLG Köln*, CR 2011, [CR Jahr 2011 Seite 680](#) = BeckRS 2011, [BECKRS Jahr 14259](#)). Der gegenteiligen Auffassung des *OLG München*, MMR 2012, [MMR Jahr 2012 Seite 317](#) = CR 2012, [CR Jahr 2012 Seite 269](#)), die eine generelle Betrachtung des Schutzzwecks des BDSG in den Vordergrund stellt, vermag der *Senat* nicht zu folgen. Sie wird aus Sicht des *Senats* auch nicht durch die dort zitierte Entscheidung „Krafffahrzeughänger mit Werbeschildern“ (*BGH*, GRUR 2006, [GRUR Jahr 2006 Seite 872](#) = NVwZ 2006, [NVWZ Jahr 2006 Seite 1206](#)) gestützt. Die dort geltend gemachte Vorschrift dient allein der Sicherheit und Leichtigkeit des Straßenverkehrs, nicht aber dem Schutz der Mitbewerber oder der Verbraucher oder derjenigen Personen, die als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen tätig sind (*BGH*, GRUR 2006, [GRUR Jahr 2006 Seite 872](#) Rdnrn. [GRUR Jahr 2006 Seite 872 Randnummer 15](#) ff. = NVwZ 2006, [NVWZ Jahr 2006 Seite 1206](#) – Krafffahrzeughänger mit Werbeschildern). §§ [BDSG § 4](#) [BDSG § 4 Absatz I](#), [BDSG § 28](#) BDSG regeln dagegen den Umgang mit personenbezogenen Daten für eigene Geschäftszwecke (einschließlich Werbung) und dienen damit jedenfalls auch dem Schutz von Rechtsgütern der Kunden im Zusammenhang mit ihrer Marktteilnahme.

3. Eine Heranziehung von §§ [BDSG § 4](#) [BDSG § 4 Absatz I](#), [BDSG § 28](#) BDSG als Marktverhaltensregel nach § [UWG § 4](#) Nr. [UWG § 4 Nummer 11](#) UWG scheidet auch nicht daran, dass die so genannte UGP-Richtlinie 2005/29/EG in ihrem Anwendungsbereich zu einer vollständigen Harmonisierung des Lauterkeitsrechts geführt hat, aber keinen dem § [UWG § 4](#) Nr. [UWG § 4 Nummer 11](#) UWG entsprechenden Unlauterkeitstatbestand kennt. Das schließt es allerdings aus, über § [UWG § 4](#) Nr. [UWG § 4 Nummer 11](#) UWG außerlauterkeitsrechtliche Verbotsnormen zur Geltung zu bringen, die ihre Grundlage im nationalen Recht haben. Anders ist es aber, wenn die jeweilige Verhaltenspflicht ihre Grundlage im Unionsrecht hat und die UGP-Richtlinie diese unionsrechtliche Regelung unberührt lässt (vgl. *BGH*, GRUR 2010, [GRUR Jahr 2010 Seite 852](#) Rdnr. [GRUR Jahr 2010 Seite 852 Randnummer 15](#) = NJW-RR 2010, [NJW-RR Jahr 2010 Seite 1560](#) – Gallardo Spyder; *BGH*, GRUR 2011, [GRUR Jahr 2011 Seite 638](#) Rdnr. [GRUR Jahr 2011 Seite 638 Randnummer 19](#) = NJW 2011, [NJW Jahr 2011 Seite 2653](#) = WRP 2011, [WRP Jahr 2011 Seite 866](#) – Werbung mit Garantie; *BGH*, GRUR 2011, [GRUR Jahr 2011 Seite 843](#) Rdnr. [GRUR Jahr 2011 Seite 843 Randnummer 15](#) = WRP 2011, [WRP Jahr 2011 Seite 1146](#) – Vorrichtung zur Schädlingsbekämpfung; Köhler/Bornkamm, § 4 Rdnr. [BAUHEFKOWETTBEWR UWG § 4 Randnummer 11.6a](#)).

So liegt es im Streitfall. Das hier angewandte Regelungssystem der §§ [BDSG § 4](#) [BDSG § 4 Absatz I](#), [BDSG § 28](#) BDSG hat seine Grundlage in der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG, die von der UGP-Richtlinie nicht berührt wird.

Diese Richtlinie ist vom Bundesgesetzgeber mit der Novelle des BDSG vom 18.5. 2001 (BGBl I, 904) – wenn auch verspätet – umgesetzt worden (vgl. *Gola/Schomerus*, BDSG, 10. Aufl. [2010], Einl. Rdnrn. 10ff.). Dabei ist zu beachten, dass die Richtlinie „Grundsätze“ bzw. „Schutzprinzipien“ zum Schutz des Persönlichkeitsrechts bei der Verarbeitung personenbezogener Daten aufstellt (vgl. z. B. Erwägungsgründe 11, 25) und deren Ausfüllung und nähere Ausgestaltung ausdrücklich den umsetzungspflichtigen Mitgliedstaaten überlässt (Art. 5). Angesichts dieser Rechtslage muss also nicht jede Bestimmung des nationalen Rechts eine Entsprechung in der Richtlinie finden; vielmehr muss eine Umsetzung notwendigerweise auch Detailregelungen enthalten, die die in der Richtlinie aufgestellten Grundsätze erst konkretisieren. Der von der Richtlinie gesetzte Rahmen ist verlassen, wenn Regelungen getroffen werden, die mit den Grundsätzen der Richtlinie unvereinbar sind (vgl. *EuGH*, Slg. 2003 S. [EUGH-SLG Jahr 2003 Seite I-EUGH-SLG Jahr 2003 12971](#) Rdnrn. [EUGH-SLG Jahr 2003 Seite I](#) [Randnummer 95](#)ff. = *EuZW* 2004, [EUZW Jahr 2004 Seite 245](#) = *MMR* 2004, [MMR Jahr 2004 Seite 95](#) – *Lindqvist*; *EuZW* 2012, [EUZW Jahr 2012 Seite 37](#) Rdnrn. [EUZW Jahr 2012 Seite 37](#) [Randnummer 28](#)ff. insbes. [EUZW Jahr 2012 Seite 37](#) [Randnummer 33](#)ff. = *NZA* 2011, [NZA Jahr 2011 Seite 1409](#) = *CR* 2012, [CR Jahr 2012 Seite 29](#) – *ASNEF/FECEMD*). Das ist etwa dann der Fall, wenn die in Art. [EWG RL 95 46 Artikel 7](#) lit. f der Richtlinie vorgesehene Interessenabwägung für Daten bestimmter Herkunft dadurch vermieden wird, dass für diese eine Verarbeitung von vornherein ausgeschlossen wird (*EuGH*, *EuZW* 2012, [EUZW Jahr 2012 Seite 37](#) Rdnrn. [EUZW Jahr 2012 Seite 37](#) [Randnummer 45](#)ff. = *NZA* 2011, [NZA Jahr 2011 Seite 1409](#) = *CR* 2012, [CR Jahr 2012 Seite 29](#) – *ASNEF/FECEMD*).

Das grundsätzliche Verbot der Nutzung personenbezogener Daten ohne Einwilligung des Betroffenen und ohne Vorliegen eines Erlaubnistatbestands (§ [BDSG § 4](#) [BDSG § 4 Absatz I](#) BDSG) entspricht der in Art. [EWG RL 95 46 Artikel 7](#) der Richtlinie getroffenen Regelung. Danach sehen die Mitgliedsstaaten vor, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten nur dann erfolgen darf, wenn die betroffene Person ohne jeden Zweifel ihre Einwilligung gegeben hat (lit. a oder ein anderer Erlaubnistatbestand (lit. b bis f) gegeben ist. Für den Bereich der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke, ohne dass eine Einwilligung vorläge, enthält § [BDSG § 28](#) BDSG eigene Erlaubnistatbestände. § [BDSG § 28](#) [BDSG § 28 Absatz I](#) 2 Nr. 2 BDSG a. F. enthält eine Abwägungsregelung, die in der Sache derjenigen in Art. [EWG RL 95 46 Artikel 7](#) lit. f der Richtlinie entspricht. Art. [BDSG Artikel 28](#) [BDSG Artikel 28 Absatz III](#) Nr. 3 lit. a BDSG a. F. findet zwar keine ausdrückliche Entsprechung in der Richtlinie; das bedeutet aber nach dem Ausgeführten nicht, dass eine Sanktionierung des festgestellten Verstoßes nach § [UWG § 4](#) Nr. [UWG § 4 Nummer 11](#) UWG ausgeschlossen wäre. Denn § [BDSG § 28](#) [BDSG § 28 Absatz III](#) Nr. 3 BDSG a. F. stellt lediglich eine spezielle Regelung für die Übermittlung und Nutzung von Listendaten bereit, die wiederum eine Abwägung mit schutzwürdigen Interessen des Betroffenen am Ausschluss der Übermittlung oder Nutzung verlangt. Dabei handelt es sich lediglich um eine Ausformung des Abwägungsgebots nach Art. [EWG RL 95 46 Artikel 7](#) lit. f der Richtlinie, die vom Umsetzungsermessen des nationalen Gesetzgebers gedeckt ist. Die Regelung betrifft nicht das für § [UWG § 4](#) Nr. [UWG § 4 Nummer 11](#) UWG maßgebliche Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, sondern nur eine spezielle

Ausprägung eines Erlaubnistatbestands, die mit Art. [EWG RL 95 46 Artikel 7](#) lit. f der Richtlinie ohne Weiteres vereinbar ist; ihre im Streitfall maßgebliche Fassung ist denn auch gerade Ergebnis der Umsetzung der Richtlinie (vgl. Simitis, § 28 Rdnr. 234).

4. Damit erweist sich die Annahme des LG, das beanstandete Vorgehen der Bekl. begründe einen Unterlassungsanspruch nach §§ [UWG § 3](#), [UWG § 4](#) Nr. 11, [UWG § 8](#) [UWG § 8 Absatz 1](#) UWG, als zutreffend.

Die Einwände der Bekl. gegen die Fassung des Unterlassungstenors greifen ebenfalls nicht durch. Sie erfasst aus Sicht des *Senats* den Kern dessen, was die Kl. verboten wissen will. Die Bezugnahme auf die „durch den Kunden erhaltene Information“ bedeutet nicht, dass die Bekl. diese Information unmittelbar vom Kunden erhalten haben muss; durch den Zusatz „anlässlich der Vertragsbeendigung“ wird – jedenfalls im Lichte der Urteilsbegründung – hinreichend klargemacht, auf welche Weise die Information an die Bekl. gelangt ist. Entsprechendes gilt für den Verbotgegenstand der „Nutzung der Information“. Bei der „Nutzung“ handelt es sich um einen im BDSG (§ [BDSG § 3](#) [BDSG § 3 Absatz V](#)) definierten terminus technicus; welches Verhalten verboten wird, kann wiederum durch Auslegung unter Heranziehung der Urteilsgründe mit hinreichender Deutlichkeit ermittelt werden. Von einer „ausdrücklichen“ Einwilligung ist im Tenor nicht die Rede; das Erfordernis einer fehlenden Einwilligung ist als solches für einen abstrahierenden, auf § [BDSG § 4](#) [BDSG § 4 Absatz 1](#) BDSG gestützten Verbotstenor unverzichtbar.

Dass die bevorstehende Änderung des § [BDSG § 28](#) BDSG auch für „Altdaten“ einer Verurteilung nach der derzeit geltenden Fassung nicht entgegensteht, wurde bereits ausgeführt. Es bedarf weder einer Befristung des Verbotstenors noch einer Beschränkung auf Daten, die vor dem 1.9. 2009 erhoben worden sind. Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens sind, wie erwähnt, ausschließlich Fälle der Nutzung von „Altdaten“. Diese Beschränkung ergibt sich aus dem Tatbestand des angefochtenen Urteils wie auch dem vorliegenden Urteil mit ausreichender Deutlichkeit, so dass es einer Klarstellung im Tenor nicht bedarf.

Ein Fall der alternativen Klagebegründung im Sinne der TÜV-Rechtsprechung liegt nicht vor.