

Wettbewerbsverstoß bei Verwendung personenbezogener Daten früherer Kunden

Eigener Leitsatz:

Stromanbieter dürfen ihre früheren Kunden nicht unter Verwendung der Information, dass diese zur Konkurrenz gewechselt haben, zu dem Zweck anschreiben, diese Kunden zum Rückwechsel zu veranlassen.

Im vorliegenden Fall schickte ein Stromanbieter seinem ehemaligen Kunden nach dessen beabsichtigtem Anbieterwechsel ein Werbeschreiben, das eine Gegenüberstellung seiner Strompreise mit denen des neuen Stromanbieters enthielt. Das OLG Karlsruhe sieht darin einen Wettbewerbsverstoß, weil der Stromanbieter geschützte Daten seines ehemaligen Kunden (personenbezogene Daten) benutzte, um eigene Werbung zu betreiben.

Nach alledem können lauterkeitsrechtliche Ansprüche auf die Nutzung personenbezogener Daten im Rahmen der Werbung gestützt werden.

Oberlandesgericht Karlsruhe

Urteil vom 09.05.2012

Az.: 6 U 38/11

Tenor:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Mannheim vom 09.02.2011 (Az. 22 O 18/10) wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Vollstreckung gemäß Ziffer 1 des Tenors des angefochtenen Urteils kann gegen Sicherheitsleistung in Höhe von EUR 150.000,00 abgewendet werden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Im Übrigen kann die Vollstreckung Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abgewendet werden, wenn nicht die Gegenseite vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils beizutreibenden Betrages leistet. Das angefochtene Urteil des Landgerichts Mannheim vom 09.02.2011 (Az. 22 O 18/10) ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

4. Die Revision wird zugelassen.

Entscheidungsgründe:

I.

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

Unter dem 14.02.2009 schrieb die Beklagte einen ihrer früheren Kunden an, der mit Wirkung zum 31.12.2007 das Vertragsverhältnis zu der Beklagten gekündigt hatte und seit dem 01.01.2008 Kunde der Klägerin ist. Unter demselben Datum schrieb die Beklagte einen weiteren ihrer ehemaligen Kunden an, der das Lieferverhältnis zur Beklagten mit Wirkung zum 31.07.2008 gekündigt hatte und seit dem 01.08.2008 Kunde der Klägerin ist. In beiden Schreiben nutzte die Beklagte die ihr im Rahmen der Vertragsbeendigung zur Kenntnis gelangte Information, dass die beiden Kunden zur Klägerin gewechselt hatten, indem sie einen ihrer aktuellen Stromtarife dem

Stromtarif der Klägerin vergleichend gegenüberstellte (vgl. Anlagen K9, K10).

Die Klägerin ist der Ansicht, die Beklagte verstoße mit dieser Vorgehensweise gegen § 4 Abs. 1 BDSG, weil die Werbung nicht nach § 28 BDSG erlaubt sei. Dies begründe nach §§ 3, 4 Nr. 11, 8 Abs. 1 UWG einen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch.

Die Klägerin hat in erster Instanz beantragt:

Der Beklagten wird es bei Androhung eines Ordnungsgeldes bis zu 250.000 EUR, ersatzweise Ordnungshaft, zu vollstrecken an ihrem jeweiligen gesetzlichen Vertreter, für den Fall der Zuwiderhandlung untersagt, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs ehemalige eigene Kunden zum Zwecke der Werbung anzuschreiben, wenn sie hierbei die anlässlich der Vertragsbeendigung durch den Kunden erhaltene Information nutzt, dass diese zur Klägerin gewechselt sind und eine Einwilligung der Kunden in die Nutzung dieser Information nicht vorliegt, insbesondere wenn dies geschieht wie aus der Anlage zu diesem Urteil ersichtlich.

Die Beklagte hat beantragt:

Die Klage wird abgewiesen.

Sie hat sich gegen die Zulässigkeit des Klagantrags gewandt und im Übrigen die Auffassung vertreten, die beanstandete Werbung sei wettbewerbsrechtlich zulässig. Die Speicherung und Nutzung der Information über den neuen Stromversorger der Kunden sei nach § 28 BDSG rechtmäßig. Jedenfalls aber handele es sich bei den geltend gemachten datenschutzrechtlichen Bestimmungen nicht um Marktverhaltensregelungen, die im Rahmen von § 4 Nr. 11 UWG zu beachten seien, zumal es an einer unionsrechtlichen Grundlage der entsprechenden Vorschriften des BDSG fehle.

Mit dem angefochtenen Urteil, auf das wegen aller Einzelheiten Bezug genommen wird, hat das Landgericht der Klage stattgegeben. Es hat ausgeführt, der zulässige Klageantrag finde seine Grundlage in §§ 3, 4 Nr. 11, 8 Abs. 1 UWG in Verbindung mit §§ 4, 28 BDSG. Es handele sich um Normen im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG, die in Umsetzung der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (nachstehend: Datenschutzrichtlinie) erlassen worden seien und deshalb eine hinreichende Grundlage im Unionsrecht hätten. Das Verhalten der Beklagten bei der beanstandeten Werbung verstoße gegen § 4 Abs. 1 BDSG. Der jeweilige Kunde habe in die Nutzung des Datums "neuer Versorger" durch die Beklagte nicht dadurch eingewilligt, dass er die Klägerin mit der Kündigung des Vertrages gegenüber der Beklagten beauftragt habe. Die Nutzung sei auch nicht nach § 28 BDSG erlaubt, der gemäß § 47 BDSG auf die streitgegenständlichen Vorgänge in seiner vor dem 01.09.2009 gültigen Fassung anzuwenden sei. Die Voraussetzungen des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG a.F. lägen nicht vor, weil jedenfalls die Nutzung des Datums „neuer Versorger“ für Werbung zur Rückgewinnung von Kunden nicht erforderlich sei.

Mit der hiergegen gerichteten Berufung verfolgt die Beklagte ihr erstinstanzliches Prozessziel der Klageabweisung weiter. Sie bekräftigt ihre Bedenken gegen den zugesprochenen Unterlassungsantrag. Dieser sei nicht hinreichend bestimmt und treffe mit der Bezugnahme auf die durch den Kunden anlässlich der Vertragsbeendigung erhaltenen Information nicht die konkrete Verletzungsform, weil dem alten Energieversorger die Identität des neuen Versorgers regelmäßig dadurch bekannt werde, dass dieser die Kündigung für den Kunden übernehme. Auch sei unklar, was unter der „Nutzung der Information“ verstanden werden solle. Die Formulierung „... eine Einwilligung des Kunden in die Nutzung dieser Information nicht vorliegt“

verlagere zudem den Streit um die Frage, ob und wann eine Einwilligung des Kunden vorliege, unzulässig ins Vollstreckungsverfahren. Auch verlange § 28 Abs. 1 S. 2 BDSG gerade keine ausdrückliche Einwilligung, wie sie im Urteilstenor gefordert werde. Zudem müsse der Unterlassungstenor dem Umstand Rechnung tragen, dass sich die dem Sachverhalt zugrundeliegende Fassung des § 28 BDSG in absehbarer Zeit ändere; in einer solchen Konstellation dürfe der Verbotstenor nicht so gefasst werden, dass er auch Sachverhalte erfasse, die nach einer ganz anderen Rechtslage zu bewerten seien. Ferner seien mit Blick auf alternative Anspruchsbegründungen die Anforderungen der „TÜV“-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu beachten.

Eine unionsrechtliche Grundlage für die konkret angewandte Norm – hier das „Kombinationsverbot“ des § 28 Abs. 3 BDSG a.F. – sei nicht vorhanden; diese Norm finde keine Entsprechung im Gemeinschaftsrecht. Jedenfalls seien datenschutzrechtliche Regelungen, die dem Schutz des Persönlichkeitsrechts dienten, keine Marktverhaltensregelungen im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG.

Das Landgericht habe zu Unrecht das Vorliegen einer Einwilligung nach § 4 Abs. 1 BDSG verneint. Entgegen der Darstellung des Landgerichts mache die Klägerin keine unbefristete Nutzung der hier fraglichen Information geltend. Bei der Interessenabwägung nach § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG habe das Landgericht die Interessen der Beklagten an der durchgeführten Werbung zur Rückgewinnung von Kunden nicht berücksichtigt. Dem Kunden werde ein Vergleich unterbreitet, der sich an seiner konkreten Situation orientiere, was für diesen lediglich vorteilhaft sei. Ohne die Nutzung der Information über den neuen Versorger sei ein solcher Individualvergleich nicht möglich. Damit sei die Nutzung der fraglichen Daten erforderlich im Sinne der genannten Vorschrift.

Die Klägerin beantragt unter Verteidigung des angefochtenen

Urteils die Zurückweisung der Berufung. Sie trägt vor, das Kombinationsverbot des § 28 Abs. 3 BDSG a.F. finde seine Entsprechung in Art. 7 lit. f der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG. Sie verteidigt die Auffassung des Landgerichts, dass ein gesondertes, aner kennenswertes Interesse der Beklagten, gerade die Kunden der Klägerin abzuwerben, nicht bestehe. Damit könne die Kombination der Merkmale „ehemaliger Kunde“ und „nunmehr Kunde der Klägerin“ nicht erforderlich sein. §§ 4, 28 BDSG a.F. seien Marktverhaltensregelungen im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG; die Regelung des Marktes müsse weder der einzige noch der primäre Zweck der Norm sein. § 28 Abs. 3 Nr. 3 BDSG a.F. erlaube die Verwendung personenbezogener Daten für Zwecke der Werbung nur unter strikten Vorgaben. Die angebliche Nützlichkeit der spezifischen Werbung für den Kunden dürfe nicht durch eine Verletzung datenschutzrechtlicher Bestimmungen „erkauft“ werden. Die Beklagte sei Grundversorgerin und könne als solche über Jahre hinweg ein Profil des Verbrauchers darüber erstellen, bei welchem Energielieferanten dieser Kunde gewesen sei. Dies sei mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung unvereinbar.

Beide Parteien beantragen hilfsweise für den Fall des Unterliegens die Zulassung der Revision.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung bleibt in der Sache ohne Erfolg. Zu Recht hat das Landgericht die Nutzung der Information über den neuen Stromversorger als Verstoß gegen eine Marktverhaltensregel nach § 4 Nr. 11 UWG angesehen.

1. Mit der Versendung der Werbeschreiben hat die Beklagte eine geschäftliche Handlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG

vorgenommen (zu diesem – in § 4 Nr. 11 UWG nicht ausdrücklich erwähnten – Erfordernis vgl. Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, 5. Aufl., § 4 Rn. 11/26; Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Aufl., § 4 Rn. 11.23). Diese verstößt gegen § 4 Abs. 1 BDSG, denn die Nutzung personenbezogener Daten (Name und Anschrift früherer eigener Kunden, jetziger Kunden der Klägerin) ohne Einwilligung der Kunden zum Zweck der Versendung eines individuellen Werbeschreibens war nicht gemäß § 28 Abs. 1 bis 3 BDSG erlaubt.

a) Eine Einwilligung der Kunden darin, dass die Beklagte die Information über den neuen Versorger für Werbezwecke nutzt, liegt nicht vor. Sie kann insbesondere, worauf das Landgericht zutreffend hingewiesen hat, nicht in dem Umstand erblickt werden, dass die Kunden die Klägerin 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. 7 lit. a der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG als gemeinschaftsrechtliche Grundlage des § 4 Abs. 1 BDSG (dazu unten 3.) verlangt, dass die betroffene Person in die Verarbeitung personenbezogener Daten (die nach dem Sprachgebrauch der Richtlinie auch die „Benutzung“ der Daten einschließt, vgl. Art. 2 lit. b) „ohne jeden Zweifel“ eingewilligt hat; davon kann im Streitfall nicht die Rede sein.

b) § 28 BDSG, der sich im dritten Abschnitt des BDSG über die Datenverarbeitung nicht-öffentlicher Stellen und öffentlich-rechtlicher Wettbewerbsunternehmen befindet, enthält in den Absätzen 1 bis 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 § 47 Nr. 2 BDSG in der Fassung anzuwenden, die bis zum 31.08.2009 galt. Nach dieser Vorschrift ist § 28 BDSG bis zum 31.08.2012 für die Verarbeitung und Nutzung vor dem 1. September 2009 erhobener oder gespeicherter Daten für Zwecke der Werbung in der bis dahin geltenden Fassung weiter anzuwenden (nachstehend: § 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 01.09.2009 erhoben; hierauf ist der Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens beschränkt. Die Kündigungen, durch die die Beklagte Kenntnis vom neuen Versorger erlangt hat, sind zum 31.12.2007 bzw. zum 31.07.2008 erfolgt. Auf die Frage, ob auch nach der seit dem 01.09.2009 geltenden Fassung des § 28 BDSG ein Verstoß vorläge (vgl. dazu [nach dem mitgeteilten Sachverhalt wohl ohne Entscheidungsrelevanz] OLG Köln CR 2011, 680 m. Anm. Eckhardt), kommt es daher im Streitfall nicht an. Auch der Umstand, dass sich das anwendbare Recht – auch für „Altdaten“ – in absehbarer Zeit (01.09.2012) 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“ § 28 BDSG in der vor dem 01.09.2009 geltenden Fassung (§ 47 Nr. 2 BDSG).

c) Nach § 28 Abs. 1 S. 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 Nr. 1-3 ermittelt werden (Gola/Schomerus, BDSG, 9. Aufl., § 28 Rn. 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 § 28 Abs. 2 BDSG a.F. nur unter den Voraussetzungen des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und Nr. 3 BDSG a.F. übermittelt und genutzt werden. § 28 Abs. 2 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 § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 oder 3 BDSG a.F. gedeckt ist (vgl. Gola/Schomerus, BDSG, 9. Aufl., § 28 Rn. 49).

Nach § 28 Abs. 1 S. 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. § 3 Abs. 7 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 Nutzens den schutzwürdigen Interessen des Betroffenen gegenübergestellt werden und auf Seiten des Nutzens zusätzlich das Tatbestandsmerkmal der Erforderlichkeit erfüllt sein muss (vgl. Gola/Schomerus, BDSG, 9. Aufl., § 28 Rn. 33).

Das berechtigte Interesse des Nutzens kann wirtschaftlicher oder ideeller Natur sein; es muss von der Rechtsordnung gebilligt sein (Gola/Schomerus, a.a.O., § 28 Rn. 33). Das Interesse der Beklagten, sich mit Werbung gezielt an ehemalige Kunden zu wenden und diesen – auch vergleichende (vgl. § 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 Beklagte verfolgt also mit ihrer Werbung ein berechtigtes Interesse im Sinne der genannten Vorschrift.

Der Senat teilt aber die Auffassung des Oberlandesgerichts Köln (Urt. v. 19.11.2010, Az. 6 U 73/10, auszugsweise

veröffentlicht in CR 2011, 680, abrufbar in juris), dass für die Verfolgung dieses Interesses die Nutzung der Information, dass der ehemalige Kunde zur Beklagten gewechselt hat, nicht „erforderlich“ im Sinne des § 28 Abs. 1 S. 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 berechnigte Interesse verfolgen zu können, zur Nutzung der jeweiligen Information keine zumutbare Alternative gibt (vgl. Gola/Schomerus, a.a.O., § 28 Rn. 34 m.w.N.). Damit kann Erforderlichkeit im Zusammenhang mit der Nutzung für Werbung aber nicht mit bestmöglicher Effizienz gleichgesetzt werden (OLG Köln a.a.O.). 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 Sinne 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, Kommentar zum BDSG, 5. Aufl., § 28 Rn. 159). Die Prüfung der Erforderlichkeit ist also Teil der Interessenabwägung, die § 28 Abs. 1 S. 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 berechnigte 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 a.a.O.).

Vorliegend kann der Beklagten 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 „Betroffenen“ im Sinne des § 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. 2 Abs. 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 Altvertrages 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 Stromlieferungsvertrages. 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, 684) unumgänglich ist, nämlich im Rahmen technischen Abwicklung des Versorgerwechsels (vgl. auch OLG Köln a.a.O.). Ob der alte Versorger die Information, wer der neue Versorger seines ehemaligen Kunden ist, sogar gemäß § 35 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 BDSG zu löschen oder zumindest nach § 35 Abs. 3 Nr. 1 BDSG zu sperren hat (so Eckhardt a.a.O.; wohl a.A., aber mit Blick auf andere Fallgestaltungen, Gola/Schomerus, BDSG, 10. Aufl., § 35 Rn. 13), bedarf letztlich keiner Entscheidung.

Denn auch wenn eine Lösch- oder Sperrpflicht der Beklagten 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 Oberlandesgericht 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 § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BDSG a.F. nicht vor. Gleiches gilt für § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BDSG a.F., der

sich auf den hier nicht einschlägigen Fall der Daten aus allgemein zugänglichen oder zur Veröffentlichung bestimmten Daten bezieht.

d) Die Nutzung der fraglichen personenbezogenen Daten ist auch nicht nach § 28 Abs. 3 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 (sog. „Listenprivileg“, vgl. Gola/Schomerus, BDSG, 9. Aufl., § 28 Rn. 55 f.).

Ob dem Vortrag der Beklagten 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 Beklagten 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, BDSG, 9. Aufl., § 28 Rn. 56a; Simitis, a.a.O., § 28 Rn. 239; OLG Köln a.a.O.). Das ist hier aber der Fall: Die Beklagte hat die Kombination der Informationen „ehemaliger eigener Kunde, der gewechselt hat“ und „nunmehr Kunde der Klägerin“ genutzt.

e) Da somit die geltend gemachten Erlaubnistatbestände nicht eingreifen, fällt die Verwendung der fraglichen personenbezogenen Daten unter das Verbot des § 4 Abs. 1 BDSG.

2. Bei §§ 4 Abs. 1, 28 BDSG handelt es sich um

Marktverhaltensregeln im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG, weil und soweit sie die Zulässigkeit des Erhebens (§ 3 Abs. 3 BDSG), Verarbeitens (§ 3 Abs. 4 BDSG) und Nutzens (§ 3 Abs. 5 BDSG) personenbezogener Daten (§ 3 Abs. 1 BDSG) für Zwecke der Verkaufsförderung, insbesondere der Werbung, regeln.

§ 4 Nr. 11 UWG erfasst nur solche Vorschriften, die zumindest auch den Schutz der Interessen der Marktteilnehmer bezwecken. Marktteilnehmer sind nach § 2 Abs. 1 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 a.a.O. § 4 Rn. 11.33).

Zwar zielt das in § 4 Abs.1 BDSG enthaltene Verbot mit Erlaubnisvorbehalt (vgl. Gola/Schomerus, BDSG, 10. Aufl., § 4 Rdn. 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 Bundesdatenschutzgesetz 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 § 4 Nr. 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 WRP 2011, 858 Tz. 34 – BIO TABAK; BGH GRUR 2010, 754 Tz. 20-23 – Golly Telly; BGH GRUR 2007, 890 Tz. 35 – Jugendgefährdende Medien bei eBay; Köhler/Bornkamm, a.a.O., §

4 UWG Rn. 11.35d m.w.N.). Im Streitfall hat die Beklagte geschützte Daten genutzt, die ihr durch die Marktteilnahme der Betroffenen, nämlich die Vertragsbeziehung mit der Beklagten 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 Bundesdatenschutzgesetzes im Interesse der Betroffenen geregelt (OLG Köln CR 2011, 680). Der gegenteiligen Auffassung des Oberlandesgerichts München (Urt. v. 12.01.2012, 29 U 3926/11, CR 2012, 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 „Kraftfahrzeughänger mit Werbeschildern“ (BGH GRUR 2006, 872) 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 a.a.O. Tz. 15 ff.). §§ 4 Abs. 1, 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 §§ 4 Abs. 1, 28 BDSG als Marktverhaltensregel nach § 4 Nr. 11 UWG scheitert auch nicht daran, dass die sog. UGP-Richtlinie 2005/29/EG in ihrem Anwendungsbereich zu einer vollständigen Harmonisierung des Lauterkeitsrechts geführt hat, aber keinen dem § 4 Nr. 11 UWG entsprechenden Unlauterkeitstatbestand kennt. Das schließt es allerdings aus, über § 4 Nr. 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, 852 Tz. 15 – Gallardo Spyder; BGH WRP

2011, 866 Tz. 19 – Werbung mit Garantie; BGH WRP 2011, 1146 Tz. 15 – Vorrichtung zur Schädlingsbekämpfung; Köhler/Bornkamm, a.a.O., § 4 Rn. 11.6a). So liegt es im Streitfall. Das hier angewandte Regelungssystem der §§ 4 Abs. 1, 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 18.05.2001 (BGBl. I S. 904) – wenn auch verspätet – umgesetzt worden (vgl. Gola/Schomerus, BDSG, 10. Aufl., Einleitung Rn. 10 ff.). 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 Mitgliedsstaaten 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 Urt. v. 06.11.2003, C-101/01, Slg. 2003 S. I-12971 Tz. 95 ff. – Lindqvist; Urt. v. 24.11.2011, C-468/10 u. C-469/10, EuZW 2012, 37 = CR 2012, 29 Tz. 28 ff., insbes. 33 ff.). Das ist etwa dann der Fall, wenn die in Art. 7 lit. f der Richtlinie vorgesehene Interessenabwägung für Daten bestimmter Herkunft dadurch vermieden wird, dass für diese eine Verarbeitung von vornherein ausgeschlossen wird (EuGH CR 2012, 29 Tz. 45 ff.).

Das grundsätzliche Verbot der Nutzung personenbezogener Daten ohne Einwilligung des Betroffenen und ohne Vorliegen eines Erlaubnistatbestands (§ 4 Abs. 1 BDSG) entspricht der in Art. 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 § 28 BDSG eigene Erlaubnistatbestände. § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BDSG a.F. enthält eine Abwägungsregelung, die in der Sache derjenigen in Art. 7 lit. f der Richtlinie entspricht. Art. 28 Abs. 3 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 § 4 Nr. 11 UWG ausgeschlossen wäre. Denn § 28 Abs. 3 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. 7 lit. f der Richtlinie, die vom Umsetzungsermessen des nationalen Gesetzgebers gedeckt ist. Die Regelung betrifft nicht das für § 4 Nr. 11 UWG maßgebliche Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, sondern nur eine spezielle Ausprägung eines Erlaubnistatbestands, die mit Art. 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, a.a.O., § 28 Rn. 234).

4. Damit erweist sich die Annahme des Landgerichts, das beanstandete Vorgehen der Beklagten begründe einen Unterlassungsanspruch nach §§ 3, 4 Nr. 11, 8 Abs. 1 UWG, als zutreffend.

Die Einwände der Beklagten gegen die Fassung des Unterlassungstenors greifen ebenfalls nicht durch. Sie erfasst aus Sicht des Senats den Kern dessen, was die Klägerin verboten wissen will. Die Bezugnahme auf die „durch den Kunden erhaltene Information“ bedeutet nicht, dass die Beklagte 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 Beklagte gelangt ist. Entsprechendes gilt für den Verbotsgegenstand der „Nutzung der Information“. Bei der „Nutzung“ handelt es sich um einen im BDSG (§ 3 Abs. 5) 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 § 4 Abs. 1 BDSG gestützten Verbotstenor unverzichtbar.

Dass die bevorstehende Änderung des § 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 01.09.2009 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 (LGU S. 3) 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.

5. Die Kostenentscheidung erster Instanz ist entgegen der Ansicht der Beklagten nicht zu beanstanden. Das Landgericht hat die im Verhandlungstermin erster Instanz vorgenommenen Formulierungsänderungen zu Recht als (durch die unglückliche Fassung des angekündigten Antrags gebotene) Klarstellungen, nicht aber als Einschränkungen des Klagantrags aufgefasst.

Damit ist die Berufung mit der Kostenfolge des § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision war gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 1, 2 ZPO zuzulassen. Bei der Frage, ob §§ 4 Abs. 1, 28 BDSG Marktverhaltensregeln im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG darstellen, weicht der Senat von der zitierten Rechtsprechung des Oberlandesgerichts München ab. Im Übrigen hat die Frage, inwieweit lauterkeitsrechtliche Ansprüche auf die Nutzung personenbezogener Daten im Rahmen der Werbung gestützt werden können, grundsätzliche Bedeutung.