

Kontaktformular muss Informationen zur Speicherung personenbezogener Daten beinhalten

Oberlandesgericht Köln

Urteil vom 11.03.2016

Az.: 6 U 121/15

Tenor

Die Berufung der Antragsgegnerin gegen das am 9. Juli 2015 verkündete Urteil der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 31 O 126/15 – wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Antragsgegnerin.

Gründe

(anstelle von Tatbestand und Entscheidungsgründen gemäß § 540 Abs. 1 ZPO)

I.

Die Parteien, die beide Steuerberatungsdienstleistungen anbieten, streiten über datenschutzrechtliche Hinweispflichten der Antragsgegnerin in Bezug auf ein Kontaktformular, welches sie auf ihrer Webseite www.X.de bereithielt. Wegen der Einzelheiten wird auf den als Anlage Ast 3 (Bl. 7 d.A.) zur Akte gereichten Internetausdruck verwiesen. Eine Unterrichtung über Art, Umfang und Zweck der Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten fand sich weder auf der Seite des Kontaktformulars noch an anderer Stelle der Webseite der Antragsgegnerin (Bl. 8 -10 d.A.). Ebenso fehlte ein Hinweis auf die jederzeitige Widerrufsmöglichkeit der Einwilligung mit

Wirkung für die Zukunft.

Mit Schreiben vom 17.03.2015 mahnte die Antragstellerin die Antragsgegnerin ab. Im selben Zeitraum mahnte die Antragstellerin insgesamt ca. 30 Mitbewerber in gleich gelagerten Fällen ab. Mit Schreiben vom 07.04.2015 bat die Antragstellerin ihre Prozessbevollmächtigte zunächst, von weiteren Abmahnungen Abstand zu nehmen bzw. erfolgte Abmahnungen nicht weiter zu betreiben. Am darauffolgenden Tag teilte sie ihren Prozessbevollmächtigten mit, dass sie die Abmahnungen weiter verfolgen wolle.

Die Antragstellerin hat behauptet, neben Unternehmen auch zahlreiche Privatpersonen zu beraten.

Am 08.04.2015 hat die Kammer eine einstweilige Verfügung erlassen, mit der der Antragsgegnerin unter Einblendung der Webseite der Antragsgegnerin untersagt worden ist, eine Webseite/Homepage selbst oder durch Dritte zu unterhalten, auf der Nutzer zum Zweck der Kontaktaufnahme oder Kommunikation oder zu sonstigen geschäftlichen Zwecken persönliche Daten eingeben können, ohne zuvor in gesetzlich geeigneter Form den datenschutzrechtlichen Hinweispflichten des Telemediengesetzes nachzukommen.

Auf den Widerspruch hin hat das Landgericht mit Urteil vom 9.7.2015, auf das wegen der weiteren tatsächlichen Feststellungen sowie der weiteren Einzelheiten Bezug genommen wird, die Beschlussverfügung bestätigt.

Mit ihrer Berufung verfolgt die Antragsgegnerin ihren Aufhebungs- und Zurückweisungsantrag weiter. Sie rügt, dass das Landgericht sich vor dem Hintergrund des Schreibens der Antragstellerin an ihre Verfahrensbevollmächtigte vom 7.4.2015 (Anlage AG 4, Bl. 67), in dem es heißt:

„ Sehr geehrte Frau M,
bezugnehmend auf unser heutiges Telefonat bitten wie Sie, von weiteren anwaltlichen Abmahnungen Abstand zu nehmen bzw. erfolgte Abmahnungen nicht weiter zu betreiben. Das Schreiben

der Steuerberaterkammer vom 2.4.2015, fügen wir zu Ihrer Kenntnisnahme bei.“

nicht mit der Frage des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses befasst habe. Ein solches sei nicht mehr gegeben, weil die Antragstellerin ihr Rechtsschutzbedürfnis selbst in Frage gestellt habe. Im Übrigen habe das Landgericht zwei wesentliche Aspekte, die für eine Rechtsmissbräuchlichkeit des Vorgehens der Antragstellerin sprechen, übersehen. Dass die Antragstellerin unmittelbar nach dem Schreiben vom 7.4.2015 eine erneute Anweisung erteilt haben soll, doch die Abmahnungen weiter zu verfolgen, zeige gerade, dass das Vorgehen vorwiegend Kosten- und Gebühreninteressen dienen sollte. Das Landgericht habe zudem verkannt, dass im Rahmen der Beweislast nicht restriktiv mit der Frage einer sekundären Darlegungslast umzugehen sei. Beim Rechtsmissbrauch sei es der Regelfall, dass der Abgemahnte nicht sämtliche Umstände kenne und deshalb den Abmahnenden eine sekundäre Darlegungslast dahingehend treffe, wie viele Abmahnungen in welchen Regionen und welchem Zeitraum ausgesprochen worden seien und ob eine Honorarvereinbarung getroffen worden sei.

Es liege zudem – wenn überhaupt – nur ein Bagatelverstoß vor, vor dessen Hintergrund die verlangte überhöhte Vertragsstrafe ebenfalls ein Indiz für einen Rechtsmissbrauch darstelle. Schließlich sei die in Streit stehende Rechtsfrage, nämlich ob § 13 TMG überhaupt eine Marktverhaltensregel im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG darstelle, ungeklärt, so dass auch insoweit das Verhalten der Antragstellerin schwer nachvollziehbar sei.

In der Sache ist die Antragsgegnerin der Ansicht, dass eine gesonderte Datenschutzerklärung gar nicht erforderlich gewesen sei. Da es für den Verbraucher ohne weiteres erkennbar um ein Kontaktformular ging, sei es für diesen ebenfalls erkennbar gewesen, welchem Zweck die Angabe der Daten diene und welche Daten erhoben wurden. Das Gesetz selbst spreche davon, dass eine Unterrichtung nur soweit zu erfolgen habe, „sofern eine solche Unterrichtung nicht bereits erfolgt ist“. Es bestehe

über die Umstände, die ihm aus der Natur des Kontaktformulars schon bekannt seien, kein weiteres Informationsbedürfnis des Nutzers.

Die Antragsgegnerin vertritt weiter die Auffassung, dass § 13 TMG keine Marktverhaltensregel darstelle und verweist auf eine Entscheidung des Kammergerichts (5 W 88/11). Selbst wenn es sich um eine solche handele, sei sie jedenfalls wettbewerbsrechtlich unwirksam. Unter Zitierung einer Entscheidung des OLG Düsseldorf (20 U 145/12) behauptet sie, dass ein Verstoß gegen nationale Bestimmungen eine Unlauterkeit nach § 4 Nr. 11 UWG grundsätzlich nur noch begründete, wenn die betreffenden Regelungen eine Grundlage im Unionsrecht hätten. Soweit das OLG Hamburg (3 U 26/12) darauf verwiesen habe, dass § 13 TMG die Vorgaben der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutzrichtlinie) umgesetzt habe, treffe dies nicht zu. Selbst der Gesetzgeber gehe nicht davon aus, dass es sich bei Datenschutzverstößen um Wettbewerbsverstöße handele. Weiter fehle es an einem spürbaren Verstoß, weil sich das kommerzielle Verhalten des Nutzers nicht durch das Fehlen eines Hinweises beeinflussen lasse. Auch wirke sich das beanstandete Verhalten nicht gegenüber Mitbewerbern aus.

Schließlich rügt sie die Angemessenheit des festgesetzten Streitwerts und meint, dass angesichts des Bagatelldcharakters eine Streitwert von 1000 € angemessen sei.

Die Antragsgegnerin beantragt,

das Urteil des Landgerichts Köln vom 9.7.2015 – Az 31 O 126/15 – aufzuheben und den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verweist auf ihren erstinstanzlichen Vortrag und behauptet weiter, dass das Schreiben vom 7.4.2015 aufgesetzt worden sei

angesichts der von dem Schreiben der Steuerberaterkammer ausgehenden Drucksituation. Nach nochmaligem Überdenken habe man sich doch entschlossen, die Abmahnungen weiter zu verfolgen, weil man nicht habe hinnehmen wollen, dass Berufskollegen datenschutzrechtliche Vorschriften nicht einhielten. Die Antragstellerin behauptet weiter, dass sie bereits in ihrem Verfügungsantrag Angaben zur Anzahl der Abmahnungen gemacht und diese vollumfänglich offengelegt habe. Die Höhe der Vertragsstrafe sei üblich und auch Vertragsstrafen nach Hamburger Brauch seien anstandslos angenommen worden. Im Übrigen sei keine Vertragsstrafe verwirkt und fällig geworden. Zur Sache ist sie der Ansicht, dass die Antragsgegnerin den Sinn und Zweck des § 13 TMG verkenne. Sinn und Zweck sei es, eine bewusste und eindeutige Einwilligung des Nutzers zu erreichen, welcher durch die Auslegung der Antragsgegnerin völlig ausgehebelt werde. Wegen des weiteren Vorbringens der Antragstellerin wird auf die Ausführungen in der Berufungserwiderung vom 29.10.2015 (Bl. 159 ff.) Bezug genommen.

I.

Die Berufung bleibt in der Sache ohne Erfolg.

I. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist zulässig.

1. Es fehlt dem Antrag der Antragstellerin nicht das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis, § 253 ZPO. Das Rechtsschutzbedürfnis fehlt bei objektiv sinnlosen Klagen, d.h. wenn der Kläger kein schutzwürdiges Interesse an dem begehrten Urteil haben kann. Dies kann aber nur unter ganz besonderen Umständen bejaht werden, denn grundsätzlich hat jeder Rechtssuchende einen öffentlich-rechtlichen Anspruch darauf, dass die Gerichte sein Anliegen sachlich prüfen und bescheiden. Das Rechtsschutzbedürfnis für die Klage ist auch klar zu trennen von der Berechtigung des materiellen Klagebegehrens (Zöller-Greger, ZPO, 30. Aufl. vor § 253 Rn.

18). Ein Indiz, womit die Antragsgegnerin das Fehlen des Rechtsschutzbedürfnisses begründen will, ist das Schreiben der Antragstellerin vom 7.4.2015 an ihre Verfahrensbevollmächtigten, dass die Abmahnungen nicht weiter verfolgt werden sollen. Wie es zu diesem Schreiben kam, hat die Antragstellerin jedoch nachvollziehbar erläutert, so dass man ihr ein Interesse an der begehrten Entscheidung nicht wegen des Schreibens vom 7.4.2015 absprechen kann. Auch wenn sich der Rechtssuchende unentscheidet oder unsicher ist, ob er Abmahnungen weiter verfolgen sollte, lässt dieses zögerliche oder widersprüchliche Verhalten nicht per se das Rechtsschutzbedürfnis an einer Entscheidung in der Sache entfallen. Vorliegend fühlte sich die Antragstellerin durch die Einschaltung der Steuerberaterkammer zunächst unter Druck gesetzt, hat sich dann jedoch dafür entschieden, ihren Unterlassungsanspruch gerichtlich weiter zu verfolgen, was nachvollziehbar erscheint und ihr auf den ersten Blick widersprüchliches Verhalten erklärt.

2. Rechtsmissbrauch im Sinne des § 8 Abs. 4 S. 1 UWG, der vom Zweiten Änderungsgesetz zum UWG vom 2.12.2015 (BGBl. I S. 2158) nicht betroffen ist, liegt ebenfalls nicht vor. Ein Missbrauch liegt vor, wenn der Anspruchsberechtigte mit der Geltendmachung des Anspruchs überwiegend sachfremde, für sich gesehen nicht schutzwürdige Interessen und Ziele verfolgt und diese als die eigentliche Triebfeder und das beherrschende Motiv der Verfahrenseinleitung erscheinen (Köhler/Bornkamm-Köhler, UWG, 33. Aufl. § 8 Rn. 4.10. m.w.N.). Die Antragsgegnerin führt insbesondere das Gebühreninteresse an, wobei jedoch nicht ersichtlich ist, dass es der Antragstellerin vorwiegend um Aufwendungsersatz geht. Allein eine umfangreiche Abmahntätigkeit – wie sie bei 30 Abmahnungen angenommen werden könnte – reicht für sich betrachtet nicht, um ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen zu bejahen, wenn zugleich umfangreiche Wettbewerbsverstöße in Betracht kommen (vgl. BGH, GRUR 2005, 433 – Telekanzlei). Es müssen vielmehr weitere Umstände hinzutreten, die die Missbräuchlichkeit der

Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs begründen können (vgl. OLG Hamm, WRP 2011, 501). Es ist eine Gesamtwürdigung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls einschließlich des Prozessverhaltens vorzunehmen und ein Missbrauch dann anzunehmen, wenn die Abmahntätigkeit sich verselbständigt, d.h. in keinem vernünftigen Verhältnis zur gewerblichen Tätigkeit des Abmahnenden steht und bei objektiver Betrachtung an der Verfolgung bestimmter Wettbewerbsverstöße kein nennenswertes Interesse außer dem Gebührenerzielungsinteresse bestehen kann (vgl. BGH GRUR 2012, 286 Rn. 13 – Falsche Suchrubrik; OLG Hamm, a.a.O). Ob das Kostenrisiko in keinem vernünftigen Verhältnis zur gewerblichen Tätigkeit der Antragstellerin steht, ist nicht vorgetragen, so dass eine Gesamtwürdigung nicht erfolgen kann. Insoweit ist es nicht Sache der Antragstellerin hierzu vorzutragen, sondern der Antragsgegnerin. Das Kammergericht hat hierzu in WRP 2008, 511 ausgeführt:

„Die Frage, ob ein Missbrauch vorliegt, ist – wie jede Prozessvoraussetzung – von Amts wegen zu prüfen (BGH GRUR 2002, 715, 717 – Scanner-Werbung). Die Folgen eines non liquet treffen den Beklagten, der deshalb gut daran tut, dem Gericht die notwendigen Grundlagen für die Amtsprüfung zu verschaffen (Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Aufl., Kap. 13 Rdn. 54). Gelingt es ihm damit, die grundsätzlich für die Klagebefugnis sprechende Vermutung zu erschüttern, so hat der Kläger seinerseits substantiiert die aufgekommenen Verdachtsgründe zu widerlegen (vgl. BGH GRUR 2006, 243, 244, Tz. 21 – MEGA SALE; Senat, Beschl. v. 13.2.2007 – 5 U 108/06). Grundsätzlich spricht also eine Vermutung gegen ein missbräuchliches Vorgehen (Senat, Urt. v. 6.8.2002 – 5 U 80/02). Die Darlegungs- und Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen des Missbrauchs trifft den Beklagten (Senat, Beschl. v. 13.2.2007 – 5 U 108/06; Melullis, Handbuch des Wettbewerbsprozesses, 3. Aufl., Rdn. 393.).“

Dem stimmt der Senat nach eigener Überprüfung zu. Es wäre

zunächst Sache der Antragsgegnerin gewesen, hinreichende Umstände für einen Rechtsmissbrauch darzutun. Die grundsätzlich für das Bestehen des Rechtsschutzbedürfnisses bestehende Vermutung wird durch das Vorbringen der Antragsgegnerin nicht erschüttert. Die seitens der Antragstellerin geforderte Vertragsstrafe von 5100 € war früher üblich, so dass es sich insoweit nicht um einen für einen Rechtsmissbrauch sprechenden Umstand handelt, zumal die Antragstellerin Vertragsstrafeversprechen nach Hamburger Brauch anstandslos angenommen hat. Der von der Antragstellerin angesetzte Streitwert ist, wenn man den Verstoß von Datenschutzregelungen als Wettbewerbsverstoß bewertet, auch nicht unangemessen hoch. So hat auch das Landgericht einen entsprechenden Streitwert für angemessen erachtet. Letztlich reichen alle vorgebrachten Umstände auch in ihrer Gesamtschau nicht aus, um von einem rechtsmissbräuchlichen Vorgehen der Antragstellerin auszugehen.

II. Der Unterlassungsanspruch ist auch begründet.

Ein Anspruch auf Unterlassung ergibt sich aus den §§ 3, 4 Nr. 11, 8 Abs. 3 UWG a.F. iVm § 13 TMG bzw. den §§ 3 Abs. 1, 3a, 8 Abs. 3 UWG n.F. iVm § 13 TMG. Aufgrund des Zweiten Änderungsgesetzes zum UWG vom 2.12.2015 ist § 4 Nr. 11 in § 3a UWG übernommen worden. Das Spürbarkeitserfordernis des § 3 Abs. 1 UWG a.F. ist jetzt bezogen auf Verbraucher ausdrücklich in den Rechtsbruchstatbestand des § 3a UWG n.F. aufgenommen worden.

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist das im Entscheidungszeitpunkt gültige Gesetz auf den in die Zukunft gerichteten Unterlassungsanspruch anzuwenden. Der auf Wiederholungsgefahr gestützte Unterlassungsanspruch besteht allerdings nur, wenn die beanstandete Verhaltensweise auch schon im Zeitpunkt ihrer Begehung wettbewerbswidrig war (BGH, Urteil vom 21. Juli 2011 – I ZR 192/09, GRUR 2012, 402 Tz. 11–Treppenlift, m.w.N.; BGH, Urteil vom 30. Juni 2011 – I ZR 157/10, GRUR 2012, 184, Tz. 16 – Branchenbuch Berg; BGH,

Urteil vom 11. März 2009 – I ZR 194/06, GRUR 2009, 1064, Tz. 13 – Geld-zurück-Garantie II m.w.N). Da sich die Voraussetzungen inhaltlich nicht geändert haben, bedarf es keiner differenzierten Prüfung.

2. Der Tatbestand des § 3a UWG setzt zunächst eine geschäftliche Handlung im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 1 UWG voraus. Nach der Legaldefinition ist eine geschäftliche Handlung jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrages über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt; als Waren gelten auch Grundstücke, als Dienstleistungen auch Rechte und Verpflichtungen. Vorliegend bestehen hinsichtlich einer geschäftlichen Handlung bei der Zurverfügungstellung eines Kontaktformulars keine Bedenken, da dieses Verhalten darauf gerichtet ist, Kunden zu akquirieren.

3. Die gesetzliche Vorschrift im Sinne des § 3a UWG muss die Regelung des Marktverhaltens zum Gegenstand haben. Als Marktverhalten ist jede Tätigkeit auf einem Markt anzusehen, die objektiv der Förderung des Absatzes oder Bezugs dient und durch die ein Unternehmer auf Mitbewerber, Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer einwirkt (vgl. Köhler/Bornkamm-Köhler zum § 4 Nr. 11 UWG a.F., UWG, 33. Aufl. § 4 Rn. 11.34). Eine Vorschrift wird nur dann von § 3a UWG erfasst, wenn sie (zumindest auch) den Schutz der Interessen der Marktteilnehmer bezweckt. Es reicht nicht aus, dass sich eine Vorschrift lediglich reflexartig zu Gunsten der Marktteilnehmer auswirkt (vgl. Köhler/Bornkamm-Köhler, a.a.O., Rn. 11.35b). Hier liegt der eigentliche Streitpunkt zwischen den Parteien, der auch in Rechtsprechung und Literatur umstritten ist (vgl. OLG Hamburg (s.u.); KG Berlin (s.u.); Hullen/Roggenkamp in: Plath, BDSG, 1. Aufl. § 13 Rn. 12, Fn. 18 f.).

a. Soweit die Beklagte einen Beschluss des Kammergerichts

(Beschluss vom 29.4.2011, 5 W 88/11) zur Begründung dafür heranzieht, dass es sich bei § 13 TMG nicht um eine das Marktverhalten regelnde Norm handele, kann dies nicht überzeugen. Das Kammergericht hat zwar eine wettbewerbsbezogene Schutzfunktion bezogen auf Mitbewerber verneint. Es hat jedoch eine Schutzfunktion bezogen auf Verbraucher gerade nicht abgelehnt. Es hatte diese Frage nicht abschließend zu entscheiden. Das Kammergericht ging davon aus, dass im Hinblick auf Verbraucher der § 13 TMG die erforderliche wettbewerbsbezogene Schutzfunktion zuzugestehen sein mag, als die Informationsverpflichtung auch dazu dienen könne, Beeinträchtigungen der Privatsphäre durch unerwünschte Werbung abzuwehren und zu unterbinden (vgl. KG Berlin, a.a.O. Rn. 38 – juris). Das Kammergericht konnte im dort zu entscheidenden Fall jedoch mangels entsprechender Glaubhaftmachung nicht feststellen, dass „eine danach bestehende wettbewerbsbezogene Schutzfunktion des § 13 TMG“ durch das beanstandete Verhalten („Gefällt-mir“-Button) tangiert wird (KG Berlin, a.a.O, Rn. 40 – juris). Die grundsätzliche Ablehnung einer Marktverhaltensregelung lässt sich mit der Entscheidung des Kammergerichts nicht überzeugend begründen.

b. Auch der Verweis auf die Einleitung zur Bundestagsdrucksache 18/4631 (Bl. 146 f.) kann nicht überzeugen, da dort Ausführungen dazu, dass und weshalb § 13 TMG keine das Marktverhalten regelnde Norm darstellen soll, nicht gemacht werden.

c. Das OLG Hamburg (Urteil vom 27.6.2013, 3 U 26/12) hat die Ansicht vertreten, dass § 13 TMG eine Marktverhaltensregelung iSd § 4 Nr. 11 UWG darstelle. Es hat hierzu ausgeführt:
„Nach § 13 Abs. 1 TMG hat der Diensteanbieter den Nutzer zu Beginn des Nutzungsvorgangs über Art, Umfang und Zwecke der Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten sowie über die Verarbeitung seiner Daten in Staaten außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen

Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (ABl. EG Nr. L 281 S. 31) in allgemein verständlicher Form zu unterrichten, sofern eine solche Unterrichtung nicht bereits erfolgt ist.

Bei dieser Norm handelt es sich nach Auffassung des Senats um eine im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG das Marktverhalten regelnde Norm (a.A. KG GRUR-RR 2012, 19). Diese Vorschrift setzt u.a. Art. 10 der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG um, die nicht nur datenbezogene Grundrechte gewährleisten (Erwägungsgrund 1), sondern auch den grenzüberschreitenden Verkehr personenbezogener Daten auf ein einheitliches Schutzniveau heben soll (Erwägungsgründe 6 und 7), weil ein unterschiedliches Schutzniveau ein Hemmnis für die Ausübung von Wirtschaftstätigkeiten auf Gemeinschaftsebene darstellen und den Wettbewerb verfälschen könne (Erwägungsgrund 7 Satz 2). Die Regelungen der Richtlinie dienen deshalb auch der Beseitigung solcher Hemmnisse, um einen grenzüberschreitenden Fluss personenbezogener Daten kohärent in allen Mitgliedsstaaten und in Übereinstimmung mit dem Ziel des Binnenmarktes zu regeln (Erwägungsgrund 8). Entgegen der Auffassung des Kammergerichts (a.a.O.) handelt es sich deshalb bei dem Verstoß gegen § 13 TMG nicht nur um die Mißachtung einer allein überindividuelle Belange des freien Wettbewerbs regelnden Vorschrift. Denn § 13 TMG soll ausweislich der genannten Erwägungsgründe der Datenschutzrichtlinie jedenfalls auch die wettbewerbliche Entfaltung des Mitbewerbers schützen, indem gleiche Wettbewerbsbedingungen geschaffen werden. Die Vorschrift dient mithin auch dem Schutz der Interessen der Mitbewerber und ist damit eine Regelung i.S. des § 4 Nr. 11 UWG, die dazu bestimmt ist, das Marktverhalten im Interesse der Marktteilnehmer zu regeln (vgl. Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, 29. Aufl., Rn 11.35c zu § 4 UWG). Angesichts der vorgenannten, der Datenschutzrichtlinie zugrundeliegenden Erwägungen ist darüber hinaus anzunehmen, dass die Aufklärungspflichten auch dem Schutz der

Verbraucherinteressen bei der Marktteilnahme, also beim Abschluss von Austauschverträgen über Waren und Dienstleistungen, dienen, indem sie den Verbraucher über die Datenverwendung aufklären und dadurch seine Entscheidungs- und Verhaltensfreiheit beeinflussen (vgl. auch Köhler, a.a.O., Rn. 11.35d).“

Diesen Ausführungen schließt sich der Senat nach eigener Überprüfung an. Vorliegend sollen nach den Erwägungsgründen die Interessen der Mitbewerber und auch die der Verbraucher geschützt werden. Eine Norm dient dem Schutz der Interessen der Mitbewerber, wenn sie die Freiheit ihrer wettbewerblichen Entfaltung schützt, wobei im Einzelfall zu prüfen ist, ob die Herstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen Zweck oder nur Folge der Vorschrift ist (Köhler/Bornkamm, a.a.O. § 4 Rn. 11.35c m.w.N.). Da ausdrücklich in den Erwägungsgründen zur Datenschutzrichtlinie die Angleichung des Schutzniveaus als Ziel erklärt wird, „um Hemmnisse für die Ausübung der Wirtschaftstätigkeiten auf Gemeinschaftsebene zu beseitigen“, ist ein Marktverhaltensbezug mit dem OLG Hamburg zu bejahen. Dagegen spricht auch nicht der vom Landgericht Berlin im Urteil vom 4.2.2016 (52 O 395/15) angeführte Erwägungsgrund 38, der wie folgt lautet:

„Datenverarbeitung nach Treu und Glauben setzt voraus, daß die betroffenen Personen in der Lage sind, das Vorhandensein einer Verarbeitung zu erfahren und ordnungsgemäß und umfassend über die Bedingungen der Erhebung informiert zu werden, wenn Daten bei ihnen erhoben werden.“

Denn nach dem Erwägungsgrund 3 ist für „die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes, der gemäß Artikel 7a des Vertrags den freien Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleisten soll, (...) es nicht nur erforderlich, daß personenbezogene Daten von einem Mitgliedstaat in einen anderen Mitgliedstaat übermittelt werden können, sondern auch, daß die Grundrechte der Personen gewahrt werden.“

Daraus ergibt sich, dass die Wahrung der Grundrechte in den Erwägungsgründen nicht losgelöst betrachtet, sondern als für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich angesehen wird. Es ist daher nicht von einer nur sekundären wettbewerbsbezogenen Schutzfunktion auszugehen, sondern es ist vielmehr vorrangiges Ziel, das Funktionieren des Binnenmarktes zu sichern, wofür u.a. auch die Wahrung der Grundrechte erforderlich ist. Daraus lässt sich auch für Art. 10 der Datenschutzrichtlinie eine das Marktverhalten regelnde Ausrichtung bejahen.

4. Nach § 13 Abs. 1 S. 1 TMG hat der Diensteanbieter den Nutzer zu Beginn des Nutzungsvorgangs über Art, Umfang und Zwecke der Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten sowie über die Verarbeitung seiner Daten im EU-Ausland in allgemein verständlicher Form zu unterrichten, sofern eine solche Unterrichtung nicht bereits erfolgt ist. Nach Abs. 2 kann die Einwilligung elektronisch erklärt werden, wenn der Diensteanbieter sicherstellt, dass 1. der Nutzer seine Einwilligung bewusst und eindeutig erteilt hat, 2. die Einwilligung protokolliert wird, 3. der Nutzer den Inhalt der Einwilligung jederzeit abrufen kann und 4. der Nutzer die Einwilligung jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen kann. Nach § 13 Abs. 3 S. 1 TMG hat der Diensteanbieter den Nutzer vor Erklärung der Einwilligung auf sein Widerrufsrecht hinzuweisen.

a. Die Antragsgegnerin ist Diensteanbieterin im Sinne des TMG. Nach der Legaldefinition des § 2 Abs. 1 Nr. 1 1. HS. TMG ist Diensteanbieter jede natürliche oder juristische Person, die eigene oder fremde Telemedien zur Nutzung bereithält oder den Zugang zur Nutzung vermittelt.

„Der Begriff der elektronischen Informations- und Kommunikations-Dienste (IuK-Dienste) steht als Oberbegriff über den Telekommunikationsdiensten (TK-Dienste), dem Rundfunk und den Telemediendiensten¹).

IuK-Dienste, die nicht ausschließlich TK-Dienste oder Rundfunk

(vgl. § 2 RStV) umfassen, sind als Telemedien einzustufen. Das sind in der Praxis alle Dienste, die die elektronische Bereitstellung von Inhalten zum Gegenstand haben, also vor allem Webseiten und andere im Internet erhältliche Inhaltsangebote²). Die Gesetzesbegründung nennt beispielhaft E-Commerce-Angebote wie Online-Shops, Video on Demand (soweit nicht als Fernsehdienst einzustufen), „Instrumente zur Datensuche, zum Zugang zu Daten oder zur Datenabfrage“ und Werbe-E-Mails³). Daneben sind Angebote wie Meinungsforen, Bewertungsplattformen, elektronische Anzeigenmärkte, Soziale Netzwerke, Internetbankingportale, Auktionsplattformen, Weblogs, Chatrooms, Online-Gewinnspiele, Online-Glücksspiel, Online-Meinungsumfragen, Sharehoster, Newsgroups, E-Government-Plattformen unproblematisch als Telemediendienste zu klassifizieren. Eine Interaktionsmöglichkeit des Nutzers ist nicht notwendig. Auch Dienste, die nur einseitig Informationen verbreiten (z.B. Werbeseiten) sind Telemediendienste⁴).“ (Hullen/Roggenkamp in: Plath, BDSG, § 11 TMG).

b. Die Antragsgegnerin hat im Zusammenhang mit ihrem Kontaktformular die geforderten Informationen unstreitig nicht erteilt. Soweit sie darauf verweist, dass sich eine Information erübrigt habe, weil sich Art, Umfang und Zweck der Erhebung und Verwendung der personenbezogenen Daten aus dem Kontaktformular selbst ergeben hätten und damit bereits eine Unterrichtung iSd § 13 TMG erfolgt sei, kann dieser Ansicht nicht beigetreten werden. Da die Norm gerade eine allgemein verständliche Unterrichtung bezweckt, kann eine solche nicht dadurch entbehrlich werden, dass sich ein Verbraucher gegebenenfalls aus der Art der Datenerhebung und aus den Umständen selbst herleiten kann, welche Daten wofür konkret verwendet werden. Eine anderweitige Unterrichtung kann vom Wortlaut her bereits nicht die eigene Auslegung durch den Verbraucher sein, da eine Unterrichtung einen Hinweis durch einen Dritten voraussetzt.

c. Zwar stellt sich die Frage, ob in richtlinienkonformer Auslegung die Einschränkung aufgrund anderweitiger „Unterrichtung“ dahingehend auszulegen ist, dass eine Information nur erforderlich ist, „sofern sie unter Berücksichtigung der spezifischen Umstände, unter denen die Daten erhoben werden, notwendig sind, um gegenüber der betroffenen Person eine Verarbeitung nach Treu und Glauben zu gewährleisten“, wie es in Art 10 der Datenschutzrichtlinie normiert ist. Diese Frage kann jedoch dahingestellt bleiben, weil jedenfalls im Rahmen der hier in Rede stehenden Kontaktdatenangabe keine Einwilligung erteilt wird, die jederzeit abrufbar wäre und zudem keine Information erfolgt, dass die Einwilligung jederzeit widerrufen werden kann (§ 13 Abs. 2 Nr. 3, 4 iVm Abs. 2 TMG), obwohl nach § 12 Abs. 1 TMG der Diensteanbieter personenbezogene Daten nur erheben und verwenden darf, soweit dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift es erlaubt oder der Nutzer eingewilligt hat.

5. Das Fehlen der entsprechenden Informationen ist auch geeignet, die Interessen von Verbrauchern und Mitbewerbern iSd § 3a UWG spürbar zu beeinträchtigen. Es erscheint jedenfalls als tatsächlich möglich, dass ein Verbraucher sich durch einen klar erteilten Hinweis auf die Speicherung und Verwendung der personenbezogenen Daten davon abhalten lassen würde, das Kontaktformular auszufüllen bzw. sich wegen des Fehlens eines entsprechenden Hinweises, davon abhalten lässt, eine etwaige Einwilligung wieder zu widerrufen. Auch die auszugsweise zitierte Entscheidung des LG Frankfurt (2-3 0 27/14) steht dem nicht entgegen, da es bei dem Fall vor dem LG Frankfurt um die Verwendung des „Gefällt-mir-Buttons“ ging, der nur zur Folge hatte, dass das Zeichen auf der Seite des Nutzers erscheint. Vorliegend werden die Angaben gespeichert und wird der Nutzer seitens der Beklagten kontaktiert. Dass die gemachten Angaben nicht unmittelbar der Werbung dienen und ein Interessent ebenso per Telefon diese Daten mitteilen könnte oder durch eine von ihm selbst an die angegebene E-Mail Adresse gesandte E-Mail steht dem nicht entgegen. Durch die

Zurverfügungstellung eines Kontaktformulars ist eine erleichterte Möglichkeit gegeben, den Verbraucher zur Kontaktaufnahme und zur Angabe seiner Daten zu bewegen. Wenn er dabei nicht darüber informiert wird, dass er seine Einwilligung mit der Speicherung und Verwendung seiner Daten widerrufen kann, kann er in seiner Entscheidungsfreiheit spürbar beeinträchtigt sein.

Eine spürbare Beeinträchtigung ist insbesondere dann anzunehmen, wenn das Verhalten des Unternehmers den Durchschnittsverbraucher davon abhalten kann, die Vor- und Nachteile einer geschäftlichen Entscheidung zu erkennen, abzuwägen und eine „effektive Wahl“ zu treffen (vgl. Köhler/Bornkamm, a.a.O. § 3 Rn. 51). Der Begriff der geschäftlichen Entscheidung ist richtlinienkonform anhand der Legaldefinition in Art. 2 lit k UGP-RL und damit weit auszulegen (Köhler/Bornkamm, a.a.O. Rn. 52 m.w.N.). Diese Definition erfasst „jede Entscheidung eines Verbrauchers darüber, ob, wie und unter welchen Bedingungen er einen Kauf tätigen, eine Zahlung insgesamt oder teilweise leisten, ein Produkt behalten oder abgeben oder ein vertragliches Recht im Zusammenhang mit dem Produkt ausüben will, unabhängig davon, ob der Verbraucher beschließt, tätig zu werden oder ein Tätigwerden zu unterlassen. (...) Erfasst werden darüber hinaus auch unmittelbar mit dem Erwerb oder Nichterwerb eines Produkts zusammenhängende Entscheidungen, wie z.B. das Betreten eines Geschäfts (EuGH, GRUR 2014, 196 Rn. 36 – juris). Da auch die Kontaktaufnahme über ein Kontaktformular unmittelbar mit der Inanspruchnahme oder Nichtinanspruchnahme der beworbenen Dienstleistungen zusammenhängt, ist von einer spürbaren Auswirkung auf eine geschäftliche Entscheidung auszugehen.

6. Schließlich handelt es sich bei § 13 TMG – entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin – nicht um eine „wettbewerbsrechtlich unwirksame Vorschrift“. Der BGH (GRUR 2012, 949, Rn. 47 – juris) hat zwar ausgeführt:

„Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken hat in ihrem Anwendungsbereich (Art. 3 der Richtlinie) zu einer vollständigen Harmonisierung des Lauterkeitsrechts geführt (vgl. Art. 4 der Richtlinie; EuGH, Urteil vom 14. Januar 2010 – C304/08, GRUR 2010, 244 Rn. 41 = WRP 2010, 232 – Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs/Plus Warenhandelsgesellschaft). Sie regelt die Frage der Unlauterkeit von Geschäftspraktiken im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern abschließend (EuGH, Urteil vom 23. April 2009 – C261/07 und 299/07, Slg. 2009, I2949 = GRUR 2009, 599 Rn. 51 – VTB/Total Belgium). Dementsprechend kann ein Verstoß gegen nationale Bestimmungen eine Unlauterkeit nach § 4 Nr. 11 UWG grundsätzlich nur noch begründen, wenn die betreffenden Regelungen – hier die Bestimmungen der §§ 307, 308 Nr. 1, § 309 Nr. 7a BGB – eine Grundlage im Unionsrecht haben (vgl. Erwägungsgrund 15 Satz 2 der Richtlinie 2005/29/EG; vgl. auch BGH, GRUR 2010, 1117 Rn. 16 – Gewährleistungsausschluss im Internet).“

Das TMG wurde jedoch am 26.2.2007 als Art. 1 des Gesetzes zur Vereinheitlichung von Vorschriften über bestimmte elektronische Informations- und Kommunikationsdienste beschlossen (BGBI. I 2007, Nr. 06, S. 179-185). Danach dient Artikel 1 dieses Gesetzes der Umsetzung der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (ABl. EG Nr. L 178 S. 1). Aus den Erwägungsgründen zur Richtlinie 2000/31/EG ergibt sich zwar, dass sie nicht den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten zum Gegenstand hat. Es ergibt sich jedoch, dass dies Gegenstand der Richtlinie 95/46/EG ist, so dass eine unionsrechtliche Grundlage des TMG gegeben ist.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO. Das Urteil ist gemäß § 542 Abs. 2 S. 1 ZPO mit seiner Verkündung

rechtskräftig. Es besteht keine Veranlassung den Streitwert gemäß dem Antrag der Antragsgegnerin abweichend festzusetzen, da der festgesetzte Wert der Angabe der Antragstellerin zum Zeitpunkt der Beantragung der einstweiligen Verfügung entspricht. Anhaltspunkte dafür, dass dieser Wert nicht dem Interesse der Antragstellerin an der Unterbindung weiterer gleichartiger Verstöße entspricht, sind nicht ersichtlich, zumal der Senat – anders als die Antragsgegnerin – nicht von einem Bagatellverstoß ausgeht.