

Einwilligung von Werbemails bei Gewinnspiel umfasst nicht zusätzliche Werbung

Eigener Leisatz:

Willigt der Verbraucher im Rahmen eines Gewinnspiels in Werbezwecke ein, umfasst dies nicht den Erhalt zusätzlicher Werbung von Partnern des Gewinnspielveranstalters. Dies gilt insbesondere dann, wenn der durchschnittlich informierte Verbraucher aufgrund unverständlichen Formulierungen nicht erkennen konnte, zu welchen konkreten Zwecken die Daten verwendet werden sollen.

Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg

Urteil vom 29.07.2010

Az.: 5 U 43/08

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg, Zivilkammer 12, vom 29.01.2008 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt auch die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Entscheidungsgründe:

I.

Der Kläger ist der Dachverband u.a. von 16 Verbraucherzentralen der Bundesländer. Er verfolgt Verstöße gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und macht Ansprüche auf Unterlassung nach dem Unterlassungsklagegesetz

geltend.

Die Beklagte befasst sich mit Marketing-Maßnahmen. Sie versendet bzw. lässt Werbemitteilungen an die Adresse der elektronischen Post von Verbrauchern versenden.

Am 22.02.2007 erhielt Frau A.K. unter xxxx@gmx.de von der Beklagten eine Werbe-E-Mail zu dem Thema "Private Kranken-Versicherung" (Anlage K 5).

Am 12.04.2007 erhielt Herr W.R unter yyyy@web.de von der Beklagten eine Werbe-E-Mail zu dem Thema "Urlaubsreisen? Camping-Plätze in der Region Rhône-Alpes" (Anlage K 2).

Am 13.10.2007 erhielt Herr S.K unter zzzzz@web.de von der Beklagten eine Werbe-E-Mail zu dem Thema "PC SpeedScan" (Anlage K 6).

Die Klägerin hat vorgetragen,

die Werbe E-Mails an die genannten Personen seien von der Beklagten oder auf deren Veranlassung versandt worden, ohne dass die Adressaten in den Erhalt derartiger Werbung eingewilligt hätten. Die Personen hätten insbesondere nicht bei einem Besuch der von der Beklagten genannten Internet-Seiten hierin eingewilligt. Selbst wenn eine allgemeine Einwilligung zwar nicht gegenüber der Beklagten, sondern jeweils in anderem Zusammenhang – z. B. im Rahmen eines Gewinnspiels – gegenüber Werbepartnern der Beklagten erteilt worden sei, sei diese rechtlich unwirksam gewesen. Der Sachvortrag der Beklagten hierzu sei auch vollkommen unsubstantiiert. Es hätte der Beklagten oblegen, durch Vorlage von Bildschirmausdrucken usw. im Einzelnen darzustellen, wie diese vermeintliche Einwilligung zu Stande gekommen sei und worauf sie sich konkret bezogen habe. Zu einer entsprechenden Dokumentation sei die Beklagte bzw. ihre Partner rechtlich verpflichtet. Die Beklagte lege nicht dar, wie die den jeweiligen Nutzern zum Zeitpunkt der behaupteten Einwilligung präsentierten Bildschirmmasken konkret ausgesehen hätten. Der

von der Beklagten hierzu pauschal angebotene Zeugenbeweisdienste allein der Ausforschung. An einer bewussten und gewollten Erklärung der Einwilligung fehle es insbesondere auch deshalb, weil der Verbraucher nicht habe erkennen können, zu welchen konkreten Zwecken die Daten verwendet werden sollen. Es sei auch nicht der Kreis der Personen genannt worden, die in die Einwilligung mit einbezogen worden seien.

Der Kläger hat die Beklagte mit Schreiben vom 03.05.2007 (Anlage K 3) vorgerichtlich abgemahnt und erfolglos zur Abgabe einer Unterwerfungserklärung (Anlage K 4) aufgefordert. Als pauschale Aufwandsentschädigung für diese vorgerichtliche Abmahnung macht der Kläger einen Betrag in Höhe von € 200.- geltend.

Der Kläger hat in erster Instanz beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu € 250.000.-, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, diese zu vollziehen an dem Geschäftsführer, zu unterlassen,

an die Adresse der elektronischen Post von Verbrauchern unaufgefordert und ohne deren vorherige Einwilligung Werbemitteilungen zu übermitteln bzw. übermitteln zu lassen.

2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger € 200.- nebst Zinsen in Höhe von 5% Punktzinsen über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat vorgetragen,

Herr W.R habe seine Einwilligung am 11.07.06 um 18.45 Uhr im Rahmen eines Besuchs der Internetseite www.kanarenflug.com erteilt. Er habe sich durch Setzen eines Häkchens

einverstanden erklärt, von Partnern des Betreibers der Website Newsletter bis auf Widerruf zu erhalten. Auf die Verwendung der Adresse für Werbezwecke insbesondere Dritter werde im Rahmen dieses Internetauftritts deutlich hingewiesen. Darüber hinaus habe Herr R. seine Bereitschaft nochmals in einer ihm von ihr zugesandte E-Mail bestätigt.

Frau A.K. habe in entsprechender Weise – ebenfalls bei dem Besuch Internetseite www.kanarenflug.com – ihre Zustimmung am 12.08.06 um 17.35 Uhr erteilt und ebenfalls mit einer E-Mail bestätigt.

Herr S.K habe seine Einwilligung am 21.11.03 im Rahmen eines Besuchs der Internetseite www.glueck-im-netz.de erteilt. Auch auf dieser Website sei ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass die eingegebene Adresse für Werbezwecke, insbesondere Dritter verwendet werden könne.

Die Adressen dieser Personen seien im Anschluss an die Beanstandung umgehend gelöscht worden. Im Übrigen seien die geltend gemachten Ansprüche verjährt.

Das Landgericht Hamburg hat die Beklagte mit dem angegriffenen Urteil vom 29.01.2008 antragsgemäß verurteilt. Hiergegen richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Beklagten. Die Beklagte verfolgt in zweiter Instanz ihr Klagabweisungsbegehren unter Vertiefung ihres erstinstanzlichen Sachvortrags weiter.

Die Beklagte trägt vor,

die Klage sei bereits unzulässig, weil der Klageantrag zu unbestimmt sei. Er verfüge nicht über einen vollstreckungsfähigen Inhalt, sondern wiederhole allein den Gesetzeswortlaut. Die Klage sei aber entgegen der Auffassung des Landgerichts auch unbegründet. Das Landgericht habe es unterlassen, die erteilten Einwilligungserklärungen in sachgerechter Weise auszulegen.

Der durchschnittlich informierte, situationsadäquat aufmerksame und verständige Verbraucher bedürfen im Übrigen auch keines Schutzes in Fällen der vorliegenden Art. Denn er sei sich der Tragweite seines Handelns bewusst und habe bei dem Einverständnis mit derart weitreichenden Werbeempfangsklauseln Kenntnis der damit möglicherweise einhergehenden Belästigungen.

Die Beklagte beantragt nunmehr,

das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 29.01.2008 abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das landgerichtliche Urteil auf der Grundlage der bereits erstinstanzlich gestellten Anträge.

Wegen der tatsächlichen Feststellungen im Übrigen wird auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils sowie auf die von den Parteien zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung ist unbegründet. Das Landgericht hat die Beklagte zu Recht und mit zutreffender Begründung aus §§ 3, 7 Abs. 2 Nr. 3, 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 3 UWG (in der zum Verletzungszeitpunkt geltenden Fassung vom 03.07.2004) zur Unterlassung verurteilt. Der Senat kann zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen auf die Begründung der angefochtenen Entscheidung Bezug nehmen. Die Ausführungen in der Berufungsbegründung rechtfertigen keine abweichende Beurteilung. Sie geben dem Senat Anlass zu folgenden ergänzenden Ausführungen:

1. Für die Entscheidung des Rechtsstreits spielt es keine Rolle, ob die von dem Kläger genannten Verbraucher tatsächlich

– wie von der Beklagten behauptet – ausdrücklich durch das Setzen eines Häkchens auf einer von ihnen besuchten Website ihr Einverständnis erteilt haben, Werbe-E-Mails zu erhalten. Hiervon ist das Landgericht zutreffend ausgegangen. Denn jedenfalls wäre eine derartige Einwilligung bereits auf der Grundlage des eigenen Sachvortrags der Beklagten nicht rechtlich wirksam erteilt worden. Die verwendeten Einwilligungsklauseln sind in einem so hohen Maße unbestimmt und unklar, dass diese einer Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht stand halten können. Deshalb liegt ein Verstoß gegen das Transparenzgebot vor, der zur Unwirksamkeit der Klausel führt.

a. Der Kläger hat zutreffend darauf hingewiesen, dass die Annahme einer rechtfertigenden, im Rahmen einer vorformulierten Erklärung erteilten Einwilligung voraussetzt, dass der Erklärende überhaupt erkennen kann, an wen die personenbezogenen Daten übermittelt werden sollen, zu welchen Zwecken die Daten von Dritten genutzt werden sollen und in welchem Umfang. Nur bei Kenntnis dieser Umstände kann von einer bewussten – und damit „informierten“ – Einwilligung gesprochen werden. Dies ergibt sich insbesondere auch aus der Definitionen des Begriffs "Einwilligung der betroffenen Person" in Art. 2 lit. h) der Richtlinie 95/46/EG zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr. Dort heißt es unter Erwägungsgrund 28: „Die Verarbeitung personenbezogener Daten muss gegenüber den betroffenen Personen nach Treu und Glauben erfolgen. Sie hat den angestrebten Zwecken zu entsprechen, dafür erheblich zu sein und nicht darüber hinauszugehen. Die Zwecke müssen eindeutig und rechtmäßig sein und bei der Datenerhebung festgelegt werden. Die Zweckbestimmungen der Weiterverarbeitung nach der Erhebung dürfen nicht mit den ursprünglich festgelegten Zwecken unvereinbar sein.“ Vor dem Hintergrund dieser Erläuterungen ist auch die Definition der „Einwilligung“ in Art. 2 lit. h) auszulegen. Eine solche wird erkennbar nicht "für den konkreten Fall und in Kenntnis der

Sachlage" abgegeben, wenn Zweck, Umfang und Personenkreis weitgehend unbestimmt ist.

b. Bei der vorformulierten Einverständniserklärung im Zusammenhang mit einem Gewinnspiel der von der Beklagten als Ausdruck der Internetseite www.kanarenflug.de bzw. www.Onlineglueck24.de vorgelegten Art handelt es sich um eine Regelung, die an den Wirksamkeitsvoraussetzungen Allgemeiner Geschäftsbedingungen im Sinne von §§ 305 ff. BGB zu messen ist. Zwar stellt sich eine Einwilligung als einseitige Erklärung nicht als eine Vertragsbedingung im eigentlichen Sinne dar. Gleichwohl findet nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung eine AGB-Kontrolle auch dann statt, wenn der Verwender einseitig seine rechtsgeschäftliche Gestaltungsfreiheit für sich in Anspruch nimmt und der Kunde auf ihren Inhalt keinen Einfluss hat. Auch auf eine vom Verwender vorformulierte einseitige rechtsgeschäftliche Erklärung des anderen Teils sind mit Rücksicht auf den Schutzzweck des AGB-Gesetzes dessen Vorschriften anzuwenden, sofern sie nur im Zusammenhang mit einer vertraglichen Beziehung stehen, ohne deren rechtlicher Bestandteil zu sein (BGH GRUR 00, 818, 819 – Telefonwerbung VI; BGH NJW 99, 1864). Dabei ist es ohne Bedeutung, ob der Kunde die Wahl zwischen bestimmten, vom Verwender vorgegebenen Alternativen hat (BGH GRUR 00, 818, 819 – Telefonwerbung VI). Entscheidend ist, dass der Verwender bei der von den Kunden abzugebenden Erklärung die rechtsgeschäftliche Gestaltungsfreiheit für sich ebenso in Anspruch nimmt wie bei der Vorformulierung eines Vertragstextes, und dass der Kunde nur darauf, ob er die Erklärung abgeben will, nicht aber auf ihren Inhalt Einfluss hat (BGH GRUR 00, 818, 819 – Telefonwerbung VI; BGH NJW 99, 1864). Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn es sich nicht um ein Vertragsverhältnis im eigentlichen Sinne, sondern um ein Gewinnspiel handelt, bei dem der Verwender aber ebenfalls – wie hier – vorformulierte allgemeine Bedingungen zu Grunde legt. Diese Grundsätze entsprechen auch der ständigen Rechtsprechung des Senats

(Senat GRUR-RR 09, 348 – Weitere interessante telefonische Angebote; Senat MD 09, 434 – Telefonische Angebote aus dem Abonnementbereich).

c. Nach dem durch Anlage B 1 belegten Vortrag der Beklagten lautet der Wortlaut der (allerdings nicht notwendigerweise zum Zeitpunkt der Verletzungshandlung) auf der Internetseite www.kanarenflug.de verwendeten Klausel u.a. "... erklärt sein Einverständnis, dass ... wie alle Teilnehmer touristische und nicht touristische Werbung von uns und unseren Partnern erhält".

aa. Diese Klausel ist vollständig konturlos. Mit ihr wird versucht, letztlich die Übersendung jeglicher Art von Werbung durch jedermann zu rechtfertigen. Sie ist weder inhaltlich noch zeitlich noch personell in irgendeiner relevanten Art und Weise eingegrenzt. Die Wendung "touristische und nicht touristische Werbung" ist letztlich ein Synonym für "jegliche Art von Werbung". Schon ein hierauf gestütztes Einverständnis wäre dermaßen weit und unbestimmt, dass es vor dem Hintergrund der maßgeblichen gesetzgeberischen Intention des Schutzes auch des verständigen Verbrauchers einer Inhaltskontrolle nicht standhält. Gleiches gilt für die personelle Ausrichtung. Der Formulierung "... von uns und unseren Partnern..." fehlt ebenfalls jeder sachliche Gehalt. Denn ein "Partner" kann jeder sein. Dieser Begriff ist noch nicht einmal auf "Geschäftspartner" begrenzt, sondern lässt jede Art von – auch privater – Partnerschaft zu. Selbst wenn hiermit lediglich Geschäftspartner gemeint gewesen sein sollten, ergäbe auch dies keinerlei relevante Eingrenzung. Denn der Geschäftspartner eines Unternehmens kann ebenfalls jedermann sein. So ist etwa ein Unternehmen, das auf der Grundlage eines Vertrages regelmäßig die Küchenabfälle eines Restaurants fachgerecht entsorgt, ohne Zweifel dessen "Geschäftspartner", weil zwischen ihnen geschäftliche Beziehungen bestehen. Gleichwohl hat der Geschäftsgegenstand des Entsorgungsunternehmens keine relevanten Berührungspunkte zu

dem Geschäftsgegenstand des Restaurants. Die aus der Weite des verwendeten Begriffs resultierende Mehr-/Vieldeutigkeit und Konturlosigkeit geht gemäß § 305 c Abs. 2 BGB zu Lasten des Verwenders.

bb. Letztlich versucht der Betreiber des Internet-Auftritts www.kanarenflug.de, sich von den Personen, die seinen Internetauftritt besuchen und an dem Gewinnspiel teilnehmen, eine umfassende Genehmigung für die Zusendung jeglicher Art von Werbung durch jedermann erteilen zu lassen. Ein derartiges Ansinnen ist jedenfalls im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zivilrechtlich unwirksam und verstößt in entsprechender Weise gegen Wettbewerbsrecht (ebenso OLG Köln, Urt. v. 29.04.09, 6 U 218/08). Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass die Einwilligung, selbst wenn sie freiwillig erteilt wird, unbefristet ist. Zwar besteht eine jederzeitige Widerrufsmöglichkeit. Diese wird in der Praxis – ist die Einwilligung erst einmal erteilt – jedoch häufig leer laufen, weil der Verbraucher bei Gewinnspielen der vorliegenden Art keine schriftlichen Unterlagen, etwa eine Durchschrift der erteilten Einwilligung, zurückbehält, und ihm die Möglichkeit des Widerrufs in aller Regel nicht mehr präsent sein wird, wenn er etwa erst einige Wochen oder gar Monate später Werbe-E-Mails von ihm unbekannten Dritten erhält. Hierauf wird er nach aller Erfahrung auch nicht durch den Absender der E-Mails hingewiesen. Auch dieser Umstand spricht dafür, vorformulierte Einwilligungen in den Erhalt von Werbe-E-Mails im Interesse eines wirksamen Verbraucherschutzes nur in beschränktem Umfang innerhalb des jeweiligen Vertragszwecks zuzulassen.

cc. Soweit beide Parteien mehrfach auch auf eine Seite www.canarenflug.com Bezug nehmen, ist deren Inhalt und Relevanz für den vorliegenden Rechtsstreit nicht ersichtlich. Möglicherweise handelt sich hierbei um einen Schreibfehler.

d. Entsprechende Ausführungen gelten auch in Bezug auf die Einwilligungsklausel, die die Beklagte zu dem Internet-

Auftritt www.Onlineglueck24.de vorträgt.

aa. Allerdings ist dieser Internet-Auftritt schon nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten für die Entscheidung des Rechtsstreits nicht relevant. Denn sie selbst hatte vorgetragen, Herr S.K. habe seine Einwilligung auf der Internet-Seite www.glueck-im-netz.de erteilt. Deshalb kann es auf die von der Beklagten vorgelegten Unterlagen nicht ankommen. Vollständig unübersichtlich wird der Sachvortrag der Beklagten dadurch, dass diese mit Schriftsatz vom 31.12.2007 behauptet hat, ihr Partnerunternehmen betreibe die Website www.onlineglueck.de. Auch diese stimmt nicht mit dem vorgelegten Bildschirmausdruck überein.

bb. Selbst wenn man jedoch den Wortlaut des bereits erstinstanzlich als Anlage B 1 vorgelegten Internet-Auftritts www.Onlineglueck24.de der Entscheidung des Rechtsstreits zu Grunde legen wollte, ergäbe sich kein abweichendes Ergebnis. Dort heißt es: "... nur von uns und unseren Geschäftspartnern für die Zusendung des 14-täglichen, kostenlosen Newsletters sowie von Verbrauchern-Tipps und Markt-Informationen per E-Mail... genutzt. Durch Absenden ihrer Daten erklären sich hierfür ihr ausdrückliches Einverständnis...".

aaa. Diese Vertragsformulierung ist denselben Bedenken ausgesetzt. Sie ist nur scheinbar konkreter als diejenige, die unter dem Internet-Auftritt www.kanarenflug.de verwendet wird. Soweit hierin auf die "Zusendung des 14-täglichen, kostenlosen Newsletters" Bezug genommen wird, ist hiermit eine wie auch immer geartete inhaltliche Eingrenzung gerade nicht verbunden. Denn es finden sich keine Ausführungen dazu, welche werblichen Informationen in diesem Newsletter mitgeteilt werden können bzw. sollen. Auch der Betreiber dieser Internet-Seite lässt sich bereits hiermit die Einwilligung zu einer Werbung jeglicher Art erteilen. Auch die nachfolgende Formulierung "Verbraucher-Tipps und Markt-Informationen" ist von entsprechender Weite. Dies gilt insbesondere für den Begriff "Markt-Informationen", der ebenfalls keinerlei sachliche

Eingrenzung enthält. Hierunter können letztlich jede Art von Informationen gefasst werden, denn im gewerblichen Bereich gibt es kaum eine Information, die nicht auf irgendeinem „Markt“ relevant ist. Die Wendungen "Verbraucher-Tipps und Markt-Informationen" sind auch nicht geeignet, den Inhalt des zuvor erwähnten "Newsletters" zu konkretisieren. Denn diese Bezugsobjekte der Werbung stehen neben der Zusendung des Newsletters als eigenständiger Einwilligungsgegenstand. Dies ergibt sich bereits daraus, dass beide Komplexe durch die Wendung "sowie" verknüpft sind. Die Behauptung der Beklagten, der Begriff "Verbraucherthemen" (der auf der vorgelegten Website überhaupt nicht auftaucht) sei hinreichend konkret, ist ersichtlich unzutreffend. Schon die von ihr hierzu gegebene Aufzählung (Touristik, Automobil, Elektronik, Gesundheit, Versicherungen und Computer) ist ersichtlich willkürlich (sie umfasst z.B. nicht die verbraucherrelevanten Produktgruppen Fahrräder, Bekleidung, Reinigungsgeräte usw.) und nicht abschließend ("etwa"). Tatsächlich fehlt auch diesem Begriff jegliche Kontur.

bbb. Auch in personeller Hinsicht ist der Begriff "Geschäftspartner" ohne Kontur. Hierauf ist bereits oben näher eingegangen worden. Auch die Betreiber des Internet-Auftritts www.Onlineglueck24.de lassen sich damit die Einwilligung erteilen, jegliche werblichen Inhalte von jedem Partner zu versenden, mit dem sie irgendwie geschäftlich verbunden sind.

e. Die Beklagte stellt sich zu Unrecht auf den Standpunkt, der durchschnittlich informierte, situationsadäquat aufmerksame und verständige Verbraucher bedürfe in Situationen der vorliegenden Art keine Schutzes, weil er erkennen könne, dass er eine weit gefasste Einwilligung für Werbung aller Art gebe. Diese Auffassung ist mit der Gesetzeslage sowie der Intention des nationalen Gesetz- bzw. europäischen Richtliniengebers nicht in Einklang zu bringen. Danach soll auch der europäische Referenzverbraucher vor unzumutbaren Belästigungen geschützt

werden, selbst wenn er bei sorgfältiger Lektüre des Kleingedruckten sowie Interpretation der hiermit verbundenen Folgen in der Lage wäre, sich gegen eine Einwilligungserklärung zu entscheiden. Tatsächlich ist eine derartige Freiheit aber gerade nicht gegeben, weil Einwilligungserklärungen in die Zusendung von Werbung häufig – wie auch vorliegend – (zumindest scheinbar) untrennbar mit der Teilnahme an einem Gewinnspiel verknüpft werden. Auch der verständige Verbraucher wird hierdurch in eine Zwangslage gebracht, in der er entweder von der gewünschten Teilnahme an dem Gewinnspiel Abstand nehmen oder befürchten muss, sich bei einer Streichung unerwünschter Klauseln um seine Gewinnchancen zu bringen. Auch der verständige Verbraucher soll nach dem Willen des Gesetz- bzw. Richtliniengebers in seiner Privatsphäre geschützt werden. Die Richtlinie 2002/58/EG vom 12. Juli 2002 (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), deren Artikel 13 Abs. 1 unter anderen durch § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG umgesetzt worden ist, dient nicht (in erster Linie) dem Schutz der "Verbraucher", sondern dem Schutz der "Teilnehmer" elektronischer Kommunikationsdienste. Der damit bezweckte Schutz der Privatsphäre vor unerwünschten Nachrichten für Zwecke der Direktwerbung soll dementsprechend – wie Erwägungsgrund 40 belegt – jedem Teilnehmer gewährt werden, unabhängig von seiner Eigenschaft als "Verbraucher". Soweit differenzierende Regelungen für Werbemaßnahmen bestehen (z. B. in Erwägungsgrund 41), betreffen diese bestehende Kundenbeziehungen, um die es vorliegend gerade nicht geht.

f. Die von dem Kläger vorgelegten Werbebeispiele zeigen zudem, dass die Einwilligungsklauseln von den entsprechenden Betreibern der Internet-Auftritte durchaus auch in der – wie dargelegt – extremen Weite verstanden und zur Anwendung gebracht worden sind. Mit der Anlage K 2 sind Werbeinformationen für Camping-Plätze in der Region „Rhône Alpes“ angeboten worden. Es ist nicht ersichtlich, welcher inhaltliche Zusammenhang zwischen dem Aufruf einer Internetseite www.kanarenflug.de (durch einen Flugreisenden)

und derartigen Informationen bestehen (für Camper) soll. Allenfalls handelt es sich bei beiden Angeboten um solche aus dem Bereich der Touristikbranche. Wesentlich deutlicher verhält sich das Beispiel, das aus der Anlage K 5 ersichtlich ist. Die dort angesprochene Verbraucherin soll nach Darstellung der Beklagten ihr Einverständnis ebenfalls über die Internetseite www.kanarenflug.de erteilt haben. Die E-Mail gemäß Anlage K 5 enthält Informationen zur "Privaten Kranken Versicherung". Ein derartiges Angebot hat nichts mit den Geschäftsgegenstand der Veranstaltung von Flugreisen (auf die Kanarischen Inseln) zu tun, sondern stellt sich als allgemeine, beziehungslose Werbung dar. Auch hieraus ergibt sich, dass die Anbieter der betreffenden Internetseiten die – behauptet – erteilte Einwilligung dazu nutzen, den Verbrauchern beliebige Werbebotschaften per E-Mail zuzusenden, die in keinerlei Beziehung zu dem Geschäftsgegenstand der erteilten Einwilligung stehen und sie deshalb unerwünscht belästigen.

2. Aber selbst unabhängig von diesen Ausführungen hat die Beklagte auf den bestrittenen Sachvortrag des Klägers weder substantiiert dargelegt noch nachgewiesen, dass und in welchem konkreten Umfeld die drei genannten Verbraucher ihre Einwilligungen überhaupt konkret erklärt haben.

a. Die Beklagte trägt nach den grundlegenden prozessualen Grundsätzen vollen Umfanges die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer Einverständniserklärung des konkret betroffenen Marktteilnehmers, da es sich insoweit um einen Rechtfertigungsgrund für das Verhalten des Werbenden handelt. Dieser Verpflichtung ist die Beklagte weder in erster noch in zweiter Instanz nachgekommen. Selbst wenn die Beklagte heute nicht mehr in der Lage sein sollte, die ihr bzw. ihren Geschäftspartnern konkret erteilte Einwilligung vorzulegen, ändert dies nichts an den ihr abzuverlangenden Darlegungen. Denn sie muss – wie der vorliegende Fall zeigt – Vorkehrungen treffen, die sie in die Lage versetzen, jederzeit das

Vorliegen einer Bestellung/Einwilligung darlegen und gegebenenfalls beweisen zu können. Wenn sie dieses versäumt, ist es ihr verwehrt, sich auf entsprechende Erleichterungen bei der Darlegungs- und Beweislast zu berufen. Diese Rechtsgrundsätze entsprechen ständiger Rechtsprechung des Senats (Senat WRP 07, 1246 – Ausreißer). An ihnen ist festzuhalten.

b. Die Vorlage nicht ausgefüllter Online- Formulare ohne konkreten Bezug zu einer bestimmten Einwilligungssituation vermag insoweit einen hinreichend spezifizierten Sachvortrag nicht zu ersetzen. Diesem Erfordernis ist die Beklagten nicht gerecht geworden.

aa. Die Beklagte hatte noch nicht einmal in Ansätzen hinreichend substantiiert, in welcher Weise die von ihr behaupteten Einwilligungen konkret zu Stande gekommen sind, sondern sich letztlich auf die Behauptung der erteilten Zustimmung beschränkt. Ein erheblicher Beweisantritt hätte unter anderem die Darlegung vorausgesetzt, welches Bildschirmformular sich der jeweiligen Personen zum Zeitpunkt der behaupteten Einwilligung konkrete gezeigt hat, welchen genauen Inhalt die behaupteten Bestätigungs-Mails hatten, wann und von wem sie versandt worden sind usw.. Denn es geht nicht darum, welche allgemeinen Schritte beim Aufsuchen einer bestimmten Internetseite zu erfolgen haben, um eine Einwilligung zu erteilen, sondern darum, wie sich die genannten Personen in der Situation, die sich ihnen zu einem bestimmten Zeitpunkt geboten hat, konkret verhalten haben. Dies wird sich ohne Rückgriff auf schriftlich bzw. bildlich in Unterlagen dokumentierte Abläufe nicht allein durch die Vernehmung von Zeugen verlässlich belegen lassen, eben weil diese Zeugen den Personen – wie es die Beklagte selbst ausdrückt – nicht „gleichsam über die Schulter gesehen “ haben. Sie hat sich noch nicht einmal substantiiert dazu geäußert, aufgrund welchen Wissens die von ihr als Zeugen genannten Personen die in ihr Wissen gestellten Umstände

bezeugen können, wenn hierzu offensichtlich Unterlagen/Bildschirmausdrucke nicht mehr vorgelegt werden können. Da die von der Beklagten vorgetragene Einwilligung schon nach ihrem eigenen Vortrag automatisiert ablaufen, ist nicht ausreichend ersichtlich, aus welchen konkreten Erkenntnissen die genannten Zeugen ihr Wissen schöpfen. Allgemeine Aussagen, dass auf einer bestimmten E-Mail-Seite auf bestimmte Umstände hingewiesen werden, sind in diesem Zusammenhang auch schon deshalb offensichtlich untauglich, weil es allgemeiner Erkenntnis entspricht, dass sich Inhalt und Aussehen von vielen kommerziellen Websites häufig fortlaufend – zuweilen täglich – verändert. Dies unter anderem auch im Hinblick auf anwaltliche Abmahntätigkeiten in Bezug auf "Rechtstexte". Deshalb kann allenfalls die Beschreibung bzw. Darlegung des konkreten Inhalts einer Website zu einem bestimmten Zeitpunkt Anlass geben, Beweise zu erheben.

bb. Das Landgericht hat deshalb schon aus prozessualen Gründen zu Recht davon abgesehen, diesem Beweisangebot nachzugehen, weil eine Erhebung der angebotenen Beweise einer Ausforschung gleichgekommen wäre. Die Beklagte rügt das landgerichtliche Urteil zu Unrecht als verfahrensfehlerhaft mit der Behauptung, das Landgericht habe es unter Verstoß gegen Artikel 103 Abs. 1 GG entschieden. Mit einer vorweggenommenen Beweiswürdigung hat dies – entgegen der Auffassung der Beklagten – nichts zu tun. Derartigen Vortrag unterbreitet die Beklagte noch nicht einmal in der Berufungsinstanz. Soweit die Beklagte erst mit Schriftsatz vom 30.06.2009 Bildschirmausdrucke der Seite www.glueck-im-netz.de vorlegt, beruht dieser Vortrag ersichtlich auf Nachlässigkeit und ist gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO nicht mehr berücksichtigungsfähig.

c. Darüber hinaus hat die Beklagte auch nichts Konkretes dafür dargetan, dass die Verbraucher im Anschluss an die Einwilligungserklärung auf der Internetseite der jeweiligen Anbieter durch gesonderte E-Mails ihre Einwilligung im Rahmen eines double-opt-in-Verfahrens noch einmal ausdrücklich mit

einer ihnen zugesandten E-Mail bekräftigt haben. Auch insoweit hat sich die Beklagte auf die Aufstellung nicht belegter Behauptungen beschränkt. Vor dem Hintergrund der ihr obliegenden Darlegungs- und Beweislast wäre sie gehalten gewesen, zumindest diesen E-Mail-Verkehr zu dokumentieren, um ihr erteilte Einwilligungen später auch belegen zu können. Die erst mit Schriftsatz vom 30.06.2009 als Anlage vorgelegten „Dummys“ aus dem Juni 2009 an einen fiktiven „Philipp Test“ sind vor diesem Hintergrund sowohl unzureichend als auch verspätet i.S.v. § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO.

3. Eine abweichende rechtliche Bewertung des streitgegenständlichen Verhaltens der Beklagten ergibt sich auch nicht auf der Basis der Neufassung des UWG zum 30.12.2008. Die Frage, ob die klagende Partei die geltend gemachte Unterlassung beanspruchen kann, ist nach dem zum Zeitpunkt der Entscheidung geltenden Recht zu beurteilen, also nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 22.12.2008. Soweit der Unterlassungsanspruch auf Wiederholungsgefahr gestützt ist, besteht er allerdings nur, wenn das beanstandete Verhalten auch schon zur Zeit seiner Begehung wettbewerbswidrig war (BGH GRUR 2006, 953 – Warnhinweis II; BGHZ 175, 238 – ODDSET). Dies ist – wie dargelegt – der Fall. Zwar ist die Vorschrift über unverlangt versandte Werbung nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG (Werbung unter Verwendung einer automatischen Anrufmaschine, eines Faxgeräts oder elektronischer Post) dahingehend geändert worden, dass nunmehr eine vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten verlangt. Hieraus ergeben sich jedoch für den vorliegenden Fall keine relevanten Unterschiede, da an der Ausdrücklichkeit der Einwilligung wegen des (behaupteten) Ankreuzens eines Kästchens kein ernsthafter Zweifel besteht.

4. Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen stellt sich auch der Einwand der Beklagten, der von dem Kläger im Rahmen des vorliegenden Rechtsstreits verfolgte Unterlassungsantrag sei zu weit, als unbegründet dar.

a. Ein auf die Verurteilung zur Unterlassung gerichteter Unterlassungsantrag, der sich darauf beschränkt, die Tatbestandsmerkmale des Gesetzes, auf das er sich stützt, wieder zu geben, ist allerdings grundsätzlich unbestimmt (BGH GRUR 00, 438, 440 – Gesetzeswiederholende Unterlassungsanträge). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die in die Antragsfassung übernommenen Tatbestandsmerkmale bei ihrer Anwendung auf konkrete Fälle in vieler Hinsicht der Auslegung bedürfen werden und deshalb als Bestandteil eines Unterlassungsantrags den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots, das angestrebte Verbot klar zu umreißen, nicht genügen können (BGH GRUR 00, 438, 440 – Gesetzeswiederholende Unterlassungsanträge). Eine solche Situation liegt hier indes schon im Ansatz nicht vor. Eine auslegungsbedürftige Antragsformulierung kann im Übrigen auch dann hinzunehmen sein, wenn dies zur Gewährleistung des Rechtsschutzes im Hinblick auf eine bestimmte Werbemethode erforderlich erscheint (BGH GRUR 06, 607 – Telefonwerbung für "Individualverträge").

b. Der gestellte Antrag lässt zweifelsfrei erkennen, welches konkrete Verhalten der Kläger verboten wissen will. Er beschränkt sich nicht etwa auf die Wiederholung eines Gesetzeswortlauts. Die Beklagte zeigt auch nicht auf, welche gesetzlichen Normen mit dem Klageantrag nach ihrer Auffassung wiederholt wird. Es sind jedenfalls nicht diejenigen, auf die der Kläger seinen Antrag stützt. Denn die Vorschrift des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG weicht in der Formulierung hiervon deutlich ab. Zwar trifft es zu, dass der gestellte Antrag relativ weit formuliert ist. Diese Weite des Antrags ist aber aufgrund der Umstände des vorliegenden Rechtsstreit sachlich auch gerechtfertigt. Denn die Beklagte hat nicht nur gegenüber einer einzelnen Person, sondern gegenüber – unstreitig und nachgewiesen – drei voneinander unabhängigen Verbrauchern in der beanstandeten Weise geworben. Weiterhin hat die Beklagte die – vermeintlich – erteilten Einwilligungen zum Anlass genommen, ganz unterschiedliche Werbeinformationen per E-Mail

zu versenden. Vor diesem Hintergrund lassen sich auch nach Auffassung des Senats weder der Antragsteil "an die Adresse der elektronischen Post von Verbrauchern" noch der Antragsteilen "Werbemitteilungen" anderweitig in einer hinreichend eingrenzenden Weise näher konkretisieren.

c. Vielmehr hat die Beklagte durch ihr Verhalten Wiederholungsgefahr in dem denkbar weitesten Umfang der Versendung von unerwünschten Werbe-E-Mails mit einem beliebigen Inhalt gesetzt, die von irgendwelchen Unternehmen herrühren und an irgendwelche Verbraucher, die eine – auch unwirksame – Einwilligung erteilt haben, gesendet wird. Hieraus rechtfertigt sich die Weite des gestellten Antrages. Dieser ist nicht zu beanstanden, weil nicht ersichtlich ist, in welcher sachgerechten Weise er konkretisierbar wäre. Derartige Möglichkeiten zeigt auch die Beklagte nicht auf. Die Auffassung der Beklagten, eine Verurteilung diesem Antrag käme einem Berufsverbot gleich, entbehrt jeder sachlichen Grundlage. Denn es ist der Beklagten nicht verboten, überhaupt zu werben, sondern nur ohne eine vorherige rechtswirksame Einwilligung des jeweiligen Verbrauchers. Eindeutig gesetzeswidrige Verhaltensformen der Berufsausübung sind indes von dem Grundrecht aus Art. 12 GG nicht geschützt. Eine allein auf die konkrete Verletzungsform beschränkte Antragsfassung wird dem Rechtsschutzbedürfnis des Klägers ersichtlich nicht gerecht, der zur wirksamen Durchsetzung seiner Rechte einen Anspruch auf Unterlassung kerngleicher Handlungen – auch gegenüber anderen als den im vorliegenden Rechtsstreit konkret genannten Personen – hat.

5. Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen muss der Senat auf den von dem Kläger erst zweitinstanzlichen vorgetragenen weiteren Verletzungsfall J... S... nicht näher eingehen.

6. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO, § 26 Nr. 8 EGZPO.

Der Rechtsstreit bietet dem Senat keine Veranlassung, gem. § 543 Abs. 2 ZPO die Revision zuzulassen.

Der Rechtsstreit hat keine grundsätzliche Bedeutung, sondern beschränkt sich auf die Anwendung feststehender Rechtsgrundsätze auf den konkreten Einzelfall. Einer Entscheidung des Revisionsgerichts bedarf es auch nicht zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung.