



BRANDENBURGISCHES OBERLANDESGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

Aktenzeichen: 7 U 52/05

Entscheidung vom 11. Januar 2006

In dem Rechtsstreit

...

gegen

...

hat der 7. Zivilsenat des Brandenburgischen Oberlandesgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 7. Dezember 2005 durch ...

für Recht erkannt:

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 12. Zivilkammer des Landgerichts Potsdam vom 10.3.2005 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Berufung trägt der Kläger.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des jeweils beizutreibenden Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Gründe

I.

Der Kläger, der eine in die beim Bundesverwaltungsamt geführte Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 Abs. 1 UKlaG eingetragene Einrichtung ist, nimmt die Beklagte, die ein Internetauktionenhaus betreibt, auf die Unterlassung der Verwendung von Vertragsbestimmungen in Anspruch.

Der Kläger hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs

Monaten, zu vollziehen am Vorstand der Beklagten, zu unterlassen, nachfolgende oder diesen inhaltsgleichen Bestimmungen in Verträge über die Nutzung von Telediensten einzubeziehen, sowie sich auf die Bestimmungen bei der Abwicklung derartiger Verträge, geschlossen nach dem 1.4.1977, zu berufen: 1. "Ich ... erkläre, dass ich volljährig und unbeschränkt geschäftsfähig bin"; 2. "Ich willige in die Verarbeitung und Nutzung meiner personenbezogenen Daten gemäß der vorstehenden Datenschutzerklärung ein"; 3. "Ich willige ein, dass e. meine personenbezogenen Daten für e.-Marketing-Maßnahmen wie z. B. zur Versendung von e-mails mit allgemeinen Informationen oder werbendem Charakter (Newsletter) verarbeitet und nutzt"; 4. "Ich bin damit einverstanden, dass e. meine personenbezogenen Daten auch verarbeitet und nutzt, um mir auf persönliche Interessen zugeschnittene Angebote in "mein e." zu präsentieren".

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Vorbringens der Parteien wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen.

Das Landgericht hat durch Urteil vom 10.3.2005 die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dem Kläger stünden Unterlassungsansprüche aus §§ 1, 2 Abs. 1 Satz 1 UKlaG nicht zu. Das Verlangen einer Bestätigung der Volljährigkeit und unbeschränkten Geschäftsfähigkeit verstoße nicht gegen § 309 Nr. 12 b BGB, da es nicht zu einer Verschärfung der Beweislast des Nutzers führe. Aus den Klauseln über die Einwilligung in die Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten folge nicht eine unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB, da eine Abweichung von den Grundgedanken des TDDSG nicht gegeben sei. Zwar biete die Beklagte einen Teledienst gemäß § 2 Abs. 2 TDDSG an. Auch bedürfe die Nutzung personenbezogener Daten zu den von der Beklagten verfolgten Zwecken nach § 3 Abs. 1, 2 TDDSG in Verbindung mit §§ 5, 6 TDDSG der Zustimmung des Nutzers. Diese sei durch die streitgegenständlichen Vertragsbestandteile indes wirksam erteilt worden. Die Einwilligungserklärung entspreche den Erfordernissen des § 4 Abs. 2 TDDSG, da eine bestätigende Wiederholung des Übermittlungsbefehls vorgesehen und die Datenschutzerklärung übersichtlich und hinreichend verständlich in einem gesonderten Textfenster dargestellt sei. Ein Verstoß gegen das Koppelungsverbot nach § 3 Abs. 4 TDDSG liege nicht vor, da ein anderer Zugang zu den angebotenen Telediensten in zumutbarer Weise möglich sei. Durch diese gesetzliche Regelung sei der Missbrauch einer Monopolstellung des Anbieters sanktioniert. Für die Beklagte sei die Innehabung einer Monopolstellung jedoch nicht dargetan; eine dominierende Stellung am Markt reiche dazu nicht aus. Infolge der nach alledem wirksamen Einwilligung des Nutzers sei der Beklagten auch ein wettbewerbswidriges Verhalten nicht zur Last zu legen.

Gegen dieses Urteil, das ihm am 14.3.2005 zugestellt worden ist, hat der Kläger am 1.4.2005 Berufung eingelegt und diese am 12.5.2005 begründet.

Der Kläger trägt vor, dass - was die Beklagte nicht bestreitet - am 28.4.2005 für die Beklagte 5.492.838 Auktionen und für andere Anbieter insgesamt 606.538 Auktionen gezählt worden seien. Auf die Beklagte sei damit ein Anteil von mehr als 73 % aller gezählten Auktionen entfallen, worin sich die monopolartige Stellung der Beklagten zeige.

Zudem werde - was die Beklagte ebenfalls nicht in Abrede stellt - etwa bei dem Anbieter R. eine Einverständniserklärung überhaupt nicht abgefordert, sondern der Vertragschluss unter Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sei automatisch mit deren Erteilung verknüpft.

Der Kläger beantragt, die Beklagte unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Potsdam vom 10.3.2005 zu verurteilen, es zukünftig bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu vollziehen am Vorstand der Beklagten, zu unterlassen, nachfolgende oder diesen inhaltsgleichen Bestimmungen in Verträge über die Nutzung von Telediensten einzubeziehen, sowie sich auf die Bestimmungen bei der Abwicklung derartiger Verträge, geschlossen nach dem 1.4.1977, zu berufen: 1. "Ich ... erkläre, dass ich volljährig und unbeschränkt geschäftsfähig bin"; 2. "Ich willige in die Verarbeitung und Nutzung meiner personenbezogenen Daten gemäß der vorstehenden Datenschutzerklärung ein"; 3. "Ich willige ein, dass e. meine

personenbezogenen Daten für e.-Marketing-Maßnahmen wie z. B. zur Versendung von e-mails mit allgemeinen Informationen oder werbendem Charakter (Newsletter) verarbeitet und nutzt"; 4. "Ich bin damit einverstanden, dass e. meine personenbezogenen Daten auch verarbeitet und nutzt, um mir auf persönliche Interessen zugeschnittene Angebote in "mein e." zu präsentieren".

Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

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

Der Kläger hat durch nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 8.12.2005 ergänzend vorgetragen.

II.

Die Berufung ist zulässig, aber unbegründet.

1. Im Hinblick auf das Verlangen einer Erklärung über die Volljährigkeit und unbeschränkte Geschäftsfähigkeit des Nutzers steht dem Kläger ein Anspruch gegen die Beklagte aus § 1 UKlaG nicht zu, da - wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat - darin kein Verstoß gegen § 309 Nr. 12 b BGB liegt. Denn es folgt daraus nicht eine Veränderung der Beweislast zum Nachteil des anderen Vertragsteils, wie sie Voraussetzung des Klauselverbots ist.

a. Die Abgabe der Erklärung führt nicht zu einer Umkehr der Beweislast zu Lasten des Nutzers.

Im Rechtsverkehr ist das Bestehen uneingeschränkter Geschäftsfähigkeit als der Regelfall anzusehen, sodass deren Fehlen nach § 104 BGB oder deren Beschränkung nach § 106 BGB stets derjenige zu beweisen, der sich zu seinen Gunsten darauf beruft (Palandt/Heinrichs, BGB, 64. Aufl., § 104, Rn. 8; MünchKomm./Schmitt, BGB, 4. Aufl., § 106, Rn. 21). Demzufolge hat ohnehin der Nutzer zu beweisen, dass er nicht oder eingeschränkt geschäftsfähig ist.

b. Eine relevante Benachteiligung des Nutzers folgt auch nicht daraus, dass eine § 309 Nr. 12 BGB unterfallende Änderung der Beweislast nicht nur im Falle einer Beweislastumkehr gegeben ist, sondern bei jedem Versuch des Verwenders, die Beweisposition des anderen Teils faktisch zu verschlechtern, was etwa auch dadurch geschehen kann, dass er - der Verwender - durch eine vom anderen Teil gegen sich selbst ausgestellte Bestätigung der von ihm zu tragenden Beweislast zu genügen, genauer zu entgehen, sich bemüht (BGH NJW 1987, 1634, 1635; Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 309, Rn. 101). Dazu reicht zwar aus, dass die Klausel zur Folge haben kann, dass der Richter die Anforderungen an den Beweis zum Nachteil des anderen Teils bei dessen Beweislast erhöht oder bei Beweislast des Verwenders ermäßigt (BGH a.a.O.). Auch das ist hier jedoch nicht der Fall. Denn die in Rede stehende Erklärung schränkt den Kreis der dem Nutzer offen stehenden Beweismittel nicht ein und ändert damit nichts daran, dass dessen Minderjährigkeit leicht, etwa durch Vorlage eines gültigen Personaldokuments, bewiesen werden kann. Der Beweis einer krankhaften Störung der Geistestätigkeit, die ansonsten allein nach § 104 Nr. 2 BGB die Geschäftsfähigkeit ausschließen kann, ist, wie den Mitgliedern des Senats aus ihrer dienstlichen Tätigkeit bekannt ist, im Regelfall ohnehin nur durch die Einholung eines Sachverständigengutachtens möglich, bei dem das erforderliche Beweismaß regelmäßig nicht fraglich ist; mithin führt die dem Nutzer abverlangte Erklärung unter diesem Gesichtspunkt gleichfalls nicht zu einer Erschwerung der Beweispflicht.

2. Im Hinblick auf die Vertragsbestandteile über die Nutzung personenbezogener Daten steht dem Kläger ebenfalls ein Unterlassungsanspruch gegen die Beklagte nicht zu. Dabei kann dahinstehen, ob die Regelungen Allgemeine Geschäftsbedingungen darstellen, sodass - allein (vgl. Palandt/Bassenge, a.a.O., § 2 UKlaG, Rn. 2) - § 1 UKlaG einschlägig ist, oder ob ein Unterlassungsanspruch wegen anderweitiger verbraucherschutzgesetzwidriger Praktiken nach § 2 Abs. 1 Satz 1 UKlaG in Betracht kommt. Denn die Vertragsbestandteile verstoßen nicht gegen dem Schutz der Verbraucher dienende Gesetze, weshalb - auch - eine unangemessene Benachteiligung des Nutzers gemäß § 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB nicht gegeben ist.

a. Ein Verstoß gegen § 3 Abs. 1, 2 TDDSG in Verbindung mit §§ 5, 6 TDDSG, wonach eine Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten zu anderen als den gesetzlich erlaubten Zwecken nur mit der Einwilligung des Nutzers stattfinden darf, liegt nicht vor. Dabei bedarf es keiner Entscheidung dazu, ob - wie die Beklagte meint - die von ihr geübte Datenverwertung der Durchführung des Nutzungsvertrages dient und daher nach §§ 5, 6 TDDSG erlaubt ist. Denn die streitgegenständlichen Vertragsbestandteile haben gerade die Abgabe der nach § 3 Abs. 2 TDDSG erforderlichen Einwilligungserklärung zum Gegenstand, sodass diesem Erfordernis jedenfalls genügt ist. Die Einwilligungserklärung erfolgt, sofern der Nutzer sie abgibt, nämlich rechtswirksam. In § 3 Abs. 3 TDDSG ist dazu ausdrücklich niedergelegt, dass sie unter den Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 TDDSG elektronisch erklärt werden kann. Dessen Voraussetzungen sind erfüllt.

aa. Der Kläger stellt nicht in Abrede, dass die in § 4 Abs. 2 Nr. 2 TDDSG vorgesehene Protokollierung der Einwilligungserklärung stattfindet und im Einklang mit § 4 Abs. 2 Nr. 3 TDDSG ihr Inhalt jederzeit vom Nutzer abgerufen werden kann.

bb. Zwischen den Parteien in Streit steht hingegen, ob den Erfordernissen des § 4 Abs. 2 Nr. 1 TDDSG genügt ist. Danach hat der Diensteanbieter sicherzustellen, dass die Einwilligung durch eine eindeutige und bewusste Handlung des Nutzers erfolgt. Das ist entgegen der Auffassung des Klägers der Fall.

Die in § 4 Abs. 2 Nr. 1 TDDSG getroffene Regelung soll sicherstellen, dass der Nutzer bei der Abgabe der Einwilligungserklärung den erforderlichen subjektiven Erklärungswillen gebildet hat und nicht etwa ohne einen Gedanken an die damit verbundenen Rechtsfolgen übereilt die jeweilige Schaltfläche aktiviert (Spindler/Schmitz/Geis, TDDSG, § 4 TDDSG, Rn. 15; Zscherpe MMR 2004, 723, 726). Dem ist genügt, wenn ein durchschnittlich verständiger Nutzer erkennen kann und muss, dass er rechtsverbindlich einer Verarbeitung seiner persönlicher Daten zustimmt (Spindler/Schmitz/Geis, a.a.O., § 4 TDDSG, Rn. 17). Das wiederum ist stets dann anzunehmen, wenn die Einwilligungserklärung durch eine bestätigende Wiederholung des Übermittlungsbefehls bei gleichzeitiger zumindest auszugsweiser Darstellung der Einwilligungserklärung auf dem Bildschirm erteilt wird (Zscherpe, a.a.O., m.w.N.).

So ist es hier. Die Einwilligungserklärung wird bestätigend wiederholt, indem der Nutzer zunächst ein Kontrollkästchen mit dem Text "Ich willige in die Verarbeitung und Nutzung meiner personenbezogenen Daten gemäß der vorstehenden Datenschutzerklärung ein" und sodann nochmals ein Schaltfeld mit dem Text "Ich akzeptiere und willige ein" aktivieren muss; es ist zwischen den Parteien unstrittig, dass anderenfalls das Anmeldeverfahren nicht erfolgreich beendet werden kann. Dabei ist die in Bezug genommene Datenschutzerklärung auch auf dem Bildschirm sichtbar; deren auszugsweise Darstellung in einem im vorher sichtbaren Textfenster ist ebenfalls unstrittig.

Der Ansicht des Klägers, die Aktivierung des Kontrollkästchens und des jenem folgenden Schaltfeldes reiche für eine bestätigende Wiederholung nicht aus, kann nicht gefolgt werden.

Schon anhand der Abfolge der Menübefehle kann aus der Sicht eines verständigen Nutzers nach §§ 133, 157 BGB der zweite Befehl nicht anders als eine Bestätigung des ersten aufgefasst werden. Das aber reicht bereits aus, um die Erfordernisse des § 4 Abs. 2 Nr. 1 TDDSG zu erfüllen; dass die Befehlsabfolge etwa in einer näher bestimmten Form und Ausgestaltung stattzufinden haben soll, lässt sich weder dem Wortlaut des Gesetzes noch seiner Begründung (BT-Drucks. 13/7385) entnehmen.

Dem Kläger kann auch nicht darin gefolgt werden, dass die Darstellung der Datenschutzerklärung in einem nur fünf Zeilen umfassenden Textfenster unzureichend sei. Denn es befindet sich - auch das steht in tatsächlicher Hinsicht zwischen den Parteien außer Streit - am rechten Rand des Textfensters ein Scrollbalken, der ein Aufrufen der gesamten Datenschutzerklärung ermöglicht; dessen Bedeutung und Funktionsweise kann bei einem durchschnittlich verständigen Nutzer ohne weiteres als bekannt vermutet werden. Zudem hat der Nutzer die Möglichkeit, die Datenschutzerklärung in ihrer Gesamtheit auszudrucken; auch das ist unstrittig. Angesichts dessen sind jedenfalls in der Gesamtschau genügende Vorkehrungen dafür getroffen, dass der Nutzer sich den Inhalt der Datenschutzerklärung vor Augen führen kann und seine

Einwilligung im Bewusstsein der Abgabe einer rechtsverbindlichen Erklärung stattfindet.

b. Die Vertragsbestimmungen über die Verarbeitung personenbezogener Daten verstoßen auch nicht gegen § 3 Abs. 4 TDDSG. Das dort geregelte so genannte "Koppelungsverbot" verbietet es dem Diensteanbieter, die Erbringung von Telediensten von einer Einwilligung des Nutzers in eine Verarbeitung oder Nutzung seiner Daten für andere als den gesetzlich erlaubten Zwecken abhängig zu machen, wenn dem Nutzer ein anderer Zugang zu diesen Telediensten nicht oder in nicht zumutbarer Weise möglich ist. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor.

Für die Frage, ob dem Nutzer ein anderer Zugang zu diesen Telediensten in zumutbarer Weise möglich ist, ist darauf abzustellen, ob der Diensteanbieter eine Monopolstellung innehat und diese ausnutzt; bieten hingegen andere Anbieter gleichwertige Dienste an, die der Nutzer ohne unzumutbare Nachteile in Anspruch nehmen kann, so ist dem Nutzer ein anderer Zugang zu den jeweiligen Telediensten nicht verwehrt (Spindler/Schmitz/Geis, a.a.O., § 4 TDDSG, Rn. 36 ff.; Engel-Flehsig/Maennel/Tettenborn, IuKDG, § 3 TDDSG, Rn. 32, 34; dies. NJW 1997, 2981, 2987, Fn. 48; Schaar MMR 2001, 644, 648). Der in der Literatur vertretene Gegenansicht (vgl. Spindler/Schmitz/Geis, a.a.O., § 3 TDDSG, Rn. 35, m.w.N.), wonach es darauf ankommen soll, ob der konkrete Diensteanbieter einen Zugang zu den von ihm angebotenen Diensten auch ohne die Einwilligungserklärung zulässt, kann nicht gefolgt werden.

Denn sie läuft der gesetzlichen Regelung ersichtlich zuwider. Die fehlende Möglichkeit des Nutzers zur Erlangung eines anderen zumutbaren Zugangs ist nämlich nach dem - jedenfalls insoweit - eindeutigen Wortlaut des Gesetzes die Voraussetzung dafür, dass dem Diensteanbieter ein Abhängigmachen der Erbringung von Telediensten von der Einwilligungserklärung untersagt ist. Wollte man für die Frage des Bestehens eines anderen zumutbaren Zugangs auf den konkreten einzelnen Diensteanbieter abstellen, so wären die Regelungsgehalte der beiden Halbsätze der Norm deckungsgleich; denn ein Diensteanbieter, der den Zugang zu den von ihm selbst angebotenen Diensten auch ohne die Einwilligungserklärung zulässt, macht schon nicht die Erbringung von Telediensten von der Einwilligung des Nutzers abhängig, sodass bereits ein Fall des § 3 Abs. 4 Halbsatz 1 TDDSG nicht gegeben ist (Spindler/Schmitz/Geis, a.a.O., § 3 TDDSG, Rn. 38). Demgegenüber ist bereits aus dem Wortlaut des Gesetzes zu ersehen, dass § 3 Abs. 4 Halbsatz 2 TDDSG, indem er das im 1. Halbsatz der Norm ausgesprochene Verbot an das Vorliegen bestimmter Voraussetzungen knüpft, die Reichweite des zunächst allgemein gefassten Verbots begrenzen soll.

Für die Beklagte lässt sich indes nicht erkennen, dass sie für die von ihr angebotenen Teledienste eine Monopolstellung innehat. Eine solche erschließt sich aus den vom Kläger vorgebrachten Marktanteilen nicht. Wenn der Kläger in der Berufungsbegründung ausführt, auf die Beklagte entfielen mehr als 73 % aller gezählter Auktionen, sind andererseits mit einem Anteil von rund 27 % und damit in insgesamt nicht unerheblichem Umfang andere Anbieter am Markt tätig, sodass eine Monopolstellung der Beklagten nicht gegeben ist. Nichts anderes folgt aus dem vom Kläger als Anlage vorgelegten Bildschirmabdruck der Internetseite "...".

Dort sind für die Beklagte 5.492.838 Auktionen und für alle anderen Anbieter insgesamt 2.243.609 Auktionen aufgeführt. Von der Summe aller Auktionen in Höhe von $(5.492.838 + 2.243.609 =) 7.736.447$ Auktionen entfällt auf die Beklagte ein Anteil von nur 70,10 %, der erst recht nicht eine Monopolstellung zu manifestieren geeignet ist. Daran ändert es auch nichts, wenn man aus der Auflistung diejenigen Diensteanbieter herausrechnet, deren Bezeichnung bereits erkennen lassen, dass sie sich im Gegensatz zur Beklagten an einen nur eingeschränkten Nutzerkreis wenden. Dabei handelt es sich um den mit 219.327 Auktionen verzeichneten Anbieter "A.", den mit 115.240 Auktionen verzeichneten Anbieter "F.", den mit 46.437 Auktionen verzeichneten Anbieter "M.", den mit 9.493 Auktionen verzeichneten Anbieter "M." und den mit 1.105 Auktionen verzeichneten Anbieter "S."; dass sich noch weitere Anbieter an einen spezialisierten und damit engeren Nutzerkreis als die Beklagte wenden, ist weder aus der Liste ersichtlich noch vom Kläger vorgetragen. Die genannten Anbieter sind mit insgesamt 391.602 Auktionen verzeichnet, sodass sich ohne ihre Berücksichtigung eine Gesamtzahl aller Auktionen von $(7.736.447 - 391.602 =) 7.344.845$ Auktionen und eine Summe der nicht auf die Beklagte entfallenden Auktionen von $(2.243.609 - 391.602 =) 1.852.007$

Auktionen ergeben. Bei dieser Berechnung entfallen auf die Beklagte 74,78 % aller Auktionen und damit nur ein geringfügig höherer Anteil als vom Kläger schriftsätzlich vorgetragen, der zur Begründung einer Monopolstellung gleichfalls nicht geeignet ist. Darauf sowie auf den Umstand, dass sich ihrem Vorbringen eine Spezialisierung anderer Anbieter nicht entnehmen lässt, ist der Kläger vom Senat in der mündlichen Verhandlung hingewiesen worden.

Eine Monopolstellung der Beklagten lässt sich auch nicht daraus herleiten, dass die Beklagte nicht nur die Durchführung von Internetauktionen anbietet, sondern auch einfache Kaufangebote vermittelt. Zwar hat sich der Kläger den diesbezüglichen Vortrag der Beklagten in der mündlichen Verhandlung zu eigen gemacht. Die Beklagte hat indes weiter vorgetragen, dass solche Angebote auch bei anderen Diensteanbietern zugänglich seien, die ebenfalls daneben Internetauktionen durchführten; mit den Anbietern "H.", "S." und "A." hat sie dazu drei Diensteanbieter namentlich benannt. Das hat der Kläger, der demgegenüber schon nicht konkret vorgetragen hat, dass eine solche Kombination von Internetauktions- und normalen Kaufangeboten nicht auch von anderen Diensteanbietern angeboten würden, nicht widerlegt; die Äußerung allgemeiner Zweifel am Vorbringen der Beklagten, wie sie diesbezüglich in der mündlichen Verhandlung stattgefunden hat, reicht dazu nicht aus. Daher kann auch unter dem Gesichtspunkt des so dargestellten Angebotsumfangs nicht davon ausgegangen werden, dass die Beklagte eine Monopolstellung innehat.

Auch der Hinweis des Klägers darauf, dass die angebotenen Dienste der Beklagten eine besondere Ausgestaltung aufweisen, die sie von anderen Anbietern abhebe, kann der Klage nicht zum Erfolg verhelfen. Denn es fehlt an konkretem Vortrag dazu, in welcher Weise die anderen Anbieter ihre Dienste gestaltet haben, sodass sich aus dem Vorbringen des Klägers nicht ersehen lässt, welche Anbieter mit welchen Marktanteilen unter diesem tatsächlichen Gesichtspunkt als vergleichbar zu berücksichtigen oder auszuschließen sind. Auch darauf ist der Kläger in der mündlichen Verhandlung hingewiesen worden.

Zuletzt kann dem Kläger nicht zugute gehalten werden, dass etwa andere Diensteanbieter eine besondere Einwilligung des Nutzers in die Verwendung der personenbezogenen Daten überhaupt nicht vorsehen, sondern diese durch die Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen automatisch mit dem Vertragsschluss verknüpfen. Der Kläger trägt dies lediglich in der Berufungsbegründung für den Anbieter "r." vor, nicht aber für andere Anbieter; auch darauf ist er in der mündlichen Verhandlung hingewiesen worden. Nach der bereits genannten Auflistung der Marktanteile der verschiedenen Anbieter entfallen auf den Anbieter "r." 153.160 Auktionen, sodass sich bei dessen Nichtberücksichtigung eine Gesamtzahl aller Auktionen von $(7.344.845 - 153.160 =) 7.190.685$ und eine Summe von $(1.852.007 - 153.160 =) 1.698.847$ nicht auf die Beklagte entfallender Auktionen ergibt. Danach entfielen auf die Beklagte ein Anteil von 76,39 % aller durchgeführten Auktionen und damit ein - erneut - nur geringfügig höherer Anteil, der für die Annahme einer Monopolstellung nicht ausreicht.

Soweit nach Vorstehendem ein hinreichender Vortrag der Parteien zum Bestehen einer Monopolstellung der Beklagten fehlt, geht dies zu Lasten des Klägers. Er trägt nämlich dazu die Darlegungs- und Beweislast, da er sich zu seinen Gunsten darauf beruft, dass die Voraussetzungen eines Unterlassungsanspruchs nach §§ 1, 2 UKlaG vorliegen. Hinsichtlich des ihm zustehenden Anspruchs auf Unterlassung trifft die Darlegungs- und Beweislast den klagenden Verband (vgl. Baumgärtel/Hohmann, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, § 13 AGBG, Rn. 3). Etwas anderes ergibt sich hier insbesondere nicht aus § 3 Abs. 4 TDDSG. Denn die Regelung enthält nicht ein generelles Koppelungsverbot, sondern sieht - wie erwähnt - das Verbot nur für die Fälle vor, in denen die im 2. Halbsatz der Norm genannten Voraussetzungen vorliegen, die demzufolge gleichfalls die Partei darzulegen und zu beweisen hat, die sich zu ihren Gunsten darauf beruft; eine Abkehr von diesem allgemeinen Grundsatz der Beweislastverteilung (vgl. Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 27. Aufl., Rn. 23 vor § 284) ist nach der Ausgestaltung des § 3 Abs. 4 TDDSG nicht angezeigt.

c. Ein Verstoß gegen § 1 UWG kommt aus den vom Landgericht genannten Gründen, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird, ebenfalls nicht in Betracht.

Das gilt insbesondere im Hinblick auf die vom Kläger zitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 1.2.2004 (Az.: I ZR 81/01, NJW 2004, 1655).

3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergeht gemäß §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Zulassung der Revision ist nicht angezeigt, da weder die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert, § 543 Abs. 2 ZPO. Insbesondere ist zu den Vorschriften des TDDSG - wie dargestellt - nicht eine Auslegung angezeigt, die nicht bereits im Wortlaut und in der Begründung des Gesetzes angelegt ist.

Unterschriften