

6 U 80/23
33 O 311/22
Landgericht Köln



Verkündet am 19.01.2024

Oberlandesgericht Köln
IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem Rechtsstreit

des Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V., vertreten durch den Vorstand
Herrn Wolfgang Schuldzinski, Mintropstraße 27, 40215 Düsseldorf,

Klägers, Berufungsklägers und Anschlussberufungsbeklagten,

Prozessbevollmächtigte:

[REDACTED]
[REDACTED]

gegen

die WetterOnline Meteorologische Dienstleistungen GmbH, vertreten durch den
Geschäftsführer [REDACTED]
[REDACTED]

Beklagte, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:

[REDACTED]
[REDACTED]

hat der 6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln

auf die mündliche Verhandlung vom 15.12.2023

durch die Richterinnen am Oberlandesgericht [REDACTED] und [REDACTED] sowie den Richter am Oberlandesgericht [REDACTED]

für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil der 33. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 04.05.2023 (33 O 311/22) teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

1. Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, wobei die Ordnungshaft an ihrem jeweiligen gesetzlichen Vertreter zu vollziehen ist und insgesamt zwei Jahre nicht übersteigen darf,

zu unterlassen

im Rahmen geschäftlicher Handlungen gegenüber Verbrauchern in Telemedien über Formulare (Cookie-Banner) Verbraucher zur Abgabe einer Einwilligungserklärung aufzufordern, um zu Zwecken der Werbung und/oder Marktforschung Informationen auf dem Endgerät des Nutzers zu speichern oder auf Informationen zuzugreifen, die bereits im Endgerät der Nutzer hinterlegt sind, sofern die Speicherung oder der Endgerätezugriff für den Betrieb des Telemediums nicht unbedingt erforderlich ist,

a. ohne im Cookie-Banner eine der Einwilligungserklärung gleichwertige Ablehnungsoption bereitzustellen

und/oder

b. dabei einen Cookie-Banner mit einer den Schriftzug „Akzeptieren & Schließen“ und daran rechts anschließend ein „X“-Symbol enthaltende Verlinkung in der rechten oberen Ecke des Banners einzublenden, durch welche die Einwilligungserklärung des Nutzers abgefragt werden soll,

wenn dies erfolgt, wie nachfolgend dargestellt:

Akzeptieren & Schließen X

wetteronline

Wir verwenden Cookies. Und respektieren deine Privatsphäre.

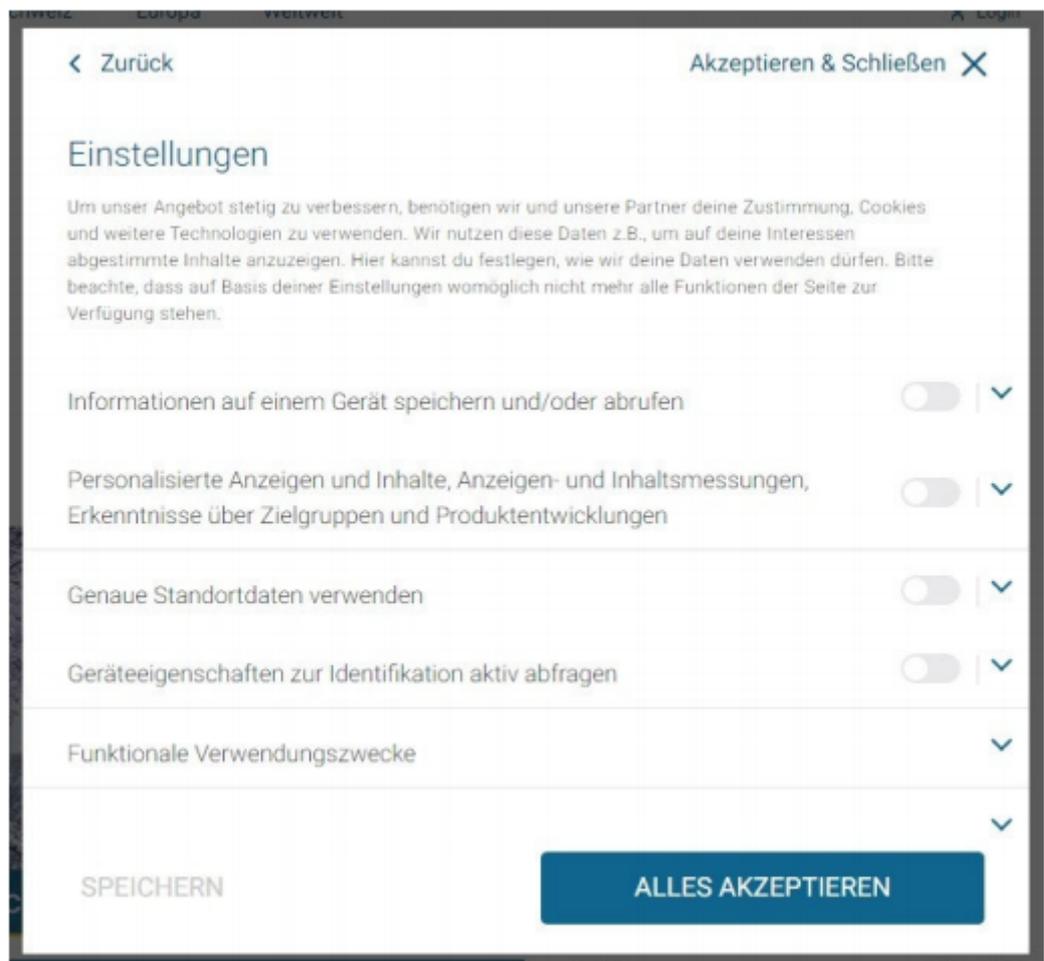
AKZEPTIEREN

EINSTELLUNGEN

Um unser Angebot stetig zu verbessern, benötigen wir und unsere Partner deine Zustimmung, Cookies und weitere Technologien zu verwenden. Wir nutzen diese Daten z.B., um auf deine Interessen abgestimmte Inhalte anzuzeigen.

Wir und unsere Partner verwenden Daten (wie z.B. IP- und Browserinformationen) für folgende Zwecke: Notwendig / Funktional / Marketing / Informationen auf einem Gerät speichern und/oder abrufen / Personalisierte Anzeigen und Inhalte, Anzeigen- und Inhaltsmessungen, Erkenntnisse über Zielgruppen und Produktentwicklungen / Geräteeigenschaften zur Identifikation aktiv abfragen. Du kannst deine Zustimmung jederzeit widerrufen oder anpassen.

[Impressum](#) | [Datenschutz](#)



2. Die Beklagte wird weiter verurteilt, an den Kläger 260,00 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 08.06.2022 zu zahlen.

Die Kosten des Rechtsstreits 1. und 2. Instanz tragen die Parteien je zur Hälfte.

Dieses und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf bis zu 5.000,00 € festgesetzt.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

Der Kläger, ein in der Form des eingetragenen Vereins handelnder Verbraucherschutzverband, der in die Liste der qualifizierten Einrichtungen im Sinne von § 4 UKlaG beim Bundesamt für Justiz eingetragen ist, nimmt die Beklagte, die auf www.wetteronline.de ein werbefinanziertes Internetportal für Wetterdaten und -nachrichten betreibt, auf Unterlassung der Verwendung der im nachstehenden Antrag wiedergegebenen Cookie-Banner auf ihrer Webseite sowie der Zahlung von Abmahnkosten in Anspruch.

Da nach Auffassung des Klägers die aufgrund der streitgegenständlichen Banner von Besuchern der Internetseite der Beklagten abgegebenen Einwilligungserklärungen in die Speicherung von Cookies nicht den gesetzlichen Anforderungen genügten, mahnte er die Beklagte mit Schreiben vom 29.11.2021 und 06.01.2022 ab. Die Beklagte gab keine Unterlassungserklärung ab. Wegen des vorgerichtlichen Schriftwechsels wird auf die Anlagen K 1 bis K 4 Bezug genommen.

Mittlerweile hat die Beklagte die Gestaltung ihrer Cookie-Banner geändert.

Der Kläger hat in erster Instanz beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, es bei Vermeidung eines vom Gericht für den Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes – ersatzweise Ordnungshaft – oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, (Ordnungsgeld im Einzelfall höchstens 250.000,00 EUR, Ordnungshaft insgesamt höchstens zwei Jahre), zu vollziehen an ihre jeweiligen gesetzlichen Vertreter;

zu unterlassen

im Rahmen geschäftlicher Handlungen gegenüber Verbrauchern in Telemedien über Formulare (Cookie-Banner) Verbraucher zur Abgabe einer Einwilligungserklärung aufzufordern, um zu Zwecken der Werbung und/oder

Marktforschung Informationen auf dem Endgerät des Nutzers zu speichern oder auf Informationen zuzugreifen, die bereits im Endgerät der Nutzer hinterlegt sind, sofern die Speicherung oder der Endgerätezugriff für den Betrieb des Telemediums nicht unbedingt erforderlich ist,

a. ohne im Cookie-Banner eine der Einwilligungserklärung in Form, Funktion und Farbgebung gleichwertige, gleichrangige und gleich einfach zu bedienende Ablehnungsoption bereitzustellen

und/oder

b. dabei einen Cookie-Banner mit einer den Schriftzug „Akzeptieren & Schließen“ und daran rechts anschließend ein „X“-Symbol enthaltende Verlinkung in der rechten oberen Ecke des Banners einzublenden, durch welche die Einwilligungserklärung des Nutzers abgefragt werden soll,

wenn dies erfolgt, wie nachfolgend dargestellt:

Akzeptieren & Schließen X

wetteronline

Wir verwenden Cookies.
Und respektieren deine Privatsphäre.

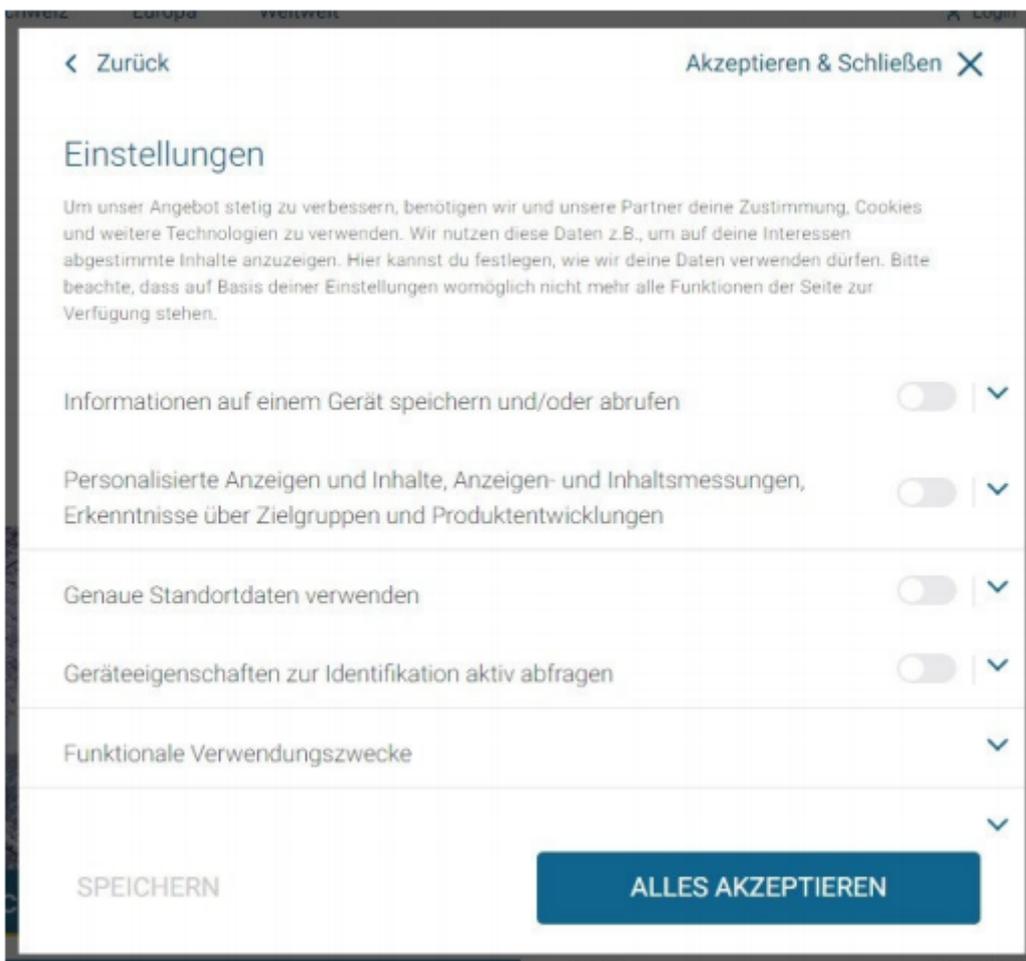
AKZEPTIEREN

EINSTELLUNGEN

Um unser Angebot stetig zu verbessern, benötigen wir und unsere Partner deine Zustimmung, Cookies und weitere Technologien zu verwenden. Wir nutzen diese Daten z.B., um auf deine Interessen abgestimmte Inhalte anzuzeigen.

Wir und unsere Partner verwenden Daten (wie z.B. IP- und Browserinformationen) für folgende Zwecke: Notwendig / Funktional / Marketing / Informationen auf einem Gerät speichern und/oder abrufen / Personalisierte Anzeigen und Inhalte, Anzeigen- und Inhaltsmessungen, Erkenntnisse über Zielgruppen und Produktentwicklungen / Geräteeigenschaften zur Identifikation aktiv abfragen. Du kannst deine Zustimmung jederzeit widerrufen oder anpassen.

Impressum | Datenschutz



2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 260,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Das Landgericht hat mit Urteil vom 04.05.2023 die Beklagte zur Zahlung von Abmahnkosten in Höhe von 260,00 Euro nebst Zinsen verurteilt, die Klage aber im Übrigen abgewiesen. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, dass kein Unterlassungsanspruch in der geltend gemachten Form bestehe. Zwar sei der Klageantrag zu 1) hinreichend bestimmt und ein Anspruch auf Unterlassung der Verwendung der streitgegenständlichen Cookie-Banner dem Grunde nach gegeben, da die ehemalige Gestaltung der Banner nicht den Anforderungen des § 25 Abs. 1

TTDSG entsprochen habe. Die Einwilligungserteilung könne nicht als „freiwillig“ und hinreichend aufgeklärt im Sinne der DSGVO bewertet werden, da der Nutzer durch die Gestaltung der Cookie-Banner gezielt in Richtung einer Einwilligung gelenkt werde. Der Antrag zu Ziffer 1. a) sei aber zu weit gefasst und enthalte durch die Formulierung „ohne im Cookie-Banner eine der Einwilligungserklärung in Form, Funktion und Farbgebung gleichwertige, gleichrangige und gleich einfach zu bedienende Ablehnungsoption bereitzustellen“ ausdrücklich eine Verpflichtung zu einer bestimmten Form der Bannergestaltung. Letzteres ergebe sich aber weder aus den Vorschriften der DSGVO noch aus den Erwägungsgründen. Vielmehr seien unterschiedliche Gestaltungen denkbar, die den Anforderungen an eine freiwillige Einwilligung genügen. Dies führe trotz der Verknüpfung „und/oder“ zu einer Abweisung des Antrages zu Ziffer 1 a) und b) insgesamt, da aufgrund der Klarstellung des Klägers im Termin der Antrag dergestalt auszulegen sei, dass die Einschübe zu a) und b) nicht in einem Alternativverhältnis stehen sollten, sondern allenfalls der Einschub zu a) von dem beantragten Verbot isoliert erfasst sein sollte. Die Abmahnkosten hingegen könne der Kläger gemäß § 13 Abs. 3 UWG mit Erfolg geltend machen, da dem Kläger der geltend gemachte Unterlassungsanspruch gemäß den vorangegangenen Ausführungen dem Grunde nach zustünde und es der Berechtigung der Abmahnung zudem nicht entgegenstehe, wenn eine zu weitgehende Unterlassungserklärung begehrt werde.

Wegen des näheren Sach- und Streitstandes bis zur Entscheidung in erster Instanz sowie der Begründung des Landgerichts wird gemäß § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO auf das Urteil des Landgerichts Bezug genommen.

Gegen dieses Urteil richtet sich der Kläger mit seiner Berufung. Die von der Beklagten ursprünglich im Hinblick auf die zuerkannten Abmahnkosten eingelegte unselbständige Anschlussberufung hat diese im Termin am 15.12.2023 zurückgenommen.

Der Kläger hat zunächst weiterhin eine Verurteilung in der Hauptsache entsprechend seiner erstinstanzlich gestellten Anträge begehrt. Zur Begründung hat er geltend gemacht, dass der Unterlassungsantrag zu 1. a) bereits nicht zu weitgehend formuliert gewesen sei, jedenfalls aber im Hinblick hierauf – da durch die Verknüpfung „und/oder“

die Anträge auch alternativ gestellt worden seien - nicht der Antrag zu Ziffer 1.b) hätte abgewiesen werden dürfen. Dass ein Unterlassungsantrag auf die Gestaltung einer Ablehnungsmöglichkeit für die formularmäßige Abfrage einer Einwilligungserklärung Bezug nehme, sei bereits notwendige Zulässigkeitsvoraussetzung für die Bestimmtheit von Unterlassungsanträgen aus § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Aus der Formulierung des Antrags gehe nicht hervor, dass die Beklagte ausdrücklich zu einer bestimmten Form der Bannergestaltung verpflichtet würde. Der Verwender eines Cookie-Banners sei grundsätzlich frei in der Gestaltung desselben bzw. der notwendigen Einwilligungsabfrage. Entscheide er sich jedoch für eine bestimmte Art der Gestaltung, so müssten die auszuwählenden Optionen gleichwertig, gleichrangig und gleich einfach zu bedienen sein. Das betreffe sowohl die Form und Funktion als auch die Farbgebung. In der Sache biete das verwendete Cookie-Banner Nutzern keine freie und echte Wahl und verstoße daher gegen § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG i. V. m. Art. 4 Nr. 11 DSGVO. Die bloße Auswahl zwischen „Akzeptieren“ und „Einstellungen“ sei keine echte Wahl in diesem Sinne und damit unzulässig, wie sich auch aus einem Gegenschluss aus Art. 7 Abs. 3 S. 4 DSGVO ergebe. Rechtsfehlerhaft sei dann auch die Auslegung des Landgerichts, dass die Anträge zu 1. a) und b) trotz der Verknüpfung mit „und/oder“ nicht in einem Alternativverhältnis hätten stehen sollen, insoweit habe es sein Verhalten in der mündlichen Verhandlung völlig fehlinterpretiert. In der Sache selbst, dies ergebe sich auch aus den Ausführungen des Landgerichts, sei der Anspruch insoweit - da dem Nutzer das Kreuz in der oberen rechten Ecke fälschlicherweise suggeriere, dort das Banner verlassen zu können - begründet gewesen und hätte demgemäß zugesprochen werden müssen.

Mit Schriftsatz vom 08.12.2023 hat der Kläger einen neuen Antrag angekündigt und in der mündlichen Verhandlung am 15.12.2023 sodann entsprechend seiner Ankündigung beantragt,

unter teilweiser Abänderung der angefochtenen Entscheidung des Landgerichts Köln vom 04.05.2023, Az.: 33 O 311/22,

die Berufungsbeklagte über den erstinstanzlich zuerkannten Anspruch hinaus zu verurteilen, es bei Vermeidung eines vom Gericht für den Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes – ersatzweise Ordnungshaft – oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten (Ordnungsgeld

im Einzelfall höchstens 250.000,00 EUR, Ordnungshaft insgesamt höchstens zwei Jahre), zu vollziehen an ihre jeweiligen gesetzlichen Vertreter;

zu unterlassen

im Rahmen geschäftlicher Handlungen gegenüber Verbrauchern in Telemedien über Formulare (Cookie-Banner) Verbraucher zur Abgabe einer Einwilligungserklärung aufzufordern, um zu Zwecken der Werbung und/oder Marktforschung Informationen auf dem Endgerät des Nutzers zu speichern oder auf Informationen zuzugreifen, die bereits im Endgerät der Nutzer hinterlegt sind, sofern die Speicherung oder der Endgerätezugriff für den Betrieb des Telemediums nicht unbedingt erforderlich ist,

a. ohne im Cookie-Banner eine der Einwilligungserklärung gleichwertige Ablehnungsoption bereitzustellen

und/oder

b. dabei einen Cookie-Banner mit einer den Schriftzug „Akzeptieren & Schließen“ und daran rechts anschließend ein „X“-Symbol enthaltende Verlinkung in der rechten oberen Ecke des Banners einzublenden, durch welche die Einwilligungserklärung des Nutzers abgefragt werden soll,

wenn dies erfolgt, wie nachfolgend dargestellt:

Akzeptieren & Schließen X

wetteronline

Wir verwenden Cookies. Und respektieren deine Privatsphäre.

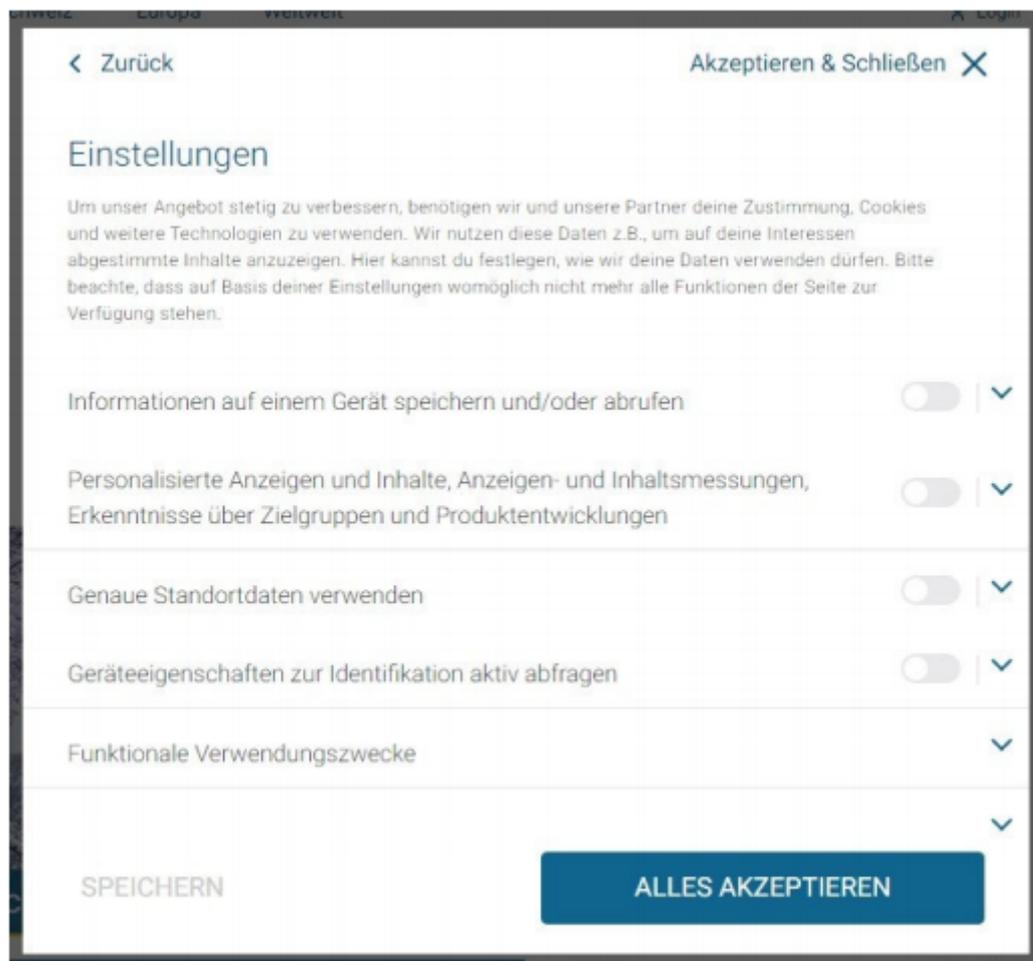
AKZEPTIEREN

EINSTELLUNGEN

Um unser Angebot stetig zu verbessern, benötigen wir und unsere Partner deine Zustimmung, Cookies und weitere Technologien zu verwenden. Wir nutzen diese Daten z.B., um auf deine Interessen abgestimmte Inhalte anzuzeigen.

Wir und unsere Partner verwenden Daten (wie z.B. IP- und Browserinformationen) für folgende Zwecke:
Notwendig / Funktional / Marketing / Informationen auf einem Gerät speichern und/oder abrufen / Personalisierte Anzeigen und Inhalte, Anzeigen- und Inhaltsmessungen, Erkenntnisse über Zielgruppen und Produktentwicklungen / Geräteeigenschaften zur Identifikation aktiv abfragen. Du kannst deine Zustimmung jederzeit widerrufen oder anpassen.

[Impressum](#) | [Datenschutz](#)



Die Beklagte beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil, soweit es zu ihren Gunsten ergangen ist,
unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens.

II.

Die Berufung des Klägers ist zulässig und hat mit dem zuletzt gestellten Unterlassungsantrag auch Erfolg.

Zunächst ist unerheblich, dass die Beklagte die streitgegenständlichen Cookie-Banner nicht mehr verwendet, da dies die Wiederholungsgefahr für den klägerischen Unterlassungsanspruch nicht entfallen lässt. Die abstrakte Wiederholungsgefahr hätte hier nur durch Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung beseitigt werden können.

Die von dem Kläger gestellten Anträge zu a) und b) sind in der zuletzt geltend gemachten Form zulässig und auch begründet.

1. Antrag zu a):

a)

Die von dem Kläger vorgenommenen Antragsänderung im Hinblick auf den Antrag zu a) ist gemäß § 264 Nr. 2 ZPO zulässig.

Gemäß § 264 Nr. 2 ZPO ist es nicht als Klageänderung anzusehen, wenn ohne Änderung des Klagegrundes der Klageantrag in der Hauptsache oder in Bezug auf Nebenforderungen erweitert oder beschränkt wird. Erfasst werden dabei sowohl quantitative als auch qualitative Änderungen des Klageantrages (BeckOK ZPO/Bacher, 51. Ed. 1.12.2023, ZPO § 264 Rn. 4, 5). Vorliegend hat der Kläger sich weiterhin auf den gleichen Klagegrund gestützt, insbesondere auch weiterhin die gleiche Verletzungsform in Bezug genommen, seinen Antrag nur qualitativ dahingehend eingeschränkt, dass er die in seinem ursprünglichen Antrag enthaltenen Vorgaben an die Beklagten bezüglich der konkreten Gestaltung der Cookie-Banner nicht mehr aufgenommen hat. Da jedenfalls in der hier gegebenen Konstellation der qualitativen Klageänderung § 264 ZPO als Spezialregelung anzusehen ist (vgl. BeckOK ZPO/Bacher, 51. Ed. 1.12.2023, ZPO § 264 Rn. 6; MüKoZPO/Becker-Eberhard, 6. Aufl. 2020, ZPO § 264 Rn. 23; Musielak/Voit/Foerster, 20. Aufl. 2023,

ZPO § 264 Rn. 6; a.A. Zöller/Greger, ZPO, 35. Auflage, § 264 ZPO Rn. 4 a), die § 269 ZPO in ihrem Anwendungsbereich verdrängt, war eine Zustimmung der Beklagten zu dem geänderten Antrag nicht erforderlich.

b)

Der geänderte Antrag ist auch hinreichend bestimmt. Die Forderung nach einer „gleichwertigen“ Ablehnungsoption begegnet insoweit keinen Bedenken. Der Begriff der Gleichwertigkeit ist im Sinne von § 25 Abs. 1 TTDSG zu verstehen. Demgemäß muss die Ablehnung wie auch die Einwilligung auf der Grundlage von klaren und umfassenden Informationen erfolgen.

c)

Eine erneute Anhörung der Datenschutzbehörde gemäß § 12a Satz 1 UKlaG bedurfte es im Hinblick auf den geänderten Antrag nicht. Der geänderte Antrag nimmt auf die gleiche Verletzungsform wie der ursprüngliche Antrag Bezug, zu dem die Datenschutzbehörde bereits angehört wurde und auch Stellung genommen hat.

d)

Der geänderte Antrag hat zudem in der Sache Erfolg.

Durch eine Gestaltung der Cookie-Banner wie in der vom Kläger in Bezug genommenen konkreten Verletzungsform wird dem Verbraucher weder auf der ersten noch auf der zweiten Ebene eine gleichwertige, mithin auf klaren und umfassenden Informationen beruhende, Ablehnungsoption angeboten, weshalb er – wie vom Landgericht zutreffend ausgeführt – zur Abgabe der Einwilligung hingelenkt und von der Ablehnung der Cookies abgehalten wird, so dass die erteilte Einwilligung nicht als freiwillig und hinreichend aufgeklärt im Sinne von § 25 Abs. 1 TTDSG, Art. 4 Nr. 11 DSGVO angesehen werden kann. Die erste Ebene enthält überhaupt keine Ablehnungsoption für den Verbraucher. Vielmehr kann dieser durch den Button „Einstellungen“ lediglich auf die zweite Ebene gelangen. Hier hat der Verbraucher dann die Auswahl zwischen dem Button „Alles Akzeptieren“ und dem Button „Speichern“. Wie vom Landgericht zutreffend ausgeführt, erschließt sich dem Durchschnittsnutzer aber bereits nicht, welche Funktion sich konkret hinter dem jeweiligen Button verbirgt bzw. mit welchem Button er nunmehr tatsächlich die

Ablehnung der Cookies erreichen kann. Die Beklagte hat in erster Instanz selbst wiederholt ausgeführt, dass für den Verbraucher eine echte Wahlmöglichkeit gegeben sein müsse. Dies ist indes bei der hier aufgezeigten Gestaltung der Cookie-Banner gerade nicht der Fall.

2. Antrag zu b):

Die Zurückweisung des Antrages zu b) – den der Kläger in der Berufungsinstanz in unveränderter Form gestellt hat – ist durch das Landgericht zu Unrecht erfolgt. Auch wenn der Kläger sich in der mündlichen Verhandlung zunächst dahingehend positioniert hat, dass es ihm gerade auf den Einschub zu a) ankomme und daher allenfalls dieser von dem beantragten Verbot isoliert erfasst sein solle, hat er letztlich den Antrag wie angekündigt gestellt und demgemäß hieran gerade nicht festgehalten. Durch die Verknüpfung und/oder bestand zwischen den Anträgen zu a) und b) ein echtes Alternativverhältnis, weshalb das Landgericht auch isoliert über den Antrag zu b) hätte entscheiden müssen. Eine andere Auslegung lässt entgegen der Auffassung der Beklagten auch das den Antrag zu b) einleitende Wort „dabei“ nicht zu, da dies ohne weiteres auch Sinn ergibt, wenn dieser Antrag nur isoliert geltend gemacht wird.

Dieser hinreichend bestimmte Antrag hat in der Sache ebenfalls Erfolg. Die Gestaltung der Cookie-Banner mit dem verlinkten Button „Akzeptieren & Schließen X“ in der rechten oberen Ecke verstößt gegen die Grundsätze von Transparenz und Freiwilligkeit der Einwilligung und führt zu deren Unwirksamkeit. Insoweit kann wiederum auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts verwiesen werden. Das „X“-Symbol ist Nutzern bekannt als Möglichkeit, um ein Fenster zu schließen, nicht aber, um in die Verwendung von Cookies und anderen Technologien durch den Websitebetreiber einzuwilligen. Dass hiermit eine Einwilligung erklärt wird, wird dem durchschnittlichen Nutzer nicht bewusst sein. Zwar steht unmittelbar neben dem „X“-Symbol „Akzeptieren & Schließen“. Die Verknüpfung dieser beiden Funktionen ist aber irreführend und intransparent für die Nutzer. Auch wird für die Nutzer nicht ohne weiteres erkennbar, dass es sich bei „Akzeptieren & Schließen“ und dem „X“-Symbol um ein und denselben Button handelt. Vor diesem Hintergrund kann die Einwilligung mithilfe des „X“-Symbols weder als unmissverständlich oder eindeutig bestätigend,

noch als freiwillig im Sinne von § 25 Abs. 1 TTDSG, Art 4 Nr. 11 DSGVO bewertet werden.

3.

Der Senat war auch nicht gehalten, im Hinblick auf die von der Beklagten mit Schriftsatz vom 20.12.2023 erhobene Rüge, dass die Voraussetzungen des § 128a ZPO während der mündlichen Verhandlung am 15.12.2023 nicht durchgängig vorgelegen hätten, diese wiederzueröffnen. Zwar ist es zutreffend, dass die Klägerseite - offenbar aufgrund technischer Probleme - nicht während der gesamten mündlichen Verhandlung durch zeitgleiche Ton- und Bildübertragung zugeschaltet war, sondern die Bildübertragung zeitweilig ausgefallen ist, und sie diese - nach Hinweis der Vorsitzenden - wiederholt wiederherstellen musste. Auch ist anerkannt, dass bei technischen Schwierigkeiten der durchgeführten Videokonferenzverhandlung ein Verstoß gegen den Grundsatz der Mündlichkeit vorliegen kann (Klasen in: Ory/Weth, jurisPK-ERV Band 2, 2. Aufl., § 128a (Stand: 19.12.2023) Rn. 30). Die Beklagte kann sich hierauf indes nicht berufen, da ein etwaiger Verfahrensfehler jedenfalls gemäß § 295 ZPO geheilt wäre. Die vorhandenen Schwierigkeiten wurden für alle Beteiligten transparent festgestellt, die Klägerpartei wurde mehrfach zur Wiederherstellung der zeitgleichen Bildübertragung angehalten. Trotz Kenntnis von diesen Schwierigkeiten hat die Beklagte keine Einwände gegen die Durchführung der mündlichen Verhandlung, die sich hinsichtlich der Klägerseite somit zeitweise in Art einer Telefonkonferenz dargestellt hat, erhoben. Die technischen Probleme wurden zwar erörtert, nicht aber von der Beklagtenseite gerügt. In dem Verhandeln zur Hauptsache liegt damit eine rügelose Einlassung bzw. ein Verzicht auf die Befolgung der Vorschrift im Sinne des § 295 Abs. 1 ZPO (vgl. insoweit auch Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, Urteil vom 15. Juli 2021 – 4 U 48/20 –, Rn. 53, juris).

Dieser Verzicht war auch wirksam. Können die Parteien gemäß § 128 Abs. 2 ZPO vollständig auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichten, muss a maiore ad minus - jedenfalls wenn, wie hier, die Identität der zugeschalteten Personen unzweifelhaft ist - auch ein teilweiser Verzicht auf die Bildübertragung zulässig sein (vgl. Oberlandesgericht Saarbrücken, Urteil vom 15. Juli 2021 – 4 U 48/20 –, Rn. 53, juris; Windau, NJW 2020, 2753 Rn. 7; Klasen in: Ory/Weth, jurisPK-ERV Band 2, 2. Aufl., § 128a ZPO (Stand: 19.12.2023), Rn. 30). Letztlich ist auch weder erkennbar

noch vorgetragen, welche prozessualen Nachteile der Beklagten, deren Geschäftsführer sowie Prozessbevollmächtigte persönlich in der mündlichen Verhandlung anwesend waren, durch den zeitweisen Ausfall der Bildübertragung auf Klägerseite entstanden seien könnten.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 2 ZPO. Die Kosten waren den Parteien je hälftig aufzuerlegen. Der Kläger hat alleine aufgrund des erstmals in der Berufungsinanz geänderten Klageantrages zu Ziffer a) vollumfänglich obsiegt, anderenfalls wäre er mit diesem Antrag (vgl. insoweit auch das Urteil des Senats vom 03.11.2023 – 6 U 58/23 = GRUR-RS 2023, 34611 – Drittlandübermittlung Rn. 27 ff.) unterlegen, weshalb es gerechtfertigt ist, die Kosten insoweit der Klägerseite aufzuerlegen (vgl. hierzu Herget in: Zöller, Zivilprozessordnung, 35. Auflage 2024, § 97 ZPO Rn. 11). Der ursprünglich unter Ziffer 1. a) geltend gemachte Antrag war wegen der weiten Antragsfassung unbegründet. Die mit diesem Antrag formulierten Vorgaben an die Gestaltung der Cookie-Banner haben die Beklagte unzumutbar in ihrer Wahlmöglichkeit hinsichtlich der Vornahme möglicher Handlungen zur Beseitigung des Störungszustandes beschränkt. Angesichts des Festhaltens des Klägers an dem gestellten Antrag kam es auch nicht in Betracht, nur die konkrete Verletzungsform zu verbieten, ohne gleichzeitig das beantragte Gebot auszusprechen. Denn dies hätte dem Begehren des Klägers widersprochen (vgl. Urteil des Senats vom 03.11.2023 – 6 U 58/23, a.a.O. Rn. 32).

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

IV.

Die Revision war nicht zuzulassen (§ 543 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 ZPO). Weder kommt der Rechtsache grundsätzliche Bedeutung zu noch erfordern Belange der Rechtsfortbildung oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs.

Streitwert für das Berufungsverfahren: bis zu 5.000,00 Euro

