



Republik Österreich
Handelsgericht Wien

43 Cg 11/19v-9

Im Namen der Republik

Das Handelsgericht Wien durch seinen Richter Mag. Christian Mosser, LL.M. in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation (VKI)**, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in 1030 Wien, wider die beklagte Partei **Österreichische Post AG**, 1030 Wien, Rochusplatz 1, vertreten durch Schönherr Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, wegen Unterlassung (EUR 30.500,-) und Urteilsveröffentlichung (EUR 5.500,-)

I.) fasst den

B e s c h l u s s :

1.) Die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges wird verworfen.

2.) Der Antrag der beklagten Partei auf Unterbrechung des Verfahrens wird abgewiesen.

II.) und erkennt nach öffentlicher mündlicher Verhandlung zu Recht:

1.) Die Beklagte ist schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln

1.

Ich bin für allenfalls angeführte Urlaubsfachmitbenutzer zum Abschluss der Mitbenutzung des Urlaubsfachs beauftragt und bevollmächtigt.

Ich erteile meine Einwilligung zur Verwendung des Namens, des Geburtsdatums und der Anschrift zum Zweck der Werbung und Übermittlung von Informationen über Produkte und Dienstleistungen durch die Österreichische Post AG und deren unter www.post.at abrufbaren Konzernunternehmen sowie zu Werbezwecken gewerblich berechtigter Adressverlage und Direktmarketingunternehmen. Dies gilt auch für allenfalls angeführte Urlaubsfachmitbenutzer; ich bin für diese zur Datenverwendung beauftragt und bevollmächtigt. Diese Einwilligung kann ich jederzeit unter www.post.at/kontaktformular oder mittels Schreiben an das Postkundenservice, Haidingergasse 1, 1030 Wien widerrufen.

Es gelten die AGB Urlaubsfach der Österreichischen Post AG in der jeweils gültigen Fassung, verfügbar u. a. unter www.post.at/agb.

2. (4.3) Die Post kann Namen und Adresse des Kunden oder der Mitbenutzer Dritten mitteilen, sofern dies nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere des Datenschutzgesetzes, zulässig ist.

3. (7.1) Der Kunde stellt die Post von allen Ansprüchen des Absenders frei, die dadurch entstehen, dass nachzuweisende Sendungen an die Person ausgehändigt werden, die eine Übernahmberechtigung nachweisen kann. Im Übrigen haftet die Post nach den Bestimmungen der jeweils auf die Sendungen anwendbaren Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

4.

Ich bin für allenfalls angeführte Mitumzieher zum Abschluss des Nachsendeauftrags beauftragt und bevollmächtigt.

Es gelten die AGB Nachsendeauftrag der Österreichische Post AG in der jeweils gültigen Fassung, verfügbar u.a. unter www.post.at/agb.

Information über Datennutzung: Ihre personenbezogenen Daten (Anrede, Titel, Vorname, Nachname, Geburtsdatum, Adresse) können von der Österreichische Post AG an Dritte gem. § 151 Gewerbeordnung zu Marketingzwecken übermittelt werden.

Sie sind jederzeit und ohne Angabe von Gründen berechtigt, die Übermittlung an Dritte zu Marketingzwecken zu untersagen. In diesem Fall kreuzen Sie das nachfolgende Kästchen an oder richten Sie Ihren Widerspruch an www.post.at/kontaktformular, 0800 010 100 oder mittels Schreiben an das Postkundenservice, Bahnsteggasse 17-23, 1210 Wien.

Ich bin mit einer Datenweitergabe nicht einverstanden.

5. (2) Es erfolgt eine Preisminderung in Höhe der anteiligen Rückerstattung des Entgelts für jene Kalendertage, in denen die Nachsendung nachweislich nicht bzw. mangelhaft erbracht wurde.

6. (2) Die Post haftet aus dem Titel des Schadenersatzes nur für Schäden, die durch ihr vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten entstanden sind. Die Haftung für leichte Fahrlässigkeit ist ausgeschlossen. Der Ersatz von mittelbaren Schäden, entgangenem Gewinn, Vermögensschäden, Folgeschäden, nicht erzielten Ersparnissen sowie Schäden aus Ansprüchen Dritter gegen den Empfänger ist, soweit dem nicht zwingende Rechtsvorschriften entgegenstehen, ausgeschlossen.

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln - binnen 3 Monaten, was die Klauseln 2, 3, 4, 5 und 6 betrifft - zu unterlassen; sie ist ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannten Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu berufen.

2.) Dem Kläger wird die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung jedoch mit Ausnahme der Kostenentscheidung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teiles der „Kronen-Zeitung“, bundesweit erscheinende Ausgabe, auf Kosten der beklagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen.

3.) Die Beklagte ist schuldig, dem Kläger die mit EUR 8.559,04 bestimmten Prozesskosten (darin enthalten EUR 1.463,- Barauslagen und EUR 1.183,34 USt.) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Beklagte betreibt Postdienstleistungen im Sinn des PostG, Paketdienste, Gelddienste, die Beförderung von Gütern mit Kfz, den Vertrieb von Waren, Kommunikation, sowie Informationstechnologie (automatische Datenverarbeitung und Informationstechnik). Sie bietet ihre Leistungen im gesamten österreichischen Bundesgebiet an. Die Beklagte tritt in ihrer geschäftlichen Tätigkeit laufend mit Verbrauchern im Sinne des § 1 KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließt mit diesen Verträge.

Der Kläger ist ein gemäß § 29 KSchG klageberechtigter Verband, der mit der vorliegenden Verbandsklage gegen die Verwendung von Klauseln in den Vertragsformblättern bzw in den AGB „Urlaubsfach“ (Klauseln 1 bis 3) und „Nachsendeauftrag“ (Klauseln 4 bis 6) der Beklagten vorgeht. Der Kläger hat die Beklagte mit Schreiben vom 16.10.2018 (./F) in Bezug auf die Verwendung der Klausel 1 abgemahnt. Die Beklagte teilte in ihrem Antwortschreiben vom 6.11.2018 (./G) mit, dass sie die geltend gemachten Bedenken nicht teile und von einer Verwendung der Klausel nicht Abstand nehmen werde.

Parteienvorbringen:

Mit Klage vom 13.2.2019 und zu Klausel 4 mit Klagsänderung vom 2.4.2019 **begehrte der Kläger** wie im Spruch ersichtlich. In Bezug auf seine Aktivlegitimation führte der Kläger aus, dass der Unterlassungsanspruch nach § 28 Abs 1 KSchG auch bei Verstößen gegen die DSGVO eingesetzt werden könne. Die „Öffnungsklausel“ nach Art 80 Abs 2 DSGVO betreffe ausschließlich die Bekämpfung von der DSGVO widersprechenden Geschäftspraktiken mit Verbandsklage nach § 28a KSchG. Eine Doppelzuständigkeit von Datenschutzbehörde und Rechtsprechung sei verfassungsrechtlich nicht bedenklich. Auch dem Gesetzestext selbst könne kein Ausschluss des Zivilrechtsweges

entnommen werden. Die DSGVO entfalte unmittelbare Geltung und wäre ein Ausschluss mit Art 7 der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen unvereinbar. Die Klage sei schlüssig, da präzise ausgeführt werde, in welchen AGB bzw Vertragsformblättern sich die Klauseln befinden. Der angeführte Text reiche auch aus, um die Unzulässigkeit zu beurteilen.

Die **Beklagte** bestritt und beantragte die kostenpflichtige Klagsabweisung. Sie wandte sich gegen die Aktivlegitimation des Klägers, da dieser die Verbandsklagebefugnis unberechtigterweise benutze, um datenschutzrechtliche Fragen und die Anwendbarkeit des § 151 GewO gerichtlich klären zu lassen. Nach österreichischem Recht gebe es keine originäre Verbandsklagebefugnis für Datenschutzverletzungen. Der Rechtsweg sei daher jedenfalls hinsichtlich Klausel 1 und 4 ausgeschlossen. Für datenschutzrechtliche Fragen sei die Datenschutzbehörde zuständig. Nach dem Grundsatz der Gewaltenteilung gehöre eine Angelegenheit aber entweder vor die Gerichte oder vor die Verwaltungsbehörden. Die Beklagte wendete daher die Unzulässigkeit des Rechtsweges ein.

Die Klage sei außerdem unschlüssig, da der Kläger lediglich aus dem Zusammenhang gerissene Klauseln zitiere und abstrakte und überwiegend formelhafte Rechtsausführungen dazu erstatte. Zudem sei das weite Klagebegehren des Klägers nicht vom Vorbringen gedeckt, da er nicht auf die konkret beanstandeten AGB Bezug nehme.

Bezüglich Klausel 1 brachte der Kläger vor, dass bei der Einrichtung des „Postfach Urlaub“ die Zustimmung zur Werbung und Übermittlung der Daten an Dritte maschinell vorangekreuzt sei. Es liege daher keine wirksame Einwilligung bzw ein Verstoß gegen das Koppelungsverbot vor. Durch das Vorankreuzen werde suggeriert, dass zunächst zugestimmt werden müsse. Der Verbraucher müsse nach Art 7 Abs 3 S 2 DSGVO auch über die Folgen eines Widerrufs informiert werden, was nicht geschehen

sei. Eine gültige Einwilligung setze voraus, dass die Zustimmung freiwillig und in informierter Weise erfolge. Die Post sei zur Angabe der Rechtsgrundlage der Datenverarbeitung verpflichtet; sie berufe sich aber ausschließlich auf die Einwilligung des Kunden.

Weiters berief sich der Kläger auf die Intransparenz der Klausel, da diese dem Verbraucher zum einen das Vorliegen einer wirksamen Einwilligung suggeriere. Zum anderen bestehe eine Diskrepanz zwischen dem Begleitzettel, den Datenschutzhinweisen auf der Webpage und den AGB in Bezug auf die Rechtsgrundlage der Datenverarbeitung. Auf die Datenschutzhinweise würde weder in der Klausel, noch im Formular, noch in den AGB hingewiesen werden. Es sei auch unklar, ob der Verbraucher die Datenschutzhinweise einsehen könne. Im Übrigen laufe die Voreinstellung Art 25 Abs 2 DSGVO zuwider, da eine Zustimmung zur Werbung und Übermittlung der Daten an Dritte zur Vertragserfüllung nicht notwendig sei. Überdies sei die Klausel ungewöhnlich, nachteilig und überraschend, da der Verbraucher nicht damit rechnen müsse, dass eigene Daten zu Werbezwecken an Dritte übermittelt werden und er keine Behelligung mit Werbung wünsche. Da die Klausel im einseitigen Interesse des Unternehmers liege, sei sie auch gröblich benachteiligend. Somit entspreche die Klausel auch nicht der Klausel-Richtlinie des Rates, wonach eine vorformulierte Einwilligungserklärung verständlich, leicht zugänglich und sprachlich klar sein müsse. Zudem enthalte sie ein unzulässiges, einseitiges Vertragsänderungsrecht. Die Klausel setze zudem die Berechtigung zur Datenweitergabe anderer Urlaubsfachmitbenutzer voraus; die Erteilung der Einwilligung sei aber ein höchstpersönliches Recht. Zudem müsse der Verbraucher nachweisen, bevollmächtigt worden zu sein.

Die Klausel sei auch noch nach Geltung der DSGVO verwendet worden. Die Beklagte habe trotz Abmahnung keine Unterlassungserklärung abgegeben und dadurch zum Ausdruck

gebracht, dass sie die Klausel für rechtskonform halte. Schon daraus lasse sich Wiederholungsgefahr ableiten; eine noch laufende Verwendung sei nicht erforderlich. Die Wiederholungsgefahr falle erst weg, wenn auch die Geltendmachung in bestehenden Vertragsverhältnissen auszuschließen sei.

Die Beklagte brachte hingegen vor, dass die Klausel weder zum Zeitpunkt der Abmahnung durch den Kläger am 16.10.2018 noch im Zeitpunkt der Klagseinbringung am 13.02.2019 verwendet worden sei. Vielmehr habe man sie nur bis zur Umstellung auf die DSGVO verwendet, wobei es zu einer Verspätung gekommen sei. Wiederholungsgefahr bestehe nicht, da die Klausel an die geänderte Rechtslage angepasst worden sei und eine Berufung auf die Klausel in alten Verträgen nicht möglich sei, da eine Lagerung von Sendungen nur für maximal 30 Tage vereinbart werden könne. Die Klausel bewirke auch keine Beweislastverschiebung, da die Beweislast stets den Verbraucher treffe; dieser müsse unabhängig von der Klausel eine Vollmacht zum Vertragsabschluss einholen.

Was Klausel 2 betrifft, führte der Kläger aus, dass einem Konsumenten nicht klar sei, was mit seinen Daten passiere. Die Klausel suggeriere ein „Vorab-Recht“ der Beklagten zur Datenweiterleitung an Dritte. Mitbenutzer wüssten unter Umständen gar nichts von der Weiterleitung. Der Verweis auf gesetzliche Bestimmungen ändere nichts an der Unzulässigkeit. Auch an der sachlichen Rechtfertigung der Datenweitergabe mangle es. Letztlich könne nicht eingewendet werden, dass Daten auch im Telefonbuch zu finden seien, da die Betroffenen ihrer Eintragung zuzustimmen hätten. Da der Empfängerkreis nicht eingeschränkt sei, sei die Klausel gröblich benachteiligend. Die Intransparenz ergebe sich, weil die Zustimmung zur Datenweiterleitung fingiert werde.

Die Beklagte entgegnete, dass der Kläger nicht ausführe, woraus sich die gröbliche Benachteiligung ergebe. Die Beklagte

könne aber ohnehin nur Name und Adresse des Kunden weitergeben, sofern dies gemäß DSGVO zulässig sei. Dies seien aber Daten, die, genauso wie Telefonnummern, von einer Vielzahl an Personen für jedermann leicht verfügbar seien. Es könne auch nicht argumentiert werden, dass Mitbenutzer möglicherweise nicht zugestimmt hätten, da ein Urlaubspostfach nur aufgrund einer Beauftragung und Bevollmächtigung durch den Mitbenutzer eingerichtet werden könne. Da aus der Klausel hervorgehe, dass die Bestimmungen des Datenschutzrechts eingehalten werden würden, und die Daten nur dem DSGVO entsprechend weitergegeben werden, bestünde auch keine Intransparenz.

Klausel 3 beinhalte nach Ansicht des Klägers eine zu weitreichende Haftungsfreizeichnung, da diese bei jedem Verschuldensgrad greife und auch für die Zustellung an die Adresse des Kunden während dessen urlaubsbedingter Abwesenheit, also die Hauptpflicht gelte. Inhalt und Tragweite der Klausel seien für den Konsumenten nicht durchschaubar. Soweit die Beklagte vorbringe, dass sich die Haftung ohnehin aus den AGB ergebe, sei die Regelung zudem intransparent.

Die Beklagte brachte demgegenüber vor, dass die Klausel lediglich vor Schadenersatzansprüchen bei vertragskonformer Leistung schützen solle, vorsätzliches vertrags- oder rechtswidriges Verhalten von Seite der Beklagten von der Formulierung aber nicht umfasst sei. Auch der letzte Satz der Klausel verdeutliche, dass die Beklagte entsprechend der AGB für die Sendungen hafte. Die Klausel diene lediglich der Klarstellung, dass Mitbenutzer ein eingegangenes Einschreiben unter Vorweisen eines „Gelben Zettels“ beheben könnten und auch in diesem Fall die Sendung an die Person abgegeben werde, die diese Übernahmeberechtigung vorweise.

In Bezug auf Klausel 4 brachte der Kläger vor, dass diese auch noch nach Geltungsbeginn der DSGVO ohne Vorankreuzen des Widerspruchsfelds verwendet worden sei und somit ein Verstoß gegen das privacy by default Gebot vorliege. Die Klausel sei

außerdem unzulässig, da der Verbraucher nachweisen müsse, dass er zum Abschluss des Nachsendeauftrags für Mitumzieher beauftragt und bevollmächtigt wurde.

Die Post berufe sich zudem in Begleitzetteln und Datenschutzhinweisen für die Marketingnutzung auf „berechtigte Interessen“ gemäß Art 6 Abs 1 lit f DSGVO und § 151 GewO; in gegenständlicher Klausel selbst auf § 151 GewO, auf die Datenschutzhinweise und den Begleitzettel werde in der Klausel nicht hingewiesen. Die dazugehörigen AGB verwiesen nur auf das veraltete DSG 2000 und die Einwilligung des Empfängers.

Die Verarbeitung personenbezogener Daten zur Direktwerbung, uU auch zur Werbung für Produkte des Unternehmens, könne als eine einem berechtigten Interesse dienende Verarbeitung betrachtet werden. Das umfasse aber nicht die Weitergabe der Daten an Dritte; diesbezüglich greife keiner der Erlaubnistatbestände des Art 6 DSGVO. Adresshändler und Direktwerber treffe auch keine rechtliche Verpflichtung zur Datenübermittlung iSd Art 6 Abs 3 DSGVO iVm Art 6 Abs 1 lit c und e; für natürliche und juristische Person des Privatrechts gelte dabei wohl ein noch restriktiveres Rechtfertigungserfordernis. Die Zulässigkeit könne sich somit nur aus einer Interessenabwägung ergeben. Daher müsse die Verarbeitung zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verarbeiters erforderlich sein und dürften die Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person nicht überwiegen. Es sei zu beachten, dass auch Kinder betroffen sein könnten, der Nachsendeauftrag kostenpflichtig sei und die Verwendung der Daten dem Kunden nicht abgegolten werde. Auch sei zu berücksichtigen, dass die Betroffenen nicht mit einer weiteren Verarbeitung rechnen müssten; insbesondere vor dem Hintergrund, dass sie mangels Alternativen kein anderes Unternehmen wählen könnten. Die Interessen des Kunden seien höher einzustufen, insbesondere da die Beklagte nicht nur mit Namen, Adresse und Geburtsdaten, sondern auch mit statistisch hochgerechneten

Wahrscheinlichkeiten weiterer Daten handle.

Der Verweis auf § 151 GewO suggeriere die Gesetzmäßigkeit der Datenübermittlung, dabei sei aber fraglich, ob § 151 GewO überhaupt der DSGVO entspreche. Das Opt-out-Modell des § 151 GewO stehe nämlich mit dem Erfordernis der aktiven Einwilligung nach Art 6 Abs 1 lit a DSGVO in Widerspruch und stelle keinen „eigenständigen“ Erlaubnisvorbehalt dar. Sollte das Erstgericht entgegen der Ansicht des Klägers von der Geltung des § 151 GewO ausgehen, rege der Kläger ein Vorabentscheidungsverfahren an.

Außerdem würden Informationspflichten nach der DSGVO verletzt werden, da weder die Datenempfänger oder Kategorien von Empfängern angeführt werden würden, noch ein Hinweis, wo diese Informationen zu finden wären. Auch diese Klausel enthalte ein einseitiges Vertragsänderungsrecht.

Dem von der Beklagten gestellten Antrag auf Verfahrensunterbrechung wurde widersprochen, da die Frage, ob hochgerechnete Wahrscheinlichkeitswerte personenbezogene Daten seien, nicht präjudiziell sei.

Die Beklagte vertrat zu Klausel 4 die Ansicht, dass der Kläger zu Unrecht davon ausgehe, dass für die in der Klausel dargelegte Datenverarbeitung eine proaktive Einwilligung erforderlich sei. Dabei ignoriere der Kläger, dass die Beklagte als Adressverlag und Direktmarketingunternehmen im Rahmen des § 151 GewO agiere. Diese Bestimmung erlaube die Datenverwendung, wenn der Betroffene nicht widerspricht. Es erschließe sich nicht, warum ein Verweis auf § 151 GewO in irreführender Weise eine Gesetzmäßigkeit suggeriere, da die Bestimmung dem geltenden Rechtsbestand angehöre. Hätte der österreichische Gesetzgeber keinen Raum für § 151 GewO mehr gesehen, hätte er die Bestimmung nicht an die DSGVO angepasst. Es sei unrichtig, § 151 GewO nur auf personenbezogene Daten anzuwenden; dieser umfasse auch statistische und wahrscheinlichkeitsbasierte Hochrechnungen, bei denen es sich nicht um personenbezogene Daten handle. Es obliege nicht der Beklagten, die

Unionsrechtskonformität einer Bestimmung zu prüfen. Die Berufung auf § 151 GewO könne in einem abstrakten Klauselprozess nicht als unzulässig beurteilt werden. Eine Vorlage an den EuGH sei somit nicht erforderlich. Jedenfalls sei aber die Vorabentscheidungsfrage anders zu formulieren, da es zu einer unrichtigen Rollenzuteilung zwischen dem Adress- und Direktmarketingunternehmen und dem Inhaber der Kunden- und Interessentendatendatei gekommen und die Frage nicht ausreichend weit formuliert sei. Zudem sei die Bestimmung von der Öffnungsklausel des Art 6 Abs 3 DSGVO umfasst. Die Minimierung von nicht zielgerichteter Werbung und damit das Wirken von Adress- und Direktmarketingunternehmen liege im öffentlichen Interesse. Es bestehe ohnehin kein Zwang zum „Opt-in“, da Daten nicht zu grenzenlos gehandelten Waren würden und die Interessenabwägung daher nicht zu Lasten des Adress- und Direktmarketingunternehmens ausschlage.

Ein Verweis auf Gesetz oder Begleitzettel mache eine Klausel nicht intransparent. Auch in Bezug auf die vom Kläger beschriebene Interessenabwägung sei § 151 GewO zu beachten. Die Bestimmung habe unter der bisher geltenden Datenschutz-Richtlinie und auch unter der nun geltenden DSGVO eine taugliche Rechtsgrundlage geboten. Der Verweis auf das DSG 2000 führe nicht dazu, dass der Betroffene nicht erkennen könne, auf welche Rechtsgrundlage des Art 6 DSGVO sich die Beklagte stütze. Es werde keine Rechtsgrundlage geschaffen, sondern lediglich über die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen informiert. Das DSG 2000 sei nicht außer Kraft getreten, es sei lediglich novelliert worden und heiße nur mehr DSG.

Bezüglich der "Mitbewohnerregelung" verkenne der Kläger das Rechenschaftsprinzip der DSGVO. Nach dem Kläger müsse die Beklagte verifizieren, ob der abschließende Mitbewohner dazu berechtigt sei, nicht auszuoptieren. Richtigerweise setze das Rechenschaftsprinzip aber eine "Kettenbetrachtung" voraus,

wonach der abschließende Mitbewohner für die Berechtigung zur Weitergabe der Daten zu sorgen habe. Die gesamte Verantwortung der Datenverarbeitung liege nicht bei der Beklagten, vielmehr sei die Person, die die Daten weitergebe, datenschutzrechtlich verantwortlich.

Des Weiteren beantragte die Beklagte die Verfahrensunterbrechung, da bei der Datenschutzbehörde ein präjudizielles Verfahren anhängig sei.

Bei Klausel 5 handle es sich nach dem Vorbringen des Klägers um eine unzulässige Vorab-Einschränkung der Gewährleistung, da nach der Klausel nur Preisinderung möglich sei. Insbesondere wäre aber eine Verbesserung der Nachsendung möglich. Da die Klausel außerdem verlange, dass die Nachsendung „nachweislich nicht bzw. mangelhaft erbracht wurde“, stehe sie auch mit der Vermutung nach § 924 ABGB in Konflikt.

Demgegenüber brachte die Beklagte vor, dass es sich bei Klausel 5 nur um einen aus dem Zusammenhang gerissenen Teil einer Klausel handle. Die übrigen Gewährleistungsbehelfe würden nicht ausgeschlossen, kämen aber aus praktischer Sicht nicht in Betracht. Auch die Vermutung des § 924 Satz 2 ABGB komme nicht zur Anwendung, da sie nur auf bei Übergabe vorhandene Mängel anzuwenden sei. Bei den gegenständlichen Postdienstleistungen fehle die notwendige Übergabe der Sache und die Möglichkeit, dass ein Mangel bei Übergabe bereits vorliege.

Zu Klausel 6 brachte der Kläger vor, dass diese einen zu weitreichenden Haftungsausschluss darstelle. Der Unternehmer dürfe seine Haftung für Personenschäden gar nicht und für sonstige Schäden nur für leichte Fahrlässigkeit ausschließen, wenn es sich dabei nicht um die Hauptleistungspflichten handle. Gegen die Zulässigkeit eines Haftungsausschlusses für leichte Fahrlässigkeit spreche auch die wirtschaftliche Tragfähigkeit oder Versicherbarkeit. Es dränge sich auch die Frage auf, wofür der Kunde ein Entgelt bezahle, wenn die Beklagte nicht einmal für durch ihre Schlechterfüllung verursachte Vermögensschäden

einstehe. Zudem sei die Klausel intransparent.

Die Beklagte erklärte hingegen, dass die Haftung für leichte Fahrlässigkeit gegenüber Verbrauchern ohne Zweifel ausgeschlossen werden könne und die Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit explizit nicht ausgeschlossen worden sei. Personenschäden seien bei Nachsendungen faktisch ausgeschlossen.

Beweis wurde erhoben durch Einsichtnahme in die Beilagen ./A bis ./J und ./1 sowie durch Vernehmung der Zeugen [REDACTED] (ON 8, S 3) und [REDACTED] (ON 8, S 5).

Folgender Sachverhalt steht fest: Die Verwendung der Klausel 2 bis 6 wird von der Beklagten nicht bestritten. Klausel 1 („Postfach Urlaub“) wurde noch nach Inkrafttreten der DSGVO am 25.5.2018 bis zum 11.6.2018 verwendet und lag dem Vertrag bei Auftragserteilung durch den Kunden [REDACTED] zugrunde. Die entsprechende Passage war bei Vertragsabschluss bereits mit einem „X“ versehen. Klausel 4 („Nachsendeauftrag Inland“) wurde auch nach Geltungsbeginn der DSGVO jedenfalls bis zum 15.1.2019 verwendet und zwar derart, dass das Widerspruchsfeld zur Datenweitergabe bei Vertragsabschluss nicht vorangekreuzt war.

Diese Feststellungen gründen auf **nachstehende Beweiswürdigung:** In Bezug auf Klausel 1 gab der Zeuge [REDACTED] glaubhaft an, dass die Klausel mit einem „X“ versehen war und beim Vertragsschluss am 30.5.2018 verwendet wurde (ON 8, S 3 sowie ./E). Die Zeugin [REDACTED] bestätigte dementsprechend, dass Klausel 1 bis zum 11.6.2018 vorangekreuzt in Verwendung war (ON 8, S 5). Was die Feststellungen zu Klausel 4 betrifft, ergeben sich diese aus Beilage ./H, an der keine Zweifel bestehen, dass sie die namhaft gemachte Zeugin [REDACTED] auch tatsächlich abgeschlossen hatte, sowie aus der Aussage der Zeugin [REDACTED] (ON 8, S 7).

Rechtlich folgt:

Die Aktivlegitimation in Bezug auf die Klauseln 2, 3, 5 und 6 wurde von der Beklagten zuletzt nicht in Frage gestellt. Sie ergibt sich unstreitig aus § 29 KSchG. Was Klausel 1 und 4 betrifft, meint die Beklagte, dass es an der Aktivlegitimation des Klägers zur Geltendmachung von Verstößen gegen die DSGVO mangle. Tatsächlich können im Rahmen der AGB-Kontrolle gemäß § 28 KSchG aber auch Verstöße gegen die DSGVO aufgegriffen werden. Prüfungsmaßstab sind sowohl die Vorschriften der DSGVO als auch eine darüber hinaus gehende umfassende Inhalts-, Geltungs- und Transparenzkontrolle. Die Aktivlegitimation des Klägers besteht daher auch in Bezug auf datenschutzrechtliche Bedenken (*Leupold/Schrems in Knyrim, DatKomm Art 80 DSGVO Rz 48*).

Die von der Beklagten erhobene Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges war daher zu verwerfen.

Der inkriminierte Text der einzelnen Klauseln reicht aus, um deren Unzulässigkeit zu beurteilen. Das Klagebegehren ist daher schlüssig.

Zu Klausel 1: Voraussetzung des Unterlassungsanspruchs ist das Vorliegen von Wiederholungsgefahr. Dabei darf grundsätzlich „nicht engherzig“ vorgegangen werden, sodass grundsätzlich schon ein einmaliger Verstoß ausreicht (OGH 7 Ob 68/11t JBl 2012, 310 [*P. Bydlinski*]). Die Wiederholungsgefahr kann durch vollständige Unterwerfung unter das Unterlassungsbegehren beseitigt werden (RIS-Justiz RS0111637). Die Beklagte hat den im Abmahnschreiben des Klägers vom 16.10.2018 (./F) vertretenen Rechtsstandpunkt in ihrem Schreiben vom 6.11.2018 nicht vorbehaltlos anerkannt (./G). Aus diesem Umstand kann ein Wegfall der Wiederholungsabsicht hier daher nicht abgeleitet werden.

Wiederholungsgefahr besteht auch dann nicht, wenn es geradezu ausgeschlossen ist, dass der Unternehmer die beanstandeten Bedingungen oder sinngleiche Klauseln in seine

AGB aufnimmt (RIS-Justiz RS0119007), was sich auch aus tatsächlichen Umständen ergeben kann (7 Ob 118/13y RdW 2014, 26). Eine bloße Änderung der Geschäftsbedingungen, die zudem keine Gewähr dafür bietet, dass sich das Unternehmen nicht für bereits bestehende Verträge auf eine frühere Fassung beruft, kann die Wiederholungsgefahr nicht beseitigen (RIS-Justiz RS0124304). Es ist vielmehr erforderlich, dass sowohl die Verwendung bei weiteren Vertragsschlüssen, als auch die Geltendmachung in bereits bestehenden Vertragsbeziehungen ausgeschlossen werden kann (RIS-Justiz RS0111640 [T1]). Die Beklagte hat, wie sie auch selbst eingesteht, die Klausel nach Inkrafttreten der DSGVO am 25.5.2018 bis zum 11.6.2018 verwendet. Zum Zeitpunkt der Abmahnung war die inkriminierte Klausel daher nicht mehr in Verwendung. Jedoch vermag die Beklagte keine besonderen Umstände aufzuzeigen, wonach die Verwendung der Klausel für die Zukunft geradezu ausgeschlossen ist. Der Hinweis der Beklagten, dass sie die Klausel an die durch das Inkrafttreten der DSGVO neu geschaffene Rechtslage angepasst habe, schließt die Verwendung in der Zukunft nicht geradezu aus. Auch die Nichtexistenz von Altverträgen beseitigt für sich genommen die Wiederholungsgefahr nicht. Es ist daher von Wiederholungsgefahr auszugehen.

Inhaltlich argumentiert der Kläger, dass die Datenverarbeitung nicht rechtmäßig sei. Dabei ist zu bedenken, dass die Einwilligung der betroffenen Person einen Rechtsgrund für die Verarbeitung personenbezogener Daten darstellt. Voraussetzung ist, dass die Einwilligung freiwillig und eindeutig erfolgt. Diesem Erfordernis werden bereits vorangekreuzte Kästchen nicht gerecht (Artikel-29-Datenschutzgruppe, Guidelines on Consent [WP259 rev.01] 16) und ist die Klausel daher schon aus diesem Grund unzulässig. Daneben entspricht die Klausel auch nicht dem Koppelungsverbot, dass das Abhängigmachen vertraglicher Leistungen von der Erteilung einer Einwilligung der betroffenen Person in eine

sachfremde Datenverarbeitung untersagt (*Kastelitz in Knyrim, DatKomm Art 7 DSGVO Rz 33*). In diesem Fall mangelt es nämlich an der Freiwilligkeit der Einwilligung (31.8.2018, 6 Ob 140/18h). Wie der Kläger richtig ausführt, ist die Bereitstellung der Daten zu Werbezwecken für die Erfüllung des Vertrages nicht erforderlich. Die Beklagte macht den Vertragsschluss aber vom Akzeptieren dieser Klausel abhängig. Eine Auseinandersetzung mit den sonstigen vom Kläger vorgebrachten Gründen, kann daher unterbleiben und ist Klausel 1 schon mangels Einwilligung und durch den Verstoß gegen das Koppelungsverbot unzulässig.

Zu Klausel 2: Nach dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Das ergibt sich für die gegenständliche Klausel schon aus dem Hinweis, dass die Datenweitergabe „nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere des Datenschutzgesetzes“ zulässig sei. Für den Verbraucher ist nämlich dadurch nicht ersichtlich, inwieweit die Vertragsklausel konkret gültig ist (*Krejci in Rummel, ABGB³ § 6 KSchG Rz 213*).

Zu Klausel 3: Nach § 6 Abs 1 Z 9 KSchG sind Vertragsbestimmungen, die die Pflicht des Unternehmers zum Ersatz eines Schadens an der Person ausschließen oder einschränken, unwirksam. Das gilt ebenso für Vertragsbestimmungen, die die Ersatzpflicht des Unternehmers für den Fall ausschließen oder einschränken, dass der Unternehmer oder eine Person für die er einzustehen hat, den Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig verschuldet hat. Eine Klausel, die eine Haftung für Schäden generell ausschließt, ist im Verbandsprozess ersatzlos zu streichen (*Mayrhofer/Nemeth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, KSchG § 6 Abs 1 Z 9 Rz 14*). Im Rahmen der Verbandsklage hat die Auslegung von Klauseln im „kundenfeindlichsten Sinn“ zu erfolgen (RIS-Justiz RS0016590).

Maßstab für die Beurteilung einer Klausel im Verbandsprozess ist die für den Kunden ungünstigste mögliche Auslegung, mag auch eine kundenfreundlichere Auslegung denkbar sein (RS0016590 [T6]). Das der Klausel vom Verwender der AGB beigelegte Verständnis ist im Verbandsprozess nicht maßgeblich (RS0016590 [T23]). Im konkreten Fall ist für den Verbraucher aus Klausel 3 nicht ersichtlich, wie weitreichend der Haftungsausschluss ist. Die Verwendung der Klausel im geschäftlichen Verkehr ist daher unzulässig.

Zu Klausel 4: Der Klauselteil „Es gelten die AGB Nachsendeauftrag der Österreichischen Post AG in der jeweils gültigen Fassung, verfügbar u.a. unter www.post.at/agb“ enthält ein einseitiges Vertragsänderungsrecht, dass nach § 879 Abs 3 ABGB, § 6 Abs 1 Z 5 und § 6 Abs 2 Z 3 KSchG unzulässig ist (vgl etwa zum Versicherungsvertrag 7 Ob 82/07w ZFR 2007,169)

Daneben verstößt die Gestaltung der Klausel gegen den privacy by default Grundsatz nach Art 25 Abs 2 DSGVO, da der Verbraucher der Datenweitergabe aktiv durch Ankreuzen widersprechen muss, falls er mit der Datenweitergabe nicht einverstanden ist. Nach diesem Grundsatz müssen die veränderlichen Einstellungsmöglichkeiten eines datenverarbeitenden Systems so voreingestellt sein, dass nur solche Daten verarbeitet werden, die für den jeweiligen Zweck der Verarbeitung erforderlich sind. Dies vor dem Hintergrund, dass die Voreinstellungen in vielen Fällen nicht geändert werden, da den Nutzern etwa Wissen, Interesse oder Zeit fehlt (*Hötzendorfer/Kastelitz/Tschohl* in *Knyrim*, *DatKomm* Art 25 DSGVO Rz 40). Es darf also kein aktives Handeln des Nutzers erforderlich sein. Darauf läuft die Klausel in der gerügten Form aber hinaus.

Die von den Parteien angeregte Vorlage an den EuGH kann daher unterbleiben, da es auf die Frage, ob § 151 GewO mit Art 6 Abs 1 lit a DSGVO vereinbar ist, für die Beurteilung der Zulässigkeit der gegenständlichen Klausel nicht allein ankommt.

Auch der Antrag der Beklagten auf Unterbrechung des Verfahrens war abzuweisen, weil die Entscheidung über die Frage, ob statistisch hochgerechnete Wahrscheinlichkeitswerte personenbezogene Daten sind, für das gegenständliche Verfahren nicht präjudiziell ist.

Klausel 5: Nach § 9 KSchG ist jede Verschlechterung der gesetzlichen Rechtsposition des Verbrauchers unzulässig. Das umfasst auch den Ausschluss bestimmter Rechtsbehelfe und eine Veränderung der Beweislastverteilung des § 924 ABGB (*Eccher in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, KSchG § 9 KSchG Rz 8). Die Klausel bezieht sich ausschließlich auf die Preisminderung und schließt damit die übrigen Gewährleistungsbehelfe aus. Die „nachweisliche“ Nicht- bzw mangelhafte Erbringung greift zudem in die gesetzliche Vermutungsregel ein und verschiebt die Beweislast zu Lasten des Konsumenten.

Klausel 6: Ein Haftungsausschluss kann auch für bloß leichte Fahrlässigkeit unzulässig sein, wenn er die den Unternehmer treffende Hauptpflicht betrifft und Personenschäden umfasst. Der Ausschluss stellt in diesem Fall nämlich eine gröbliche Benachteiligung nach § 879 Abs 3 ABGB dar (*Mayrhofer/Nemeth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, KSchG § 6 Abs 1 Z 9 Rz 12). Die gegenständliche Klausel unterscheidet nicht zwischen Haupt- und Nebenpflichten und auch nicht zwischen Sach- und Personenschäden, sondern schließt die Haftung für leichte Fahrlässigkeit pauschal aus. Sie verstößt daher gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG. Zudem ist der Satz „Soweit dem nicht zwingende Rechtsvorschriften entgegen stehen“ unzulässig, da für Konsumenten nicht ersichtlich ist, inwieweit die Vertragsklausel konkret gültig ist (*Krejci in Rummel*, ABGB³ § 6 KSchG Rz 213).

Nach § 409 Abs 2 ZPO kann der Richter auch bei Unterlassungsklagen eine angemessene Leistungsfrist festlegen, wenn die Unterlassungspflicht die Pflicht zur Änderung eines Zustands einschließt (RIS-Justiz RS0041265 [T1]). Nach

gefestigter Rechtsprechung ist die Verpflichtung des beklagten Verwenders, seine AGB zu ändern, keine reine Unterlassung, sodass das Gericht gemäß § 409 Abs 2 ZPO eine angemessene Leistungsfrist zu setzen hat (RIS-Justiz RS0041265 [T3]). Eine Leistungsfrist von drei Monaten zur Umgestaltung des Klauselwerks ist grundsätzlich angemessen (RIS-Justiz RS0041265 [T5]), muss man doch dem Unternehmer Zeit geben, in seiner Organisation die Voraussetzungen für die Umsetzung der Entscheidung zu schaffen. Dabei ist zu bedenken, dass der Unternehmer seine Rechtsposition aus den rechtswidrigen Klauseln keinesfalls ohne Notwendigkeit aufrechterhalten können soll, was im Zweifel für eine knappere Bemessung der Frist sprechen wird (RIS-Justiz RS0041265 [T13]).

Für Klausel 1 erübrigen sich entsprechende Überlegungen von vornherein, da die Klausel ohnehin seit 12.6.2018 von der Beklagten nicht mehr verwendet wird. Hinsichtlich der Klauseln 2, 3, 4, 5 und 6 bedarf die Änderung der Vertragsbedingungen für neue Verträge und die konkrete Handhabung in laufenden Verträgen einer bestimmten Vorlaufzeit für organisatorische Änderungen. Dabei ist auch zu bedenken, dass die maximale Vertragslaufzeit für das Urlaubspostfach betreffende Verträge 30 Tage beträgt und somit die Notwendigkeit der Änderung der Klauseln 2 und 3 in laufenden Verträgen beschränkt wird. Im Einklang mit der höchstgerichtlichen Rechtsprechung ist für die Klauseln 2, 3, 4, 5 und 6 eine Frist von drei Monaten angemessen.

Zweck der Urteilsveröffentlichung ist, unlautere Wettbewerbshandlungen in der Öffentlichkeit aufzudecken und die beteiligten Verkehrskreise über die wahre Sachlage aufzuklären (stRsp; 4 Ob 96/97i, 4 Ob 312/99g, 4 Ob 149/03w ua). Die beteiligten Kreise sollen sich entsprechend informieren können, um vor Nachteilen geschützt zu sein (RIS-Justiz RS0121963 [T13]). Da die Beklagte ihre Postdienstleistungen österreichweit anbietet und in weiten Bereichen ihres

Tätigkeitsfeldes keine Alternativenanbieter zur Verfügung stehen, erfordert der Zweck der Urteilsveröffentlichung eine Veröffentlichung in der Samstagsausgabe der reichweitenstärksten österreichischen Tageszeitung.

Die Kostenentscheidung gründet auf § 41 Abs 1 ZPO und das unbestritten gebliebene Kostenverzeichnis des Klagevertreters (§ 54 Abs 1a ZPO).

Handelsgericht Wien
1030 Wien, Marxergasse 1a
Abt. 43, am 18. November 2019

Mag. Christian Mosser, LL.M.
(elektronische Ausfertigung gem. § 79 GOG)