REPUBLIK ÖSTERREICH
HANDELSGERICHT WIEN

Marxergasse 1a
1030 Wien

Tel.: +43 (0)1 51528

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Handelsgericht Wien erkennt durch den Richter Dr. Heinz-Peter Schinzel in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in 1030 Wien, wider die beklagte Partei **Zalando GmbH**, Sonnenburger Straße 73, D-10437 Berlin, vertreten durch Fellner Wratzfeld & Partner Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, wegen Unterlassung (Streitwert: EUR 30.500,--) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert: EUR 5.500,--), Gesamtstreitwert: EUR 36.000,-- samt Anhang, nach öffentlicher, mündlicher Streitverhandlung zu Recht:

1. Die beklagte Partei 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:

a) Ein Beschaffungsrisiko wird von uns nicht übernommen, auch nicht bei einem Kaufvertrag über eine Gattungsware. Wir sind nur zur Lieferung aus unserem Warenvorrat und der von uns bei unseren Lieferanten bestellten Warenlieferung verpflichtet (6.11.).

b) Die Verpflichtung unsererseits zur Lieferung entfällt, wenn wir trotz ordnungsgemäßem kongruenten Deckungsgeschäft selbst nicht richtig und rechtzeitig beliefert werden und die fehlende Verfügbarkeit nicht zu vertreten haben, Sie hierüber unverzüglich informiert haben und nicht ein Beschaffungsrisiko übernommen haben (6.12.).

c) Dauert das Leistungshindernis in den vorgenannten Fällen über einen Zeitraum von mehr als 4 Wochen nach den ursprünglich geltenden Lieferzeiten an, so sind Sie zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt. Weitergehende Ansprüche, insbesondere auf Schadenersatz, bestehen nicht (6.13.).

d) Verbraucher können Ihre Vertragserklärung gemäß § 5e Konsumentenschutzgesetz

(KSchG) innerhalb von 7 Werktagen ohne Angabe von Gründen in Textform (z.B. Brief, Fax, E-Mail) oder – wenn Ihnen die Sache vor Fristablauf überlassen wird – durch Rücksendung der Sache widerrufen (7.1.).

e) Für dem Kunden im Rahmen der Geschäftsabwicklung zugefügte Schäden haften wir nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit oder bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit der für uns tätigen Erfüllungsgehilfen. Die Haftung für leichte Fahrlässigkeit ist, ausgenommen bei Personenschäden, ausgeschlossen. Dieser Haftungsausschluss gilt auch für Mangelfolgeschäden (13.).

f) Wir speichern Ihre Bestell- und Adressdaten zur Nutzung im Rahmen der Auftragsabwicklung (auch durch von uns eingesetzte Auftragsabwicklungspartner oder Versandpartner), für eventuelle Gewährleistungsfälle, für Verbesserungen unseres Angebots und für Produktempfehlungen gegenüber Kunden gemäß des Inhalts unserer Datenschutzerklärung (15.).

g) Sollten einzelne Bestimmungen des Vertrages einschließlich dieser Regelungen ganz oder teilweise unwirksam sein oder werden oder sollte der Vertrag eine nichtvorhergesehene Lücke aufweisen, bleibt die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen oder Teile solcher Bestimmungen unberührt (18.).

h) Ihre personenbezogenen Daten werden an Dritte nur weitergegeben oder sonst übermittelt, wenn dies zum Zweck der Vertragsabwicklung oder Abrechnung erforderlich ist oder Sie zuvor eingewilligt haben. Im Rahmen der Bestellabwicklung erhalten beispielsweise die hier von uns eingesetzten Dienstleister (wie bspw. Transporteur, Logistiker, Banken) die notwendigen Daten zur Bestell- und Auftragsabwicklung (2.3.)

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen; sie ist ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannten Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu berufen.

Das Mehrbegehren zu lit. g) „*Anstelle der unwirksamen oder fehlenden Bestimmungen treten die jeweiligen gesetzlichen Regelungen.*“ und jenes zu lit. i) *Wenn Sie nicht möchten, dass Facebook über unseren Internetauftritt Daten über Sie sammelt, müssen Sie sich vor Ihrem Besuch unseres Internetauftritts bei Facebook ausloggen (7.).* wird **abgewiesen**.

2. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung 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. Der Antrag der beklagten Partei, die beklagte Partei zu ermächtigen, den klagsabweisenden Teil des Urteilsspruches mit Fettdrucküberschrift, Fettdruckumrahmung sowie fett und gesperrt geschriebenen Prozessparteien in Normallettern in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teiles der „Neue Kronen-Zeitung“ binnen sechs Monaten ab Rechtskraft des Urteils auf Kosten der klagenden Partei veröffentlichen zu lassen, wird **abgewiesen**.

4. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 5.688,08 (darin enthalten EUR 727,68 USt und EUR 1.326,00 Barauslagen) bestimmten Kosten des Verfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Der Kläger begehrte wie aus dem Spruch ersichtlich und brachte zu den im Urteilstenor unter Punkt 1. angeführten Klauseln vor, dass diese die Beklagte im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt, bzw. in Vertragsformblättern verwende. Diese Klauseln verstießen gegen gesetzliche Verbote und gegen die guten Sitten (§ 28 KSchG).

Die im Urteilstenor unter Punkt 1. a) und b) angeführten Klauseln wälzten das unternehmerische Risiko in unzulässiger Weise auf den Kunden über. Die Beschaffungspflicht sei die Hauptpflicht des Verkäufers; durch diese Klauseln stehe es der Beklagten jedoch offen, den Vertrag nicht zu erfüllen. In diesen Fällen handle es sich allerdings um einen Verzug gemäß § 918 ABGB, bei dem der Kunde vom Vertrag zurücktreten und – bei Vorliegen eines verschuldeten Verzuges – auch Schadenersatz verlangen kann. Diese Klauseln benachteiligten den Kunden daher gröblich (Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB) und stellten die Rechtslage falsch dar (Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG).

Die in der Klausel, die im Urteilstenor unter Punkt 1. c) angeführt ist, vorhandene starre Grenze von vier Wochen widerspreche dem Gesetz, da § 918 ABGB ein Rücktrittsrecht unter Setzung einer angemessenen Frist vorsieht. Die Frist habe sich daher nach den konkreten Umständen zu richten, der Verbraucher bleibe durch die Klausel unzumutbar lange an den Vertrag gebunden (§ 6 Abs 1 Z 1 KSchG). Die Klausel sei daher gröblich benachteiligend (§ 879 Abs 3 ABGB) und stelle die Rechtslage unrichtig dar (Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG).

Weiters sei eine Klausel, nach der eine Pflicht des Unternehmers zum Ersatz von Sachschäden für den Fall ausgeschlossen oder eingeschränkt wird, dass er oder eine Person, für die er einzustehen hat, den Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig verschuldete, gemäß § 6 Abs 1 Z 9 KSchG unzulässig. Die gegenständliche Klausel schließe jedoch weitere Ansprüche, insbesondere auf Schadenersatz, generell aus; in den genannten Fällen seien auch solche dabei, die auf ein Verschulden der Beklagten zurückgehen können, wie z.B. Streiks oder behördliche Eingriffe. Die Klausel verstoße daher gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG.

Die im Urteilstenor unter Punkt 1. d) angeführte Klausel verstoße gegen § 5e KSchG, da nach dieser Bestimmung ein Rücktritt auch mündlich erfolgen kann, die besagte Klausel lasse dagegen nur einen Rücktritt in Textform oder durch Rücksendung der Ware zu. Dadurch würde der Kunde gröblich benachteiligt (Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB) und die Rechtslage falsch dargestellt (Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG).

Der generelle Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit in der im Urteilstenor unter Punkt 1. e) angeführten Klausel sei gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Aus § 6 Abs 1 Z 9 KSchG folge nicht im Umkehrschluss, dass im Bereich anderer als Personenschäden der Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit generell zulässig wäre. Da es sich hier um die Verletzung vertraglicher Hauptpflichten handle, sei ein solch genereller Haftungsausschluss unzulässig.

Eine Zustimmung im Sinne des Datenschutzgesetzes bedeute eine gültige, insbesondere ohne Zwang abgegebene Willenserklärung des Betroffenen, dass er in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall in die Verwendung seiner Daten einwilligt (§ 4 Z 14 DSG). Eine wirksame Zustimmung zur Verwendung nichtsensibler Daten liege nur vor, wenn der Betroffene weiß, welche seiner Daten zu welchem Zweck verwendet werden. Die im Urteilstenor unter Punkt 1. f) angeführte Klausel verstoße gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, da dem Verbraucher einerseits die Tragweite der Bestimmung verschleiert werde, indem die Empfänger der Datenweitergabe nur intransparent angeführt sind („Vertragspartner“) und sich für den Verbraucher nicht klar und eindeutig feststellen lässt, an wen Daten von der Beklagten aufgrund seiner Erklärung tatsächlich weitergegeben werden dürfen; andererseits werde dem Verbraucher gegenüber auch nicht klar und verständlich ausgeführt, welche Daten weitergegeben werden sollen. Gleiches gelte für die im Urteilstenor unter Punkt 1. h) angeführte Klausel; auch hier werde der Verbraucher darüber im Unklaren gelassen, an wen die Daten genau weitergegeben werden können und zu welchem Zweck diese Daten verwendet werden sollen. Die Klausel verstoße gegen § 6 Abs 3 KSchG und § 4 Z 14 DSG.

Die im Urteilstenor unter Punkt 1. g) angeführte Klausel verstoße gegen § 6 Abs 3 KSchG, da dem Verbraucher verborgen bleibe, dass in bestimmten Fällen nicht nur eine Klausel

unwirksam wird, sondern der gesamte Vertrag nichtig ist. Der gesamte Vertrag sei nämlich dann nichtig, wenn eine wesentliche Vertragsbestimmung von der Unwirksamkeit betroffen ist, ohne die das Rechtsgeschäft nicht fortbestehen kann. Bei verbraucherfeindlicher Auslegung beziehe sich eine Erhaltungsklausel wie die gegenständliche jedoch auf sämtliche Vertragsbestimmungen; die Klausel lasse daher keinen Einblick in die wahren rechtlichen Konsequenzen zu. Ebenso verstoße der zweite Satz, der vorsieht, dass die unwirksame Klausel durch die „jeweilige gesetzliche Bestimmung“ ersetzt wird, gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, da für den Verbraucher nicht absehbar sei, welche Rechtsfolgen nun konkret auf das betreffende Rechtsgeschäft anwendbar sind.

Die im Urteilstenor unter Punkt 1. i) angeführte Klausel verstoße schließlich gegen § 864a ABGB, da es für den Kunden überraschend sei, dass Facebook Daten sammelt, wenn man während eines Besuches der Homepage der Beklagten auf Facebook eingeloggt ist. Diese Datensammlung sei weiters eine gröbliche Benachteiligung und verstoße gegen § 879 Abs 3 ABGB.

Die Beklagte verwende die beanstandeten Klauseln laufend im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern, eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtung im Sinne des § 28 Abs 2 KSchG habe sie trotz Aufforderung nicht abgegeben. Das Vorliegen der Wiederholungsgefahr sei damit indiziert. Da ein berechtigtes Interesse der angesprochenen und betroffenen Verbraucherkreise an der Aufklärung über das gesetzwidrige Verhalten der Beklagten bestehe, um über die wahre Sach- und Rechtslage aufzuklären und ein Umsichgreifen des gerügten Verhaltens zu verhindern, werde Urteilsveröffentlichung in einer Samstagsausgabe der „Kronen-Zeitung“, bundesweit erscheinende Ausgabe, begehrt.

Die Beklagte bestritt das Vorbringen des Klägers und beantrage die Abweisung der Klage.

Hinsichtlich der im Urteilstenor unter Punkt 1. a) angeführten Klausel führte die Beklagte aus, dass es sich bei der von ihr vertriebenen Ware überwiegend um Bekleidung und Schuhe handle; bei solchen Modeartikeln entspreche es der Erwartung des Verbrauchers, dass nicht alle Modelle und/oder Größen vorhanden sind. Weiters biete die Beklagte den Kunden die Möglichkeit, die gekauften Artikel binnen 30 Tagen kostenlos zu retournieren. Insgesamt befinde sich stets ein Großteil der Ware auf dem Postweg; für die Beklagte sei es daher nicht möglich, im Zeitpunkt der Bestellung abschließend zu prüfen, ob sie den bestellten Artikel liefern kann. Die Verträge würden somit unter der Bedingung abgeschlossen, dass sie aus den vorrätigen bzw. bestellten Waren erfüllt werden können. Es stehe der Beklagten keineswegs beliebig offen, einen abgeschlossenen Kaufvertrag nicht zu erfüllen; nach allgemeinem Zivilrecht sei eine solche Vereinbarung zulässig und völlig unbedenklich. Weiters

liege selbst bei einem unbedingt abgeschlossenen Vertrag kein Fall eines Verzuges iSd § 918 ABGB, sondern ein Fall der Unmöglichkeit vor. Die von der Beklagten verkauften Modeartikel seien beschränkte Gattungsschulden, da immer nur eine beschränkte Anzahl von Stücken produziert wird. Diese seien im Hinblick auf die Rechtsfolgen einer Unmöglichkeit wie Speziesschulden zu behandeln; bei Unmöglichkeit sei der Vertrag bereits von Gesetzes wegen aufgelöst. Schadenersatzansprüche seien jedenfalls ausgeschlossen, da ein Verbraucher keinen Schaden dadurch erleiden könne, dass er ein Bekleidungsstück oder Schuhe nicht erhält. Auch sei ein Verschulden der Beklagten ausgeschlossen, da sich die gegenständliche Klausel auf den vorhandenen und den bereits bestellten Warenvorrat beschränkt.

Die im Urteilstenor unter Punkt 1. b) angeführte Klausel regle bloß in gesetzeskonformer Weise die Unmöglichkeit der Leistung. Die Lieferverpflichtung entfalle nur, wenn bestimmte, in der Klausel genannte Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind; eine solche Vereinbarung könne nach dispositivem Recht bedenkenlos abgeschlossen werden. Das unternehmerische Risiko werde nicht auf den Kunden überwälzt; vielmehr könne es für den Verbraucher nicht (gröblich) benachteiligend sein, wenn er selbst das Recht hat, die Ware zurückzuschicken, und dadurch den abgeschlossenen Vertrag beliebig auflösen kann, während die Beklagte nur aus sachlichen Gründen unter strengen Voraussetzungen keine Lieferverpflichtung trifft.

Die im Urteilstenor unter Punkt 1. c) angeführte Klausel regle Fälle von höherer Gewalt und gleichgelagerte Fälle, bei denen – wenn der Verzug bereits länger als vier Wochen dauert – der Verbraucher ohne Setzung einer Nachfrist zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt ist. Die Klausel gebe im Grunde nur die gesetzliche Rechtslage wieder. Gerade der Kläger habe auch bereits AGB-Klauseln, die eine „angemessene Frist“ vorsahen, mit der Begründung, dass diese Formulierung intransparent sei, bekämpft. Im letzten Satz werde schließlich nur festgehalten, dass für die genannten Ereignisse, die von der Beklagten weder verursacht noch verschuldet seien, keine Schadenersatzansprüche der Kunden bestehen.

Hinsichtlich der im Urteilstenor unter Punkt 1. d) angeführten Klausel führte die Beklagte an, dass § 5e KSchG die Vereinbarung der Schriftform für die Rücktrittserklärung nicht ausschließe. Auch § 6 Abs 1 Z 4 KSchG lasse eine solche Vereinbarung zu; es dürfe nur keine strengere Form als die Schriftform vereinbart werden, was hier auch nicht verlangt sei. Die Vereinbarung der Schriftform sei sachlich jedenfalls gerechtfertigt; einerseits zu Beweiszwecken, andererseits, damit sich der Verbraucher der Bedeutung seiner Erklärung bewusst ist.

Der Haftungsausschluss der im Urteilstenor unter Punkt 1. e) angeführten Klausel bewege sich innerhalb des von § 6 Abs 1 Z 9 KSchG abgesteckten Rahmens. Ein Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit, mit Ausnahme für Personenschäden, sei grundsätzlich zulässig, dies

entspreche der Judikatur des OGH.

Zu den im Urteilstenor unter Punkt 1. f) und h.) angeführten Klauseln wandte die Beklagte zunächst die Nicht-Anwendbarkeit des DSG ein, da dieses gemäß § 3 Abs 1 DSG (nur) auf die Verwendung von personenbezogenen Daten im Inland anzuwenden sei. Die Beklagte verwende die personenbezogen Daten ihrer Kunden jedoch ausschließlich in Deutschland; die Verwendung geschehe auch nicht für Zwecke einer in Österreich gelegenen Haupt- oder Zweigniederlassung der Beklagten. Auch wenn das DSG anwendbar sein sollte, seien die Klauseln unbedenklich und wirksam. Sie stellten keine Zustimmung zur Datenweitergabe, sondern lediglich die Information des Verbrauchers, dass die beschriebene Datenweitergabe erfolge, dar. Eine solche Information des Verbrauchers unterliege keinesfalls der Klauselkontrolle der §§ 6 KSchG, 864a und 879 Abs 3 ABGB. Weiters würden schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen gemäß § 8 Abs 1 Z 4 iVm Abs 3 Z 4 DSG nicht verletzt, wenn die Datenweitergabe zur Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung zwischen Auftraggeber und dem Betroffenen erforderlich ist; in diesem Fall bedürfe es keiner Zustimmung des betroffenen Kunden. Da die Datenweitergabe an Dritte tatsächlich der Vertragsabwicklung diene, sei die Einholung einer Einwilligung durch den Kunden auch gar nicht bezweckt.

Die im Urteilstenor unter Punkt 1. g) angeführte Klausel verstoße nicht gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, da sie nur regle, dass im Fall einer unwirksamen Bestimmung der Vertrag als solcher aufrecht bleibt und die jeweiligen gesetzlichen Bestimmungen zu Anwendung kommen. Es sei nicht vorgesehen, dass an Stelle der unwirksamen eine „so nahe wie rechtlich möglich kommende“ Bestimmung treten soll; nur zu Letzterem habe der OGH entschieden, dass eine solche Formulierung intransparent ist. Auch ohne eine solche Klausel kämen bei der Unwirksamkeit einer AGB-Klausel die gesetzlichen Bestimmungen zur Anwendung; es werde daher nur die von Gesetzes wegen geltende Rechtslage wiedergegeben. Die gegenständliche Klausel setze einen wirksamen Vertrag voraus; falls der gesamte Vertrag unwirksam sein sollte, sei sie nicht anzuwenden.

Hinsichtlich der im Urteilstenor unter Punkt 1. i) angeführten Klausel wies die Beklagte zunächst wiederum darauf hin, dass das DSG auf die AGB der Beklagten nicht anzuwenden sei. Das Sammeln von Daten erfolge ausschließlich durch Facebook und nicht durch die Beklagte. Die Klausel betreffe nur Kunden, die über ein Facebook-Profil verfügen, somit nur jene, die auch die Datenverwendungsrichtlinien von Facebook akzeptierten. Dass Facebook ihre Daten über sog. Plug-ins sammelt, könne daher für diese Kunden nicht überraschend sein. Die betreffende Klausel enthalte bloß eine zusätzliche Information, die nochmals über die Datenspeicherung durch Facebook aufkläre.

Weiters brachte die Beklagte vor, dass sie seit 01.10.2012 neue AGB ihren Verträgen

zugrunde lege; die hier beanstandeten, im Urteilstenor unter den Punkten 1. a), b), e) und f) angeführten Klauseln seien im Zuge der Gesamtänderung der AGB ersatzlos gestrichen worden. Hinsichtlich dieser Klauseln besitze der Kläger daher weder an der Unterlassung noch an der Veröffentlichung ein Rechtsschutzinteresse. Die Beklagte wiederum habe ein Interesse daran, dass sowohl ihre bestehenden und künftigen Kunden als auch die breite Öffentlichkeit über die Wirksamkeit der von ihr verwendeten AGB Kenntnis erlangen. Die Beklagte beantragte daher die Veröffentlichung des klagsabweisenden Urteilsspruchs oder des klagsabweisenden Teil des Urteilsspruchs in einer Samstagsausgabe der „Neue Kronen-Zeitung“.

Beweis wurde erhoben durch Einsichtnahme in die vorgelegten Urkunden, nämlich in die AGB der Beklagten, Fassung vom August 2012 (Beilage ./A), die Datenschutzerklärung und Einwilligung zur Datennutzung der Beklagten (Beilage ./B), das Abmahnschreiben des Klägers (Beilage ./C), die Ausdrucke aus der Website der Beklagten (Beilagen ./D und ./E), die Presseinformation über den Jahresabschluss 2011 (Beilage ./F), die AGB der Beklagten in der Fassung Oktober 2012 (Beilage ./1), den Ausdruck samt Screenshot der Startseite www.zalando.at (Beilage ./2), das TÜV Zertifikat vom 13.12.2011 (Beilage ./3), das TÜV SÜD s@fer-shopping Zertifikat vom 27.02.2012 (Beilage ./4), das Trusted Shops Zertifikat vom 22.08.2011 (Beilage ./5), den Pressebericht „Die Post schreit vor Glück“ (Beilage ./6) und die Datenverwendungsrichtlinie von Facebook (Beilage ./7).

Demnach steht folgender Sachverhalt fest:

Der Kläger ist ein klagebefugter Verein iSd § 29 Abs 1 KSchG.

Die Beklagte ist zu HRB112394B im Handelsregister beim Amtsgericht Charlottenburg Berlin protokolliert. Sie betreibt den Versandhandel und bietet ihre Waren über die Websites www.zalando.at und www.zalando-lounge.de an., wobei sie sich mit ihrer Website www.zalando.at an österreichische Kunde richtet. Im Rahmen ihrer geschäftlichen Tätigkeit schließt die Beklagte über diese Websites laufend Verträge mit (österreichischen) Verbrauchern ab.

In den von der Beklagten für Verträge mit Verbrauchern, die über eine ihrer Websites abgeschlossenen werden, verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Stand August 2012, finden sich unter anderem folgende Klauseln:

*4.3. Durch Anklicken des Buttons **Bestellung bestätigen** bzw. **Bestätigen** geben Sie eine verbindliche Bestellung der im Warenkorb enthaltenen Waren ab. Die Bestätigung des Eingangs der Bestellung folgt unmittelbar nach dem Absenden der Bestellung.*

4.4. Ein verbindlicher Vertrag kommt mit der Übermittlung der Bestelleingangsbestätigung,

spätestens jedoch mit Lieferung der bestellten Ware, zustande. Der Kunde ist – vorbehaltlich eines ohnehin bestehenden Widerrufsrechts bei Bestellungen als Verbraucher – bei als ***lieferbar*** *gekennzeichneter Ware – 2 Werktage an seine Bestellung gebunden. Im Übrigen beträgt die Bindung längstens 4 Werktage.*

6.9. Ware, die im Online-Shop unter ***www.zalando.at*** *als „lieferbar" gekennzeichnet ist, liefern wir unverzüglich nach Eingang der Bestellung und gegebenenfalls nach eingegangener Vorkasse grundsätzlich innerhalb von maximal 5 Werktagen. Auf evtl. abweichende Lieferzeiten weisen wir auf der jeweiligen Produktseite hin.*

6.11. Ein Beschaffungsrisiko wird von uns nicht übernommen, auch nicht bei einem Kaufvertrag über eine Gattungsware. Wir sind nur zur Lieferung aus unserem Warenvorrat und der von uns bei unseren Lieferanten bestellten Warenlieferung verpflichtet.

6.12. Die Verpflichtung unsererseits zur Lieferung entfällt, wenn wir trotz ordnungsgemäßem kongruenten Deckungsgeschäft selbst nicht richtig und rechtzeitig beliefert werden, die fehlende Verfügbarkeit nicht zu vertreten haben, wir Sie hierüber unverzüglich informiert haben und wir nicht ein Beschaffungsrisiko übernommen haben. Bei Nichtverfügbarkeit der Ware werden wir eine eventuelle Vorauszahlung unverzüglich erstatten.

6.13. Die Lieferzeit verlängert sich angemessen bei die Lieferung beeinträchtigenden Umständen durch höhere Gewalt. Der höheren Gewalt stehen gleich Streik, Aussperrung, behördliche Eingriffe, Energie- und Rohstoffknappheit, unverschuldete Transportengpässe, unverschuldete Betriebsbehinderungen zum Beispiel durch Feuer, Wasser und Maschinenschäden und alle sonstigen Behinderungen, die bei objektiver Betrachtungsweise nicht von uns schuldhaft herbeigeführt worden sind. Beginn und Ende derartiger Hindernisse werden wir Ihnen unverzüglich mitteilen. Dauert das Leistungshindernis in den vorgenannten Fällen über einen Zeitraum von mehr als 4 Wochen nach den ursprünglich geltenden Lieferzeiten an, so sind Sie zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt. Weitergehende Ansprüche, insbesondere auf Schadenersatz, bestehen nicht.

7.1. Nachstehend erhalten Verbraucher die gesetzlich erforderliche Belehrung über die Voraussetzungen und Folgen des Rücktrittrechts. […] Verbraucher können Ihre Vertragserklärung gemäß § 5e Konsumentenschutzgesetz (KSchG) innerhalb von 7 Werktagen ohne Angaben von Gründen in Textform (z.B. Brief, Fax, E-Mail) oder – wenn Ihnen die Sache vor Fristablauf überlassen wird – durch Rücksendung der Sache widerrufen. […]

13. Für dem Kunden im Rahmen der Geschäftsabwicklung zugefügte Schäden haften wir nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit oder bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit der für uns tätigen Erfüllungsgehilfen. Die Haftung für leichte Fahrlässigkeit ist, ausgenommen bei

Personenschäden, ausgeschlossen. Dieser Haftungsausschluss gilt auch für Mangelfolgeschäden.

15. Wir speichern Ihre Bestell- und Adressdaten zur Nutzung im Rahmen der Auftragsabwicklung (auch durch von uns eingesetzte Auftragsabwicklungspartner oder Versandpartner) für eventuelle Gewährleistungsfälle, für Verbesserungen unseres Angebots sowie für Produktempfehlungen gegenüber Kunden gemäß des Inhalts unserer Datenschutzerklärung.

18. Sollten einzelne Bestimmungen des Vertrages einschließlich dieser Regelungen ganz oder teilweise unwirksam sein oder werden oder sollte der Vertrag eine nichtvorhergesehene Lücke aufweisen, bleibt die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen oder Teile solcher Bestimmungen unberührt. Anstelle der unwirksamen oder fehlenden Bestimmungen treten die jeweiligen gesetzlichen Regelungen.

In der auf der Website der Beklagten www.zalando.at abrufbaren „Datenschutzerklärung und Einwilligung zur Datennutzung bei www.zalando.at“ finden sich unter anderem folgende Klauseln:

2.3 […] Ihre personenbezogenen Daten werden an Dritte nur weitergegeben oder sonst übermittelt, wenn dies zum Zweck der Vertragsabwicklung oder Abrechnung erforderlich ist oder Sie zuvor eingewilligt haben. Im Rahmen der Bestellabwicklung erhalten beispielsweise die hier von uns eingesetzten Dienstleister (wie bspw. Transporteur, Logistiker, Banken) die notwendigen Daten zur Bestell- und Auftragsabwicklung. […]

7. […] Wenn Sie nicht möchten, dass Facebook über unseren Internetauftritt Daten über Sie sammelt, müssen Sie sich vor Ihrem Besuch unseres Internetauftritts bei Facebook ausloggen. […]

Die Punkte 6.11., 6.12., 13. und 15. der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten, Stand August 2012, sind in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Stand Oktober 2012, nicht mehr enthalten.

Beweiswürdigung:

Die Feststellungen stützen sich auf das im Tatsächlichen weitgehend übereinstimmende Vorbringen der Parteien sowie auf die vorgelegten unbedenklichen und aufschlussreichen Urkunden. Im Hinblick auf den geklärten rechtsrelevanten Sachverhalt bedurfte es der Aufnahme weiterer Beweise nicht.

Rechtlich folgt:

§ 879 Abs 3 ABGB normiert, dass eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiden Hauptleistungen festlegt, jedenfalls nichtig ist, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt.

Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist („Transparenzgebot“).

§ 29 Abs 1 KSchG ermächtigt bestimmte Institutionen dazu, den Unterlassungsanspruch nach § 28 Abs 1 KSchG gerichtlich durchzusetzen. § 28 Abs 1 KSchG normiert, dass jemand auf Unterlassung geklagt werden kann, wenn er im geschäftlichen Verkehr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die er von ihm geschlossenen Verträgen zugrunde legt, oder in hiebei verwendeten Formblättern für Verträge Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, oder wenn er solche Bedingungen für den Verkehr empfiehlt.

Das Kontrollverfahren auf Prüfung der Zulässigkeit von Klauseln im Rahmen von Verbandsklagen erfolgt abstrakt (2 Ob 523/94). Die Auslegung von Klauseln hat im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen; danach ist zu prüfen, ob ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten vorliegt (RIS-Justiz RS0016590). Im Gegensatz zur jeweiligen Vertragsauslegung im Individualprozess kann auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Bedingungen nicht Rücksicht genommen werden. Es findet also keine geltungserhaltende Reduktion statt (RIS-Justiz RS0038205). Ziel des KSchG ist es, auf einen angemessenen Inhalt der in der Praxis verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen hinzuwirken.

<u>Zu der Klausel Punkt 1. a) des Urteilstenors:</u>

Gemäß Klausel 4.3. der AGB der Beklagten gibt der Kunde durch Anklicken des Buttons „Bestellung bestätigen“ bzw. „Bestätigen“ ein Angebot ab. Dieses wird durch die Beklagte gemäß Klausel 4.4. ihrer AGB durch Übermittlung der Bestelleingangsbestätigung, spätestens mit Lieferung der bestellten Ware, angenommen. Zu diesem Zeitpunkt kommt also der Kaufvertrag zustande; dabei verpflichtet sich der Käufer zur Zahlung des Kaufpreises und der Verkäufer zur Lieferung der Ware. Gerade von dieser Verpflichtung – der Hauptpflicht des Verkäufers – will sich die Beklagte mit der Klausel befreien können. Sie argumentiert damit, dass bei Bekleidung und Schuhen, also der Ware, die die Beklagte überwiegend verkauft, der Kunde bereits die Erwartung hat, dass nicht alle Modelle bzw. Größen vorhanden sind. Schon aus diesem Grund werde der Vertrag nur unter der Bedingung geschlossen, dass der

gewünschte Artikel vorrätig ist. Hinsichtlich der Vorrätigkeit ist der Kunde jedoch vollständig auf die Information durch die Beklagte angewiesen; ob diese den gewünschten Artikel liefern kann, liegt zur Gänze in deren Einflussbereich. Wenn eine bestimmte Ware zum Verkauf angeboten, diese vom Kunden bestellt und die Bestellung durch die Beklagte bestätigt wird, kann der Kunde davon ausgehen, dass die Beklagte auch tatsächlich in der Lage ist, das Bestellte zu liefern. Eine Klausel, die gerade diese Hauptpflicht des Verkäufers wieder ausschließt, ist für den Kunden gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Es liegt in der Verantwortung der Beklagten, dafür zu sorgen, dass sie bei Vertragsabschluss in der Lage ist, die übernommene Verpflichtung zu erfüllen. Dieser Verantwortung versucht sie sich durch die gegenständliche Klausel zu entziehen, indem sie gerade auch bei Gattungsschulden ein Beschaffungsrisiko ausschließt. Ein solch allgemeiner Ausschluss ist jedoch nicht sachlich gerechtfertigt. Wenn der Verkäufer bei Gattungsschulden nicht liefert, liegt keine Unmöglichkeit, sondern Verzug vor. Nach § 918 ABGB ist der Käufer in diesem Fall zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt. Die Klausel erweckt für den Kunden jedoch den Anschein, er müsse sich trotz aufrechten Vertrages damit abfinden, dass die Beklagte ihre Verpflichtung nicht erfüllt. Bei kundenfeindlicher Auslegung verstößt die Klausel daher gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG sowie gegen § 879 Abs 3 ABGB.

Zu der Klausel Punkt 1. b) des Urteilstenors:

Mit Abschluss des Kaufvertrages verpflichtet sich, wie dargelegt, die Beklagte zur Lieferung der bestellten Ware. Wie die Beklagte dabei selbst zu der Ware gelangt, ist für den Kunden nicht relevant und auch nicht ersichtlich. Vielmehr geht er davon aus, dass er die bestellte Ware bekommt, vor allem wenn sie als „lieferbar“ bezeichnet ist. Es liegt im Verantwortungsbereich der Beklagten, für die nötigen Deckungsgeschäfte zu sorgen. Diese Verantwortung kann nicht ohne sachliche Rechtfertigung auf den Verbraucher übertragen werden, der ja – wie ausgeführt – davon ausgehen kann, dass die bestellten Artikel verfügbar sind. Die gegenständliche Klausel ist gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB, da sie der Beklagten einen Weg eröffnet, den Kaufvertrag aufgrund mangelnder Organisation nicht zu erfüllen. Welche Rücktrittsrechte dem Kunden zustehen, ist für die Beurteilung der Pflichten der Beklagten nicht relevant. Für den typischen Durchschnittsverbraucher – bei verbraucherfeindlicher Auslegung – entsteht durch die Klausel der Eindruck, er bleibe an den Vertrag gebunden, wenn die Beklagte nicht das erforderliche Deckungsgeschäft abgeschlossen hat und dadurch nicht in der Lage ist, die Ware zu liefern. Dabei wird auch die Bedeutung des Begriffes „kongruentes Deckungsgeschäft“ für den Durchschnittsverbraucher nicht unbedingt verständlich sein. Die Klausel verschleiert somit auch die wahre Rechtslage und verstößt gegen § 6 Abs 3 KSchG.

Zu der Klausel Punkt 1. c) des Urteilstenors:

Gemäß § 918 Abs 1 ABGB kann ein Vertragspartner nach Setzung einer angemessenen Nachfrist vom Vertrag zurücktreten, wenn der andere Vertragspartner im Verzug ist. Die Angemessenheit der Nachfrist richtet sich nach den konkreten Umständen (*Reischauer* in *Rummel*[3], § 918 Rz 11). Nach der Rsp ist u.a auf die Interessen von Gläubiger und Schuldner Bedacht zu nehmen und das Verhältnis der Nachfrist zur ursprünglichen Lieferfrist zu berücksichtigen (*Gruber* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 918 Rz 35). Die gegenständliche Klausel sieht in bestimmten Fällen die Möglichkeit des Kunden vor, bei einem Leistungshindernis in der Dauer von mehr als vier Wochen vom Vertrag zurückzutreten. Nach dem Vorbringen der Beklagten soll es sich hierbei nur um Fälle handeln, bei denen die Leistungsverzögerung nicht von der Beklagten verschuldet ist. § 918 ABGB sieht jedoch auch beim objektiven, also unverschuldeten, Verzug den Rücktritt nach Setzung einer angemessenen Frist vor. Diese kann in vielen Fällen deutlich kürzer als vier Wochen sein. Durch die starre Grenze von vier Wochen kann somit nicht auf die konkreten Umstände Rücksicht genommen werden, so dass der Kunde möglicherweise unangemessen lang an den Vertrag gebunden ist. Gemäß Klausel 6.9. der AGB der Beklagten (Stand August 2012) soll die Ware grundsätzlich innerhalb von fünf Werktagen geliefert werden. Dazu im Verhältnis erscheint eine Frist von vier Wochen inadäquat lang. Nach § 6 Abs 1 Z 1 KSchG ist eine Klausel, mit der sich der Unternehmer eine unangemessen lange Frist ausbedingt, während der der Verbraucher an den Vertrag gebunden ist, unzulässig. Bei verbraucherfeindlicher Auslegung lässt sich für den Kunden nicht erkennen, dass er unter Umständen auch schon früher vom Vertrag zurücktreten kann. Insgesamt ist die starre vierwöchige Frist in besagter Klausel daher gröblich benachteiligend und verstößt diese gegen § 879 Abs 3 ABGB. Schadenersatzansprüche des Kunden können nur entstehen, wenn die Beklagte den Leistungsverzug verschuldet hat. Die in der Klausel aufgezählten Ereignisse werden zumeist nicht von der Beklagten verschuldet sein; es kann allerdings nicht ausgeschlossen werden, dass die Beklagte in Einzelfällen doch ein Verschulden trifft. Dass die Beklagte dann sehr wohl zur Leistung von Schadenersatz verpflichtet wäre, lässt sich für den Verbraucher jedoch nicht erkennen. Dieser pauschale Ausschluss von Schadenersatzansprüchen verstößt gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG.

<u>Zu der Klausel Punkt 1. d) des Urteilstenors:</u>

Der Verbraucher kann von einem im Fernabsatz geschlossenen Vertrag oder einer im Fernabsatz abgegebenen Vertragserklärung grundsätzlich binnen sieben Werktagen ab Erhalt der Ware zurücktreten. Es genügt, wenn die Rücktrittserklärung innerhalb der Frist abgesendet wird (§ 5e Abs 1 und Abs 2 KSchG). Auch wenn das Gesetz von „absenden“ spricht, muss der Rücktritt nicht zwingend in Schriftform erfolgen. Auch ein mündlicher Rücktritt ist wirksam (*Apathy* in *Schwimann/Kodek*, ABGB[3], § 5e KSchG Rz 2; *Krejci* in

Rummel[3], KSchG §§ 5a-5i Rz 29). Die gegenständliche Klausel verweist auf § 5e KSchG, lässt allerdings einen Rücktritt nur in Textform zu. Generell sind Bestimmungen unzulässig, die für von Verbrauchern gegenüber dem Unternehmer abzugebende Anzeigen oder Erklärungen eine strengere als die Schriftform vorsehen (§ 6 Abs 1 Z 4 KSchG). Die Beklagte brachte vor, dass daher auch das hier festgesetzte Schriftlichkeitsgebot zulässig sei. § 5e KSchG geht jedoch als speziellere Vorschrift den allgemeinen Regelungen des § 6 Abs 1 KSchG vor, da er im Besonderen den Rücktritt von im Fernabsatz abgeschlossenen Verträgen regelt. Wie ausgeführt ist in diesem Fall eine mündliche Rücktrittserklärung möglich. Davon darf auch nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden (§ 2 Abs 2 KSchG). Das bloße Zulassen eines schriftlichen Rücktritts in gegenständlicher Klausel ist daher gröblich benachteiligend und verstößt gegen § 879 Abs 3 ABGB. Durch den Verweis auf § 5e KSchG wird außerdem der Eindruck erweckt, dass auch nach dem Gesetz nur ein Rücktritt in Textform zulässig wäre, und somit die Rechtslage falsch dargestellt. Die Klausel verstößt so auch gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG.

Zu der Klausel Punkt 1. e) des Urteilstenors:

Eine Vertragsbestimmung, nach der die Pflicht des Unternehmers zum Ersatz eines Schadens an der Person ausgeschlossen oder eingeschränkt wird oder eine Pflicht des Unternehmers zum Ersatz sonstiger Schäden für den Fall ausgeschlossen oder eingeschränkt wird, dass er oder eine andere Person, für die er einzustehen hat, den Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig verschuldete, ist gemäß § 6 Abs 1 Z 9 KSchG unzulässig. Daraus lässt sich jedoch nicht schließen, dass Freizeichnungsklauseln bezüglich leicht fahrlässig zugefügter Schäden, die keine Personenschäden sind, immer zulässig sein müssen (*Krejci* in *Rummel*[3], KSchG § 6 Rz 126). Eine gröbliche Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB liegt u.a. dann vor, wenn eine sachliche Rechtfertigung für die zu Lasten eines Vertragspartners vorgenommene Abweichungen vom dispositiven Recht fehlt. Eine gröbliche Benachteiligung kann auch dann gegeben sein, wenn die Verletzung vertraglicher Hauptleistungspflichten von der Freizeichnung betroffen ist (4 Ob 179/02f). Die gegenständliche Klausel schließt die Haftung für leicht fahrlässig zugefügte sonstige Schäden generell aus, ohne bestimmte Ausnahmen oder eine sachliche Rechtfertigung für einen solchen generellen Haftungsausschluss zu nennen. Durch diese allgemeine Formulierung ist daher auch die Haftung für Verletzungen von Hauptleistungspflichten erfasst. Schon allein daraus ergibt sich die gröbliche Benachteiligung und somit ein Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB. Ob die Beklagte zusätzlich noch über eine wirtschaftliche Übermacht gegenüber ihren Kunden verfügt – was die Beklagte verneint –, ist nicht relevant.

Zu der Klausel Punkt 1. f) des Urteilstenors:

Gemäß § 3 Abs 1 DSG ist dieses Gesetz einerseits auf die Verwendung von

personenbezogenen Daten im Inland, andererseits auf die Verwendung von Daten im Ausland, soweit diese Verwendung für Zwecke einer in Österreich gelegenen Haupt- oder Zweigniederlassung eines Auftraggebers geschieht, anzuwenden. Die Beklagte hat ihren Sitz in Deutschland und verfügt in Österreich über keine Niederlassung. Da die Verwendung der Daten somit im Ausland erfolgt, ohne dass dies für eine in Österreich gelegene Niederlassung erfolgt, ist das DSG gemäß § 3 Abs im gegenständlichen Fall nicht anzuwenden. Hingegen kommt gemäß § 1 Abs 5 dt BDSG das deutsche Bundesdatenschutzgesetz zur Anwendung.

Auch dessen Regelungen (§§ 3 f) sehen jedoch Informationen an den Betroffenen dahingehend vor, um welche konkreten Daten es sich handelt und an wen diese gelangen sollen. Auf der Grundlage der durch diese Informationen geschaffenen Sachlage hat dann der Betroffene seine Einwilligung in die Verwendung seiner Daten zu erteilen. Dadurch, dass die Bestell- und Adressklauseln des Konsumenten auch durch nicht näher umschriebene Dritte, nämlich „Partner“ der Beklagten gespeichert werden sollen, wobei dies für Angebotsverbesserungen (?) und Produktempfehlungen gegenüber Kunden (!) geschehe, wird die Reichweite dieser Klausel (Werbezwecke?) nicht ausreichend transparent gemacht, zumal auch keine besondere Hervorhebung erfolgt. Die Ansicht, dass die Klausel nur der Information ihrer Kunden diene, vermag das Gericht angesichts der Tragweite dieser Regelung nicht zu teilen.

<u>Zu der Klausel Punkt 1. g) des Urteilstenors:</u>

Hier handelt es sich um eine sog. salvatorische Klausel. Durch die Unwirksamkeit einer einzelnen Bestimmung soll nicht der gesamte Vertrag unwirksam werden. Solche Klauseln können jedoch nur soweit gültig sein, als sie nicht die Unwirksamkeit einer Bestimmung, die eine der Hauptleistungspflichten regelt, betreffen. In einem solchen Fall wäre der Vertrag in vollem Umfang nichtig und könnte durch eine geltungserhaltende Klausel nicht aufrecht erhalten werden. Diese Unterscheidung lässt sich aber bei verbraucherfeindlicher Auslegung nicht aus der Klausel erkennen. Vielmehr muss der Kunde davon ausgehen, dass der Vertrag auf jeden Fall aufrecht bleibt, egal welche Bestimmung unwirksam ist bzw. wird. Es mag stimmen, dass die Klausel gar nicht zur Anwendung kommt, wenn der gesamte Vertrag nichtig ist; dies lässt sich jedoch für den Durchschnittsverbraucher nicht erkennen. In der klagsgegenständlichen Fassung verstößt die Klausel somit gegen § 6 Abs 3 KSchG – aus dem Transparenzgebot kann nämlich auch eine Pflicht zur Vollständigkeit folgen, wenn die Auswirkungen einer Klausel für den Kunden andernfalls unklar bleiben (RIS-Justiz RS0115219). Die Regelung, dass anstelle der unwirksamen oder fehlenden Bestimmungen die jeweiligen gesetzlichen Regelungen treten, verstößt hingegen nicht gegen § 6 Abs 3 KSchG. Auch ohne diesen Satz würde an die Stelle einer unwirksamen Klausel das dispositive Recht treten; es wird somit nur die gesetzliche Rechtslage (richtig) wiedergegeben.

Zu der Klausel Punkt 1. h) des Urteilstenors:

Auch wenn die Weitergabe der personenbezogenen Daten des Konsumenten an Dritte hier inhaltlich zumindest auf den Zweck der Vertragsabwicklung oder Abrechnung bzw. der Bestell- und Auftragsabwicklung eingeschränkt ist, gilt im Wesentlichen das zu der Klausel Punkt 1. f) des Urteilstenors Gesagte.

Zu der Klausel Punkt 1. i) des Urteilstenors:

Der Kläger bezeichnet es als für den Kunden überraschend, dass Facebook Daten sammelt, wenn man während eines Besuches der Homepage der Beklagten auf Facebook eingeloggt ist, vor allem in Anbetracht der Tatsache, dass viele Nutzer Facebook ständig nebenher laufen lassen.

Nun ist aber davon auszugehen, dass die beanstandete Klausel ausschließlich jene Kunden der Beklagten betrifft, die auch über ein Facebook-Profil verfügen, da sich nur Facebook-Benutzer auf der Facebook-Website ein- und ausloggen können. Wurde aber ein Facebook-Profil erstellt, so haben diese Kunden auch die Datenverwendungsrichtlinien von Facebook akzeptiert. Demnach wissen diese Konsumenten aber auch, dass Facebook ihre – von Besuchen auf anderen Websites herrührenden – Daten sammelt. Abgesehen davon stellt es heutzutage eine weit verbreitete, ja bereits allgemein bekannte Erfahrung dar, dass man überall im Internet „Spuren“ hinterlässt und Daten von den verschiedensten Stellen gespeichert werden. Vor diesem Hintergrund teilt das Gericht die Auffassung der Beklagten, dass die beanstandete Klausel (allein) der Warnung und Information jener Kunden dient, die auch Facebook-Benutzer sind. Die Statuierung eines an die Beklagte gerichteten Gebots, diese Information ihrer Kunden zu unterlassen, sieht das Gericht als nicht sachgerecht an.

Zur Wiederholungsgefahr:

Die Beklagte brachte vor, dass hinsichtlich jener Klauseln, die in der neueren Fassung ihrer ABG nicht mehr enthalten sind (hier unter Punkt 1. a), b), e) und f) des Urteilstenors angeführt), weder an der Unterlassung noch an der Veröffentlichung ein Rechtsschutzinteresse des Klägers bestehe, weil damit die Wiederholungsgefahr weggefallen sei. Die Beklagte gab hinsichtlich genannter Klauseln auch keine Unterlassungserklärung gemäß § 28 KSchG ab; sie wies in ihrer Klagebeantwortung sogar ausdrücklich auf die Rechtmäßigkeit der Klauseln hin. Die Wiederholungsgefahr ist regelmäßig zu bejahen, wenn der Unternehmer trotz Abmahnung keine Unterlassungserklärung abgibt. Die Wiederholungsgefahr könnte nur verneint werden, wenn es geradezu ausgeschlossen wäre, dass der Unternehmer die beanstandeten gesetz- oder sittenwidrigen Bestimmungen oder sinngleiche Bedingungen in seine Geschäftsbedingungen aufnimmt (RIS-Justiz RS0119007); davon kann hier keine Rede sein. Somit muss von dem Vorliegen der Wiederholungsgefahr

ausgegangen werden; das Rechtsschutzinteresse des Klägers besteht.

Zur Urteilsveröffentlichung:

Das Interesse des Klägers, die angesprochenen und betroffenen Verbraucherkreise darüber aufzuklären, dass die Beklagte eine Reihe von gesetzwidrigen Klauseln verwendet(e), ist – auch um ein Umsichgreifen eines solchen Verhaltens zu verhindern – zu bejahen. Auch die Veröffentlichung in einer österreichweit erscheinenden Druckschrift begegnet keinen Bedenken, weist doch der Kläger zutreffend darauf hin, dass Kunden, die mit den Geschäftsbedingungen der Beklagten schlechte Erfahrungen gemacht haben, kaum mehr die Website der Beklagten aufsuchen werden; eine Veröffentlichung dort reicht daher nicht aus.

Auf der anderen Seite kann ein anerkennenswertes Interesse der Beklagten, die Öffentlichkeit über die Abweisung praktisch einer einzigen Klausel sinnvoll zu informieren, nicht gesehen werden.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Der Kostenzuspruch an den Kläger beruht auf den §§ 43 Abs 2, 1. Fall, 54 Abs 1a ZPO.

Handelsgericht Wien, Abteilung 39
Wien, 29. November 2013
Dr. Heinz-Peter Schinzel, Richter

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG