



Landgericht Hamburg

U R T E I L

Im Namen des Volkes

Geschäftsnummer
324 O 650/08

Verkündet am:
7. August 2009

In der Sache

**Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände -
Verbraucherzentrale Bundesverband e.V**
vertreten durch den Vorstand Gerd Billen
Markgrafenstraße 66, 10969 Berlin

.- Klägerin -

Prozessbevollmächtigter Rechtsanwalt Rechtsanwalt

gegen

Google Inc.,

- Beklagte -

Prozessbevollmächtigter Rechtsanwalt Rechtsanwälte

Erkennt das Landgericht Hamburg, Zivilsenat 24

auf die mündliche Verhandlung vom 5.6.2009

durch

den Vorsitzenden Richter am Landgericht Buske

die Richterin am Landgericht Dr. Goetze

die Richterin am Landgericht Ritz

Für Recht:

- I. Die Beklagte wird verurteilt, es bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten (Ordnungsgeld im Einzelfall höchstens € 250.000,00, Ordnungshaft insgesamt höchstens zwei Jahre),

zu unterlassen,

nachfolgende oder mit diesen inhaltsgleiche Bestimmungen in Vereinbarungen über die Nutzung der Produkte, der Software, der Dienstleistungen und der Webseiten der Beklagten mit Verbrauchern, deren Wohnsitz und/oder deren gewöhnlicher Aufenthaltsort sich in der Bundesrepublik Deutschland befindet, einzubeziehen, sowie sich auf die Bestimmungen bei der Abwicklung derartiger Verträge, geschlossen nach dem 1. April 1977, zu berufen:

1. (8.3) behält sich das Recht vor (übernimmt jedoch keine Verpflichtung), sämtliche Inhalte vorab durchzusehen, zu prüfen, zu kennzeichnen, zu filtern, zu ändern, abzulehnen oder aus den Services zu entfernen.
2. (11.1) [Ihre Urheberrechte sowie alle anderen Rechte, die Sie bezüglich der von Ihnen in den oder über die Services übermittelten, eingestellten oder dargestellten Inhalte innehaben, verbleiben bei Ihnen] Durch Übermittlung, Einstellung oder Darstellung der Inhalte gewahren Sie eine dauerhafte, unwiderrufliche, weltweite, kostenlose und nicht exklusive Lizenz zur Reproduktion, Anpassung, Modifikation, Übersetzung, Veröffentlichung, öffentlichen Wiedergabe oder öffentlichen Zugänglichmachung und Verbreitung der von Ihnen in oder durch die Services übermittelten, eingestellten oder dargestellten Inhalte. Diese Lizenz dient ausschließlich dem Zweck, in die Lage zu versetzen, die Services darzustellen, zu verbreiten und zu bewerben; sie kann für bestimmte Services, wie in den Zusatzbedingungen für die entsprechenden Services festgelegt, widerrufen werden.
3. (11 2) Sie stimmen zu, dass diese Lizenz auch das Recht einräumt, entsprechende Inhalte anderen Gesellschaften, Organisationen oder Personen, mit denen vertragliche Beziehungen über die gemeinsame Erbringung von Diensten unterhält, zugänglich zu machen und die Inhalte im Zusammenhang mit der Erbringung entsprechender Dienste zu nutzen.
4. (19,1) kann die Allgemeinen Bedingungen oder die Zusatzbedingungen ggf. ändern Sollten Änderungen erfolgt sein, stellt Ihnen die aktualisierte Fassung der Allgemeinen Bedingungen unter <http://www.google.com/accounts/TOS?hl=de> zur Verfügung, neu gefasste Zusatzbedingungen werden Ihnen in den oder über die betroffenen Services zur Verfügung gestellt.

5. (19 2) Sie sind sich darüber bewusst und stimmen zu, dass Ihre Weiternutzung der Services nach dem Datum einer Änderung der Allgemeinen Bedingungen oder der Zusatzbedingungen von als Annahme der aktualisierten Allgemeinen Bedingungen bzw. Zusatzbedingungen ausgelegt wird
6. [Google Datenschutzerklärung]
Wir können die Daten, die Sie unter Ihrem Account angeben, mit Daten von anderen Services oder anderen Unternehmen kombinieren, um unser Angebot für Sie und die Qualität unserer Services zu verbessern, Für bestimmte Dienste geben wir Ihnen die Möglichkeit, diese Kombination von Daten abzulehnen.
7. Google Datenschutzerklärung
[Partner-Webseiten - Wir bieten bestimmte Services in Verbindung mit anderen Websites an] Personenbezogene Daten, die Sie diesen Websites zur Verfügung stellen, können an gesendet werden, um den Service auszuführen.
8. Google Datenschutzerklärung
Google verarbeitet personenbezogene Daten nur für die Zwecke, für die sie erhoben wurden. Neben den oben bereits genannten sind dies folgende Zwecke:]
 - Bereitstellung unserer Produkte und Dienste für die Nutzer, einschließlich der Darstellung individuell zugeschnittener Inhalte und Werbung;
 - Audits, Forschung und Analysen, um unsere Dienste aufrechtzuerhalten, zu schützen und zu verbessern;
 - Entwicklung neuer Services.
9. [Google Datenschutzerklärung]
.....[Wir können personenbezogene Daten verarbeiten, um unsere Dienste bereitzustellen], können jedoch solche Daten auch für Dritte und nach deren Anweisungen verarbeiten.
10. [Google Datenschutzerklärung]
[Weitergabe von Daten
Google gibt personenbezogene Daten nur unter den nachfolgend beschriebenen Voraussetzungen an Dritte außerhalb von weiter]
 - Wenn solche Daten an unsere Tochtergesellschaften, verbundenen Unternehmen oder andere vertrauenswürdige Unternehmen oder Personen zum Zwecke der Verarbeitung personenbezogener Daten in unserem Auftrag weitergegeben werden Wir verlangen von diesen Parteien, dass sie solche Informationen gemäß unseren Anweisungen und in Einklang mit diesen Datenschutzbestimmungen und sonstigen geeigneten Geheimhaltungs- und Sicherheitsmaßnahmen verarbeiten;

- II. Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.
- III. Das Urteil ist hinsichtlich Ziffer I. gegen Sicherheitsleistung in Höhe von € 25.000,00 und hinsichtlich Ziffer II. gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

und beschließt: Der Streitwert wird auf € 25.000,00 festgesetzt.

Tatbestand

Der Kläger ist der Dachverband der Verbraucherzentralen und qualifizierte Einrichtung im Sinne des § 4 UKlaG. Die Beklagte, ein US-amerikanisches Unternehmen, betreibt die Internetplattform „G... Inc.“. Sie bietet von den Vereinigten Staaten aus werbefinanzierte Dienste auch in Deutschland an, nämlich für den Nutzer kostenlose Suchdienste (insbesondere Websuche, Bildersuche, Buchsuche, News-Suche) und daneben weitere – ebenfalls für den Nutzer kostenlose, aber über ein so genanntes „G... Inc. Account“ registrierungspflichtige – Dienste wie z.B. G... Inc. Video, G... Inc. Mail, Blogger, Text & Tabellen und G... Inc. Talk. Die Beklagte erbringt ihre Dienste auch in – vor allem technischer – Kooperation mit anderen Service Providern.

Die streitgegenständlichen Klauseln sind Teil eines früheren Bedingungswerkes der Beklagten („G... Inc. Servicebedingungen“) und einer früheren „Datenschutzerklärung“, welche die Beklagte Mitte 2008 durch geänderte Fassungen ersetzte. Wegen der Einzelheiten der Servicebedingungen und der Datenschutzerklärung in ihren angegriffenen Fassungen wird auf Anlagen K 1 und K 2 Bezug genommen.

Für die registrierungspflichtigen Dienste der Beklagten musste der Nutzer durch einen Klick die für den jeweiligen Dienst geltenden (Sonder- bzw. Zusatz-) Bedingungen akzeptieren.

Die Klägerin forderte die Beklagte mit Schreiben vom 31. März 2008 auf, bezüglich 29 Klauseln aus den genannten Servicebedingungen bzw. der Datenschutzerklärung, darunter den streitgegenständlichen, eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtungserklärung abzugeben (Anlagen K 3 und K 4). Die G... Inc. Germany GmbH wies für die Beklagte darauf hin, dass die Servicebedingungen zeitnah durch eine überarbeitete Fassung ersetzt würden (vgl. Anlage B 5), und übersandte dem Kläger später diese neue Fassung mit der Bitte um kritische Durchsicht (Anlagen K 7 bis K 8 bzw. B 6), gab jedoch hinsichtlich der angegriffenen alten Klauseln vorprozessual keine Unterlassungsverpflichtungserklärung ab. Der Kläger äußerte sich nicht zu den neuen Bedingungen.

Mit Schriftsatz vom 3. Juni 2009 hat sich die Beklagte gegenüber dem Kläger verpflichtet, es zu unterlassen, die streitgegenständlichen Bestimmungen der G... Inc. Servicebedingungen sowie deren Ziffer 7.2 („Sie stimmen der Nutzung Ihrer Daten in Übereinstimmung mit G... Inc.s Datenschutzrichtlinie zu.“) „wortgleich und in ihrer konkreten, exakten Formulierung, d.h. unter Ausschluss sog. kerngleicher Verstöße (...) einzubeziehen sowie sich (...) auf solche Bestimmungen (...) zu berufen“. Diese Erklärung hat der Kläger nicht angenommen.

Der Kläger hält die angegriffenen Klauseln, auch die der Datenschutzerklärung, für Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gemäß §§ 307ff. BGB unwirksam sind.

Der Kläger beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu unterlassen, nachfolgende oder mit diesen inhaltsgleiche Bestimmungen in Vereinbarungen über die Nutzung der Produkte,

der Software, der Dienstleistungen und der Webseiten der Beklagten mit Verbrauchern, deren Wohnsitz und/oder deren gewöhnlicher Aufenthaltsort sich in der Bundesrepublik Deutschland befindet, einzubeziehen, sowie sich auf die Bestimmungen bei der Abwicklung derartiger Verträge, geschlossen nach dem 1. April 1977, zu berufen:

1. (8.3) behält sich das Recht vor (übernimmt jedoch keine Verpflichtung), sämtliche Inhalte vorab durchzusehen, zu prüfen, zu kennzeichnen, zu filtern, zu ändern, abzulehnen oder aus den Services zu entfernen.
2. (11.1) [Ihre Urheberrechte sowie alle anderen Rechte, die Sie bezüglich der von Ihnen in den oder über die Services übermittelten, eingestellten oder dargestellten Inhalte innehaben, verbleiben bei Ihnen] Durch Übermittlung, Einstellung oder Darstellung der Inhalte gewahren Sie eine dauerhafte, unwiderrufliche, weltweite, kostenlose und nicht exklusive Lizenz zur Reproduktion, Anpassung, Modifikation, Übersetzung, Veröffentlichung, öffentlichen Wiedergabe oder öffentlichen Zugänglichmachung und Verbreitung der von Ihnen in oder durch die Services übermittelten, eingestellten oder dargestellten Inhalte. Diese Lizenz dient ausschließlich dem Zweck, in die Lage zu versetzen, die Services darzustellen, zu verbreiten und zu bewerben; sie kann für bestimmte Services, wie in den Zusatzbedingungen für die entsprechenden Services festgelegt, widerrufen werden.
3. (11 2) Sie stimmen zu, dass diese Lizenz auch das Recht einräumt, entsprechende Inhalte anderen Gesellschaften, Organisationen oder Personen, mit denen vertragliche Beziehungen über die gemeinsame Erbringung von Diensten unterhält, zugänglich zu machen und die Inhalte im Zusammenhang mit der Erbringung entsprechender Dienste zu nutzen.
4. (19,1) kann die Allgemeinen Bedingungen oder die Zusatzbedingungen ggf. ändern Sollten Änderungen erfolgt sein, stellt Ihnen die aktualisierte Fassung der Allgemeinen Bedingungen unter <http://www.google.com/accounts/TOS?hl=de> zur Verfügung, neu gefasste Zusatzbedingungen werden Ihnen in den oder über die betroffenen Services zur Verfügung gestellt.
5. (19 2) Sie sind sich darüber bewusst und stimmen zu, dass Ihre Weiternutzung der Services nach dem Datum einer Änderung der Allgemeinen Bedingungen oder der Zusatzbedingungen von als Annahme der aktualisierten Allgemeinen Bedingungen bzw. Zusatzbedingungen ausgelegt wird

6. [Google Datenschutzerklärung]
Wir können die Daten, die Sie unter Ihrem Account angeben, mit Daten von anderen Services oder anderen Unternehmen kombinieren, um unser Angebot für Sie und die Qualität unserer Services zu verbessern, Für bestimmte Dienste geben wir Ihnen die Möglichkeit, diese Kombination von Daten abzulehnen.
7. Google Datenschutzerklärung
[Partner-Webseiten - Wir bieten bestimmte Services in Verbindung mit anderen Websites an] Personenbezogene Daten, die Sie diesen Websites zur Verfügung stellen, können an gesendet werden, um den Service auszuführen.
8. Google Datenschutzerklärung
Google verarbeitet personenbezogene Daten nur für die Zwecke, für die sie erhoben wurden. Neben den oben bereits genannten sind dies folgende Zwecke:]
 - Bereitstellung unserer Produkte und Dienste für die Nutzer, einschließlich der Darstellung individuell zugeschnittener Inhalte und Werbung;
 - Audits, Forschung und Analysen, um unsere Dienste aufrechtzuerhalten, zu schützen und zu verbessern;
 - Entwicklung neuer Services.
9. [Google Datenschutzerklärung]
.....[Wir können personenbezogene Daten verarbeiten, um unsere Dienste bereitzustellen], können jedoch solche Daten auch für Dritte und nach deren Anweisungen verarbeiten.
10. [Google Datenschutzerklärung]
[Weitergabe von Daten
Google gibt personenbezogene Daten nur unter den nachfolgend beschriebenen Voraussetzungen an Dritte außerhalb von weiter]
 - Wenn solche Daten an unsere Tochtergesellschaften, verbundenen Unternehmen oder andere vertrauenswürdige Unternehmen oder Personen zum Zwecke der Verarbeitung personenbezogener Daten in unserem Auftrag weitergegeben werden Wir verlangen von diesen Parteien, dass sie solche Informationen gemäß unseren Anweisungen und in Einklang mit diesen Datenschutzbestimmungen und sonstigen geeigneten Geheimhaltungs- und Sicherheitsmaßnahmen verarbeiten;

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte ist der Ansicht, der Klageantrag sei nicht hinreichend bestimmt im Sinne des § 8 UKlaG. Hinsichtlich der Datenschutzbestimmungen fehle es an der Klagebefugnis des Klägers, da es sich nicht um Allgemeine Geschäftsbedingungen handle. Da keine Vertragsverhältnisse streitgegenständlich seien (insbesondere die registrierungspflichtigen Produkte der Beklagten nicht zum Prozessstoff gehörten), könne Art. 29 EGBGB nicht zur Anwendbarkeit des deutschen Rechts führen. Jedenfalls handle es sich bei den Leistungen der Beklagten nicht um entgeltliche Dienstleistungen im Sinne des Art. 50 EG-Vertrag. Soweit die angegriffenen Klauseln überhaupt AGB-rechtlich überprüfbar seien, handle es sich um wirksame Klauseln.

Wegen des weiteren Parteivortrags wird auf die zur Akte gereichten Schriftsätze und Anlagen Bezug genommen.

Die Parteien haben mit nicht nachgelassenen Schriftsätzen vom 17. Juni 2009 und 24. Juli 2009 weiter vorgetragen.

Entscheidungsgründe

I. Die Klage ist zulässig.

1. Die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts folgt aus § 6 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UKlaG. Die Beklagte hat die angegriffenen Servicebedingungen bzw. die Datenschutzerklärung für Dienste aufgestellt, die sie auch für Nutzer im Gerichtsbezirk der angerufenen Kammer anbietet.

2. Die Anforderungen an den Klageantrag nach § 8 Abs. 1 UKlaG sind gewahrt. Insbesondere hat der Kläger die Art der Rechtsgeschäfte, für die die Bestimmungen angegriffen werden, hinreichend substantiiert, indem er die von der Beklagten selbst unter Ziffer 1.1 der Servicebedingungen angegebenen Bezeichnungen der erfassten Services übernommen hat. An dieser Spezifizierung und daran, dass die Beklagte ihre Servicebedingungen als „Allgemeine

Bedingungen“ bezeichnet hat, die von der „Vereinbarung mit G... Inc. immer mindestens“ umfasst seien (Ziffer 1.2 der Servicebedingungen), muss sich die Beklagte insoweit festhalten lassen, als eine konkretere Bezeichnung der Art der Rechtsgeschäfte, für die die Bestimmungen beanstandet werden, im Sinne des § 8 UKlaG nicht verlangt werden kann. Aus § 253 ZPO oder aus § 8 UKlaG folgt auch nicht, dass im Klageantrag eine bestimmte Internetadresse, unter der die Beklagte ihre Produkte anbietet und/oder die angegriffenen Bedingungen veröffentlicht, genannt werden müsste. Der Kläger hat den Klageantrag auch in ausreichender Weise auf die Nutzung der Klauseln in Deutschland beschränkt („Vereinbarungen (...) mit Verbrauchern, deren Wohnsitz und/oder deren gewöhnlicher Aufenthaltsort sich in der Bundesrepublik Deutschland befindet“).

3. Der Kläger ist als qualifizierte Einrichtung gemäß §§ 3 Abs. 1 Nr. 1, 4 Abs. 2 UKlaG prozessführungsbefugt.

II. Die Klage ist auch begründet.

1. Die Beklagte ist gegenüber dem gemäß §§ 3 Abs. 1 Nr. 1, 4 Abs. 2 UKlaG aktivlegitimierten Kläger aufgrund § 1 UKlaG zur Unterlassung der Verwendung der streitgegenständlichen Bestimmungen verpflichtet.

2. Im Rahmen der vorliegenden Verbandsklage ist deutsches Recht anzuwenden. Zwar mag im individuellen Verhältnis zwischen der Beklagten und einem Nutzer aufgrund der Rechtswahlklausel in Ziffer 20.7 der Servicebedingungen gemäß Art. 27 EGBGB englisches Recht anwendbar sein. Allerdings bleiben gemäß Art. 29 Abs. 1 EGBGB jedenfalls die zwingenden verbraucherschützenden Regelungen des deutschen Rechts maßgeblich, soweit diese günstiger sind (vgl. Thorn in Palandt, BGB, 68. Aufl. 2009, Art. 29 EGBGB Rn. 8). Insbesondere bei den §§ 305ff. BGB handelt es sich um zwingende Vorschriften im Sinne des Art. 29 EGBGB (vgl. Thorn in Palandt a.a.O.; OLG Düsseldorf, Urteil vom 26.5.1995, Az. 17 U 240/94, Juris Rz. 52 noch zu den Regeln des AGB-

Gesetzes). Daher sind die angegriffenen Klauseln bei der vorliegenden Verbandsklage an diesen Vorschriften des deutschen Rechts zu messen.

Dabei kann den Beziehungen der Beklagten zu ihren Nutzern, die sie mit den Servicebedingungen und der Datenschutzerklärung regelt, ein Verbrauchervertragscharakter im Sinne des Art. 29 EGBGB zukommen. Zwar ist der Beklagten einzuräumen, dass die bloße isolierte Nutzung einer der Suchmaschinen der Beklagten noch kein Vertragsverhältnis begründen dürfte, unter anderem weil auf beiden Seiten der erforderliche Rechtsbindungswille fehlt. Allerdings genügt es für die Annahme von Vertragsbedingungen im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB, wenn der Text den Eindruck hervorruft, der Verwender wolle vertragliche Rechte und Pflichten begründen (vgl. Grüneberg in Palandt, a.a.O., § 305 Rn. 3; BGH, Urteil vom 3.7.1996, Az. VIII ZR 221/95, Juris Rz. 18). Hier hat die Beklagte durch ihre allgemein angelegten Servicebedingungen und Datenschutzbestimmungen – bei der gebotenen verbraucherfeindlichen Auslegung – den Eindruck erweckt, bereits jede Nutzung der Services führe zu einem Vertragsverhältnis. So hat sie selbst die Begriffe „Vertragsbeziehung“ und „Vereinbarung“ verwendet und eine Annahme der Vertragsbedingungen bereits durch die tatsächliche Nutzung der Services (nicht nur bestimmter Services) postuliert (vgl. Ziffern 1, 2.1 und 2.2 der Servicebedingungen). Dabei hat sie über Ziffer 7.2 der Servicebedingungen eine Anerkennung der Datenschutzrichtlinie einbezogen.

Abgesehen davon kommt es jedenfalls im Rahmen einzelner Services zu Vertragsverhältnissen, insbesondere bei den registrierungspflichtigen Services. Diese sind vom Streitgegenstand nicht ausgenommen. Eine derartige Ausnahme ergibt sich weder aus der Formulierung des Klageantrags noch aus dessen Begründung. In beidem wird deutlich, dass der Kläger die Servicebedingungen und die Bestimmungen der Datenschutzerklärung nicht im Hinblick auf einzelne Produkte – insbesondere nur im Hinblick auf die Suchdienste – angreift, sondern in der Allgemeinheit, in der sie auch von der Beklagten für alle ihre Services aufgestellt worden sind. Schließlich können auch die nicht registrierungspflichtigen Dienste (insbesondere die Suchdienste) im Rahmen eines Vertragsverhältnisses aufgrund eines registrierungspflichtigen Services zum Einsatz kommen, nämlich

wenn der Nutzer ein „G... Inc. Account“ eingerichtet hat und als nunmehr bekannter Nutzer und Vertragspartner auch die Suchdienste nutzt.

Die Anwendung deutschen Rechts auf der Grundlage des Art. 29 EGBGB scheidet auch nicht daran, dass vorliegend keine so genannten „Verbraucherverträge“ im Sinne der Vorschrift in Betracht kämen. Hierzu gehören Verträge über die Erbringung von Dienstleistungen. Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 13. Dezember 2005 (Az. XI ZR 82/05, Juris Rz. 13) ausgeführt, dass

„der Begriff der ‚Erbringung von Dienstleistungen‘ im Sinne des Art. 29 Abs. 1 EGBGB (...) zwar nach dessen Schutzzweck weit auszulegen [ist]. Er umfasst tätigkeitsbezogene Leistungen aufgrund von Dienst-, Werk-, Werklieferungs- und Geschäftsbesorgungsverträgen (BGHZ 123, 380, 385 (Senat); 135, 124, 130 f.). Notwendig ist aber, dass die Leistung gegenüber dem Vertragsgegner als Verbraucher erbracht wird (Senat aaO; vgl. auch Art. 5 Abs. 1 des EG-Übereinkommens vom 19. Juni 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, EuSchVÜ, BGBl. 1986 II S. 809, 813, der Art. 29 EGBGB zugrunde liegt).“

Die Beklagte erbringt derartige tätigkeitsbezogene Leistungen zumindest auch gegenüber Verbrauchern.

Soweit Art. 50 EG-Vertrag Dienstleistungen als Leistungen definiert, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, steht auch dies nicht einer Anwendbarkeit des Art. 29 EGBGB in Bezug auf die angegriffenen Bestimmungen entgegen. Denn dass die Leistungen „in der Regel gegen Entgelt“ erbracht werden, soll zum Ausdruck bringen, dass die Leistung zu Erwerbszwecken erfolgen muss. Der Charakter des Entgelts als „Gegenleistung“ ist nur in einem weiten Sinne erforderlich, wobei beispielsweise Umwegrentabilitäten im Hinblick auf Werbeeinnahmen eingeschlossen sind. Das Entgelt muss nicht zwingend von dem entrichtet werden, dem die Leistung zu Gute kommt (vgl. Holoubek in Schwarze, EU-Kommentar, 2. Aufl. 2009, Art. 49/50 EGV Rn. 19 m.w.N.). An der Entgeltlichkeit fehlt es etwa bei karitativen Leistungen oder bei der Weitergabe von Informationen ohne wirtschaftliche Motivation (vgl. Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 49 EGV Rn. 23 m.w.N.). Den in diesem Sinne weiten

Dienstleistungsvertragsbegriff erfüllen die Dienste der Beklagten, die sie nicht altruistisch oder etwa auf einer öffentlich finanzierten Basis erbringt, sondern – in Kombination mit dem Angebot von Werbedienstleistungen – zu eigenen Erwerbszwecken.

3. Die vom Kläger angegriffenen Klauseln aus den Servicebedingungen (a - e) und aus der Datenschutzerklärung (f - j) sind wegen Verstoßes gegen zwingende Vorschriften des deutschen Verbraucherschutzrechtes unwirksam.

a) Ziffer 8.3 der Servicebedingungen ist in dem vom Kläger angegriffenen und teilbaren Umfang gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB unwirksam, da die Klausel den Nutzer unangemessen benachteiligt. Bei der hier gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung ist die Klausel als umfassende Ermächtigung der Beklagten auszulegen, sämtliche Informationen und Daten, die ein Nutzer im Rahmen der Nutzung eines Dienstes der Beklagten eingibt, ohne konkreten Anlass und ohne Benachrichtigung des Nutzers zu überprüfen und ggf. zu ändern oder zu löschen.

Es kann offen bleiben, ob der Klausel im Zusammenhang mit der isolierten Nutzung der Suchdienste kein praktischer Anwendungsbereich zukommt, wie die Beklagte geltend macht. Denn wie erläutert ist der Gegenstand der Unterlassungsklage nicht auf die Suchdienste der Beklagten beschränkt, sondern erstreckt sich auf sämtliche von ihr angebotenen Dienste, auf die sich die Servicebedingungen insbesondere gemäß deren Ziffer 1.1 beziehen. Die Beklagte kann auch nicht damit gehört werden, dass der Anwendungsbereich der Klausel durch die jeweils für den betroffenen Service geltenden Zusatz- oder Sonderbedingungen ggf. eingeschränkt oder modifiziert werde. Zwar weisen die Servicebedingungen etwa in Ziffer 1.3 auf die eventuelle Geltung von Zusatzbedingungen hin; dieser allgemeine Hinweis genügt aber nicht, um den Anwendungsbereich der hier angegriffenen Klausel klar abzugrenzen. Die Unwägbarkeiten, die damit einhergehen, einzuschätzen, in welchem Verhältnis verschiedene Bedingungswerke bzw. einzelne Klauseln zueinander stehen, dürfen nicht zu Lasten des Klauselgegners gehen, so dass vorliegend bei kundenfeindlichster Auslegung von einem umfassenden Geltungsanspruch der angegriffenen Klausel auszugehen ist.

Die Klausel unterliegt der Inhaltskontrolle nach den (im Sinne des Art. 29 EGBGB zwingenden Verbraucherschützenden) Regeln des § 307 Abs. 1 und Abs. 2 BGB. Insbesondere beschränkt sie sich nicht auf die Beschreibung von Befugnissen, die der Beklagten aufgrund anderer Rechtsvorschriften (etwa § 10 TMG) oder nach den anerkannten Grundsätzen der Störerhaftung zustehen. Eine derartige Beschränkung lässt sich weder dem Wortlaut noch dem Kontext der Klausel entnehmen. Vielmehr bezieht sie sich – unter Berücksichtigung der übergreifenden Gestaltung der Servicebedingungen – grundsätzlich auf alle Dienste der Beklagten und zugleich auf „sämtliche Inhalte“. Die Klausel ist so weit gefasst, dass sie bei kundenfeindlicher Auslegung die Beklagte beispielsweise ermächtigen würde, urheberrechtlich geschützte Werke zu löschen oder vertrauliche Mitteilungen auszuwerten. In dieser Allgemeinheit benachteiligt sie den Nutzer unangemessen im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Zugleich ist sie mangels Bestimmtheit und mangels klarer Abgrenzung im Verhältnis zu etwa geltenden Zusatz- oder Sonderbedingungen intransparent im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB.

b) Ziffer 11.1 der Servicebedingungen ist in dem vom Kläger angegriffenen und teilbaren Umfang gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB jedenfalls deshalb unwirksam, weil sie nicht klar und verständlich ist.

Auch diese Klausel unterliegt der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und Abs. 2 BGB. Insbesondere handelt es sich nicht um eine Leistungsbeschreibung, die Art, Güte und Umfang einer Hauptleistungspflicht unmittelbar festlegt und deshalb der Inhaltskontrolle entzogen wäre (vgl. hierzu etwa BGH, Urteil vom 12.6.2001, Az. XI ZR 274/00, Juris Rz. 14). Bei keinem der streitgegenständlichen Dienste geht es im Sinne einer Hauptleistungspflicht darum, dass der Nutzer als Schöpfer eines Werkes der Beklagten Nutzungsrechte einräumt.

Die angegriffene Klausel beschränkt sich auch nicht darauf, die Beklagte in den Stand zu versetzen, ihrerseits ihre Leistungen (unabhängig von der Frage, ob sie diese als Hauptleistungspflicht schuldet) zu erbringen. Zwar mag mit der Klausel lediglich beabsichtigt sein, den jeweiligen Nutzungszweck der einzelnen Services zu ermöglichen, indem der Nutzer darin einwilligt, dass die von ihm eingegebenen

Inhalte in dem von ihm gewünschten Umfang über die Infrastruktur der Beklagten wiedergegeben werden. Diese Zwecksetzung kommt durch die Formulierung „*Diese Lizenz dient ausschließlich dem Zweck, Google Inc. in die Lage zu versetzen, die Services darzustellen, zu verbreiten und zu bewerben*“ allerdings nur undeutlich und unzureichend zum Ausdruck, und an einer entsprechenden Einschränkung der Lizenzeinräumung fehlt es ganz („...*gewähren Sie Google Inc. eine dauerhafte, unwiderrufliche, weltweite, kostenlose und nicht exklusive Lizenz zur Reproduktion, Anpassung, Modifikation, Übersetzung, Veröffentlichung, öffentlichen Wiedergabe oder öffentlichen Zugänglichmachung und Verbreitung der von Ihnen in oder durch die Services übermittelten, eingestellten oder dargestellten Inhalte*“).

Es kann vorliegend dahinstehen, ob und in welchem Umfang die Klausel mit wesentlichen Grundgedanken des Urheberrechts nicht zu vereinbaren ist. Denn die Klausel ist jedenfalls intransparent, da der Nutzer nicht erkennen kann, bei welchen Nutzungsarten er der Beklagten welche Rechte in welchem Umfang einräumt und was es bedeuten soll, „*Google Inc. in die Lage zu versetzen, die Services darzustellen, zu verbreiten und zu bewerben*“.

c) Entsprechend ist auch Ziffer 11.2 der Servicebedingungen gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam. Auf die Ausführungen unter b) kann Bezug genommen werden. Auch hier ist die Inhaltskontrolle nicht angesichts einer bloßen Leistungsbeschreibung ausgeschlossen, und auch hier liegt ein Verstoß gegen das Transparenzverbot vor, da der Nutzer nicht erkennen kann, bei welchen Nutzungsarten er es der Beklagten möglicherweise erlaubt, von ihm eingegebene Inhalte Dritten zugänglich zu machen. Insbesondere bleibt unklar und unverständlich, was mit der Einräumung des Rechts, „*die Inhalte im Zusammenhang mit der Erbringung entsprechender Dienste zu nutzen*“, gemeint sein soll.

Angesichts dieser Intransparenz kann offen bleiben, ob die Klausel den Nutzer darüber hinaus aus urheberrechtlichen und/oder datenschutzrechtlichen unangemessen benachteiligt.

d) Ziffer 19.1 der Servicebedingungen ist wegen Verstoßes gegen § 308 Nr. 4 BGB unwirksam. Da die Klausel Gültigkeit für alle Services der Beklagten beansprucht bzw. bei kundenfeindlichster Auslegung jedenfalls so zu verstehen ist, kann sie bei einzelnen Services auch die Änderung der jeweils versprochenen Leistung i.S.d. § 308 Nr. 4 BGB betreffen. Im Sinne dieser Vorschrift ist ein Änderungsvorbehalt unzulässig, bei dem eine Regelung im Hinblick auf die Zumutbarkeit der Änderung für den Klauselgegner ganz fehlt (vgl. Grüneberg in Palandt, a.a.O., § 308 Rn. 23). Die vorliegende Klausel konkretisiert nicht die Voraussetzungen und/oder den Umfang einer möglichen Änderung der Bedingungen, so dass das erforderliche Zumutbarkeitskriterium unbeachtet worden ist.

Außerhalb des Anwendungsbereichs des § 308 Nr. 4 BGB (also soweit nicht Leistungen betroffen sind; vgl. Grünberg in Palandt, a.a.O., Rn. 22; BGH, Urteil vom 17.3.1999, Az. IV ZR 218/97, Juris Rz. 22) ist die Klausel außerdem gemäß §§ 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1, 305 Abs. 2 BGB unwirksam. Denn Klauseln, die den Verwender zur Änderung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ohne Einverständnis des Kunden berechtigen, sind nur wirksam, wenn sie das Änderungsrecht auf das nachträgliche Entstehen von Äquivalenzstörungen und Regelungslücken beschränken und inhaltlich so bestimmt sind, dass sie dem Transparenzgebot genügen (vgl. Grüneberg in Palandt, a.a.O., § 305 Rn. 48 m.w.N.). Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt. Es fehlt bereits an einer entsprechenden Beschränkung und Konkretisierung des Änderungsrechts. Dieser Mangel wird nicht dadurch geheilt, dass der einzelne Nutzer die Nutzung der Services der Beklagten, wie diese geltend macht, jederzeit beenden kann. Dies gilt schon deshalb, weil das in der Klausel beschriebene Vorgehen nicht gewährleistet, dass der Nutzer von einer Änderung der Nutzungsbedingungen Kenntnis nimmt und gegebenenfalls deshalb die Nutzung einstellen kann.

e) Ziffer 19.2 der Servicebedingungen ist wegen Verstoßes gegen § 308 Nr. 5 BGB unwirksam. Neufassungen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen können zwar grundsätzlich über eine Erklärungsfiktion einbezogen werden; es bedarf aber einer angemessenen Widerspruchsfrist, eines unmissverständlichen Hinweises auf die Bedeutung des Schweigens und der Übermittlung der neuen Fassung (vgl.

Grüneberg in Palandt, a.a.O., § 305 Rn. 48). Die in § 308 Nr. 5 BGB zum Ausdruck kommenden Wirksamkeitsvoraussetzungen für die Erklärungsfiktion – insbesondere die Einräumung einer angemessenen Erklärungsfrist – sind in der angegriffenen Klausel nicht eingehalten.

f) Die aus Ziffer 6 des Unterlassungstenors ersichtliche Bestimmung aus der Datenschutzerklärung vom 14. Oktober 2005 stellt eine im vorliegenden Verbandsklageverfahren überprüfbare und teilbare Klausel dar, die gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB i.V.m. § 4a Abs. 1 BDSG, §§ 12 Abs. 1, 13 Abs. 2 TMG unwirksam ist.

Die Datenschutzerklärung der Beklagten ist nicht von vornherein einer AGB-rechtlichen Kontrolle entzogen. So steht dem hier geltend gemachten Unterlassungsanspruch nach § 1 UKlaG nicht entgegen, dass § 4 Abs. 1 BDSG nicht als Verbraucherschutzgesetz im Sinne von § 2 UKlaG angesehen wird, weil die Vorschrift alle natürlichen Personen, aber nicht speziell Verbraucher schützt. Wie in der vom Bundesgerichtshof entschiedenen „Payback“-Entscheidung (Urteil vom 16.7.2008, VIII ZR 348/06, Juris Rz. 17) erhebt auch vorliegend der Kläger keinen Unterlassungsanspruch wegen verbraucherschutzwidriger Praktiken aus § 2 UKlaG, sondern einen Unterlassungsanspruch wegen Verwendung unwirksamer Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen gemäß § 1 UKlaG. Die Beklagte unterfällt gemäß § 1 Abs. 5 Satz 2 BDSG als eine nicht in der Europäischen Union bzw. dem Europäischen Wirtschaftsraum belegene Stelle auch dem BDSG.

Die angegriffene Bestimmung stellt – bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung – eine Allgemeine Geschäftsbedingung dar. Denn sie beschreibt nicht nur Vorgänge, für die gegebenenfalls an anderer Stelle eine Einwilligung eingeholt wird. Sie erschöpft sich auch nicht in einer Unterrichtung über Art, Umfang und Zweck der Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten i.S.d. § 13 TMG. Vielmehr erweckt die Bestimmung zumindest den Eindruck, selbst eine vorformulierte Einwilligungserklärung für die Erhebung von Daten darzustellen.

Dabei können „Daten, die Sie unter Ihrem Account angeben“ personenbezogene Daten sein; soweit es um die Einrichtung des registrierungspflichtigen Accounts geht, gibt der Nutzer jedenfalls personenbezogene Daten ein. In Bezug auf die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten verlangt § 4 Abs. 1 i.V.m. § 4a Abs. 1 BDSG insbesondere, dass die Einwilligung zumindest besonders hervorzuheben ist. Bereits hieran scheitert die angegriffene Bestimmung und benachteiligt den Verbraucher insoweit unangemessen. Darüber hinaus sind auch die Anforderungen der §§ 12 Abs. 1, 13 Abs. 2 TMG nicht eingehalten. Insbesondere stellt die Klausel nicht sicher, dass der Nutzer seine Einwilligung bewusst und eindeutig erteilt und den Inhalt seiner Einwilligung jederzeit abrufen kann, wobei es angesichts des der Klausel zukommenden möglichen weiten Erklärungsinhaltes nicht darauf ankommt, ob der Nutzer an anderer Stelle, insbesondere bei der Anlegung eines Accounts, in die Erhebung und Verarbeitung seiner Daten einwilligt und dies erkennt. Bei der gebotenen kundenfeindlichen Auslegung dürfen die Unwägbarkeiten, die damit verbunden sind, ob und welche Einwilligung welche Wirkungen entfaltet, nicht zu Lasten des Verbrauchers gehen. Die angegriffene Klausel ist für sich genommen auf ihre Wirksamkeit hin zu überprüfen, zumal sie nicht hinsichtlich der erforderlichen Einwilligung auf deren Einholung an anderer Stelle verweist, sondern lediglich für bestimmte Dienste auf die „Möglichkeit, diese Kombination von Daten abzulehnen“, hinweist.

g) Aus den unter f) genannten Gründen ist auch die aus Ziffer 7 des Unterlassungstenors ersichtliche Klausel gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB i.V.m. § 4a Abs. 1 BDSG, §§ 12 Abs. 1, 13 Abs. 2 TMG unwirksam. Auch diese Bestimmung erweckt bei kundenfeindlicher Auslegung den Eindruck, es handele sich um eine vorformulierte Einwilligung des Nutzers gegenüber der Beklagten, und zwar in Bezug auf Daten, die der Nutzer zwar den Partner-Webseiten übermittelt, die aber von dort an die Beklagte gesandt werden. Auch insoweit fehlt es an der Einhaltung der unter f) geschilderten nach dem TMG bzw. dem BDSG vorgesehenen Voraussetzungen, so dass der Verbraucher unangemessen benachteiligt wird.

Die Klausel bringt insbesondere nicht zum Ausdruck, dass es lediglich um die Zustimmung zur Datennutzung gehe, soweit diese zur Erbringung der vom Nutzer gewünschten Leistung erforderlich sei. Insoweit ist eine Einwilligung auch nicht gemäß § 15 TMG entbehrlich, da mit der Formulierung „*um den Service auszuführen*“ eine Beschränkung auf die Erforderlichkeit i.S.d. § 15 Abs. 1 TMG nicht ausreichend klar und deutlich zum Ausdruck kommt.

h) Auch hinsichtlich der aus Ziffer 8 des Unterlassungstenors ersichtlichen Bestimmung kann auf die Ausführungen unter f) und g) Bezug genommen werden; sie ist ebenfalls gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB i.V.m. § 4a Abs. 1 BDSG, §§ 12 Abs. 1, 13 Abs. 2 TMG unwirksam. Anders als in dem von der Beklagten angeführten Urteil des Brandenburgischen Oberlandesgerichts (vom 10.1.2006, Az. 7 U 52/05, Juris Rz. 29ff.) lässt sich der angegriffenen Klausel gerade nicht eine ausdrückliche Einwilligung unter Einhaltung datenschutzrechtlicher Vorgaben (unter anderem durch Aktivieren einer Schaltfläche; vgl. a.a.O. Juris Rz. 32f.) entnehmen. Vielmehr scheitert auch diese Klausel daran, dass sie zwar den Eindruck erweckt, eine Einwilligungserklärung darzustellen bzw. zu fingieren, hierbei jedoch die unter f) im Einzelnen geschilderten Voraussetzungen nicht eingehalten worden sind.

i) Auch die aus Ziffer 9 des Unterlassungstenors ersichtliche teilbare Bestimmung der Datenschutzerklärung ist gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB i.V.m. § 4a Abs. 1 BDSG, §§ 12 Abs. 1, 13 Abs. 2 TMG unwirksam, da sie den Verbraucher unangemessen benachteiligt. Anders als die Beklagte meint, handelt es sich nicht lediglich um einen Hinweis darauf, dass die Beklagte auch für Dritte im Wege der Auftragsdatenverarbeitung i.S.d. § 11 BDSG tätig wird und als Auftragnehmer auf ihren Servern auch für Auftraggeber Daten Dritter verarbeitet. Vielmehr unterliegt die Bestimmung der AGB-rechtlichen Kontrolle, da ihr das nicht fern liegende Verständnis zukommt, dass die Beklagte sich die Einwilligung des Nutzers geben lässt, die ihr vom Nutzer überlassenen personenbezogenen Daten auch für Dritte zu verarbeiten. Dies erfolgt wie in den unter f) bis h) geschilderten Fällen ohne Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorgaben; im Einzelnen wird Bezug auf die obigen Ausführungen genommen.

j) Schließlich ist auch die aus Ziffer 10 des Unterlassungstenors ersichtliche Bestimmung gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB i.V.m. § 4a Abs. 1 BDSG, §§ 12 Abs. 1, 13 Abs. 2 TMG unwirksam. Die Bestimmung ist missverständlich und benachteiligt bei der gebotenen kundenfeindlichen Auslegung den Verbraucher unangemessen. Anders als die Beklagte meint, beschränkt sich die Klausel in ihrer Formulierung nicht eindeutig auf den Hinweis, dass eine Datenverarbeitung im Wege der Auftragsdatenverarbeitung gemäß § 11 BDSG stattfinden kann. Vielmehr liegt das Verständnis nicht fern, dass die Beklagte nicht nur Daten, die sie aufgrund einer anderweitig erteilten Einwilligung erheben und verarbeiten darf, allein zu diesem Zweck Dritten übermitteln darf – im Sinne einer Auftragsdatenverarbeitung –, sondern dass die Beklagte ihr übermittelte Daten allgemein „zum Zwecke der Verarbeitung personenbezogener Daten“ in ihrem Auftrag weitergeben darf. Legt man dieses zuletzt genannte kundenfeindliche Verständnis zugrunde, bezieht sich die Klausel nicht nur auf die Inanspruchnahme der Dienste Dritter, sondern begründet bzw. erweitert darüber hinaus eine Einwilligung des Nutzers in die Weitergabe seiner Daten, ohne auch hier die entsprechenden datenschutzrechtlichen Vorgaben für die Einwilligung (s. oben) einzuhalten.

4. Die für den Unterlassungsantrag nach § 1 UKlaG erforderliche Wiederholungsgefahr besteht. Für sie gilt eine tatsächliche Vermutung, an deren Entkräftung durch den Verwender hohe Anforderungen zu stellen sind (vgl. Bassenge in Palandt, a.a.O., § 1 UKlaG Rn. 8). Die Vermutung der Wiederholungsgefahr setzt nicht voraus, dass sich der Verwender in der Vergangenheit auf die Einbeziehung bzw. Gültigkeit der angegriffenen Bedingungen berufen hat. Für die Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen genügt es vielmehr, dass sie in den Verkehr gebracht worden sind (Bassenge in Palandt, a.a.O., § 1 UKlaG Rn. 7), wie dies hier durch die Veröffentlichung auf der Internetseite der Beklagten geschehen ist.

Für eine Beseitigung der dadurch indizierten Wiederholungsgefahr reichen regelmäßig weder die Änderung der beanstandeten Klauseln noch die bloße Absichtserklärung des Verwenders, sie nicht weiter zu verwenden, aus. Für ein Fortbestehen der Wiederholungsgefahr spricht es demgegenüber, wenn der

Verwender im Rechtsstreit die Zulässigkeit der früher von ihm benutzten Klauseln verteidigt und nicht bereit ist, eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtungserklärung abzugeben (vgl. BGH, Urteil vom 18.4.2002, Az. III ZR 199/01, Juris Rz. 10).

Unter Berücksichtigung dieser Maßstäbe ist vorliegend die Wiederholungsgefahr nicht entfallen. Zwar hat die Beklagte ihre Servicebedingungen und die Datenschutzerklärung geändert und erklärt, dass sie es nicht beabsichtige, die alten Fassungen wieder online zu stellen. Damit ist es aber nicht ausgeschlossen oder in einem ausreichenden Maße unwahrscheinlich geworden, dass die Beklagte die angegriffenen Klauseln weiter oder wieder verwenden bzw. sich darauf berufen wird. Denn zum einen ist es technisch ohne weiteres möglich, dass die Beklagte die alten Regelwerke wieder online stellt. Zum anderen ist durch eine Überarbeitung der Regelwerke nicht gewährleistet, dass die hier streitgegenständlichen Klauseln sämtlich entfallen bzw. in einer ausreichenden Weise abgeändert worden sind. Eine neu bzw. abweichend formulierte Fassung mag im Kern noch (im Sinne eines sogenannten kerngleichen Verstoßes) mit der alten Fassung der angegriffenen Klausel übereinstimmen.

Auch die im Rechtsstreit abgegebene Unterlassungsverpflichtungserklärung der Beklagten ist nicht geeignet, die Wiederholungsgefahr auszuräumen. Denn sie bezieht sich nur auf die Servicebedingungen, nicht auf die angegriffenen Klauseln aus der Datenschutzerklärung; sie ist nicht strafbewehrt, und vor allem ist sie auf den exakten Wortlaut der angegriffenen Klauseln unter ausdrücklichem Ausschluss kerngleicher Verstöße beschränkt. Damit ist sie zu eng, um im Sinne der obigen Ausführungen die Wiederholungsgefahr zu beseitigen, da gerade nicht ausgeschlossen ist, dass die Beklagte in Zukunft Klauseln verwendet, die den angegriffenen Klauseln im Kern entsprechen. Vielmehr hat die Beklagte durch die Formulierung ihrer Unterlassungsverpflichtungserklärung gerade zum Ausdruck gebracht, dass sie inhaltlich an den angegriffenen Klauseln festhalten möchte bzw. es sich jedenfalls offen halten möchte, entsprechende Klauseln in der Zukunft weiter oder wieder zu verwenden.

Zwar hat der Bundesgerichtshof in einem von der Beklagten angeführten Fall (Urteil vom 9.7.1981, Az. VII ZR 123/80, Juris Rz. 16ff.) einen Wegfall der Wiederholungsfahr auch ohne Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungsverpflichtungserklärung angenommen. Allerdings hatte der Verwender in diesem Fall seine Klauseln nicht verteidigt, sondern deren Unwirksamkeit eingeräumt; er hatte die alten Formulare vernichtet, neue unbeanstandete Geschäftsbedingungen gedruckt und diese seinen Kunden übersandt. Mit diesem besonderen Einzelfall ist der hier streitgegenständliche schon deshalb nicht vergleichbar, weil die Beklagte die Zulässigkeit der angegriffenen Klauseln verteidigt. Nicht einschlägig ist auch die von der Beklagten angeführte Entscheidung des Oberlandesgerichts Karlsruhe (Urteil vom 20.2.2003, Az. 12 U 210/02, Juris Rz. 26f.), denn in diesem Einzelfall war die Unwirksamkeit der beanstandeten Klauseln während des Rechtsstreits Gegenstand höchstrichterlicher Entscheidungen geworden, denen sich die Beklagte erkennbar beugen wollte.

Allerdings muss der Wegfall der Wiederholungsfahr nicht daran scheitern, dass der Verwender – wie hier die Beklagte – die Zulässigkeit der Klauseln verteidigt. Der Bundesgerichtshof hat im Urteil vom 12.7.2000 (Az. XII ZR 159/98, Juris Rz. 25) zum Wegfall der Wiederholungsfahr Folgendes ausgeführt:

„Wenn es der Beklagten ernst ist mit ihrer Behauptung, die Verwendung der alten Klauseln komme ohne Wenn und Aber nicht mehr in Betracht, dann hätte sie zur Beendigung des vorliegenden Rechtsstreits die vom Kläger verlangte strafbewehrte Unterlassungserklärung abgeben können. Hierzu wäre es nicht erforderlich gewesen, daß sie ihre Rechtsansicht, die Klauseln seien nicht zu beanstanden, aufgibt. Sie hätte in dieser Erklärung klarstellen können, daß sie die Klauseln nach wie vor für zulässig hält, die Unterwerfungserklärung aber abgibt, weil sie die Klauseln ohnehin nicht mehr verwenden will und weil es deshalb sinnlos wäre, über die Zulässigkeit der Klauseln einen Prozeß zu führen. Ihr jetziges prozessuales Verhalten läuft - bewußt oder unbewußt - darauf hinaus, sich die Möglichkeit zu erhalten, die Klauseln eventuell doch wieder zu verwenden.“

Diesen Erwägungen schließt sich die Kammer für den vorliegenden Fall an. Abweichendes ergibt sich schließlich auch nicht daraus, dass die Beklagte bereits

vor Erhalt der Abmahnung mit der Überarbeitung ihrer Servicebedingungen begonnen hatte und dass sie sodann vergeblich versucht hat, den Kläger in den Überarbeitungsprozess einzubeziehen. Denn maßgeblich ist nicht die Frage, warum und in welcher Verfahrensweise die Beklagte ihre Bedingungen überarbeitet hat, sondern allein, ob und inwieweit sie inhaltlich an diesen festhält.

III. Die nicht nachgelassenen Schriftsätze der Parteien geben keinen Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung.

IV. Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf § 709 ZPO. Der Festsetzung des Streitwertes liegt § 3 ZPO zugrunde.

Buske

Ritz

Goetze