

Beglaubigte Abschrift



Verbraucherzentrale

Bundesverband

25. März 2019

EINGEGANGEN

Kammergericht

Im Namen des Volkes

Geschäftsnummer:
23 U 268/13
15 O 402/12 Landgericht Berlin

verkündet am : 21.03.2019

Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle
des Kammergerichts Berlin

In dem Rechtsstreit

Google LLC,
vertreten durch den CEO
1600 Amphitheatre Parkway, Mountain View, CA 94043, USA

Beklagte und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:

g e g e n

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

Kläger und Berufungsbeklagter,

Prozessbevollmächtigter:

hat der 23. Zivilsenat des Kammergerichts in Berlin-Schöneberg, Eißholzstraße 30-33, 10781
Berlin, auf die mündliche Verhandlung vom 07.01.2019 durch den Vorsitzenden Richter am
Kammergericht und die Richter am Kammergericht und

f ü r R e c h t e r k a n n t :

Die Berufung der Beklagten gegen das am 19.11.2013 verkündete Urteil der Zivilkammer 15 des Landgerichts Berlin wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagten wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 110 % des nach dem Urteil insgesamt vollstreckbaren Betrages abzuwenden, sofern nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils beizutreibenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

Die Beklagte bietet auf ihrer Webseite unter der Domain www.google.de zahlreiche Dienstleistungen, u.a. die bekannte Internetsuchmaschine, weitere spezialisierte Suchmaschinen für Bilder, Landkarten, Bücher, Filme und Nachrichten, E-Mail- und Kalenderdienste sowie Möglichkeiten gemeinsamer Dokumentenbearbeitung an. Die Beklagte hat eine Liste mit 71 angebotenen Diensten vorgelegt, auf welche verwiesen wird (Anlage BB 2 = Bd. III, 142 d. A.). Viele der angebotenen Dienste können ohne Anmeldung und kostenlos in Anspruch genommen werden; für manche Dienste, zum Beispiel den E-Mail-Dienst Gmail, ist eine Registrierung erforderlich; einige Dienste sind kostenpflichtig.

Der klagende, in die Liste der nach § 3 UKlaG anspruchsberechtigten Stellen eingetragene Verbraucherschutzverband hat bereits im Jahr 2008 mehrere von der Beklagten in ihren damaligen Nutzungsbedingungen und ihrer damaligen Datenschutzerklärung verwendete Klauseln mit der Unterlassungsklage angegriffen und ein rechtskräftiges Unterlassungsurteil des Landgerichts Hamburg erstritten (LG Hamburg, Urteil vom 19.05.2011 - 10 U 32/09 = Anlage K 17). Mit der vorliegenden Unterlassungsklage wendet der Kläger sich gegen überarbeitete Nutzungsbedingungen (Anlagen K 2, K 6, K 7, K 8) und eine überarbeitete Datenschutzerklärung (Anlage K 3), die die Beklagte im Juli 2012 auf ihrer Webseite verwendet hat.

Das Landgericht hat die Beklagte mit Urteil vom 19.11.2013 antragsgemäß, wie folgt, verurteilt:

I. Die Beklagte wird verurteilt, es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,- €, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, letztere zu vollziehen an ihren jeweiligen gesetzlichen Vertretern, zu unterlassen, nachfolgende oder mit diesen inhaltsgleiche Bestimmungen in Vereinbarungen mit Verbrauchern, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben, einzubeziehen, sowie sich auf die Bestimmungen zu berufen:

A. Vereinbarungen über die Nutzung von Diensten der Google Inc. Nutzungsbedingungen)

1. Wir können die Bereitstellung unserer Dienste an Sie aussetzen oder einstellen, wenn Sie gegen unsere Nutzungsbedingungen oder Richtlinien verstoßen oder wenn wir ein mutmaßliches Fehlverhalten untersuchen.

2. Wir behalten uns das Recht vor, Inhalte auf ihre Rechtswidrigkeit oder auf die Verletzung von Richtlinien hin zu prüfen. Wir können Inhalte entfernen oder deren Darstellung ablehnen, wenn wir berechtigterweise davon ausgehen können, dass sie gegen unsere Richtlinien oder geltendes Recht verstoßen.

3. Wir verändern und optimieren unsere Dienste fortlaufend. So können wir unter Berücksichtigung der jeweiligen Interessen beispielsweise Funktionen oder Features hinzufügen oder entfernen oder zusätzliche oder neue Beschränkungen für unsere Dienste einführen. [Sie können die Nutzung unserer Dienste jederzeit beenden, auch wenn wir dies be dauern würden. Ihre Daten gehören Ihnen und wir halten es für wichtig, dass Sie auf diese Daten zugreifen können.] Sollten wir einen Dienst einstellen, werden wir, sofern vernünftigerweise möglich, Sie im Voraus darüber informieren und Ihnen unter Berücksichtigung der jeweiligen Interessen die Möglichkeit und ausreichend Zeit geben, Ihre Daten aus diesem Dienst zu exportieren.

4. In Fällen von einfacher Fahrlässigkeit haften [sowohl Sie als] auch Google, die mit Google verbundenen Unternehmen sowie die Lieferanten und Vertriebspartner von Google nur für die Verletzung von Kardinalpflichten. In diesen Fällen ist die Haftung begrenzt auf die typischen und zum Zeitpunkt der Nutzung der Dienste vorhersehbaren Schäden.

5. Google kann diese Nutzungsbedingungen oder etwaige zusätzliche Bedingungen für einen jeweiligen Dienst in zumutbarer Weise anpassen, um beispielsweise Änderungen der rechtlichen Rahmenbedingungen oder Änderungen unserer Dienste zu berücksichtigen. Sie sollten diese Nutzungsbedingungen daher regelmäßig überprüfen. Wir werden Hinweise auf Änderungen dieser Nutzungsbedingungen auf dieser Seite veröffentlichen. Hinweise auf Änderungen an zusätzlichen Bedingungen werden wir innerhalb des betreffenden Dienstes veröffentlichen. [Änderungen gelten nicht rückwirkend] und werden frühestens 14 Tage nach ihrer Veröffentlichung wirksam. [Änderungen hinsichtlich einer neuen Funktion für einen Dienst oder Änderungen aus rechtlichen Gründen sind jedoch sofort wirksam. Wenn Sie den geänderten Nutzungsbedingungen eines Dienstes nicht zustimmen, müssen Sie die Nutzung dieses Dienstes einstellen.]

6. [Google kann diese Nutzungsbedingungen oder etwaige zusätzliche Bedingungen für einen jeweiligen Dienst in zumutbarer Weise anpassen, um beispielsweise Änderungen der rechtlichen Rahmenbedingungen oder Änderungen unserer Dienste zu berücksichtigen. Sie sollten diese Nutzungsbedingungen daher regelmäßig überprüfen. Wir werden Hinweise auf Änderungen dieser Nutzungsbedingungen auf dieser Seite veröffentlichen. Hinweise auf Änderungen an zusätzlichen Bedingungen werden wir innerhalb des betreffenden Dienstes veröffentlichen. Änderungen gelten nicht rückwirkend] und werden frühestens 14 Tage nach ihrer Veröffentlichung wirksam.] Änderungen hinsichtlich einer neuen Funktion für einen Dienst oder Änderungen aus rechtlichen Gründen sind jedoch sofort wirksam. Wenn Sie den geänderten Nutzungsbedingungen eines Dienstes nicht zustimmen, müssen Sie die Nutzung dieses Dienstes einstellen.

7. Im Falle eines Widerspruchs zwischen diesen Nutzungsbedingungen und zusätzlichen Bedingungen haben die zusätzlichen Bedingungen im Einzelfall Vorrang.

B. Datenschutzerklärung in Verbindung mit der Vereinbarung über die Eröffnung eines Kontos in deren Zusammenhang von dem Verbraucher folgende Erklärung anzugeben ist:

Ich stimme den Nutzungsbedingungen von Google zu und habe die Datenschutzerklärung gelesen.

1. Wir erfassen möglicherweise Informationen über die von Ihnen genutzten Dienste und die Art und Weise, wie Sie diese nutzen, beispielsweise wenn Sie eine Website besuchen, auf der

unsere Werbedienste verwendet werden oder wenn Sie unsere Werbung und unsere Inhalte ansehen und damit interagieren.

2. Wir erfassen möglicherweise gerätespezifische Informationen (beispielsweise das von Ihnen verwendete Hardware-Modell, die Version des Betriebssystems, eindeutige Gerätekennungen und Informationen über mobile Netzwerke, ein schließlich ihrer Telefonnummer). Google verknüpft Ihre Gerätekennungen oder Telefonnummer gegebenenfalls mit Ihrem Google-Konto.

3. Bei der Nutzung standortbezogener Google-Dienste erheben und verarbeiten wir möglicherweise Informationen über Ihren tatsächlichen Standort, wie zum Beispiel die von einem Mobilfunkgerät gesendeten GPS-Signale. Darüber hinaus verwenden wir zur Standortbestimmung verschiedene Technologien, wie zum Beispiel Sensordaten Ihres Geräts, die beispielsweise Informationen über nahegelegene WLAN-Zugänge oder Sendemasten enthalten können.

4. Gegebenenfalls erheben und speichern wir Informationen (einschließlich personenbezogene Daten) lokal auf Ihrem Gerät, indem wir Mechanismen wie beispielsweise den Webspeicher Ihres Browsers (einschließlich HTML 5) und Applikationsdaten-Caches nutzen.

5. Wir verwenden verschiedene Technologien, um Informationen zu erheben und zu speichern, wenn Sie einen Google-Dienst aufrufen, darunter auch die Versendung von einem oder mehreren Cookies oder anonymen Kennungen an Ihr Gerät. Darüber hinaus verwenden wir Cookies und anonyme Kennungen auch, wenn Sie mit Diensten interagieren, die wir unseren Geschäftspartnern anbieten, wie beispielsweise Werbedienste oder Google-Funktionen, die auf anderen Webseiten angezeigt werden.

6. [Wir nutzen die im Rahmen unserer Dienste erhobenen Informationen zur Bereitstellung, zur Instandhaltung, zum Schutz sowie zur Verbesserung dieser Dienste, zur Entwicklung neuer Dienste und zum Schutz von Google und unseren Nutzern.] Wir nutzen diese Informationen außerdem um Ihnen maßgeschneiderte Inhalte anzubieten - beispielsweise um Ihnen [relevantere Suchergebnisse und] Werbung zur Verfügung zu stellen.

7. Wir verwenden den von Ihnen für Ihr Google-Profil angegebenen Namen möglicherweise für alle von uns angebotenen Dienste, die ein Google-Konto erfordern. Darüber hinaus ersetzen wir möglicherweise Namen, die in der Vergangenheit mit Ihrem Google-Konto verknüpft waren, damit Sie in all unseren Diensten einheitlich geführt werden. Wenn andere Nutzer bereits über Ihre E-Mail-Adresse oder andere Sie identifizierende Daten verfügen, werden wir diesen Nutzern gegebenenfalls die öffentlich zugänglichen Informationen Ihres Google-Profiles, wie beispielsweise Ihren Namen und Ihr Foto, anzeigen.

8. Wenn Sie Google kontaktieren, zeichnen wir möglicherweise Ihre Kommunikation auf, um Ihnen bei der Lösung etwaiger bei Ihnen auftretender Probleme behilflich zu sein. Mitteilungen zu Ihrer Nutzung unserer Dienste, ein schließlich Mitteilungen zu anstehenden Veränderungen oder Verbesserungen übermitteln wir Ihnen gegebenenfalls unter Verwendung Ihrer E-Mail-Adresse.

9. Unter Umständen verknüpfen wir personenbezogene Daten aus einem Dienst mit Informationen und personenbezogenen Daten aus anderen Google-Diensten. [Dadurch vereinfachen wir Ihnen beispielsweise das Teilen von Inhalten mit Freunden und Bekannten. Wir werden keine Informationen von DoubleClick-Cookies mit personenbezogenen Daten verknüpfen, es sei denn, wir haben diesbezüglich Ihre ausdrückliche Einwilligung erhalten.]

10. Wir sind bestrebt, unsere Dienste auf eine Art und Weise bereitzustellen, durch die die Daten vor zufälliger oder mutwilliger Zerstörung geschützt sind. Aus diesem Grund löschen wir möglicherweise verbliebene Vervielfältigungsstücke von Daten, die Sie aus unseren Diensten gelöscht haben, nicht sofort von unseren aktiven Servern und entfernen diese Daten nicht von unseren Sicherungssystemen.

11. Wir werden personenbezogene Daten an Unternehmen, Organisationen oder Personen außerhalb von Google weitergeben, wenn wir nach Treu und Glauben davon ausgehen dürfen, dass der Zugriff auf diese Daten oder ihre Nutzung, Aufbewahrung oder Weitergabe vernünftigerweise notwendig ist,

o um anwendbare Gesetze, Regelungen, oder anwendbares Verfahrensrecht einzuhalten oder einer vollstreckbaren behördlichen Anordnung nachzukommen

o geltende Nutzungsbedingungen durchzusetzen, einschließlich der Untersuchung möglicher Verstöße

o Betrug, Sicherheitsmängel oder technische Probleme aufzudecken, zu verhindern oder anderweitig zu bekämpfen

o die Rechte, das Eigentum oder die Sicherheit von Google, unserer Nutzer oder der Öffentlichkeit vor Schaden zu schützen, soweit gesetzlich zulässig oder erforderlich.

12. Falls Google an einem Unternehmenszusammenschluss, einem Unternehmenserwerb oder einem Verkauf von Vermögensgegenständen beteiligt ist, werden wir weiterhin dafür sorgen, die Vertraulichkeit jeglicher personenbezogener Daten sicherzustellen und wir werden betroffene Nutzer benachrichtigen, bevor personenbezogene Daten übermittelt [oder Gegenstand einer anderen Datenschutzerklärung] werden.

13. Unsere Datenschutzerklärung kann sich von Zeit zu Zeit ändern. [Wir werden Ihre Rechte nach dieser Datenschutzerklärung nicht ohne Ihre ausdrückliche Einwilligung einschränken.] Alle Änderungen der Datenschutzerklärung werden von uns auf dieser Seite veröffentlicht werden. Falls die Änderungen wesentlich sein sollten, werden wir eine noch deutlichere Benachrichtigung zur Verfügung stellen (einschließlich, im Falle bestimmter Dienste, einer Benachrichtigung per E-Mail über die Änderungen der Datenschutzerklärung).

C. Vereinbarungen über die Nutzung eines Marktplatzes im Internet (bezeichnet mit Android Marktplatz und/oder Google Play)

1. [Ihre Verwendung von Android Market unterliegt Ihrer Zustimmung zu den nachfolgend dargelegten Richtlinien.] Diese können von Zeit zu Zeit aktualisiert werden.

2. [Entfernung von Produkten: Unter Umständen kann Google feststellen, dass ein Produkt in Android Market gegen den Entwickler-Distributionsvertrag von Android Market oder gegen sonstige Rechtsverträge, Gesetze, Bestimmungen oder Richtlinien verstößt.] In solchen Fällen behält sich Google das Recht vor, die entsprechenden Anwendungen nach eigenem Ermessen per Remotezugriff von Ihrem Gerät zu entfernen.

3. Diese Richtlinien können jederzeit geändert werden, Sie sollten sie also gelegentlich überprüfen.

4. Google ist berechtigt, das Angebot des Marktplatzes/von Google Play (oder irgendeines Angebotes innerhalb des Marktplatzes/von Google Play) für Sie oder für alle Nutzer nach dem alleinigen Ermessen von Google zu beenden (für immer oder vorübergehend).

5. [Sowohl Ihre Haftung als auch die Haftung von Google für Vorsatz, grobe Fahrlässigkeit und Produkthaftung richtet sich nach den gesetzlichen Vorschriften.]

In Fällen von einfacher Fahrlässigkeit haften [sowohl Sie] als auch Google nur für die Verletzung von Kardinalpflichten. In diesen Fällen ist die Haftung auf die typischen und zum Zeitpunkt der Nutzung des Marktplatzes/von Google Play und der Produkte, die Sie über den Marktplatz/Google Play erworben haben, vorhersehbaren Schäden begrenzt.

II. Die Beklagte wird ferner verurteilt, an den Kläger 400,- € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 4. Oktober 2012 zu zahlen.

Auf die tatsächlichen Feststellungen in dem Urteil des Landgerichts wird Bezug genommen.

Gegen das ihr am 28.11.2013 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 13.12.2013 Berufung eingelegt und diese nach wiederholter Verlängerung der Begründungsfrist bis zum 28.03.2014 am 28.03.2014 begründet.

Die Beklagte beantragt,

die Klage unter Abänderung des angefochtenen Urteils abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

II. Die statthafte Berufung der Beklagten wahrt die gesetzlichen Formen und Fristen und ist daher zulässig.

III. In der Sache hat das Rechtsmittel der Beklagten keinen Erfolg. Die Entscheidung des Landgerichts, dass die vom Kläger beanstandeten Klauseln gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam sind und der Kläger gemäß § 1 UKlaG Unterlassung verlangen kann, ist richtig.

1. Die Klage ist zulässig.

a) Die Zuständigkeit der deutschen Gerichte für die erhobene Unterlassungsklage ergibt sich aus Art. 5 Nr. 3 EuGVVO (Brüssel-I-VO), die auf den vorliegenden Fall weiterhin anwendbar ist. Zu den unerlaubten und den diesen gleichgestellten Handlungen im Sinne dieser Vorschrift gehören auch Angriffe auf die Rechtsordnung durch die Verwendung missbräuchlicher Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Insoweit kommt es nicht darauf an, nach welcher Rechtsordnung die angegriffene Handlung materiellrechtlich zu beurteilen ist (vgl. BGH, Urt. vom 09.07.2009 - Xa ZR 19/08 Rn. 10 ff. = BGHZ 182, 24; Urt. vom 20.05.2010 - Xa ZR 68/09 Rn. 14).

b) Das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 07.08.2009 - 324 O 650/08 (Anlage B 1), durch welches der Beklagten die Verwendung mehrerer, vor Mitte 2008 in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltener Klauseln untersagt worden ist, steht der Zulässigkeit der Klage nicht entgegen. Das Urteil des Landgerichts Hamburg ist nach Zurückweisung der Berufung durch das OLG Hamburg (Urteil vom 19.05.2011 - 10 U 32/09 = Anlage K 17) zwar rechtskräftig geworden. Nach ständiger Rechtsprechung verbietet die materielle Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung – als negative Prozessvoraussetzung – eine neue Verhandlung aber nur über denselben Streitgegenstand (vgl. BGHZ 93, 287, 289; 157, 47, 50). Das Verfahren vor dem Landgericht Hamburg und das vorliegende Verfahren haben nicht denselben Streitgegenstand. Denn der Klagegrund, der den Streitgegenstand einer Unterlassungsklage mitbestimmt, wird durch die zu seiner Begründung vorgetragenen Verletzungsfälle gebildet (vgl. BGH, Urteil vom 23.02.2006 – I ZR 272/02 Rn. 26 = BGHZ 166, 253; BAG, Beschluss vom 19.01.2010 - 1 ABR 55/08 Rn. 16 = BAGE 133, 75; a.A. Hessisches Landesarbeitsgericht, Beschluss vom 13. Mai

2008 – 4 TaBV 4/08 Rn. 23, aufgehoben durch die vorzitierte Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts).

Im vorliegenden Verfahren führt der Kläger als Klagegrund die Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen im Jahr 2012 an. Gegenstand des Verfahrens vor dem Landgericht Hamburg waren dagegen Allgemeine Geschäftsbedingungen, die die Beklagte im Jahr 2008 verwendet hat. Damit liegen unterschiedliche Streitgegenstände vor, auch wenn einzelne Klauseln im Jahr 2008 und im Jahr 2012 möglicherweise inhaltlich übereinstimmen (vgl. BGH.a.a.O.).

c) Soweit die Beklagte in den hier angegriffenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen Klauseln verwendet, die sie inhaltsgleich bereits im Jahr 2008 in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwendet hat, fehlt der Klage auch nicht das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis.

Für eine Unterlassungsklage kann allerdings das Rechtsschutzbedürfnis fehlen, wenn der Kläger bereits einen vollstreckbaren Titel besitzt. Das Erfordernis des Rechtsschutzbedürfnisses soll verhindern, dass Klagebegehren in das Stadium der Begründetheitsprüfung gelangen, die ersichtlich des Rechtsschutzes durch eine solche Prüfung nicht bedürfen (vgl. BGH, Ur. v. 24.02.2005 - I ZR 101/02 = GRUR 2005, 519).

Ein Rechtsschutzbedürfnis für die Erwirkung eines neuen Vollstreckungstitels ist aber dann anzuerkennen, wenn erhebliche Zweifel bestehen, ob ein schon vorhandener Titel für die beabsichtigte Geltendmachung von Ansprüchen verwendbar ist, so dass deshalb mit Schwierigkeiten und Bedenken bei den Vollstreckungsorganen zu rechnen ist. Wenn ein Vollstreckungstitel so geartet ist, dass die Auslegung besonderen Schwierigkeiten begegnet, so kann das vorhandene Urteil durch eine neue Klage ergänzt werden.

Das kann besonders dann in Betracht kommen, wenn die vorzunehmende oder zu unterlassende Handlung, namentlich bei negatorischen Unterlassungsgeboten, nur im allgemeinen oder ihrer Wirkung nach angegeben ist (vgl. BGH, Urteil vom 23. Februar 2006 – I ZR 272/02 Rn. 32 = BGHZ 166, 253; Urteil vom 03.12.1957 - I ZR 157/56 = GRUR 1958, 359, 361 - Sarex; Urteil vom 03.12.1957 - I ZR 157/56 Rn. 41; RGZ 124, 146, 151). Das gilt in besonderem Maße für Unterlassungsurteile, die gemäß § 9 UKlaG nicht auf den Wortlaut der beanstandeten Bestimmungen, sondern auf ihren Inhalt gerichtet sind, also auch umformulierte, aber inhaltsgleiche Klauseln erfassen, soweit sie qualitativ und quantitativ gleichwertig sind (vgl. OLG München, Urteil vom 13.03.2003 – 29 U 2509/02 Rn. 24; Senat, Beschluss vom 23.03.2009 - 23 W 71/08 Rn. 22 = KGR 2009, 394).

Bei den im vorliegenden Rechtsstreit angegriffenen Klauseln handelt es sich in einigen Fällen um Regelungen, die die Beklagte bereits in ihren früheren Allgemeinen Geschäftsbedingungen in ähnlicher Form verwendet, ihrer Ansicht nach aber so angepasst hat, dass sie nunmehr einer Inhaltskontrolle standhalten. Ob dies der Fall ist, kann wegen der Schwierigkeit der insoweit zu beurteilenden Rechtsfragen nur im Erkenntnisverfahren entschieden werden.

d) Die Klageanträge genügen den Anforderungen des § 8 Abs. 1 Nr. 2 UKlaG.

Gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 2 UKlaG muss der Klageantrag bei Klagen nach § 1 UKlaG nicht nur den Wortlaut der beanstandeten Bestimmungen, sondern auch die Bezeichnung der Art der Rechtsgeschäfte, für die die Bestimmungen beanstandet werden, enthalten.

Der Kläger hat zur Bezeichnung der Art der Rechtsgeschäfte, für die die Bestimmungen beanstandet werden, auf die Formulierungen zurückgegriffen, die die Beklagte selbst zur Bestimmung des Anwendungsbereichs ihrer Datenschutzerklärung und ihrer Nutzungsbedingungen verwendet. Wenn die Beklagte den Anwendungsbereich ihrer Nutzungsbedingungen selbst so weitgehend bestimmt, dass sie „für unsere Dienste“ bzw. für die „Nutzung des Android Marktplatzes“ oder die „Nutzung von Google Play“, also für alle denkbaren

Verträge gelten sollen, die im Zusammenhang mit der Nutzung ihrer Dienste zu Stande kommen können, dann kann von dem Kläger nicht verlangt werden, dass er zur Bezeichnung der Art der Rechtsgeschäfte, für die die Bestimmungen beanstandet werden, alle diese denkbaren Vertragstypen benennt. Indem er die Formulierungen der Beklagten aufgreift, hat er hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht, dass er die Klauseln für alle Rechtsgeschäfte beanstandet, die bei und durch die Nutzung der Dienste der Beklagten begründet werden können (so im Ergebnis auch OLG Hamburg, Urteil vom 19.05.2011 - 10 U 32/09 = Anlage K 17).

2. Die Klage ist in dem vom Landgericht erkannten Umfang gemäß § 1 UKlaG begründet.

a) Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass auf die geltend gemachten Unterlassungsansprüche deutsches Sachrecht Anwendung findet. Dies ergibt sich für Verträge, die nach dem 11. Januar 2009 geschlossen werden, aus Art. 6 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 864/2007 vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom-II-VO) (vgl. EuGH, Urteil vom 28.07.2016 - C-191/15 Rn. 60).

b) Die erste Haupteinwendung der Beklagten, die sich auf alle angegriffenen Klausel bezieht, besteht darin, dass die Beklagte die Anwendbarkeit der §§ 307 ff. BGB schon deswegen für ausgeschlossen hält, weil es sich bei den angegriffenen Regelungen nicht um Allgemeine Geschäftsbedingungen handle. Dieser Einwand ist unbegründet.

Gemäß § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB sind Allgemeine Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt.

aa) Mit ihrer in den Nutzungsbedingungen enthaltenen Erklärung, dass die Nutzung der Dienste voraussetze, dass den Nutzungsbedingungen zugestimmt werde, bringt die Beklagte zum Ausdruck, dass sie ihre Dienste nicht im Rahmen eines unverbindlichen Gefälligkeitsverhältnisses, sondern nur im Rahmen einer rechtlich geregelten, von ihr als „Nutzungsverhältnis“ bezeichneten Sonderverbindung zur Verfügung stellen will. Wenn die Beklagte rechtsgeschäftliche Gestaltungsmacht für die Nutzung ihrer Dienste in Anspruch nimmt und soweit sie damit in geschützte Rechtspositionen Dritter eingreift, muss sie es sich gefallen lassen, dass die von ihr statuierten Regeln einer Inhaltskontrolle am Maßstab der allgemeinen Gesetze unterzogen werden (vgl. BGH, Urteil vom 23.09.2010 – III ZR 246/09 Rn. 24 = BGHZ 187, 86 m.w.N.).

bb) Das gilt namentlich auch für die als „Datenschutzerklärung“ bezeichneten Geschäftsbedingungen der Beklagten. Es ist zwar grundsätzlich richtig, dass die Einhaltung des Datenschutzrechts durch öffentliche Stellen kontrolliert wird (vgl. OLG Düsseldorf, Ur. vom 20.02.2004 - I 7 U 149/03) und private Verbraucherschutzvereine außer in den Fällen des § 2 Abs. 2 Nr. 11 UKlaG nicht mit der Unterlassungsklage nach § 2 UKlaG gegen datenschutzwidrige Praktiken vorgehen können (vgl. u.a. OLG Frankfurt, OLG Frankfurt, Urteil vom 30.06.2005 – 6 U 168/04 = NJW-RR 2005, 1280). Hiervon unberührt bleibt aber die Befugnis der Verbraucherschutzvereine nach § 1 UKlaG, sich gegen die Verwendung unwirksamer Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu wenden. Soweit Unternehmen datenschutzrechtlich relevante Erklärungen in ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufnehmen, unterliegen diese der Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB (vgl. BGH, Urteil vom 16.07.2008 – VIII ZR 348/06 = BGHZ 177, 253 „Payback“).

Der Ansicht der Beklagten, ihre Datenschutzerklärung enthalte reine Informationen und Hinweise, die nicht auf die Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtet seien, kann sich der Senat nicht anschließen. Die Beklagte sagt in ihren Nutzungsbedingungen, dass in ihren Datenschutzbestimmungen erläutert werde, wie sie mit personenbezogenen Daten verfahren, wenn ihre Dienste genutzt würden. Das kann vom Verbraucher nur so verstanden werden, dass er die in den Datenschutzbestimmungen erläuterte Nutzung seiner personenbezogenen Daten hinnehmen muss, wenn er die Dienste der Beklagten in Anspruch nimmt.

Die stillschweigende Hinnahme dieser Erklärung kann allerdings nicht als Einwilligung in die in der Datenschutzerklärung erläuterte Nutzung personenbezogener Daten verstanden werden. Das Berufungsgericht teilt nicht die Ansicht des Landgerichts, dass der Verbraucher durch Anklicken des Kästchens mit dem Text: „Ich stimme den Nutzungsbedingungen von Google zu und habe die Datenschutzerklärung gelesen“ seine Einwilligung in die in der Datenschutzerklärung beschriebene Datennutzung erklärt. Die Erklärung, etwas gelesen zu haben, bedeutet nicht ohne weiteres auch eine Billigung des Gelesenen.

Die in der Datenschutzerklärung niedergelegten Bestimmungen der Beklagten sind aber gerade deswegen als Allgemeine Geschäftsbedingungen anzusehen, weil sie bei dem Verbraucher den (unzutreffenden) Eindruck erwecken, dass er, ob er wolle oder nicht, die in der Datenschutzerklärung beschriebene Praxis zu dulden habe, wenn er die Dienstleistungen der Beklagten in Anspruch nimmt. Der Verbraucher sieht sich damit vor die Wahl gestellt, entweder die beschriebene Praxis der Datennutzung zu dulden oder auf die Inanspruchnahme von Diensten der Beklagten zu verzichten. Damit geht der Hinweis der Beklagten auf die in der Datenschutzerklärung beschriebene Praxis über die bloße Unterrichtung eines tatsächlichen Verhaltens der Beklagten hinaus (vgl. BGH, Urteil vom 03.07.1996 – VIII ZR 221/95 Rn. 20 = BGHZ 133, 184; Senat, Urt. vom 27.12.2018 – 23 U 196/13).

c) Die zweite Haupteinwendung der Beklagten, die sich auf alle angegriffenen Klausel bezieht, besteht darin, dass die Beklagte als Kontrollmaßstab die gesetzlichen Bestimmungen zur Schenkung, Leihe und Verwahrung heranziehen will, da die meisten der von ihr angebotenen Dienste anonym, d.h. ohne namentliche Registrierung und Identifizierung der Nutzer in Anspruch genommen werden könnten und sie ihre Dienste ganz überwiegend („grundsätzlich“) unentgeltlich anbiete.

aa) Dieser Einwand lässt sich nicht dadurch ausräumen, dass die bei der Nutzung der Dienste der Beklagten technisch bedingt anfallenden Daten, die eine Identifizierung des Nutzers ermöglichen, als Gegenleistung (Entgelt) für die in Anspruch genommenen Dienste angesehen werden. Die – mit oder ohne Zutun des Nutzers – von der Beklagten erhobenen Daten können schon deswegen nicht als von ihm erbrachte Gegenleistung angesehen werden, weil der Nutzer der Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten nach dem geltenden Datenschutzrecht jederzeit widersprechen kann (Art. 7 Abs. 3 Satz 1 DSGVO). Eine „Leistung“, die der Betroffene jederzeit zurückziehen kann, ist aber kein taugliches Entgelt. Von einem Entgelt könnte nur die Rede sein, wenn sich der Nutzer zur Einwilligung in die Nutzung seiner Daten verpflichtete. Das wird von der Beklagten aber nicht verlangt.

Der vom Kläger für die gegenteilige Ansicht angeführte Antrag der Fraktion „Bündnis 90/die Grünen“ betreffend die Änderung von § 312 BGB (BT-Dr. 17/13951, S. 59) geht im übrigen ebenfalls davon aus, dass ein „Bezahlen“ mit Daten die Leistung des Unternehmers nicht zu einer entgeltlichen macht.

bb) Der Hinweis der Beklagten auf die Unentgeltlichkeit der meisten von ihr angebotenen Dienstleistungen führt in der Sache deswegen nicht weiter, weil die Beklagte in den angegriffenen Klauseln nicht zwischen kostenlosen und entgeltlichen Diensten differenziert. Die beanstandeten Klauseln sollen vielmehr für alle angebotenen Dienste („für unsere Dienste“) gelten. Wenn die Klauseln für entgeltliche und unentgeltliche Verträge gleichermaßen gelten sollen, müssen sie auch einer Überprüfung am Maßstab der auf entgeltliche Verträge anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen standhalten. Der von der Beklagten ins Feld geführte Einwand, dass die durch Nutzung ihrer Dienste entstehenden Rechtsbeziehungen in der Mehrzahl als unentgeltliche Schuldverhältnisse zu qualifizieren und als solche an den insoweit geltenden Bestimmungen zu messen seien, ist im Ansatz zwar richtig. Dies führt aber nicht dazu, dass Klauseln, die auch für entgeltliche Schuldverhältnisse Geltung beanspruchen, nur noch am Maßstab der auf

unentgeltliche Schuldverhältnisse anzuwendenden gesetzlichen Bestimmungen zu überprüfen sind.

3. Nach vorstehenden, für alle angegriffenen Klauseln geltenden Grundsätzen ergibt sich für die einzelnen beanstandeten Klauseln folgendes:

A. Nutzungsbedingungen

1. Wir können die Bereitstellung unserer Dienste an Sie aussetzen oder einstellen, wenn Sie gegen unsere Nutzungsbedingungen oder Richtlinien verstoßen oder wenn wir ein mutmaßliches Fehlverhalten untersuchen.

Das Landgericht hat zutreffend einen Verstoß gegen §§ 307 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1, 314 BGB erkannt. Die Klausel weicht erheblich von grundlegenden Wertungen der gesetzlichen Regelung ab. Denn nach § 314 Abs. 1 BGB ist die einseitige Beendigung von Dauerschuldverhältnissen nur zulässig, wenn eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht zumutbar ist. Außerdem muss dem Vertragspartner gemäß § 314 Abs. 2 BGB vor einer Kündigung Gelegenheit gegeben werden, sein vertragswidriges Verhalten einzustellen. Überzeugende Gründe, warum die in der Klausel liegende Benachteiligung des Verbrauchers angemessen sei, hat die Beklagte nicht vorgebracht.

Der Einwand der Beklagten, dass es ihr erlaubt sein müsse, kostenlose Dienste, auf deren Nutzung kein Anspruch bestehe, nach ihrem Belieben jederzeit einzustellen, ist im Ansatz berechtigt, aber im Ergebnis unerheblich. Denn die Klausel beansprucht Geltung nicht nur für solche Dienste, sondern für sämtliche Dienstleistungen der Beklagten, also auch solche, die die Beklagte aufgrund eines Vertragsverhältnisses – mit oder ohne Entgelt – erbringt. Eine geltungserhaltende Reduktion der Klausel auf den gesetzlich zulässigen Inhalt ist ausgeschlossen, da sie nicht teilbar ist. Sie könnte nur durch Hinzufügung von Einschränkungen zulässig gemacht werden.

2. Wir behalten uns das Recht vor, Inhalte auf ihre Rechtswidrigkeit oder auf die Verletzung von Richtlinien hin zu prüfen. Wir können Inhalte entfernen oder deren Darstellung ablehnen, wenn wir berechtigterweise davon ausgehen können, dass sie gegen unsere Richtlinien oder geltendes Recht verstoßen.

Die Verwendung dieser Klausel ist der Beklagten bereits rechtskräftig untersagt worden. Die Klausel entspricht inhaltlich der früheren Klausel 8.3, die das Landgericht Hamburg rechtskräftig für unwirksam erklärt hat. Diese Klausel lautete:

(8.3) Google 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.

Die der Neufassung hinzugefügte Einschränkung, dass Inhalte nur dann entfernt oder ihre Darstellung abgelehnt werden können, wenn die Beklagte berechtigterweise davon ausgehen könne, dass die Inhalte gegen ihre Richtlinien oder geltendes Recht verstießen, lässt den verbotenen Kern der Regelung unberührt. Denn es werden weiterhin keine objektiven Voraussetzungen für die Löschung von Inhalten benannt, sondern allein die nicht überprüfbare Einschätzung der Beklagten zum Maßstab gemacht.

Die Klausel lässt sich nicht damit rechtfertigen, dass die Beklagte im Einzelfall auf Grund gesetzlicher Bestimmungen zur Löschung von Inhalten verpflichtet sein könnte. Denn in diesen Fällen ergibt sich das Recht zur Löschung bereits aus der gesetzlichen Verpflichtung; es bedarf dazu keiner Regelung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

3. Wir verändern und optimieren unsere Dienste fortlaufend. So können wir unter Berücksichtigung der jeweiligen Interessen beispielsweise Funktionen oder Features hinzufügen oder entfernen oder zusätzliche oder neue Beschränkungen für unsere Dienste einführen. [Sie können die Nutzung unserer Dienste jederzeit beenden, auch wenn wir dies be dauern würden. Ihre Daten gehören Ihnen und wir halten es für wichtig, dass Sie auf diese Daten zugreifen können.] Sollten wir einen Dienst einstellen, werden wir, sofern vernünftigerweise möglich, Sie im Voraus darüber informieren und Ihnen unter Berücksichtigung der jeweiligen Interessen die Möglichkeit und ausreichend Zeit geben, Ihre Daten aus diesem Dienst zu exportieren.

Das Landgericht hat zutreffend einen Verstoß gegen § 308 Nr. 4 BGB erkannt. Soweit die Beklagte sich vertraglich – mit oder ohne Entgelt – zu Dienstleistungen verpflichtet, kann sie sich ein Recht, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, nur unter der Voraussetzung ausbedingen, dass die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist. Die Beklagte will das Recht zur Leistungsänderung aber ohne jede Rücksicht auf die Belange des Kunden in Anspruch nehmen. Durch die dem Kunden zugesagte Information und die ihm eingeräumte Möglichkeit, auf die Dienstleistung unter Mitnahme seiner Daten zu verzichten, wird die einseitige Einstellung der Dienstleistung nicht kompensiert.

4. In Fällen von einfacher Fahrlässigkeit haften [sowohl Sie als] auch Google, die mit Google verbundenen Unternehmen sowie die Lieferanten und Vertriebspartner von Google nur für die Verletzung von Kardinalpflichten. In diesen Fällen ist die Haftung begrenzt auf die typischen und zum Zeitpunkt der Nutzung der Dienste vorhersehbaren Schäden.

Das Landgericht hat zutreffend einen Verstoß gegen § 309 Nr. 7 a) BGB erkannt.

Gemäß § 309 Nr. 7 a) BGB ist eine Begrenzung der Haftung für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, die auf einer fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders oder einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Pflichtverletzung eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen des Verwenders beruhen, ausgeschlossen. Das Gesetz unterscheidet insoweit nicht zwischen der Haftung für die Verletzung von Kardinalpflichten und Nebenpflichten. Mit der angegriffenen Klausel will die Beklagte sich aber von der Haftung für eine fahrlässige Verletzung von Nebenpflichten freizeichnen. Sie will ihre Haftung außerdem insgesamt auf typische und voraussehbare Schäden einschränken, was eine Begrenzung der gesetzlichen Haftung bedeutet. Denn die gesetzliche Fahrlässigkeitshaftung setzt nur die Voraussehbarkeit der Gefahr, nicht aber die Voraussehbarkeit der weiteren Schadensentwicklung voraus (vgl. BGH, Urteil vom 10.11.1992 – VI ZR 45/92 Rn. 12).

Der Einwand der Beklagten, dass Schäden an Leib und Leben im Zusammenhang mit ihren Dienstleistungen kaum in Betracht kommen dürften, ist unerheblich. Denn sie sind jedenfalls nicht gänzlich ausgeschlossen und im Hinblick auf die schwerwiegenden Folgen, die ein Missbrauch von Daten nach sich ziehen kann, auch nicht gänzlich fern liegend. Die Beklagte will aber auch für diese Fälle ihre Haftung in unzulässiger Weise begrenzen.

Ob die Klausel auch wegen der Unbestimmtheit des Begriffs „Kardinalpflicht“ unwirksam ist, kann dahinstehen.

5. Google kann diese Nutzungsbedingungen oder etwaige zusätzliche Bedingungen für einen jeweiligen Dienst in zumutbarer Weise anpassen, um beispielsweise Änderungen der rechtlichen Rahmenbedingungen oder Änderungen unserer Dienste zu berücksichtigen. Sie sollten diese Nutzungsbedingungen daher regelmäßig überprüfen. Wir werden Hinweise auf Änderungen dieser Nutzungsbedingungen auf dieser Seite veröffentlichen. Hinweise auf Änderungen an zusätzlichen Bedingungen werden wir innerhalb des betreffenden Dienstes veröffentlichen. [Änderungen gelten nicht rückwirkend] und werden frühestens 14

Tage nach ihrer Veröffentlichung wirksam. [Änderungen hinsichtlich einer neuen Funktion für einen Dienst oder Änderungen aus rechtlichen Gründen sind jedoch sofort wirksam. Wenn Sie den geänderten Nutzungsbedingungen eines Dienstes nicht zustimmen, müssen Sie die Nutzung dieses Dienstes einstellen.]

6. [Google kann diese Nutzungsbedingungen oder etwaige zusätzliche Bedingungen für einen jeweiligen Dienst in zumutbarer Weise anpassen, um beispielsweise Änderungen der rechtlichen Rahmenbedingungen oder Änderungen unserer Dienste zu berücksichtigen. Sie sollten diese Nutzungsbedingungen daher regelmäßig überprüfen. Wir werden Hinweise auf Änderungen dieser Nutzungsbedingungen auf dieser Seite veröffentlichen. Hinweise auf Änderungen an zusätzlichen Bedingungen werden wir innerhalb des betreffenden Dienstes veröffentlichen. Änderungen gelten nicht rückwirkend] und werden frühestens 14 Tage nach ihrer Veröffentlichung wirksam.] Änderungen hinsichtlich einer neuen Funktion für einen Dienst oder Änderungen aus rechtlichen Gründen sind jedoch sofort wirksam. Wenn Sie den geänderten Nutzungsbedingungen eines Dienstes nicht zustimmen, müssen Sie die Nutzung dieses Dienstes einstellen.

Die Verwendung dieser Klausel ist der Beklagten bereits rechtskräftig untersagt worden. Die Klauseln entsprechen inhaltlich den früheren Klauseln 19.1 und 19.2., die das Landgericht Hamburg rechtskräftig für unwirksam erklärt hat. Diese Klauseln lauteten:

(19.1) Google kann die Allgemeinen Bedingungen oder die Zusatzbedingungen ggf. ändern. Sollten Änderungen erfolgt sein, stellt Ihnen Google die aktualisierte Fassung der Allgemeinen Bedingungen unter <http://www.google.com/accounts/TOS7hNde> zur Verfügung; neu gefasste Zusatzbedingungen werden Ihnen in den oder über die betroffenen Services zur Verfügung gestellt.

(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 Google als Annahme der aktualisierten Allgemeinen Bedingungen bzw. Zusatzbedingungen ausgelegt wird.

Die der Neufassung hinzugefügte Einschränkung, dass Anpassungen nur in zumutbarer Weise vorgenommen werden können, um beispielsweise Änderungen der rechtlichen Rahmenbedingungen oder Änderungen der Dienste zu berücksichtigen, lässt den verbotenen Kern der Regelung unberührt. Denn es bleibt weiterhin unbestimmt, unter welchen konkreten Voraussetzungen und in welchem Umfang die Beklagte zur einseitigen Änderung ihrer Geschäftsbedingungen berechtigt sein soll. Die Verbraucher sind jeder Beurteilung der Beklagten über die Richtigkeit und Notwendigkeit einer Anpassung ausgeliefert, ohne dass vor Vertragsschluss oder auch nur danach vorhergesehen werden kann, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang ihm zusätzliche Belastungen auferlegt werden (vgl. BGH, Urt. vom 08.10.1997 – IV ZR 220/96 Rn. 35 = BGHZ 136, 394).

Auch das Hinausschieben des Wirksamwerdens geänderter Geschäftsbedingungen ändert nichts daran, dass diese vom Zeitpunkt des Inkrafttretens an ohne Einwilligung des Verbrauchers für ihn verbindlich sein sollen.

7. Im Falle eines Widerspruchs zwischen diesen Nutzungsbedingungen und zusätzlichen Bedingungen haben die zusätzlichen Bedingungen im Einzelfall Vorrang.

Das Landgericht hat diese Klausel zu Recht wegen Verletzung des Transparenzgebots (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) für unwirksam erachtet. Die Klausel entspricht zwar dem allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass die speziellere Regelung der allgemeinen Regelung vorgeht, und ist als solche nicht intransparent, sondern klar und verständlich. Auch ist die Zulässigkeit gestaffelter Klauselwerke in Schrifttum und Rechtsprechung grundsätzlich anerkannt (vgl. BGH, Urteil vom JV 531

21.06.1990 – VII ZR 308/89 Rn. 17 = BGHZ 111, 388). Die Staffelterweisung wird allerdings dann unzulässig, wenn die Verwendung mehrerer Klauselwerke wegen des unklaren Verhältnisses konkurrierender Regelungen zur Unverständlichkeit führt; denn das durch Verweisung geschaffene Regelwerk darf nicht so komplex werden, dass es für den Vertragspartner nicht mehr durchschaubar ist (vgl. BGH a.a.O. Rn. 18). Wenn das in Bezug genommene Regelwerk in tatsächlicher Hinsicht unübersichtlich und in rechtlicher Beziehung undurchdringlich wird, weil es ganz oder überwiegend unwirksame Bestimmungen enthält, kann dies im Ausnahmefall dazu führen, dass nicht nur einzelne Klauseln des Regelwerks, sondern auch die Verweisungsklausel selbst das Transparenzgebot verletzt (vgl. BGH a.a.O. Rn. 31). Wegen der Vielzahl unwirksamer Klauseln in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten liegt hier ein solcher Ausnahmefall vor.

B. Datenschutzerklärung

Die von dem Kläger beanstandeten Klauseln 1 bis 13 benachteiligen Verbraucher unangemessen, weil sie mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird (Art. 6 Abs. 1 DSGVO, Art. 17 Abs. 1 DSGVO), nicht zu vereinbaren sind (§ 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB). Die Beklagte räumt sich in den beanstandeten Klauseln ein Recht zur Verarbeitung personenbezogener Daten ohne Einwilligung des Betroffenen ein, obwohl keiner der Erlaubnistatbestände des Art. 6 Abs. 1 b) bis f) DSGVO vorliegt.

a) Der Senat hat zur Beurteilung der Frage, ob die beanstandeten Klauseln von gesetzlichen Regelungen abweichen, die seit dem 25. Mai 2018 unmittelbar geltende Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), ABl. L 119 vom 4. Mai 2016, S. 1) heranzuziehen. Denn Maßstab für die Überprüfung eines erstinstanzlichen Urteils ist die Rechtslage im Zeitpunkt der Berufungsentscheidung. Zu berücksichtigen ist dabei auch ein erst nach Erlass der erstinstanzlichen Entscheidung geltendes Gesetz, sofern es nach seinem zeitlichen Geltungswillen das streitige Rechtsverhältnis erfasst. Dies ist hier der Fall. Das Klagebegehren der Klägerin zielt auf eine künftige Handlung der Beklagten, die zeitlich nach dem Anwendungsbeginn der Verordnung vorzunehmen sein wird und deshalb an deren Vorgaben zu messen ist. Denn sie gilt gemäß Art. 99 Abs. 2 DSGVO ab dem 25. Mai 2018 unmittelbar in allen Mitgliedstaaten. Aus Art. 99 in Verbindung mit Erwägungsgrund 171 Satz 3 der DSGVO ergibt sich, dass sie ab diesem Zeitpunkt uneingeschränkt für Datenverarbeitungsvorgänge Anwendung findet. Selbst Verarbeitungen, die zu diesem Zeitpunkt bereits begonnen haben, sollen binnen zwei Jahren nach dem Inkrafttreten (24. Mai 2016, vgl. Art. 99 Abs. 1 DS-GVO); mithin bis zum Anwendungsbeginn, mit der Verordnung in Einklang gebracht werden. Ab diesem Zeitpunkt verdrängt die Verordnung in ihrem Anwendungsbereich die nationalen Gesetze (vgl. zum Vorrang ausdrücklich § 1 Abs. 5 BDSG in der Fassung des Gesetzes zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 vom 30. Juni 2017, BGBl. I, S. 2097). Die DSGVO ist gemäß Art. 3 Abs. 2 a) auch auf die Verarbeitung personenbezogener Daten durch die in Kalifornien ansässige Beklagte anwendbar.

b) Gemäß Art. 6 Abs. 1 DSGVO ist die Verarbeitung, also das Erheben, das Erfassen, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, die Anpassung, die Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Verwendung, die Übermittlung, die Verbreitung, die Bereitstellung, der Abgleich, die Verknüpfung, die Einschränkung, das Löschen oder die Vernichtung von Daten (Art. 4 Nr. 2 DSGVO) nur rechtmäßig, wenn mindestens eine der dort beschriebenen Voraussetzungen (Buchstaben a bis f) vorliegt.

Gemäß Art. 6 Abs. 1 a) DSGVO ist die Verarbeitung von Daten rechtmäßig, wenn die betroffene Person ihre Einwilligung zu der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten für einen oder mehrere bestimmte Zwecke gegeben hat.

Wie die Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 lit. a) DSGVO zu erklären ist, ist höchstrichterlich nicht abschließend geklärt. Nach Erwägungsgrund 32 der Verordnung (EU) 2016/679 (DSGVO) soll die Einwilligung durch eine eindeutige bestätigende Handlung erfolgen, mit der freiwillig, für den konkreten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich bekundet wird, dass die betroffene Person mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist, etwa in Form einer schriftlichen Erklärung, die auch elektronisch erfolgen kann, oder einer mündlichen Erklärung, durch Anklicken eines Kästchens beim Besuch einer Internetseite, durch die Auswahl technischer Einstellungen für Dienste der Informationsgesellschaft oder durch eine andere Erklärung oder Verhaltensweise, mit der die betroffene Person in dem jeweiligen Kontext eindeutig ihr Einverständnis mit der beabsichtigten Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten signalisiert. Stillschweigen, bereits angekreuzte Kästchen oder Untätigkeit der betroffenen Person sollen hingegen keine Einwilligung darstellen.

Nach diesen Grundsätzen kann die bloß einseitige Verlautbarung bestimmter Datenverarbeitungspraktiken durch einen Klauselverwender keine Einwilligung des Betroffenen darstellen. Die Unterrichtung über Datenverarbeitungspraktiken, die sich die Beklagte selbst erlaubt und die ihre Kunden ungefragt hinzunehmen haben, ersetzt nicht deren Einwilligung. Das Ankreuzen des Kästchens mit dem Text: „Ich stimme den Nutzungsbedingungen von Google zu und habe die Datenschutzerklärung gelesen“ kann, wie ausgeführt, nicht als Einwilligung verstanden werden.

Der Einwand der Beklagten, dass sie erforderliche Einwilligungserklärungen an anderer Stelle, zum Beispiel im Rahmen des Anmeldeprozesses einhole, ist unerheblich, nicht nur weil dieses Vorbringen angesichts der Vielzahl der angebotenen Dienste unsubstantiiert ist, sondern schon deswegen, weil diese separaten Einwilligungserklärungen in den allgemeinen Nutzungsbedingungen nicht erwähnt werden. Die in der Datenschutzerklärung andeutungsweise enthaltenen Einschränkungen („möglicherweise“, „gegebenenfalls“, „unter Umständen“) können nicht als Hinweis auf separat zu erteilende Einwilligungserklärungen verstanden werden. Die Klauseln der Datenschutzerklärung vermitteln dem Verbraucher vielmehr den Eindruck, dass die dargestellten Datenverarbeitungspraktiken seiner Einwilligung nicht bedürfen und auch ohne sie ohne weiteres zulässig sind.

Der Einwand der Beklagten, sie könne nicht pflichtgemäß über ihre Datenverarbeitungspraxis informieren, wenn ihr die Verwendung informatorischer Klauseln untersagt werde, ist nicht stichhaltig. Es ist der Beklagten erlaubt und sogar geboten, über rechtmäßige Datenverarbeitungspraktiken vollständig und zutreffend zu informieren. Es ist ihr aber verboten, Daten rechtswidrig ohne Einwilligung des Betroffenen zu verarbeiten und in Gestalt einer Datenschutzerklärung den unzutreffenden Eindruck zu erwecken, dass diese Praxis erlaubt und von dem betroffenen Nutzer widerspruchslos hinzunehmen sei. Die Beklagte führt selbst als Beispiel einer zulässigen Information den letzten Satz der Ziffer 9 ihrer Datenschutzerklärung an, in dem sie erklärt, dass sie ohne ausdrückliche Einwilligung keine Informationen von DoubleClick-Cookies mit personenbezogenen Daten verknüpfen werde. Diese Klausel ist dementsprechend vom Kläger auch nicht beanstandet worden. Unzulässig und vom Kläger zu Recht beanstandet sind aber Klauseln, in denen die Beklagte über einwilligungsbedürftige Datenverarbeitungspraktiken informiert, ohne zuvor die erforderliche Einwilligung des Nutzers eingeholt zu haben oder darauf hinzuweisen, dass die beschriebene Datenverarbeitung nur stattfindet, wenn der Nutzer seine Einwilligung dazu erklärt.

Nach Vorstehendem gilt für die einzelnen angefochtenen Klauseln der Datenschutzerklärung folgendes:

1. Wir erfassen möglicherweise Informationen über die von Ihnen genutzten Dienste und die Art und Weise, wie Sie diese nutzen, beispielsweise wenn Sie eine Website besuchen, auf der unsere Werbedienste verwendet werden oder wenn Sie unsere Werbung und unsere Inhalte ansehen und damit interagieren.

2. Wir erfassen möglicherweise gerätespezifische Informationen (beispielsweise das von Ihnen verwendete Hardware-Modell, die Version des Betriebssystems, eindeutige Gerätekennungen und Informationen über mobile Netzwerke, ein schließlich ihrer Telefonnummer). Google verknüpft Ihre Gerätekennungen oder Telefonnummer gegebenenfalls mit Ihrem Google-Konto.

3. Bei der Nutzung standortbezogener Google-Dienste erheben und verarbeiten wir möglicherweise Informationen über Ihren tatsächlichen Standort, wie zum Beispiel die von einem Mobilfunkgerät gesendeten GPS-Signale. Darüber hinaus verwenden wir zur Standortbestimmung verschiedene Technologien, wie zum Beispiel Sensordaten Ihres Geräts, die beispielsweise Informationen über nahegelegene WLAN-Zugänge oder Sendemasten enthalten können.

4. Gegebenenfalls erheben und speichern wir Informationen (einschließlich personenbezogene Daten) lokal auf Ihrem Gerät, indem wir Mechanismen wie beispielsweise den Webspeicher Ihres Browsers (einschließlich HTML 5) und Applikationsdaten-Caches nutzen.

5. Wir verwenden verschiedene Technologien, um Informationen zu erheben und zu speichern, wenn Sie einen Google-Dienst aufrufen, darunter auch die Versendung von einem oder mehreren Cookies oder anonymen Kennungen an Ihr Gerät. Darüber hinaus verwenden wir Cookies und anonyme Kennungen auch, wenn Sie mit Diensten interagieren, die wir unseren Geschäftspartnern anbieten, wie beispielsweise Werbedienste oder Google-Funktionen, die auf anderen Webseiten angezeigt werden.

6. [Wir nutzen die im Rahmen unserer Dienste erhobenen Informationen zur Bereitstellung, zur Instandhaltung, zum Schutz sowie zur Verbesserung dieser Dienste, zur Entwicklung neuer Dienste und zum Schutz von Google und unseren Nutzern.] Wir nutzen diese Informationen außerdem um Ihnen maßgeschneiderte Inhalte anzubieten - beispielsweise um Ihnen [relevantere Suchergebnisse und] Werbung zur Verfügung zu stellen.

7. Wir verwenden den von Ihnen für Ihr Google-Profil angegebenen Namen möglicherweise für alle von uns angebotenen Dienste, die ein Google-Konto erfordern. Darüber hinaus ersetzen wir möglicherweise Namen, die in der Vergangenheit mit Ihrem Google-Konto verknüpft waren, damit Sie in all unseren Diensten einheitlich geführt werden. Wenn andere Nutzer bereits über Ihre E-Mail-Adresse oder andere Sie identifizierende Daten verfügen, werden wir diesen Nutzern gegebenenfalls die öffentlich zugänglichen Informationen Ihres Google-Profiles, wie beispielsweise Ihren Namen und Ihr Foto, anzeigen.

8. Wenn Sie Google kontaktieren, zeichnen wir möglicherweise Ihre Kommunikation auf, um Ihnen bei der Lösung etwaiger bei Ihnen auftretender Probleme behilflich zu sein. Mitteilungen zu Ihrer Nutzung unserer Dienste, einschließlich Mitteilungen zu anstehenden Veränderungen oder Verbesserungen übermitteln wir Ihnen gegebenenfalls unter Verwendung Ihrer E-Mail-Adresse.

Die Klauseln 1 bis 8 sind unwirksam, weil sich die Beklagte darin ein Recht zur Verarbeitung personenbezogener Daten ohne Einwilligung des Betroffenen ausbedingt, obwohl keiner der Erlaubnistatbestände des Art. 6 Abs. 1 b) bis f) DSGVO vorliegt.

Der neben der Einwilligung des Betroffenen (Art. 6 Abs. 1 a) DSGVO) einzig in Betracht kommende Erlaubnistatbestand ist Art. 6 Abs. 1 b) DSGVO. Danach ist die Verarbeitung personenbezogener Daten erlaubt, wenn sie für die Erfüllung eines Vertrags, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, oder zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen

erforderlich ist, die auf Anfrage der betroffenen Person erfolgen. Dieser Tatbestand mag in einzelnen der in den Klauseln 1 bis 8 erfassten Fälle vorliegen. Die Klauseln 1 bis 8 sind aber inhaltlich nicht auf Fälle beschränkt, in denen dieser Erlaubnistatbestand vorliegt. Die Klauseln gestatten der Beklagten auch eine Verarbeitung personenbezogener Daten, wenn diese zur Vertragserfüllung nicht erforderlich ist. Dass die Beklagte personenbezogene Daten auch zu vertragsfremden Zwecken verarbeiten will, wird in Klausel 5 ausdrücklich gesagt. Denn auch bei den an Geschäftspartner zu Werbezwecken übermittelten „anonymen Kennungen“ handelt es sich um personenbezogene Daten im Sinne von Art. 4 Nr. 1 DSGVO. Um eine Person zu identifizieren, ist es nicht erforderlich, sie namentlich zu benennen. Es reicht aus, sie durch anonyme (namenlose) Kennungen verfolgbar zu machen.

Das Regelwerk der Klauseln 1 bis 8 ist in seiner Gesamtheit ferner auch deswegen unwirksam, weil es wegen des unklaren Verhältnisses konkurrierender Regelungen für den durchschnittlichen Leser nicht mehr durchschaubar und im Ergebnis unverständlich ist. Das Klauselwerk ist so verschachtelt und redundant ausgestaltet, dass nur nach eingehender rechtskundiger Prüfung erkennbar wird, welche Sachverhalte von den einzelnen Klauseln jeweils erfasst sein sollen. Der durchschnittliche Verbraucher wird bei der Lektüre des unverständlichen Klauselwerks resignieren und sie mit dem Eindruck beenden, dass der Beklagten letztlich jedwede Nutzung der von ihr erhobenen oder ihr überlassenen personenbezogener Daten erlaubt ist, die sie aus irgendwelchen Gründen für zweckmäßig hält. Wenn ein Regelwerk so komplex wird, dass es für den Vertragspartner nicht mehr durchschaubar ist, ist es insgesamt unwirksam (vgl. BGH, Urteil vom 21.06.1990 – VII ZR 308/89 Rn. 18 = BGHZ 111, 388).

9. Unter Umständen verknüpfen wir personenbezogene Daten aus einem Dienst mit Informationen und personenbezogenen Daten aus anderen Google-Diensten. [Dadurch vereinfachen wir Ihnen beispielsweise das Teilen von Inhalten mit Freunden und Bekannten. Wir werden keine Informationen von DoubleClick-Cookies mit personenbezogenen Daten verknüpfen, es sei denn, wir haben diesbezüglich Ihre ausdrückliche Einwilligung erhalten.]

Die Verwendung dieser Klausel ist der Beklagten bereits rechtskräftig untersagt worden. Die Klausel entspricht inhaltlich der Klausel, die das Landgericht Hamburg in Ziffer 6 der Urteilsformel rechtskräftig für unwirksam erklärt hat. Diese Klausel lautete:

Wir können die Daten, die Sie unter Ihrem Account angeben, mit Daten von anderen Google-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.

In der Neufassung der Klausel geht die Beklagte noch über das ihr bereits Verbotene hinaus, indem sie nicht nur die unter dem Account angegebenen personenbezogenen Daten, sondern personenbezogene Daten aus allen Diensten in den Anwendungsbereich miteinbezieht. Der Verzicht auf eine Verknüpfung mit Daten von anderen Unternehmen macht die Klausel nicht wirksam.

10. Wir sind bestrebt, unsere Dienste auf eine Art und Weise bereitzustellen, durch die die Daten vor zufälliger oder mutwilliger Zerstörung geschützt sind. Aus diesem Grund löschen wir möglicherweise verbliebene Vervielfältigungsstücke von Daten, die Sie aus unseren Diensten gelöscht haben, nicht sofort von unseren aktiven Servern und entfernen diese Daten nicht von unseren Sicherungssystemen.

Die Klausel ist wegen Verstoß gegen Art. 17 Abs. 1 DSGVO unwirksam. Sie erfasst ihrem Wortlaut nach nicht nur Daten, die der Benutzer in eine der von der Beklagten bereitgestellten Applikationen eingegeben hat und die möglicherweise keinen Personenbezug aufweisen, sondern auch personenbezogene Daten, die der Nutzer der Beklagten bei seiner Registrierung oder bei

Änderungen seines Benutzerprofils zur Verfügung gestellt hat. Von diesen Daten darf die Beklagte nur in den in Art. 17 DSGVO genannten, in der Klausel aber nicht vorausgesetzten Fällen Kopien zurückbehalten, wenn der Nutzer die Löschung verlangt. Wenn der Nutzer selbst personenbezogene Daten auf den dafür vorgesehenen Webseiten löscht, bringt er damit regelmäßig zum Ausdruck, dass niemand, auch nicht die Beklagte auf diese Daten noch Zugriff haben soll. Der Wunsch der Beklagten, den Nutzer vor einem zufälligen, ungewollten Datenverlust zu schützen, rechtfertigt es nicht, von ihm zurückgezogene Daten gegen seinen erklärten Willen weiter zu speichern. Ein derartiger Service wäre nur mit Einwilligung des Nutzers erlaubt.

11. Wir werden personenbezogene Daten an Unternehmen, Organisationen oder Personen außerhalb von Google weitergeben, wenn wir nach Treu und Glauben davon ausgehen dürfen, dass der Zugriff auf diese Daten oder ihre Nutzung, Aufbewahrung oder Weitergabe vernünftigerweise notwendig ist,

0 um anwendbare Gesetze, Regelungen, oder anwendbares Verfahrensrecht einzuhalten oder einer vollstreckbaren behördlichen Anordnung nachzukommen

0 geltende Nutzungsbedingungen durchzusetzen, einschließlich der Untersuchung möglicher Verstöße

0 Betrug, Sicherheitsmängel oder technische Probleme aufzudecken, zu verhindern oder anderweitig zu bekämpfen

0 die Rechte, das Eigentum oder die Sicherheit von Google, unserer Nutzer oder der Öffentlichkeit vor Schaden zu schützen, soweit gesetzlich zulässig oder erforderlich.

Das Landgericht Hamburg hat der Beklagten durch rechtskräftiges Urteil vom 07.08.2009 die Verwendung folgender Klausel untersagt:

[Weitergabe von Daten

Google gibt personenbezogene Daten nur unter den nachfolgend beschriebenen Voraussetzungen an Dritte außerhalb von Google weiter.]

Wenn solche Daten an unsere Tochtergesellschaften, verbundenen Unternehmen oder andere vertrauenswürdige Unternehmen oder Personen zum Zwecke der Verarbeitung personenbezogener Daten in unserem Auftrag weiter gegeben 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 hier angegriffene Klausel enthält demgegenüber mehrere Einschränkungen. Die vorgenommenen Anpassungen reichen aber nicht aus. Die Klausel ist weiterhin unwirksam.

Die Übermittlung personenbezogener Daten an Dritte, ist gemäß Art. 6 Abs. 1 DSGVO nur rechtmäßig, wenn einer der dort enumerierten Tatbestände vorliegt. Es genügt nicht, dass der Verwender, wie es die Beklagte für sich in Anspruch nimmt, nur „nach Treu und Glauben davon ausgehen“ darf, dass ein Erlaubnistatbestand vorliegt.

Im übrigen sind die in der Klausel angeführten Fälle auch nur teilweise durch Art. 6 Abs. 1 c) und f) DSGVO gedeckt. Die Tatbestände der Art. 6 Abs. 1 d) und e) DSGVO können offensichtlich nicht zur Rechtfertigung der Klauseltatbestände herangezogen werden.

Art. 6 Abs. 1 c) DSGVO erlaubt die Datenverarbeitung zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung, der der Verantwortliche unterliegt. Damit wäre der in der Klausel zuerst genannte

Fall abgedeckt, wenn die Beklagte ihn als objektive Voraussetzung definierte und nicht an ihre subjektive Einschätzung knüpfte.

Art. 6 Abs. 1 c) DSGVO erlaubt die Datenverarbeitung zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen, insbesondere dann, wenn es sich bei der betroffenen Person um ein Kind handelt.

Eine Datenübermittlung zur Durchsetzung von Nutzungsbedingungen oder zur Untersuchung möglicher Verstöße (Klauselfall 2) fällt nicht unter diesen Tatbestand. Ob eine Datenübermittlung zur Aufdeckung, Verhinderung oder Bekämpfung von Betrug, Sicherheitsmängel oder technischen Problemen (Klauselfall 3) als Wahrnehmung berechtigter, den Schutzanspruch des Betroffenen überwiegender Interessen angesehen werden kann, ist eine Frage des Einzelfalls. Eine Klausel, die die Übermittlung von Daten an Dritte in diesen Fällen generell und ohne Berücksichtigung entgegenstehender Interessen des Betroffenen erlaubt, ist jedenfalls unwirksam. Eine Datenübermittlung zum Schutz von Rechten, Eigentum oder Sicherheit der Beklagten, ihrer Nutzer oder der Öffentlichkeit (Klauselfall 4), wäre ebenfalls nur zulässig, wenn sie erst nach Abwägung entgegenstehender Interessen stattfände.

Hinsichtlich der vierten Fallvariante ist die Klausel im übrigen bereits deswegen nach § 307 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB unwirksam, weil sie durch den Verweis auf das gesetzlich Erlaubte gegen das Verständlichkeitsgebot verstößt. Der Verwender kann, worauf der Gebrauch einer salvatorischen Klausel hinausläuft, die Gerichte nicht ermächtigen, eine pauschal und unsorgfältig gefasste Klausel auf das gesetzlich zulässige Maß zu beschränken und ihr damit überhaupt erst einen bestimmten Inhalt zu geben (vgl. BGH, Urteil vom 05.05.2015 - XI ZR 214/14 Rn. 16).

12. Falls Google an einem Unternehmenszusammenschluss, einem Unternehmenserwerb oder einem Verkauf von Vermögensgegenständen beteiligt ist, werden wir weiterhin dafür sorgen, die Vertraulichkeit jeglicher personenbezogener Daten sicherzustellen und wir werden betroffene Nutzer benachrichtigen, bevor personenbezogene Daten übermittelt [oder Gegenstand einer anderen Datenschutzerklärung] werden.

Die Klausel ist unwirksam, weil die Beklagte mit ihr das Recht in Anspruch nimmt, ohne Einwilligung des Betroffenen personenbezogene Daten an Dritte weiterzugeben. Dieses Vorgehen wäre durch Art. 6 Abs. 1 c) DSGVO allenfalls dann gedeckt, wenn nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen. Nach dem Inhalt der Klausel soll aber hiervon unabhängig ein Recht zur Weitergabe von Daten bestehen. Darüber hinaus kann es in Fällen eines Unternehmenserwerbs oder eines Verkaufs von Vermögensgegenständen zweifelhaft sein, ob überhaupt ein berechtigtes Interesse an der Datenübermittlung besteht.

13. Unsere Datenschutzerklärung kann sich von Zeit zu Zeit ändern. [Wir werden Ihre Rechte nach dieser Datenschutzerklärung nicht ohne Ihre ausdrückliche Einwilligung einschränken.] Alle Änderungen der Datenschutzerklärung werden von uns auf dieser Seite veröffentlicht werden. Falls die Änderungen wesentlich sein sollten, werden wir eine noch deutlichere Benachrichtigung zur Verfügung stellen (einschließlich, im Falle bestimmter Dienste, einer Benachrichtigung per E-Mail über die Änderungen der Datenschutzerklärung).

Die Klausel ist aus denselben Gründen unwirksam wie die Klauseln A.5 und A.6. Da es sich, wie ausgeführt, bei den in der Datenschutzerklärung niedergelegten Bestimmungen um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, gilt das zu den Klauseln A.5 und A.6 Gesagte entsprechend.

C. Vereinbarungen über die Nutzung eines Marktplatzes im Internet

1. [Ihre Verwendung von Android Market unterliegt Ihrer Zustimmung zu den nachfolgend dargelegten Richtlinien.] Diese können von Zeit zu Zeit aktualisiert werden.

Die Klausel ist aus denselben Gründen unwirksam wie die Klauseln A.5 und A.6 (s. oben).

2. [Entfernung von Produkten: Unter Umständen kann Google feststellen, dass ein Produkt in Android Market gegen den Entwickler-Distributionsvertrag von Android Market oder gegen sonstige Rechtsverträge, Gesetze, Bestimmungen oder Richtlinien verstößt.] In solchen Fällen behält sich Google das Recht vor, die entsprechenden Anwendungen nach eigenem Ermessen per Remotezugriff von Ihrem Gerät zu entfernen.

Das Landgericht hat die Klausel im Ergebnis zutreffend für unwirksam erachtet, weil sie den Verbraucher unangemessen benachteiligt (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB).

Die Klausel räumt der Beklagten das Recht ein, ein von dem Verbraucher erworbenes, auf seinen eigenen Geräten installiertes Programm ohne Zustimmung und ohne vorherige Anhörung des Verbrauchers von dessen Gerät zu löschen. Das widerspricht elementaren Grundsätzen des deutschen bürgerlichen Rechts, welches den eigenmächtigen Zugriff auf fremde Rechtsgüter nur in eng begrenzten Ausnahmefällen gestattet (s. §§ 227 ff. BGB).

Es mag zutreffen, dass es im Einzelfall im Interesse des Verbrauchers liegt, dass Schadsoftware so schnell, wie möglich, von seinen Geräten entfernt wird. In diesen Fällen wäre ein Eingriff in die Integrität der Gerätschaften des Verbrauchers aber bereits durch die gesetzliche Bestimmung des § 228 BGB gedeckt und bedürfte keiner Regelung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Die hier beanstandete Klausel geht über die Fälle, in denen ein unmittelbarer Zugriff auf Geräte des Verbrauchers durch Notstandssituationen gerechtfertigt sein könnte, weit hinaus. Sie erlaubt der Beklagten, nach ihrem unüberprüfbareren Ermessen in den Besitzstand des Verbrauchers einzugreifen, wenn eine vom Verbraucher (ebenfalls nicht überprüfbare) Verletzung eines von der Beklagten mit Dritten geschlossenen Vertrages oder eine Verletzung der (von der Beklagten jederzeit änderbaren) Richtlinien der Beklagten vorliegt. Es liegt auf der Hand, dass eine derart rigorose Durchsetzung eigener Interessen bei vollständiger Ausblendung etwaiger entstehender Interessen des Verbrauchers diesen unangemessen benachteiligt.

Die Beklagte kann die Klausel auch nicht damit rechtfertigen, dass sie durchweg nur zur Beseitigung eines rechtswidrigen Zustandes diene. Wenn die Beklagte mit der Bereitstellung einer Applikation gegen Distributionsverträge verstößt, mag dies rechtswidrig sein, geht den Verbraucher als Endkunden aber nichts an. Die Beklagte kann sich die rechtliche Auseinandersetzung mit ihrem Distributionspartner nicht dadurch vereinfachen, dass sie die rechtswidrig ausgelieferte und bezahlte Ware dem Endkunden eigenmächtig wieder wegnimmt.

3. Diese Richtlinien können jederzeit geändert werden, Sie sollten sie also gelegentlich überprüfen.

Die Klausel ist aus denselben Gründen unwirksam wie die Klauseln A.5 und A.6 (s. oben).

4. Google ist berechtigt, das Angebot des Marktplatzes/von Google Play (oder irgendeines Angebotes innerhalb des Marktplatzes/von Google Play) für Sie oder für alle Nutzer nach dem alleinigen Ermessen von Google zu beenden (für immer oder vorübergehend).

Die Klausel ist aus denselben Gründen unwirksam wie die Klausel A.1 (s. oben).

Der Einwand der Beklagten, dass es sich bei dem Marktplatz (jetzt Google Play) nur um ein virtuelles Schaufenster handle, dessen Nutzung kein Schuldverhältnis begründe, widerspricht den Angaben der Beklagten in ihren „Android Marktplatz – Nutzungsbedingungen“ (Anlage K 7). Nach
JV 531

Ziffer 1.1 dieser Geschäftsbedingungen wird die Nutzung des Android Marktplatzes durch eine rechtliche Vereinbarung zwischen dem Nutzer und der Beklagten geregelt. Es trifft auch nicht zu, dass diese rechtliche Vereinbarung keine schuldrechtlichen Ansprüche begründet. So wird beispielsweise in Ziffer 2 der Nutzungsbedingungen ausdrücklich gesagt, dass alle über Android-Markt erworbenen Anwendungen beliebig oft neu installiert werden können. Damit übernimmt die Beklagte die Verpflichtung zum fortgesetzten Betrieb der Webseite, von der sie sich nicht einseitig nach ihrem alleinigen Ermessen lösen kann.

**5. [Sowohl ihre Haftung als auch die Haftung von Google für Vorsatz, grobe Fahrlässigkeit und Produkthaftung richtet sich nach den gesetzlichen Vorschriften.]
In Fällen von einfacher Fahrlässigkeit haften [sowohl Sie] als auch Google nur für die Verletzung von Kardinalpflichten. In diesen Fällen ist die Haftung auf die typischen und zum Zeitpunkt der Nutzung des Marktplatzes/von Google Play und der Produkte, die Sie über den Marktplatz/Google Play erworben haben, vorhersehbaren Schäden begrenzt.**

Die Klausel ist aus denselben Gründen unwirksam wie die Klausel A.4 (s. oben).

4. Der Unterlassungsanspruch aus § 1 UKlaG setzt voraus, dass die Gefahr der weiteren Verwendung unzulässiger Klauseln (Wiederholungsgefahr) besteht. Diese ist regelmäßig gegeben, wenn der Verwender - wie hier - noch im Rechtsstreit die Zulässigkeit der von ihm benutzten Allgemeinen Geschäftsbedingungen verteidigt und nicht bereit ist, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben (vgl. BGH, Urteil vom 06.12.2012 - III ZR 173/12 Rn. 12).

5. Hinsichtlich der Verurteilung zur Zahlung von 400 € nebst Zinsen ist der zutreffenden Urteilsbegründung des Landgerichts nichts hinzuzufügen.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711, 543 II 1 ZPO.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor, da die entscheidungserheblichen grundsätzlichen Rechtsfragen durch die zitierte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs geklärt sind.

Für die Richtigkeit der Abschrift

Berlin, den 22.03.19



Justizbeschäftigte

Durch maschinelle Bearbeitung beglaubigt - ohne Unterschrift gültig.