PFR RECHTSANWÄLTE

Landesgericht für
Zivilrechtssachen Wien
Schmerlingplatz 11
1016 Wien

Schriftsatz per webERV eingebracht
GZ [redacted]

Wien, am 14.07.2015
[redacted]

Klagende Partei:	Mag. Maximilian Schrems, Doktorand [redacted] Wien
vertreten durch:	Proksch & Fritzsche Frank Fletzberger Rechtsanwälte GmbH Tel. 01/877 04 54 Nibelungengasse 11 1010 Wien Code P111395 Vollmacht gem § 8 RAO erteilt
Beklagte Partei:	Facebook Ireland Limited Reg.Nr. 462932 im Unternehmensregister der Republik Irland 4 Grand Canal Square, Grand Canal Harbour, Dublin 2, Irland
vertreten durch:	GRAF & PITKOWITZ Rechtsanwälte GmbH Stadiongasse 2 A-1010 Wien

wegen:	Feststellung / Unterlassung	€ 31.000,--
	Auskunft	€ 1.000,--
	Rechnungslegung	€ 4.000,--
	Leistung	€ 4.000,--
	gesamt	**€ 40.000,-- s.A.**

R E K U R S

und Antrag auf Einholung einer Vorabentscheidung des EuGH gem Art 267 AEUV (ex-Art 234 EGV)

2-fach

In umseits bezeichneter Rechtssache erhebt der Kläger durch seine ausgewiesene rechtsfreundliche Vertretung gegen den Beschluss des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien zu 3 Cg 52/14k, elektronisch bereitgestellt am 30.6.2015, mit welchem die Klage zurückgewiesen wurde, innerhalb offener Frist nachstehenden

Rekurs

Der Beschluss wird seinem gesamten Inhalt nach angefochten. Als Rechtsmittelgründe werden unrichtige rechtliche Beurteilung einschließlich sekundärer Feststellungsmängel, unrichtige Tatsachenfeststellungen infolge unrichtiger Beweiswürdigung, Aktenwidrigkeit und sonstige Mangelhaftigkeit des Verfahrens geltend gemacht.

I. Zur unrichtigen rechtlichen Beurteilung

A. Zur Zuständigkeit des angerufenen Gerichts nach Art 15 ff EuGVVO für den Kläger

1. Die Rechtsansicht des Erstgerichts, der Kläger sei gar kein Verbraucher und könne sich daher nicht auf den Verbrauchergerichtsstand der Art 15f EuGVVO a.F. berufen, ist schon auf Grundlage der vom Erstgericht selbst getroffenen Feststellungen rechtlich nicht haltbar.

2. Das Erstgericht hat dazu im Kern folgende Feststellungen getroffen:

- Zum privaten Nutzerkonto des Klägers

„Der Kläger verwendet Facebook seit 2008, zunächst ausschließlich für private Zwecke unter einem falschen Namen. Seit 2010 nutzt er ein Facebook-Konto „www.facebook.com/[redacted] das er nur für seine privaten Aktivitäten wie Fotos tauschen, chatten, posten mit ca. 250 Freunden verwendet." (vgl Beschluss S 26, 2. Absatz)

- Zur öffentlichen Facebook-Seite „EVF"

„Darüber hinaus nutzt er Facebook seit 2011 auch über die von ihm registrierte und aufgesetzte Facebook-Seite „EVF" („Europe v. Facebook"), um über sein Vorgehen gegen Facebook, seine Vorträge, Teilnahmen an Podiumsdiskussionen und seine Medienauftritte zu berichten, für Spendenaufrufe und um für sein Buch „Kämpf um deine Daten" zu werben (./28)." (vgl Beschluss S 26, 2. Absatz)

- Zu anderen Tätigkeiten des Klägers

„Der Kläger gibt regelmäßig Interviews zu den Verfahren gegen die Beklagte und war seit September 2011 bei mehr als 20 TV-Sendungen. Das Vorgehen des Klägers gegen die Beklagte war Gegenstand von unzähligen TV-Sendungen auf österreichischen, deutschen und internationalen Kanälen, zahlreichen Radiosendungen, sowie Gegenstand von zumindest 184 Artikeln in Zeitungen und Zeitschriften (einschließlich Onlinepublikationen) wie der FAZ, Le Monde, New York Times, Washington Post, Hong Kong Standard und The Week (Indien) (./22).“ (vgl Beschluss S 26, 3. Absatz)

„Der Kläger ist bei [redacted] *beschäftigt und bezieht dort ein Einkommen. Weiters bezieht er ein Einkommen aus* [redacted]*. Daneben erzielt er ein Einkommen in nicht feststellbarer Höhe aus dem Verkauf der genannten Bücher und aus Veranstaltungen, zu denen er, aufgrund seines Vorgehens gegen Facebook, nunmehr der gegenständlichen Klage, eingeladen wurde.“* (vgl Beschluss S 26 bzw. 27 oben)

„Jedenfalls erhielt er im letzten Jahr für drei bis vier Vorträge ein Honorar von je € [redacted] *bis €*[redacted] *Auf Anregung des Klägers wurden für Vorträge und Interviews des Klägers Spenden an den Verein „eruope-v-facebook.org- Verein zur Durchsetzung von Datenschutz“ von zumindest €*[redacted] *bis €*[redacted] *bezahlt. Der Kläger nutzt das enorme, weltweite Medieninteresse an seinem Vorgehen gegen die Beklagte mittlerweile auch beruflich.“* (vgl Beschluss S 27, 1. Absatz)

3. In der Beweiswürdigung meint das Erstgericht ergänzend dazu:

„Es ist offensichtlich, dass der Kläger das enorme Medieninteresse an seinem Vorgehen gegen Facebook, insbesondere auch an dieser Klage, für den Verkauf seiner Bücher und seine Karriere nutzt, auch wenn glaubwürdig war, dass es dem Kläger um ein gesellschaftspolitisches Anliegen geht.“ (vgl Beschluss S 29 oben)

4. Disloziert – und wie im Rahmen der Tatsachenrüge noch aufzuzeigen sein wird, auch völlig fälschlich - stellt das Erstgericht in der rechtlichen Beurteilung dann fest, *dass sich der Zweck der Nutzung von Facebook durch den Kläger änderte und er Facebook mittlerweile auch beruflich nutzt.* (vgl Beschluss S 33, 2. Absatz)

5. **In rechtlicher Hinsicht** erkennt das Erstgericht zunächst rechtsrichtig, dass der Begriff des Verbrauchers gemeinschaftlich autonom auszulegen ist.

6. Zutreffend spricht das Erstgericht weiters aus, *dass sich der Verbraucher nach der Stellung dieser Person innerhalb des konkreten Vertrages bestimmt* (vgl Beschluss S 32, 1. Absatz).

7. Dies entspricht auch der einhelligen Lehre und stRsp, wonach es zur Beurteilung der Verbrauchereigenschaft nach Art 15 Abs 1 EuGVVO auf die Stellung der Person innerhalb des konkreten Vertrages ankommt. So hat der EuGH dazu schon wiederholt Folgendes festgehalten, ua in C-269/95, Rz 16: *„Nach alledem ist die Frage, ob eine Person die Verbrauchereigenschaft besitzt, wobei dieser Begriff eng auszulegen ist, nach der Stellung dieser Person innerhalb des konkreten Vertrages in Verbindung mit dessen Natur und Zielsetzung und nicht nach der subjektiven Stellung dieser Person zu beantworten."*

8. Diese – im angefochtenen Beschluss grundsätzlich richtig wiedergegebene – absolut hL und stRsp, wonach bezüglich der Verbrauchereigenschaft iS des Art 15 Abs 1 EuGVVO jeweils auf den Zweck des konkreten Vertrages abzustellen ist, wird dann vom Erstgericht auf den vorliegenden Fall kurioserweise nicht angewandt.

9. Rechtsirrig zieht das Erstgericht aus den getroffenen Feststellungen den Schluss, dass (nur) fraglich sei, auf welchen Zeitpunkt es für die Beurteilung, ob der Kläger Verbraucher im Sinne der obigen Ausführungen sei, ankomme (vgl Beschluss S 33, 2. Absatz). In mehrfacher und gravierender Verkennung der Rechtslage kommt das Erstgericht zum Ergebnis, dass [...] *es daher, für die Beurteilung, ob ein Verbrauchervertrag vorliegt, nicht auf den Zeitpunkt des ersten Vertragsabschlusses bzw. auf die erste Nutzung von Facebook* ankomme*. Da der Kläger Facebook bereits vor Einbringung der Klage auch beruflich nutzte, kann er sich nicht auf diesen Gerichtsstand stützen* (vgl Beschluss S 34, Ende 2. Absatz).

a. Zum Gegenstand des Verfahrens

10. Der Beklagten ist es offenbar gelungen, dem Erstgericht hinreichend „Sand in die Augen zu streuen", sodass dieses verkennt, welche konkreten Verträge im gegenständlichen Verfahren überhaupt relevant sind bzw. um welche Rechtsbeziehungen und „Aktivitäten" es im gegenständlichen Verfahren geht:
    - den Nutzungsvertrag (Beilage ./A) zwischen dem Kläger und der Beklagten bezüglich seines privaten Nutzer-Kontos (Beilage ./AD)
    - die gleichlautenden Nutzungsverträge (Beilage ./A) zwischen der Beklagten und den sieben Zedenten zu deren privaten Nutzer-Konten (URLs der Konten, siehe Beilage ./AC) und
    - die sieben Zessions-Verträge zwischen den sieben Zedenten und dem Kläger (Beilage ./AC)

- die Aktivitäten der Beklagten im Hinblick auf die privaten Facebook-Konten des Klägers und der Zedenten

11. Die Klage hat sich zu keinem Zeitpunkt auf andere (vermeintliche) „Tätigkeiten“ oder Rechtsgeschäfte bezogen, vielmehr handelt es sich hier ausschließlich um Einwände der Beklagten. Es ist jedoch alleinige Sache des Klägers, den Umfang seiner Klage festzulegen.

12. Entgegen der Ansicht des Erstgerichts sind die vom Erstgericht festgestellten weiteren „Aktivitäten“ des Klägers weder ein Teil des eingeklagten „Vertrags“ iSd Art 15 Abs 1 EuGVVO, noch Teil des vom Kläger definierten Streitgegenstands. Folglich können diese „Tätigkeiten“ auch keine Grundlage für die vermeintliche Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts in Bezug auf diese Klage sein. Nach stRsp wird der Streitgegenstand allein durch den Entscheidungsantrag (Sachantrag) und die zu seiner Begründung erforderlichen vorgebrachten Tatsachen (Sachverhalt) bestimmt. Für seine Beurteilung ist alleine das Klagevorbringen maßgeblich. Nicht von Bedeutung sind dagegen die Einwendungen des Beklagten (vgl RS0039255).

13. Nachdem das Erstgericht ausdrücklich festgestellt hat, dass das private Nutzerkonto des Klägers, „www.facebook.com/[redacted] ausschließlich privat genutzt wird (vgl Beschluss S 26, 2. Absatz), hätte das Erstgericht bereits durch eine korrekte Eingrenzung des Streitgegenstands bzw. des „konkreten Vertrags“ iSd Art 15 Abs 1 EuGVVO bei richtiger rechtlicher Beurteilung aussprechen müssen, dass der Kläger in Bezug auf dieses Konto bzw. diesen konkreten Vertrag jedenfalls Verbraucher im Sinne der EuGVVO ist.

14. Dementsprechend hätte das Erstgericht auch aussprechen müssen, dass sich der Kläger bezüglich des privaten Kontos jedenfalls auch auf den Verbrauchergerichtsstand der Art 15, 16 EuGVVO a.F. stützen kann.

b. Entscheidend ist jedenfalls der konkrete Vertrag

15. Das Erstgericht verkennt, dass aus dem zweiten Facebook-Account, der öffentlichen Facebook-Seite „EVF“, (vgl Beilage ./28) überhaupt keine Ansprüche gegenüber der beklagten Partei geltend gemacht werden und dieser Account gar nicht klagegegenständlich ist. Aus prozessualer Vorsicht wird jedoch auch auf diese Facebook-Seite eingegangen.

16. Zur Beurteilung der Frage, ob der Kläger Verbraucher im Sinne der EuGVVO ist, hätte das Erstgericht nun zunächst der Frage nachgehen müssen, auf welchen spezifischen Vertrag des

Klägers mit der beklagten Partei sich die geltend gemachten Ansprüche beziehen. Das Erstgericht hätte bei richtiger rechtlicher Beurteilung erkennen müssen, dass das private (klagegegenständliche) private Nutzerkonto „www.facebook.com/[redacted] und die (öffentliche) Facebook-Seite „EVF“ zwei voneinander völlig unabhängige Rechtsgeschäfte bzw. Verträge iS der EuGVVO darstellen. Das private Nutzerkonto und die öffentliche Facebook-Seite sind unter zwei verschiedenen URLs abrufbar, verfolgen zwei verschiedene Zwecke (öffentliche und private Kommunikation) sind auf zwei verschiedene Gruppen ausgerichtet (private Kommunikation und öffentliche Diskussion) und sind auch nicht an die gleiche Person gebunden („Facebook-Seiten“ sind unabhängig von „Nutzerkonten“ der Privatnutzer).

17. Es versteht sich dabei von selbst, dass die Dienste der beklagten Partei nicht nur privat, sondern auch beruflich bzw. gewerblich genutzt werden können. Dies ergibt sich etwa auch aus Punkt 9. und 11. der Nutzungsbestimmungen der beklagten Partei (Beilage ./A), welche besondere Bestimmungen für Entwickler/Betreiber von Apps und Webseiten sowie für Werbetreibende vorsehen. Zahlreiche Verbraucher haben dementsprechend neben ihren privaten Facebook-Konten (die sie wie der Kläger dazu nutzen, um mit Freunden zu chatten etc), auch noch berufliche bzw Unternehmens-Webseiten auf Facebook. Ebenso wie eine Person eine private Webseite und eine berufliche Webseite im Internet, getrennte Telefonanschlüsse oder Firmen- und Privat-PKW haben kann, können auch auf „facebook.com“ verschiedene Nutzerkonten bzw öffentliche Facebook-Seiten angelegt werden.

18. Dass eine öffentliche „Facebook-Seite“ und ein privates „Facebook-Konto“ zwei verschiedene Verträge sind, scheint unstrittig, hat doch die Beklagte in ihrer Replik (Rz 126) die Seite sogar dem Verein „europe-v-facebook.org“ zugerechnet, was bei einem einheitlichen Rechtsgeschäft nicht möglich wäre. Dies ergibt sich auch aus Punkt 11 der Nutzungsbedingungen der Beklagten (Beilage ./A), welche gesonderte Vertragsbedingungen für öffentliche „Facebook-Seiten“ vorsehen. Wären Facebook-Seiten nicht rechtlich getrennt, wäre auch das wirtschaftliche Konzept der Beklagten hinter diesen Seiten massiv gestört, da andernfalls nicht mehr die Unternehmen, sondern deren Seiten-Manager „Eigentümer“ der Facebook-Seiten wären. Die Facebook-Seite von „BMW“ wäre dann zB Eigentum des Marketing-Mitarbeiters mit privatem Facebook-Account, der diese Seite betreut.

19. Als sekundärer Feststellungsmangel wird gerügt, dass das Erstgericht nicht festgestellt hat, dass bei jeder Eröffnung bzw. Registrierung eines neuen Kontos oder einer neuen Seite auch die Nutzungsbedingungen und Datenverwendungsrichtlinien der beklagten Partei jeweils gesondert akzeptiert werden müssen. Auch insofern hätte das Erstgericht also zunächst zwischen dem privaten Nutzerkonto des Klägers und der Facebook-Seite „EVF“ differenzieren müssen. Bei

richtiger rechtlicher Beurteilung hätte das Erstgericht dann auch erkannt, dass der zweite Vertrag des Klägers mit der Beklagten, nämlich die öffentliche Facebook-Seite „EVF“, für die Beurteilung der Frage der Zuständigkeit und des Gerichtsstandes irrelevant ist und das Erstgericht bzgl des privaten Nutzer-Kontos des Klägers jedenfalls zuständig ist.

c. Zur vermeintlichen „beruflichen“ Nutzung der Facebook-Seite „EVF“

20. Weiters hätte das Erstgericht, wenn es schon auf die *Nutzung* der öffentlichen Facebook-Seite „EVF“ und insbesondere auf den Umstand abstellt, dass der Kläger darüber für Veranstaltungen bzw. Vorträge geworben und das Buch „Kämpf um Deine Daten“ beworben habe, feststellen müssen, in welcher Relation diese Nutzungen zur sonstigen Nutzung des Accounts stehen.

21. Selbst wenn man die Facebook-Seite „EVF“ als sog *„dual use“*-Fall betrachten würde, hätte das Erstgericht auf Grundlage der Beilage ./28 erkennen müssen, dass sich von den darin enthaltenen mehr als 350 Postings gerade einmal vier (= 1,1 %) auf das angeblich beworbene Buch beziehen (Beilage ./28, S 10 und 11). Weitere neun Postings (= 2,5 %) betreffen besagte Veranstaltungen. Dem folgend, hätte das Erstgericht weiters feststellen müssen, dass von den besagten vier Postings zum Buch drei für eine Spendenaktion (€ 2 pro Buchverkauf) handeln (7. und 4. Juni 2014) und von den besagten neun Veranstaltungen keine einzige „beruflich“, sondern allesamt rein akademisch oder politisch waren. Es bleibt somit über die Zeitspanne von 4 Jahren und bei über 350 Postings ein einziges (!) allenfalls „beruflich“ zu deutendes Posting (also 0,2 % aller Postings der Facebook-Seite „EVF“, wobei die ausschließlich privaten Postings am ausschließlich privaten Nutzeraccount des Klägers bei dieser Rechnung noch nicht einmal berücksichtigt sind). Die Unterlassung von Feststellungen zum *Ausmaß* der vermeintlichen beruflichen Nutzung wird als sekundärer Feststellungsmangel gerügt. Solche Feststellungen wären - aus den nachstehenden Gründen – auch wesentlich gewesen:

22. Selbst wenn man der Ansicht folgen würde, dass auch die öffentliche Facebook-Seite „EVF“ klagegegenständlich ist, oder dass es sich bei öffentlicher Facebook-Seite und privatem Nutzerkonto um einen „einheitlichen Facebook-Vertrag“ handeln würde, wäre im Sinne der stRsp des EuGH auch eine solche (völlig untergeordnete) *„berufliche“* Nutzung nicht geeignet, die Verbrauchereigenschaft des Klägers in Bezug auf das Rechtsgeschäft zu zerstören.

23. Dass der Kläger von Beruf etwa Buchautor oder Vortragender wäre (geschweige denn davon auch nur annähernd leben würde), oder dass er durch die „Bewerbung“ seines Buches „Kämpf um Deine Daten“ und Veranstaltungen auf der Seite „EVF“ auch nur ein einziges Buch mehr verkauft oder einen einzigen Vortrag mehr gehalten hat, hat das Erstgericht im Übrigen zu Recht

ebenfalls nicht festgestellt. Bei richtiger rechtlicher Beurteilung hätte das Erstgericht im Einklang mit der Rsp gerade im Hinblick auf Beilage ./28 erkennen müssen, dass eine allfällige kommerzielle Nutzung derart nebensächlich ist, dass sie im Gesamtzusammenhang des betreffenden Rechtsgeschäfts nur eine ganz untergeordnete Rolle spielt (vgl ua. OGH, 4 Ob 218/06x; EuGH C-464/01).

24. Wie bereits zuvor ausgeführt, ist außerdem ohnehin auf den konkreten „Vertrag" iSd Art 15 Abs 1 EuGVVO abzustellen. Selbst wenn der Kläger also ein Dutzend weitere Facebook-Accounts hätte, die er zu 100 % beruflich und gewerblich nutzen würde, wäre er in Bezug auf das – festgestellter Maßen – rein privat genutzte Nutzerkonto „www.facebook.com/[redacted] weiterhin Verbraucher.

d. Zur sonstigen vermeintlichen „beruflichen" Nutzung

25. Das Erstgericht listet jedoch eine Flut von banalen und bzw. gemeinnützigen Tätigkeiten des Klägers auf (vgl Beschluss S 19 bis 23). Dabei liegen 20 der 41 aufgelisteten Tätigkeiten nach dem 31. Juli 2014, also nach dem Datum der Klagseinbringung und können daher schon rein rechtlich nicht relevant sein. Bei genauerer Betrachtung der festgestellten „Aktivitäten" hätte das Erstgericht zudem auch erkannt, dass es sich einerseits um eine Information zu den normalen Verfahrensschritten oder andererseits um Tätigkeiten handelte, die weder mit der gegenständlichen Klage noch der Beklagten zu tun haben (zB Buch zur Videoüberwachung, Webseiten zu Lobbying in Brüssel, Veranstaltungen zu anderen rechtlichen oder politischen Themen).

26. Der Kläger absolviert ein Doktorats-Studium und lebt – wie vom Erstgericht festgestellt – primär von einer Anstellung bei [redacted] bzw. Einkünften aus [redacted]ung. Das Erstgericht hat zu Recht nicht festgestellt, dass der Kläger nennenswerte Einkünfte aus Vorträgen oder dem Verkauf von Büchern hätte, so dass diese Tätigkeiten kein „Beruf" sein können – der Kläger ist viel mehr (Doktorats-)Student.

27. Als sekundärer Feststellungsmangel wird gerügt, dass das Erstgericht nicht festgestellt hat, welche konkreten Tätigkeiten des Klägers, über das oben Gesagte hinaus „beruflich" sein sollen und inwiefern das „Vorgehen" des Klägers für den angeblich „offensichtlichen" Nutzen konkret kausal gewesen sein soll? Festgestellter Maßen hat der Kläger schon vor seinem „Vorgehen" gegen die Beklagte ein Buch publiziert und auch Vorträge gehalten. Um zu seinen Schlüssen zu kommen, hätte das Erstgericht auch zwischen akademischen, politischen und „beruflichen" Tätigkeiten differenzieren müssen und hätte sich auch nicht damit begnügen dürfen,

festzustellen, dass der Kläger irgendwann irgendwelche Einkünfte aus irgendwelchen Vorträgen und der Veröffentlichung von irgendwelchen Büchern hatte.

28. Das Erstgericht übersieht schlussendlich auch die Rsp, wonach ein-und-dieselbe Person im Rahmen bestimmter Vorgänge als Verbraucher und im Rahmen anderer als Unternehmer anzusehen sein kann [EuGH 20.1.2005, Rs C-464/01, *Gruber/BayWa*, Slg 2005, I-439 (473 Rz 36); Kropholler, EuZPR[8] Rz 8 zu Art 15 EuGVVO].

29. Selbst wenn diese Tätigkeiten ein „Beruf" wären, wäre daraus nichts gewonnen. Wie der Oberste Gerichtshof in seiner Entscheidung vom 25.10.2000, 8 Nd 502/00, treffend ausgesprochen hat, gehört etwa der Kauf von „*Tiefkühlpferdesperma*" durch einen *Berufsgärtner* nicht zu dessen beruflichen Tätigkeiten - auch wenn beides eine landwirtschaftliche Tätigkeit ist. Auch ein Kellner kann privat ein Restaurant besuchen, ein Jurist kann privat Literatur kaufen und ein Student kann privat einen Vertrag mit der Beklagten und den sieben Zedenten schließen.

30. Auch eine Qualifikation des Klägers als Jurist, Autor, Datenschutzexperte, Vortragender oder Betreiber von Webseiten und Mitgründer eines Vereins zur Sammlung von Spenden für ein von ihm geführtes Beschwerdeverfahren in Irland ändert an seiner Stellung als Verbraucher hinsichtlich des konkreten Vertrages nichts. Maßgeblich für die Feststellung der Verbrauchereigenschaft einer Person ist eben nach stRsp des EuGH ausschließlich der konkrete Vertrag [zB EuGH 3.7.1997, Rs. C-269/95 (Francesco Benincasa ./. Dentalkit Srl.), Slg. 1997, I-3767 (3795) Nr. 16].

31. Bei richtiger rechtlicher Beurteilung hätte das Gericht erkennen müssen, dass andere Tätigkeiten des Klägers, auch wenn sie im größeren Rahmen (Rechtswissenschaften / Datenschutz, Politik, Internet) themenverwandt sein mögen, den Ansprüchen und Verträgen, welche die Grundlage dieser Klage bilden, nicht zurechenbar sind.

e. Irrelevant ist jedenfalls das „Medieninteresse"

32. Nachgerade grotesk erscheint die Begründung des Erstgerichts, wenn es über das angeblich „*enorme Medieninteresse*" am „*Vorgehen des Klägers*" (also gerade nicht an den Nutzerkonten des Klägers oder der sieben Zedenten) versucht, einen Untergang der Verbrauchereigenschaft zu konstruieren. Das Erstgericht baut dabei - unter vollkommener Außerachtlassung des Prinzips des vertragsbezogenen Verbraucherbegriffs und über unzählige Ecken - folgende „*Nutzen-Kette*" auf (vgl. Beschluss S 26 und 27):

- das private Nutzerkonto wird vom Kläger privat verwendet, *doch*

- dazu bringt der Kläger Beschwerden und eine Klage ein, *und*
- daraus ergibt sich ein Medieninteresse, *und*
- dadurch wird der Kläger bekannt, *und*
- dadurch hat er einen „offensichtlichen" Nutzen für seine Karriere bzw. seine anderen „beruflichen" Tätigkeiten

33. Die Ansicht des Erstgerichts, dass die öffentliche Bekanntheit eines Klägers zur „Beruflichkeit" führt, wäre der Todesstoß für jegliches öffentliche Engagement. Demnach wäre es einem Verbraucher nicht erlaubt, selbst die Öffentlichkeit bzw die Medien über sein Vorgehen gegen ein (noch so übermächtiges) Unternehmen zu informieren, da er Gefahr liefe, den Verbraucherstatus bzw den privilegierten Gerichtsstand zu verlieren. Verbraucher könnten ihre Anliegen daher öffentlich gar nicht oder höchstens nur noch anonym vertreten, damit sie nicht durch eine gestiegene Bekanntheit in der Zukunft einen „Nutzen" erlangen und die Verbrauchereigenschaft verlieren. Diese Ansicht ist daher absolut abzulehnen.

34. Dazu bemerkte die *Frankfurter Allgemeine Zeitung* in Reaktion auf das Urteil des Erstgerichts wohl zu Recht: *„Den Eindruck, dass jemand, der sich auf der Höhe der Zeit gegen die Zumutungen dieser Zeit zu wehren weiß, nicht in privatem Interesse handeln könne, sollte sich (…) kein Gericht zu eigen machen."* (FAZ, Feuilleton, 1. 7. 2015)

35. Entgegen der Ansicht des Erstgerichts ist es viel mehr ein integraler Bestandteil unserer liberalen Gesellschaftsordnung, dass sich jedermann (auch wenn er kein Weltkonzern mit PR-Abteilung ist) im Rahmen der Meinungsfreiheit öffentlich äußern darf.

36. Besonders bedenklich ist, dass das Erstgericht den (vermeintlichen) mittelbaren Nutzen der Verfolgung eines von ihm festgestellten „gesellschaftspolitischen Anliegens" (vgl. Beschluss S 29, 1. Absatz) heranzieht, um auf eine „Beruflichkeit" des Klägers zu schließen. Nach dieser Logik wären zB auch Mitgliedschaften bei den „Freiwilligen Feuerwehren", beim „Cartellverband", „Lions Club", einer Partei, oder jegliche anderen Tätigkeiten, die der Person mittelbar (zB durch Bekanntschaften, Ansehen) Aufträge oder einen beruflichen Vorteil bringen können, „beruflich" bzw geeignet, die Verbrauchereigenschaft in Bezug auf ein bestimmtes Konsumgut, das bei diesen Tätigkeiten verwendet wird, zunichte zu machen.

f. Entscheidend ist der ursprüngliche Zweck des Vertrages

37. Dieser logische *salto mortale* des Erstgerichts ist nur möglich, da es nicht auf den konkreten Zweck des Vertragsschlusses (siehe Wortlaut des Art 15 Abs 1 EuGVVO), sondern auf den

mittelbaren „Nutzen" des Verbrauchervertrags abstellt. Nach der Ansicht des Erstgerichts ist scheinbar jegliche Tätigkeit, welche für eine berufliche Tätigkeit „nützt", geeignet, rückwirkend die Verbrauchereigenschaft aufzuheben – unabhängig vom Zweck des Vertragsschlusses.

38. Folgte man der Argumentation des Erstgerichts, wäre jegliche Verwendung eines Konsumgutes, die auch dem Beruf bzw der Karriere des Verbrauchers „nützt", nicht mehr von Art 15 ff EuGVVO erfasst: Vom privaten PWK, den der Verbraucher „nützt", um in die Arbeit zu gelangen, über die privaten Schuhe oder Kleidung, die der Verbraucher auch beruflich „nützt", bis zum privaten Frühstück, dessen Kalorien der Verbraucher im Beruf verbrennt und damit beruflich „nützt", ließe sich nach dieser Ansicht praktisch jeder privaten Tätigkeit ein beruflicher „Nutzen" zurechnen. Damit wäre auch jeder Selbständige, der bestimmte Konsumgüter bei ein und demselben Unternehmen zumindest einmal auch in seiner Eigenschaft als Unternehmer erworben oder genutzt hat, auch bezüglich der rein zu privaten Zwecken erworbenen Konsumgüter kein Verbraucher mehr. Das Erstgericht verlässt damit jeden Rahmen des Adäquanzzusammenhangs.

39. Auch ein unselbständig Erwerbstätiger, der ein zu privaten Zwecken erworbenes Konsumgut (wie eben sein privates Mobiltelefon oder seinen privaten Internet-Account) nur ein einziges Mal auch zu beruflichen Zwecken verwendet (etwa um seinen Arbeitgeber zu kontaktieren oder für diesen erreichbar zu sein), wäre dann im Verhältnis gegenüber seinem privaten Telekommunikationsdiensteanbieter (Handybetreiber, Internetanbieter) kein Verbraucher mehr und könnte sich nicht auf Art 15ff EuGVVO stützen. Diese Ansicht ist daher völlig verfehlt.

40. Zu Recht hat das Erstgericht auch gar nicht festgestellt, dass der *Zweck* der Eröffnung der konkreten beiden Facebook-Accounts berufliche oder gewerbliche Tätigkeiten gewesen wären.

g. Zum relevanten Zeitpunkt der Verbrauchereigenschaft

41. Darüber hinaus verkennt das Erstgericht, dass bei der Beurteilung des Zweckes des Vertrages (und damit der Verbrauchereigenschaft) auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen ist. Würde sich später die beabsichtigte Verwendung ändern, so wäre dies für die Einstufung als Verbraucher- oder Unternehmensgeschäft ohne Bedeutung. Allfällige Aktivitäten, die danach erfolgten, können nichts an seiner Eigenschaft als Verbraucher ändern. Damit ist völlig klar, dass auch aus diesem Grund die vorgebrachten vermeintlichen „Tätigkeiten" des Klägers seinen eigenen Status als Verbraucher hinsichtlich des konkreten Vertrages nicht „*rückwirkend*" ändern können.

42. Das Erstgericht folgt zu dieser Frage zunächst der korrekten Rechtsauffassung, dass der Zeitpunkt des Vertragsschlusses für die Verbrauchereigenschaft des Klägers relevant ist (vgl Beschluss S 34, 1. Absatz). Diese ergibt sich im Übrigen auch schon aus dem Wortlaut von Art 15 Abs 1 EuGVVO, der hierzu klar vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses ausgeht: *„Bilden ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag, den eine Person, der Verbraucher, zu einem Zweck geschlossen hat, der…"*

43. Dies steht auch gerade mit dem Zweck, den bei Vertragsverhandlungen schwächeren Vertragspartner zu schützen, im Einklang. Eine spätere berufliche Nutzung würde die vom Gesetz geschützte Schwäche des Verbrauchers zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht nachträglich ändern.

44. Das Erstgericht hat zwar richtig zwischen der reinen Änderung von „Nutzungsbedingungen" (AGB) und einer Novation im Sinne einer Vertragsauflösung und einem neuerlichen Vertragsschluss unterschieden (vgl Beschluss S 33, 4. Absatz).

45. Das Erstgericht meint dann jedoch rechtsirrig, dass nicht auf den Vertragsabschluss, sondern (ob der Art der von der Beklagten angebotenen Dienste) auf jede Interaktion mit der Beklagten abzustellen wäre. Das Erstgericht ordnet diese Aussage nicht weiter ein, jedoch scheint es davon auszugehen, dass jede Interaktion mit den Diensten der Beklagten ein eigener „Vertrag" wäre.

46. Diese Rechtsansicht ist völlig verfehlt und steht auch in auffallendem Widerspruch zu anderen Rechtsansichten des Erstgerichts: So geht das Erstgericht - wie zuvor dargestellt - bei der vermeintlichen Nichtanwendbarkeit von Art 15 EuGVVO auf den Kläger davon aus, dass praktisch jegliche Tätigkeit des Klägers Teil eines einheitlichen „Vertrags" iSd Art 15 EuGVVO wäre und nützt bei der Bestimmung seiner Verbrauchereigenschaft eine nicht haltbar breite Ansicht. Wenn es nun aber um den Zeitpunkt des Vertragsschlusses geht, vertritt das Erstgericht die genau gegenteilige Ansicht und wertet *de facto* jeden „Klick" auf der Webseite der Beklagten als einzelnen „Vertragsschluss".

47. Die Ansicht des Erstgerichts ist auch im gezogenen Schluss verfehlt: Wenn *jede Nutzung* eines Dienstes ein eigenständiger Vertrag wäre, dann hätte das Erstgericht auch konsequenter Weise zu jeder Nutzung seine Zuständigkeit nach Art 15 EuGVVO prüfen und jeden „Klick" des Klägers und der Zedenten der beruflichen oder privaten Sphäre zuordnen und sich entsprechend zuständig erklären müssen. Jedenfalls kann ein späterer beruflicher „Klick-Vertrag" den zuvor geschehenen „Verbraucher-Klick-Vertrag" nicht auslöschen oder „infizieren". Wie „passive

Tätigkeiten“ des Nutzers (zB das reine Surfen auf facebook.com, das Laden von „Like Buttons“, etc) zu qualifizieren wären, verschweigt das Erstgericht.

48. Auch die Begründung des Erstgerichts, die sich aus der angeblich außergewöhnlichen Natur des Dienstes der Beklagten herleitet, ist fern ab jeder Realität: Auch bei einer Handywertkarte würde zB nach der Logik des Gerichts (Anonymität, keine zeitliche Bindung, Möglichkeit mehrere SIM-Karten zu besitzen) jede SMS und jeder Anruf einen eigenen „Vertrag“ iSd Art 15 Abs 1 EuGVVO darstellen. Unzählige andere Beispiele von Verträgen, die zum „Abruf“ einer Leistung innerhalb des Vertrags berechtigen, ließen sich ebenfalls benennen. Ein anonymer Vertrag der zum Abruf von Leistungen berechtigt, ist kein Spezifikum dieser Klage.

49. Folgte man der Argumentation des Erstgerichts, hätte letztlich zuerst festgestellt werden müssen, ob der Kläger sein privates Nutzerkonto oder die (vermeintlich beruflich genutzte) Facebook-Seite „EVF“ zuletzt benutzte, und nur wenn Letzteres zutrifft, ob er diese überhaupt beruflich oder bspw bloß zu berufsfremden Informationszwecken verwendete. Diese Herangehensweise wäre nicht nur völlig impraktikabel und wohl auch unzuverlässig, sondern würde auch zu der bereits oben dargestellten unzulässigen „Vermengung“ der vom Kläger abgeschlossenen Nutzungsverträge führen. Dazu ein Beispiel: Schließt ein Rechtsanwalt jeweils einen Handyvertrag für private und berufliche Zwecke ab und macht anschließend Ansprüche aus dem „privaten“ Vertrag geltend, wäre bei Beurteilung der Verbrauchereigenschaft des Rechtsanwaltes klarerweise nicht darauf abzustellen, ob das letzte Gespräch vor Klagseinbringung mit der Ehefrau oder einem Mandanten geführt wurde.

50. Würde man einen gültigen „Vertragsschluss“ (inklusive Zustimmung zu den Nutzungsbedingungen) bei jedem Abrufen oder Klick auf irgendeiner Webseite bejahen, wäre dem Missbrauch im Internet Tür und Tor geöffnet. Die Ansicht des Erstgerichts zum „Vertragsschluss“ bei jedem „Klick“ oder „Upload“ ist daher verfehlt. <u>Vielmehr kann bei richtiger rechtlicher Beurteilung für die klagegegenständlichen Ansprüche nur die Anmeldung bei facebook.com bzw die Eröffnung eines eigenen Nutzerkontos oder einer eigenen Facebook-Seite als Vertragsschluss iSd EuGVVO zu qualifizieren sein</u>.

h. Sinn und Zweck der Art 15, 16 EuGVVO ist der Schutz des Verbrauchers

51. Wie im Schriftsatz ON 18 auch schon aufgezeigt, steht im Vordergrund des Art 15 EuGVVO a.F. das Bestreben, die *schwächere Partei* zu schützen (Erwgr. 13; EuGH 20.1.2005, Rs. C-464/01 [*Johann Gruber ./. BayWa AG*), Slg. 2005, I-439 (472) Nr 3; EuGH, 14.03.2013, Rs. C-419/11 (*Česká spořitelna as ./. Feichter*), Nr. 28].

52. Der Kläger ist im konkreten Fall nicht nur als Verbraucher Vertragspartner der Beklagten sondern auch konkret schutzbedürftig: Wie die Beklagte im Verfahren vorgebracht hat, ist eine Einbringung der Ansprüche in Irland *de facto* unmöglich bzw stark erschwert. Dies liegt nicht zuletzt an den hohen Gerichtskosten, Sprachbarrieren, der langen Anreise, dem Fehlen von Prozesskostenhilfe in Irland und dem Fehlen von Mitteln zur Prozessfinanzierung. Auch rein subjektiv ist der Kläger finanziell und organisatorisch gegenüber der Beklagten (die Teil eines börsennotierten Weltkonzerns ist) klar der Schwächere und daher schutzbedürftig.

h. Beweislast und Zweifelsregelung

53. Auf einer unrichtigen Rechtsansicht beruht auch die Ansicht des Erstgerichts, dass der Kläger durch „Vorlage entsprechender Unterlagen" (Beschluss S 29, oben) beweisen hätte müssen, dass die von der Beklagten eingewandten Einkünfte aus dem Verkauf der Bücher, aus den Vorträgen bzw Teilnahme an Podiumsdiskussionen tatsächlich so gering waren, wie er es dargestellt habe. Über keine Einkünfte gibt es naturgemäß auch keine Belege – *negativa non sunt probanda*.

54. Schlussendlich wäre für die Beklagte auch nichts gewonnen, wenn an der Verbrauchereigenschaft trotz allem oben Gesagten weiterhin Zweifel bestünden (*ergo: „...mangels Vorlage entsprechender Urkunden nicht sicher"*, Beschluss S 29, oben). Kann eine zuständigkeitsbegründende Tatsache nicht aufgeklärt werden, geht dies nach stRsp zu Lasten des Vertragspartners des Verbrauchers [OGH 24.2.1999, 3 Nd 501/99]. Auch im Zweifel hätte das Erstgericht daher von der Verbrauchereigenschaft des Kläger ausgehen müssen [*Hausmann* in *Wieczorek*/*Schütze*, ZPO I/13 Rz 4 zu Art 13 EuGVÜ; Geimer/Schütze, EuZVR2 Rz 23 zu Art 15 EuGVVO; OGH 15.5.2001, 7 Nd 507/01).

i. Zwischenergebnis

55. Zusammengefasst hätte das Erstgericht bei richtiger rechtlicher Beurteilung der selbst getroffenen Feststellungen zunächst zum Ergebnis gelangen müssen, dass der Kläger zumindest hinsichtlich seines Nutzerkontos „www.facebook.com/[redacted] als Verbraucher im Sinne der EuVGGO zu qualifizieren ist und ihm selbst der privilegierte Klägergerichtsstand der Art 15, 16 EuGVVO a.F. auf alle Fälle zu Gute kommt.

56. Selbst unter der Annahme, dass auch die Facebook-Seite „EVF" einem untrennbaren „Vertrag" zu privaten Nutzerkonto und Facebook-Seite iSd Art 15 Abs 1 EuGVVO zwischen Kläger und Beklagter zuzurechnen wäre, hätte das Erstgericht bei richtiger rechtlicher Beurteilung zum

Ergebnis gelangen müssen, dass die festgestellte „berufliche“ Nutzung nur völlig untergeordnet und damit unerheblich ist.

57. Selbst unter der noch weitergehenden Annahme, dass auch alle (noch so unzusammenhängenden) Tätigkeiten des Klägers dem „Vertrag“ iSd Art 15 Abs 1 EuGVVO zwischen Kläger und Beklagter zuzurechnen wären, hätte es bei richtiger rechtlicher Beurteilung zum Ergebnis gelangen müssen, dass dies wegen des Vertragsschlusses (2008) vor all diesen Tätigkeiten (ab 2011) ebenfalls unerheblich ist.

58. Das Erstgericht hätte sich daher zumindest hinsichtlich der „originären“ Ansprüche des Klägers für zuständig erklären und die Klage diesbezüglich jedenfalls auch für zulässig befinden müssen.

B. Zur Zuständigkeit des angerufenen Gerichts für die zedierten Ansprüche

59. Zur Frage der Zuständigkeit des Erstgerichts für die zedierten Ansprüche der Zedenten nach Art 15 ff EuGVVO stellte dieses folgenden Sachverhalt fest:

- Die Abtretungserklärungen lauten wie in Beilage ./AC.
  (vgl Beschluss S 24, 4. Absatz und S 25)

- *„Die Website "wwww.fbclaim.com" programmierte der Kläger gemeinsam mit einem befreundeten Informatiker, der dafür ungefähr zwei Monate benötigte, sich allerdings nur nebenbei damit beschäftigte. Damit konnten die relevanten Daten der Zedenten in einer Datenbank abgelegt werden. Die Website wurde über das private Developer-Konto des Klägers mit "facebook.com" verbunden. Die Administration der Abtretungen erfolgt durch den Kläger.“* (vgl Beschluss S 24, 3. Absatz und S 25)

- *„Das gegenständliche Verfahren wird vom Prozessfinanzierer ROLAND Prozess-Finanz gegen ein Entgelt von 20 % des Erlöses aus den Ansprüchen der Zedenten finanziert (PV des Klägers bzw. nicht strittig).“* (vgl Beschluss S 27, 5. Absatz und S 25)

- *„Die erforderliche Infrastruktur wird vom privaten Konto des Klägers bezahlt.“*
  (vgl Beschluss S 27, 4. Absatz)

Zusammenfassend stellte das Erstgericht insbesondere keine Erzielung von Einkünften durch die Inkassozessionen durch den Kläger fest, sondern ging vielmehr zu Recht davon aus, dass diese Tätigkeiten durch den Kläger unentgeltlich stattfinden. Zu den anderen vorgebrachten Tätigkeiten des Klägers gilt in Bezug auf die zedierten Ansprüche nichts anderes als bezüglich seiner originären Ansprüche.

60. Zur vermeintlichen Unzuständigkeit des Erstgerichts für die zedierten Ansprüche des Klägers führte das Erstgericht rechtlich folgendes aus:

- **Zum „Untergang" des Verbrauchergerichtsstands durch Zession:**
  „Wenn ein Rechtsnachfolger eines Verbrauchers klagt, sind die genannten Bestimmungen nicht anwendbar, es sei denn, dass der Rechtsübergang in Form eines geschützten Verbraucher-vertrages erfolgt ist." (vgl Beschluss S 32, 1. Absatz)

  „Auch der Gerichtsstand der Zedenten würde, selbst wenn diese - wie rechtlich vorgebracht - alle bei ihrer Nutzung von Facebook als Verbraucher zu qualifizieren wären, nicht übergehen (Czernich in Czernich/Kodek/Mayr, (2014) Art 7, Rz 33)." (vgl Beschluss S 34, 1. Absatz)

- **Zum Grundsatz des „gesetzlichen Richters"**
  „Weiters ist zu bedenken, dass sich die Zuständigkeit beim herangezogenen Gerichtsstand nicht nach dem Sitz der beklagten Partei richtet, sondern durch den Wohnsitz des Zessionars determiniert ist. Dies hätte aber – würde man die Zulässigkeit einer Sammelklage auch in diesem Fall bejahen - zur Folge, dass die an der Sammelklage wirtschaftlich Beteiligten durch entsprechende Zessionen und die Auswahl des Inkassozessionars nach Belieben eines von vielen möglichen Gerichten bestimmen könnten. Dies widerspricht aber dem Grundsatz, dass es nach vorab festgelegten abstrakten und allgemeinen Kriterien feststehen muss, welcher Richter in einer Rechtssache entscheidet (Grundsatz des "gesetzlichen Richters''). Anders als bei Wahlgerichtsständen, wo der Kläger zwischen einigen wenigen, vorab festgelegten Gerichtsständen entscheiden kann, würden hier die wirtschaftlich Beteiligten das Gericht und damit auch den zuständigen Richter durch die Zession an eine bestimmte Person selbst bestimmen." (vgl Beschluss S 31, 2. Absatz)

a. Zuständigkeit nach Art 15 ff EuGVVO und Verbindung der Ansprüche nach § 227 ZPO

61. Das Erstgericht vermengt die Frage der Zuständigkeit des Erstgerichts nach EuGVVO mit der Frage der Zulässigkeit einer Verbindung der Ansprüche nach § 227 ZPO. Dies ist nicht korrekt:

Selbst wenn eine Verbindung nach dem nationalen Prozessrecht unzulässig wäre, wäre die Zuständigkeit des Erstgerichts unabhängig davon nach der EuGVVO zu beurteilen.

62. Die Möglichkeit einer Verbindung der Ansprüche nach § 227 ZPO ist nicht zuständigkeitsbegründend (die Zuständigkeit richtet sich allein nach der EuGVVO), sondern eine Folge der gemeinsamen Zuständigkeit der Erstgerichts. Mit anderen Worten: Das Erstgericht müsste auch bei einer Unzulässigkeit einer Sammelklage die jeweiligen Ansprüche bzw. Verfahren, für welche es nach der EuGVVO zuständig ist, (ggf als Einzelverfahren) führen.

b. Zum vermeintlichen „Untergang" des Verbrauchergerichtsstandes durch Zession

63. Aus prozessualer Vorsicht wird an dieser Stelle auch noch einmal auf den – unberechtigten - Einwand der Beklagten, dass der Klägergerichtsstand durch Zession untergehen würde, kurz eingegangen.

64. Die Position des Erstgerichts dazu ist unklar und widersprüchlich: So folgt es auf S 32 des Beschlusses zunächst zu Recht dem Standpunkt des Klägers, wonach der Gerichtsstand bei der Zession unter Verbrauchern nicht untergeht („*Wenn ein Rechtsnachfolger eines Verbrauchers klagt, sind die genannten Bestimmungen nicht anwendbar, es sei denn, dass der Rechtsübergang in Form eines geschützten Verbrauchervertrages erfolgt ist*"). Auf S 34 des Beschlusses, Ende 1. Absatz, meint das Erstgericht dann aber lapidar, dass *der Gerichtsstand der Zedenten, selbst wenn diese – wie rechtlich vorgebracht – alle bei ihrer Nutzung von Facebook als Verbraucher zu qualifizieren wären, nicht übergehen (Czernich in Czernich/Kodek/Mayer, (2014) Art 7 Rz 33)* würde.

65. Das Erstgericht hat sich mit dem umfangreich erstatteten Vorbringen der klagenden Partei im Schriftsatz ON 18, dort insb Rz 40 bis 66, mit keinem Wort näher auseinandergesetzt. Um Wiederholungen zu vermeiden, wird auf dieses Vorbringen verwiesen.

66. Lediglich der Kern dieses Vorbringens wird – aus prozessualer Vorsicht – wiederholt wie folgt: Die im gegenständlichen Rechtsstreit vorliegende Konstellation ist daher vom zitierten Judikat des EuGH gerade nicht umfasst: Die Entscheidung C-89/91 sagt nämlich keineswegs, dass der Verbrauchergerichtsstand auch verloren gehen soll, wenn sowohl Zedent als auch Zessionar Verbraucher sind, der Zessionar auch seine eigenen verbraucherrechtlichen Ansprüche geltend macht und die abgetretenen Ansprüche eben nicht beruflich oder gewerblich „eintreibt". Sie besagt nur: Wenn ein Verbraucher seine Forderung vor Gerichtsanhängigkeit an eine Person abtritt, die diese (Forderung) im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit

gerichtlich einzutreiben versucht, kommen die Art 13 ff EuGVÜ bei dieser Person nicht zur Anwendung [EuGH 19.1.1993, Rs C-89/91, *Shearson/TVB Treuhandgesellschaft*, Slg 1993, I-139 (188 Rz 23 f) = EuZW 1993, 224 = NJW 1993, 1251 = RIW 1993, 420].

67. Dass der Kläger die ihm abgetretenen Forderungen beruflich oder gewerblich eintreiben würde, hat das Erstgericht (trotz intensiven Bemühens der Beklagten) zu Recht gerade nicht festgestellt.

68. In der herrschenden Lehre und Literatur wird außerdem die - systemimmanente - Auffassung vertreten, dass sich ein „privater" Rechtsnachfolger wegen des Schutzzwecks der Art 15 ff EuGVVO natürlich auf den Verbrauchergerichtsstand berufen kann (in der österreichischen Literatur zB: *Simotta* in *Fasching/Konecny*, KommZPO[2] V/1 (2008) Art 15 EuGVVO Rz 109; *Nemeth* in *Burgstaller/Neumayr/Geroldinger/Schmaranzer*, Internationales Zivilverfahrensrecht, Art 15, Rz 19; *Schlosser*, EU-ZPR[3] Art 15 EuGVVO Rz 3; *Mayr* in *Czernich/Kodek/Mayr*, Art 15, Rz 21; *Schoibl*, JBl 1998, 700 (709 bei FN 85); *Klausner*, Europäisches ZPR, Art 15, E19; Ebenso in der deutschen Literatur zB: *Steiner* in *Zöller*, ZPO[31], Art 15 EuGVVO, Rz 20; *Geimer* in *Zöller*, ZPO[27], Art 15 EuGVVO, Rz 15; *Baumbach,* ZPO[73], Art 15 EuGVVO, Rz 2; *Gottwald* in Münchner Kommentar zur ZPO[4], Art 15 EuGVVO, Rz 3; *Wagner* in *Stein/Jonas*, KommZPO[22], Band 10, Art 15, Rz 15; *Geimer* in *Geimer/Schütze*, EuZVR[2], Art 15 EuGVVO, Rz 19; *Kropholler,* Europäisches ZPR[9], Art 15, Rz 11; *Adolphsen*, Europäisches ZVR, Rn 165; *Schlosser*, EU-Zivilprozessrecht[4], Art 15, Rz 3; *Pfeiffer* in Prütting/Gehrlein, ZPO[7], Art 17, Rz 2; *Stadler* in *Musielak,* ZPO[11], Art 15, FN 7; *Auer* in *Geimer/Schütze*, IRV, Art 15 EuGVVO, Rz 27; *Kleinknecht*, Verbraucherschützende Gerichtsstände 87; *Sachse*, Verbrauchervertrag 132 ff)

69. Das Vorbringen der Beklagten, dem das Erstgericht im Ergebnis folgt, stützte sich hierzu nur auf veraltete Literatur (*Musielak*, siehe aktuelle Auflage, Art 15, FN 7;), Literaturstellen ohne klare Aussage zu Privatzessionen (*Hüßtege; Klausner*, siehe hier Art 15, E19;), fehlerhafte Arbeiten (*Sachse*, fehlerhaftes Zitat der nicht übernommenen Schlussanträge und fehlerhafte Fußnoten;) oder Fehlzitate (*Schwarze*; *Stadler*, siehe oben „*Stadler* in *Musielak*";) bzw ein Urteil des deutschen LG Nürnberg-Fürth, welches sich jedoch auf Literaturstellen stützt, die gerade den Standpunkt des Klägers vertreten (siehe oben: *Baumbach, Musielak, Münchner Kommentar*).

70. Das Erstgericht übersieht bei seinem Literaturzitat, dass sich dieses nur auf Art 7 EuGVVO bezieht und im gleichen Buch zu Art 17 festgehalten ist, dass der privilegierte Verbrauchergerichtsstand nur dann nicht geltend gemacht werden kann, wenn der Zessionar die Forderungen eben zu beruflichen bzw gewerblichen Zwecken betreibt (ebenfalls *e contrario*: EuGH 19.1.1993, Rs C-89/91, *Shearson/TVB Treuhandgesellschaft;* vgl *Czernich* in *Czernich/Kodek/Mayer* (2014), Art 17, Rz 21).

71. Bei richtiger rechtlicher Beurteilung hätte das Erstgericht daher erkennen müssen, dass es auch hinsichtlich der von Verbrauchern zedierten Ansprüche das zuständige Gericht im Sinne der Art 15 ff EuGVVO a.F. ist.

C. Zur Zuständigkeit des angerufenen Gerichts gem Art 5 Z 3 EuGVVO

72. Zum Wohnort und Aufenthaltsort des Klägers stellte das Erstgericht korrekt fest:

> *„Der Kläger ist Nutzer der von der Beklagten angebotenen Dienste. Er hat seinen gewöhnlichen Aufenthalt und Wohnsitz in Wien."* (vgl Beschluss S 2, 1. Absatz)

73. Der Vorwurf des Eingriffs in die Privatsphäre des Klägers und der Zedenten ergibt sich aus den Ausführungen des Erstgerichts (vgl Beschluss, S 3 bis 8). Die Wohnorte der sieben Zedenten ergeben sich ebenfalls aus den Ausführungen des Erstgerichts (vgl Beschluss, S 8, 6 Absatz).

74. Das Erstgericht erkennt zu Recht, dass nach Art 5 Z 3 EuGVVO a.F. (nunmehr Art 7 Z 2) an dem Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist oder einzutreten droht, geklagt werden kann, wenn eine unerlaubte Handlung gesetzt wird oder eine Handlung, die einer unerlaubten Handlung gleichgestellt ist, oder wenn ein Anspruch aus einer solchen den Gegenstand des Verfahrens bildet.

75. Das Erstgericht meint zu Unrecht und aktenwidrig, dass der Kläger zum *Ort* des Schadenseintrittes kein konkretes Tatsachenvorbringen erstattet habe. Es sei lediglich der Wohnort der Zedenten mit Österreich, Indien und Deutschland angegeben worden (vgl Beschluss S. 34 unten und 35 oben). Dem ist entgegen zu halten, dass zusätzlich zum Wohnort des Klägers und der Zedenten ausdrücklich vorgebracht wurde, dass (sowohl) beim Kläger als auch zumindest den Zedenten aus Wien der Eingriff in die Privatsphäre, die Überwachung etc. dort erfolgen (Erfolgsort), wo der Kläger und die Zedenten den Wohnort (also den Mittelpunkt ihrer Interessen) haben und ihren Facebook-Account über ihre Computer und mobilen Endgeräte regelmäßig nutzen, nämlich in Wien. Das Erstgericht hat dieses Vorbringen – zwar summarisch bzw zusammengefasst und gekürzt – aber doch protokolliert (vgl S 6, vorletzter Absatz, des Protokolls vom 9.4.2015, ON 22).

76. Aus dem Protokoll ergibt sich auch, dass dieses Vorbringen nicht nur bezüglich der sieben Zedenten, sondern auch bezüglich des Klägers erstattet wurde (*„Auch bei den Abtretern würde*

der Eingriff in die Privatsphäre in Wien erfolgen" vgl Protokoll vom 9. 4. 2015, S 6, 4. Absatz) woraus sich klar ergibt, dass dieses Vorbringen sich auch auf den Kläger selbst bezog, da es sich sonst nicht „auch" auf die Zedenten beziehen hätte können.

77. Dass dieses Tatsachenvorbringen nicht schlüssig oder nicht hinreichend konkret gewesen wäre, wurde dem Klagevertreter in der Verhandlung nicht vorgehalten. Die Beklagte hat auch weder den Wohnort des Klägers in Wien noch den der Zedenten (vier in Wien, einer in Salzburg, einer in Deutschland, einer in Indien) – der sich jeweils aus den vorgelegten Abtretungserklärungen ergibt – je bestritten oder einen möglichen Wechsel des Wohnorts behauptet. Die Beklagtenvertretung hat vielmehr in ihrem Antrag auf Protokollberichtigung vom 30.5.2015 mit genau dieser Argumentation selbst darauf hingewiesen, dass der Deliktsgerichtsstand *„nur für Zedenten mit Wohnsitz in Wien vorgebracht wurde"* – und nicht für Personen außerhalb Wiens.

78. Nach der klaren Rsp des EuGH zum Schadensort bei Privatsphäre-Verletzungen im Internet sind allein zwei Elemente relevant: (1) die behauptete Privatsphärenverletzung und (2) der Mittelpunkt der Interessen des Geschädigten (also der Wohnort) (siehe hierzu EuGH in C-509/09 und C-161/10 oder auch zB *Czernich*, in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek,* Art 7, Rz 143;). Demnach können die Opfer mittels des Internets begangener Persönlichkeitsverletzungen wegen des gesamten entstandenen Schadens die Gerichte ihres Wohnsitzes anrufen. Beide Elemente wurden vorgebracht. Dass die Beklagte die Daten des Klägers und der Zedenten über das Internet verarbeitet, kann das Erstgericht nicht ernsthaft in Zweifel ziehen. Der Kläger hatte daher alle erforderlichen Elemente hinreichend konkret und schlüssig vorgebracht.

79. Das Erstgericht übersieht dazu auch die höchstgerichtliche Rechtsprechung zu 2 Ob 106/04h: *„Für die Begründung eines besonderen Gerichtsstandes müssen nur die erforderlichen Tatsachen vorgebracht werden, die rechtliche Einordnung ist nicht erforderlich. Dies gilt auch für die Frage der internationalen Zuständigkeit."*

80. Entgegen der irrigen Ansicht des Erstgerichts geht auch der Deliktsgerichtsstand durch Zession nicht unter: Dazu *Simotta* in *Fasching*, Art 5 EuGVVO, Rz 299: *„Gleichgültig ist auch, von wem die Klage erhoben worden ist, ob vom Verletzten, dessen Rechtsnachfolger oder einem (öffentlich-rechtlichen) Leistungsträger, der Rückgriff nimmt (wie zB der Sozialversicherungsträger nach § 332 ASVG), oder von Dritten, die aus einer unerlaubten Handlung Ansprüche zu haben glauben (vgl Czernich/Tiefenthaler/Kodek, Kurzkommentar[2] Art 5 Rz 88; vgl für die dt Rechtslage Geimer/Schütze, Zivilverfahrensrecht2 Art 5 EuGVVO Rz 238; Gottwald, MünchKommZPO[3] III Art 5 EuGVO Rz 66; Kropholler, Zivilprozeßrecht[8] Art 5 EuGVO Rz 93; Schlosser, EU-ZPR[2] Art 5 EuGVVO Rz 15; aA Hüßtege in Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung[28] Art 5 EuGVVO Rz 20)".*

81. Dass sich das angerufene Gericht bei richtiger rechtlicher Beurteilung zumindest für den Kläger und die Zedenten aus Wien auch gem Art 7 Z 2 EuGVVO (bzw. Art 5 Z 3 EuGVVO a.F.) für zuständig befinden hätte müssen, ergibt sich schließlich auch aus der stRsp des EuGH (vgl ua die Entscheidung in den verbundenen Verfahren C-509/09 und C-161/10 vom 25.10.2011).

D. Zur Zulässigkeit der Verbindung der sieben weiteren Ansprüche nach § 227 ZPO („Sammelklage österr. Prägung")

82. Das Erstgericht meint, dass eine „Sammelklage" im Sinne einer Verbindung der Ansprüche des Klägers mit jenen der sieben Zedenten in diesem Fall nicht zulässig sei und führt dazu zunächst Folgendes aus:

> *In diesem Verfahren werden vorwiegend Rechtsfragen zu lösen sein. Bereits nach dem Klagsvorbringen sind auf Zedenten mit Wohnsitz in Deutschland bzw. Indien andere Rechtsvorschriften anzuwenden. Damit fehlt jedenfalls für diese „ausländischen" Ansprüche die Voraussetzung der Prozessökonomie. Der beklagten Partei ist darin beizupflichten, dass der Gesetzeszweck des § 227 ZPO nicht die Schaffung der Möglichkeit einer Klage für Zedenten im Ausland gegen eine Beklagte im Ausland unter Berufung auf verschiedene ausländische Rechtsordnungen sein kann. Im Fall der angekündigten Ausdehnung wäre eine vernünftige Verfahrensdauer schon in Hinblick auf die zur Verbrauchereigenschaft der Zedenten beantragten Einvernahme der Zedenten als Zeugen nicht einzuhalten. [...]* (vgl Beschluss S 30, unten)

83. Das Erstgericht begründet die vermeintliche Unzulässigkeit einer Sammelklage im vorliegenden Fall außerdem damit,

> *„dass sich die Zuständigkeit beim herangezogenen Gerichtsstand nicht nach dem Sitz der beklagten Partei richtet, sondern nach dem Wohnsitz des Zessionars determiniert ist. Dies hätte aber – würde man die Zulässigkeit einer Sammelklage auch in diesem Fall bejahen – zur Folge, dass die an der Sammelklage wirtschaftlich Beteiligten durch entsprechende Zessionen und die Auswahl des Inkassozessionars nach Belieben eines von vielen möglichen Gerichten bestimmen könnten."* (vgl Beschluss S 31, 2. Absatz)

84. Nach Ansicht des Erstgerichts widerspräche dies dem Grundsatz des „gesetzlichen Richters". [...] „*Eine Sammelklage bei einem Klägergerichtsstand wird daher für unzulässig erachtet.*"

85. Auch diese Argumente des Erstgerichts sind nicht stichhaltig:

86. Der leichteren Lesbarkeit halber wird dazu zunächst das bereits im Schriftsatz ON 18, R 85ff, umfangreich erstattete Vorbringen zur Frage der Zulässigkeit der „Sammelklage österr Prägung" im vorliegenden Fall auszugsweise wiederholt und im Hinblick auf die Rechtsansichten des Erstgerichts ergänzt wie folgt:

a. Zur Prozessökonomie in Hinblick auf das rechtswidrige Verhalten der Beklagten

87. Der Oberste Gerichtshof hat in seiner Entscheidung 4 Ob 116/05w klar und deutlich ausgesprochen, dass „Sammelklagen österreichischer Prägung" in Österreich zulässig sind, wenn die Ansprüche im Wesentlichen auf dem gleichen Grund basieren und im Wesentlichen gleiche Tat- oder Rechtsfragen aufwerfen. Der Oberste Gerichtshof hat in dieser Entscheidung auch schon festgehalten, **dass prozessökonomische Überlegungen gerade für die Zulässigkeit der Sammelklage sprechen**: *„Betreffen Fragen tatsächlicher oder rechtlicher Natur die Haupt- oder eine ganz maßgebliche Vorfrage hinsichtlich sämtlicher geltend gemachter Ansprüche, verringert es den Verfahrensaufwand sowohl für die Anspruchsteller als auch die Gerichte, wenn diese Fragen einmal und für alle Ansprüche bindend geklärt werden; eine Vielzahl von Einzelverfahren (mit unter Umständen unterschiedlichen Verfahrensergebnissen auf Grund allfälliger Rechtsmittelbeschränkungen im Hinblick auf den einzelnen Streitwert) erübrigt sich."*

88. Alle diese Voraussetzungen sind im gegenständlichen Fall unzweifelhaft erfüllt. Die Ansprüche resultieren aus dem wortgleichen Vertrag (Nutzungsvereinbarungen der beklagten Partei). Eine Abänderung der Nutzungsvereinbarungen durch die Nutzer ist nicht vorgesehen und gar nicht möglich. Es sind auch die Tat- und Rechtsfragen ident. Die Beklagte bietet nicht nur *„im Wesentlichen gleichartige"* sondern exakt gleiche Dienste unter exakt gleichen Vertragsbedingungen an. Die Ansprüche des Klägers und der sieben Zedenten resultieren aus dem wortgleichen Vertrag (Nutzungsvereinbarungen der beklagten Partei, Beilage ./A). Eine Abänderung der Nutzungsvereinbarungen durch die Nutzer ist nicht vorgesehen und gar nicht möglich. Das relevante Verhalten der beklagten Partei ist weltweit (zumindest außerhalb der USA und Kanada) das Gleiche.

89. Gerade diese „im Wesentlichen gleichen" Gründe, Rechts- und Tatfragen sind also in einem fast nicht übertrefflichen Maß gegeben und waren mitunter auch der Grund dafür, dass sich der Kläger für eine Erweiterung seiner originären Ansprüche im Rahmen einer „Sammelklage" entschieden hat.

90. Die Klage beruft sich (mit der Ausnahme des Auskunftsersuchens, welches auch nicht Teil der „Sammelklage“ ist) in keinem Punkt auf Umstände, die nur den Kläger betreffen, sondern basiert durchwegs auf generischen, uniformen und massenhaften Rechtsbrüchen der Beklagten, die diese auch gegenüber allen Zedenten setzt. Es besteht daher kein Grund, das Gericht mit spezifischen Analysen zu gleichartigen Tatsachen und rechtlichen Folgen weiter zu belasten. Das Erstgericht erläutert in seinem Beschluss mit keinem Wort, inwieweit rechtliche bzw tatsächliche Unterschiede in Bezug auf die relevanten Punkte B bis J der Klage (die Rollenverteilung, die Pflichten als Dienstleister, die Gültigkeit der Zustimmung, die Funktion von „Social Plug-Ins“, die Sekundärdatenverarbeitung, den „Social Graph“, externe Anwendungen, und die Massenüberwachung im Rahmen des „PRISM“-Programms) für die Zedenten bestehen sollen? Viel mehr ergibt sich schon aus der Klage, dass das darin behauptete rechtswidrige Verhalten der Beklagten absolut identisch bezüglich des Klägers und der sieben Zedenten ist.

91. Gerade im Vergleich mit der vom Erstgericht selbst zitierten Entscheidung 4 Ob 116/05w sowie den daran anschließenden Entscheidungen des OGH ist im gegenständlichen Fall eine nicht zu übertreffende Gleichartigkeit der Ansprüche und der rechtlichen und tatsächlichen Fragen vorzufinden. Im Unterschied zum gegenständlichen Verfahren waren in vorangegangen „Sammelklagen“ weit individuellere Sachverhalte – bis hin zu jeweils individuellen Fehlberatungen bei Anlagegeschäften (zB OGH in 6 Ob 224/12b) - Gegenstand von Sammelklagen. Die Ansicht des Erstgerichts, wonach hier im Vergleich zur bisherigen Rechtsprechung keine *„im Wesentlichen gleiche“* Gründe bzw. Rechts- und Tatfragen vorliegen würden, ist, bei richtiger rechtlicher Beurteilung, nicht haltbar.

b. Zur Prozessökonomie in Hinblick auf das anzuwendende Recht

92. Bezüglich des auf den Sachverhalt anzuwendenden Rechts sind zwei Ebenen zu trennen:
   - Die vorgeworfenen Rechtsverletzungen durch die Beklagte sind nach Art 4 der RL 95/46/EG primär nach irischem Datenschutzrecht zu beurteilen.
   - Die daraus resultierenden zivilrechtlichen Ansprüche sind (wegen der kuriosen Rechtswahl der Beklagten) primär nach kalifornischem Recht zu beurteilen.

   Durch die Verbindung der Ansprüche nach § 227 ZPO entsteht daher kein anderes anzuwendendes Recht als bei einer alleinigen Einbringung der Ansprüche des Klägers oder der gesonderten Einklagung durch andere betroffene Nutzer.

93. Damit ist die Auseinandersetzung mit den genannten Rechtsordnungen schon allein für die originären Ansprüche des Klägers oder jedes der Zedenten, der vor welchem Gericht auch

immer derartige Ansprüche gegen die beklagte Partei geltend machen möchte, erforderlich und kein Produkt der „Sammelklage".

94. Das anwendbare Recht ist Produkt der RL 95/46/EG bzw der Rechtswahl der Beklagten und kann damit keinesfalls dem Kläger vorgeworfen werden. Viel mehr wäre es kurios, wenn sich in Österreich tätige Konzerne aufgrund von einer exotischen Rechtswahl und dem Verweis auf die daraus entstehenden Komplexitäten *de facto* der österreichischen Gerichtsbarkeit entziehen könnten.

95. Zur weiteren Erleichterung der Sache bezieht sich die Klage durchgängig allein auf die RL 95/46/EG. Es ist somit für den originären Anspruch des Klägers genauso wie für die Ansprüche der sieben Zedenten alleine die RL 95/46/EG anzuwenden. Diese ist aufgrund der vollkommenen Harmonisierung (vgl Leitsätze des EuGH zum Urteil C-468/10 und C-469/10) auch ohne weiteres unmittelbar anwendbar. Auch das Erstgericht dürfte übersehen haben, dass die Klage dementsprechend auch durchgehend nur auf Rechte Bezug nimmt, welche sich unmittelbar aus der RL 95/46/EG ergeben.

c. Zum deutschen Zedenten

96. Richtig ist auch, dass (wie schon in der Klage Rz 220 vorgebracht) die aus der Verletzung des irischen und europäischen Datenschutzrechts resultierenden zivilrechtlichen Ansprüche für Nutzer bzw Zedenten aus *Deutschland*, welche sich sonst aus den genau gleichen Tatsachenfragen und Rechtsfragen des irischen Datenschutzrechts ergeben, nach deutschem Recht zu beurteilen sein werden. Das deutsche Schadenersatz- und Bereicherungsrecht sind jedoch relativ leicht zu ermitteln und im Kern dem österreichischen Recht gleich. Auch liegt der Schwerpunkt der rechtlichen Beurteilung der Klage wahrlich nicht im Zivilrecht, sondern im einheitlich anwendbaren Datenschutzrecht nach der RL 95/46/EG.

d. Sonstige Fragen zum anwendbaren Recht

97. Es wurde auch zu keinem Zeitpunkt vorgebracht, dass etwa die abgetretenen Ansprüche von [redacted] nach indischem Recht zu beurteilen wären.

98. Es stimmt zwar, dass auf den Kläger und die Zedenten in ihrer Rolle als Auftraggeber das jeweils nationale Datenschutzrecht anwendbar wäre. Soweit sich das Erstgericht darauf stützen sollte, besteht ein offensichtlicher Irrtum: Für die „Sammelklage" (Punkte B bis J der Klage) bezieht sich der Kläger ausschließlich auf irisches Recht, da diese Punkte von der Verarbeitung durch

die Beklage als Auftraggeber handeln. Die Datenverarbeitung der Nutzer ist gerade nicht Gegenstand der Klage.

99. Es kann dem Kläger auch nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass er die Ansprüche hilfsweise auf diverse alternative Anspruchsgrundlagen stützt. Ausnahme wären lediglich wiederum „deutsche Nutzer" gemäß Punkt 17.3. der Nutzungsbedingungen (Beilage ./A), für die auch diese Ansprüche nach deutschem Recht zu beurteilen wären.

100. Wie außerdem schon in Rz 90 des Schriftsatzes ON 18 vorgebracht, wäre auch bei einer (theoretischen) Klagseinbringung des Klägers in Irland nichts gewonnen, da auch das irische Gericht in diesem Fall europäisches und irisches Datenschutzrecht sowie allenfalls irisches, deutsches, kalifornisches oder österr. Zivilrecht anzuwenden hätte.

e. Zusammenfassung zum anwendbaren Recht

101. Dem Erstgericht ist daher (mit der Ausnahme des leicht zu ermittelnden deutschen Zivilrechts) entschieden zu widersprechen, wenn es ausführt, dass ausländisches Recht anzuwenden wäre, das nicht ohnehin für die originären Ansprüche angewandt werden müsste.

102. Es wäre schlussendlich auch unökonomisch, bei gleichen Tat- und Rechtsfragen, deren Lösung für alle Einzelansprüche von Bedeutung sind, eine gesonderte Behandlung aller geltend gemachten Ansprüche durchzuführen, die Arbeitskapazität bindet, zu unterschiedlichen Entscheidungen führen kann und für alle Beteiligten das Prozessrisiko erhöht, womit letztlich der Gesamtverfahrensaufwand für beide Parteien steigt. Gerade wenn – wie das Erstgericht selbst meint – in diesem Verfahren vorwiegend Rechtsfragen zu klären sind, ist auch nicht ersichtlich, weshalb dann die Sammelklage im vorliegenden Fall aus *„prozessökonomischen Gründen"* nicht zulässig sein soll.

f. Zur Prozessökonomie in Hinblick auf Zeugenaussagen

103. Das Gericht bringt weiters vor, dass jeder Verbraucher einzeln zu vernehmen wäre. Dass bei einem Sammelverfahren uU auch viel Zeugen vernommen oder sonstige Beweise anspruchsspezifisch erhoben werden müssen, ist einem Gruppen- oder Großverfahren immanent. Es wäre aber keinesfalls „prozessökonomischer", wenn beispielsweise tausende betroffene Nutzer der klagenden Partei ihre Ansprüche jeweils gesondert mit einer Vielzahl gleichartiger Klagen parallel geltend machen würden. Eine solche parallele Massenklage wäre – schon aus prozessökonomischen Gründen - wohl zumindest für den die Klärung und Lösung der

im Kern gleichen Tatsachen- und Rechtsfragen betreffenden Verfahrensabschnitt zur gemeinsamen Verhandlung und Verfahrensführung zu verbinden.

104. Weiters wäre es das Ende der „Sammelklage österreichischer Prägung" in Verbrauchersachen, wenn allein durch das Bestreiten der Verbrauchereigenschaft durch das beklagte Unternehmen (und dem damit verbundenen Antrag, jeden Verbraucher einzeln als Zeuge zu laden) eine Verbindung der Ansprüche nach § 227 ZPO verhindert werden könnte. Es ist in Hinblick auf diese Frage auch darauf hinzuweisen, dass eine zwangsweise Zeugenladung von ausländischen Zedenten rechtlich ohnehin nicht möglich ist und die Verbrauchereigenschaft der sieben Zedenten auch durch andere Beweise (zB Vorlage von Screenshots, Daten, Verträgen, usw) erbracht werden kann.

g. Zum Klägergerichtsstand

105. Die Frage der Zuständigkeit bzw der Zulässigkeit der Einbeziehung abgetretener Ansprüche in den privilegierten Klägergerichtsstand der Art 15, 16 EuGVVO a.F. ist in Wahrheit auch gar keine Frage des § 227 ZPO bzw wäre vom Gericht eben unabhängig von der Verbindung von Ansprüchen zu einer „Sammelklage" zu betrachten gewesen, was aber vom Erstgericht verabsäumt wurde.

106. Der Einwand des Erstgerichts dass eine „Sammelklage" bei einem „Klägergerichtsstand" (also zB Erfüllungsort, Schadensort, Ort der unbeweglichen Sache, Streitgenossenschaft, Sonderregelungen für Versicherungswesen und bei Arbeitsverträge, usw) dazu führen, dass ausländische Unternehmen oder Schädiger im Vergleich zu einem inländischen Beklagten durch die Versagung einer Verbindung von Ansprüchen nach § 227 ZPO anders behandelt würden, ist verfehlt. Daraus würde durch die Möglichkeit einer Sammelklage nur für inländische Beklagte *de facto* bezüglich des Klagsrisikos eine Inländerdiskriminierung für Beklagte mit Sitz in Österreich geschaffen bzw. aus der Sicht der prozessökonomischen Vorteile einer gemeinsamen Erledigung für den Beklagten eine europarechtlich bedenkliche Diskriminierung von ausländischen Beklagten entstehen. Für eine Ungleichbehandlung nach dem Sitz des Beklagten ist weder in § 227 ZPO noch in den Entscheidungen des OGH (insb 4 Ob 116/05w) eine Basis zu erblicken.

107. Wie schon im Schriftsatz ON 18 unter Rz 57ff aufgezeigt, stellt sich die Frage, welches legitime verfahrensrechtliche Interesse die Beklagte haben soll, das durch eine Zession und eine Zuständigkeit des angerufenen Gerichts auch bezüglich der zedierten Ansprüche im gegenständlichen Fall verletzt würde? Ein solches Interesse ist nicht zu erblicken:

- Schon auf rechtlicher Ebene hat nach der EuGVVO die Beklagte keinerlei Vertrauensschutz auf eine bestimmte örtliche Zuständigkeit. Nach der Rsp ist der Unternehmer nach Art 15 EuGVVO viel mehr im gesamten Bereich seiner „Ausrichtung" klagbar (vgl ua EuGH vom 17.10.2013, Rs C-218/12). Nach dem System der Art 15 und 16 EuGVVO bestimmt der Unternehmer das Gebiet seiner Gerichtspflicht durch sein „Ausrichten" – das örtlich zuständige Gericht wird sodann faktisch durch den aktuellen Wohnort des Klägers determiniert. Der Grundsatz des gesetzlichen Richters ist jedoch gerade nicht verletzt. Ein Unternehmer hat in der Praxis regelmäßig keine Informationen zum Wohnort eines Verbrauchers (zB bei anonymen Käufen im Ladengeschäft). Entsprechend sah auch das LG Feldkirch im Urteil vom 21.1.2008 (2 R 18/08z) bei der Lieferung an eine grenznahe Adresse in Deutschland die Zuständigkeit durch den österreichischen Wohnsitz des Klägers gegeben.

- Die Beklagte ist ein Musterbeispiel für dieses fehlende faktische Vertrauen: Sie geht nicht gezielt mit gewissen Verbrauchern einen Vertrag ein und bezieht auch den Standort der Verbraucher bzw des jeweiligen Gerichts nicht in ihre Überlegungen zum Vertragsschluss ein. Vielmehr kontrahiert sie mit jedermann außerhalb der USA und Kanadas, der auf die Schaltfläche „Registrieren" klickt und richtet ihre Tätigkeiten auf die ganze Welt aus, ohne dass eine Angabe des Wohnorts, Wohnlands oder Wohnkontinents nötig wäre. Es besteht somit bei der Beklagten auch faktisch keinerlei Vertrauen auf einen bestimmten Verbrauchergerichtsstand.
- Auch das auf die Beklagte jedenfalls anwendbare Recht – nämlich das europäische Datenschutzrecht und das kalifornische Zivilrecht – bleibt vollkommen unverändert (im Gegensatz zu amerikanischem „*forum shopping*" zur Änderung des anwendbaren Rechts).

- Durch die Zessionen wird kein höherer Verfahrensaufwand verursacht. Vielmehr werden Ansprüche vieler Verbraucher auf einen bereits existenten Verbraucher gebündelt und eine deutliche Verringerung des Prozessaufwandes erreicht. Eine getrennte Einbringung von einzelnen Ansprüchen durch die jeweiligen originären Anspruchsberechtigten wäre gerade für die Beklagte und die Anspruchsberechtigten mit erheblich größerem Aufwand, Kosten und vor allem der Gefahr von widersprechenden Entscheidungen verbunden.

- Die Beklagte muss sich auch nicht mit einer externen, dritten Partei als Kläger abfinden. Sie selbst hat mit dem Kläger kontrahiert und mit diesem Geschäfte gemacht.

108. Es findet sich somit als einzig erkennbares Interesse der Beklagten die faktische Verunmöglichung von berechtigten Klagen, was abermals kein legitimes Rechtsschutzinteresse

ist. Das Erstgericht übersieht bei seiner Argumentation auch den Einwand der Beklagten, wonach eine Einklagung gesammelter Ansprüche aufgrund der irischen Rechtslage unmöglich sei. In Irland könnte wiederum die Gerichtsstandwahl der Beklagten in Kalifornien eingewandt werden, obwohl in Irland Urteile aus Kalifornien nicht anerkannt werden.

109. Der Kläger hätte damit einen Anspruch, aber keinen Rechtsweg (das offensichtliche Ziel der Beklagten). Soweit das Erstgericht hier der Argumentation der Beklagten folgt, schützt es nicht den „Grundsatz des gesetzlichen Richters", sondern verletzt vielmehr den grundrechtlich geschützten Zugang des Klägers zum Recht (insb Art 6 EMRK bzw. Art 47 GRC).

h. Fehlende Begründung zur vermeintlichen Unzulässigkeit der Einbeziehung von zedierten Ansprüchen aus Österreich

110. Wenn das Erstgericht meint, dass bereits nach dem Klagsvorbringen auf die Zedenten mit Wohnsitz in Deutschland bzw Indien andere Rechtsvorschriften anzuwenden seien, und dass damit jedenfalls für diese „ausländischen" Ansprüche die Voraussetzung der Prozessökonomie fehlen würden, betrifft dies allenfalls die abgetretenen Ansprüche von Herrn [redacted] und Frau [redacted]. Als sekundärer Feststellungsmangel wird gerügt, dass das Erstgericht nicht festgestellt hat, dass fünf der sieben Zedenten, deren abgetretene Ansprüche bislang überhaupt in das Verfahren mit einbezogen sind, ihren Wohnsitz in Österreich haben (vier davon in Wien, einer in Salzburg). Diese Feststellung hätte sich zwanglos aus den vorgelegten Abtretungserklärungen, Beilage ./AC, und der Aussage des Klägers ergeben und wurde von der Beklagten auch nicht bestritten. Der angefochtene Beschluss lässt jede Begründung dazu vermissen, weshalb nun die Geltendmachung von abgetretenen Ansprüchen von Verbrauchern, die Ihren Wohnsitz in Wien oder in Salzburg haben, nicht zulässig wäre. Das Erstgericht sieht ja selbst die „Voraussetzung" der Prozessökonomie nur für die „ausländischen" Ansprüche als nicht gegeben an.

111. Bei richtiger rechtlicher Beurteilung hätte das Erstgericht daher zunächst erkennen müssen, dass – selbst in Anbetracht der angestellten Überlegungen zur Prozessökonomie - zumindest die Einbeziehung von abgetretenen Ansprüchen im Wege der Inkassozession nach §§ 1392 ff ABGB von Verbrauchern aus Wien, wohl auch aus ganz Österreich, zulässig ist.

i. Zur Zulässigkeit der Einbeziehung der abgetretenen Ansprüche „ausländischer" Nutzer

112. Wie das Erstgericht selbst zunächst richtig erkennt, ist für die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts hinsichtlich der zedierten Ansprüche der Wohnsitz des Klägers ausschlaggebend. Das

angerufene Gericht liegt innerhalb der Union und Kläger und Beklagte sind in einem Mitgliedsstaat der Union ansässig. Nach herrschender Meinung richtet sich die Zuständigkeit des anzurufenden Gerichtes eben nach dem aktuellen Wohnsitz des Rechtsnachfolgers des Verbrauchers und nicht nach dem Wohnsitz des Verbrauchers, der den Vertrag abgeschlossen hat [*De Bra*, Verbraucherschutz 177 f]. Diese Ansicht vertritt auch *Kodek*, wenn er schreibt, dass bei Verfahren mit Beteiligung ausländischer Kläger, eine Lösung, die die individuelle Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts normiert, mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist [vgl *Kodek*, Zivilprozessuale Probleme bei Großverfahren, ecolex 2005, 31; ders, Möglichkeiten der Prozessleitung in Massenverfahren, RZ 2005, 34].

113. Es entsteht leider ein wenig der Eindruck, dass das Erstgericht seine Unzuständigkeit und die Unzulässigkeit der Klage nach dem *„Florianiprinzip"* angenommen hat: Das Erstgericht übersieht dabei scheinbar bewusst, dass alle nationalen Gerichte in der Union den internationalen Entscheidungsgleichklang grundsätzlich zu wahren und die einheitliche Beurteilung aller Ansprüche aus einem Ereignis sicherzustellen haben.

114. Der mittelbare Vorwurf eines *„forum shopping"* schlägt fehl, wenn man bedenkt, dass der gewählte Gerichtsstand aus dem Wohnort des Klägers abgeleitet und gerade nicht „strategisch" verschoben wurde. Eine „trickreiche" Verschiebung in eine bestimmte „Rechtsordnung" oder vor ein bestimmtes Gericht ist (zB durch eine Strohmann etc) ist in diesem Fall gerade nicht gegeben. Für <u>Zedenten aus Wien</u> ist dieser Vorwurf auch keinesfalls zutreffend – das Gericht wäre auch ohne Zession für die betreffenden Zedenten zuständig.

115. Abgesehen davon führen auch sonstige „Bewegungen" des Verbrauchers (zB ein Umzug) zu einem Gerichtswechsel; die Grenze ist auch hier nur die „Ausrichtung" des Unternehmens: Dazu *Fasching, Art 16 EuGVVO Rz 10: „Verlegt der Verbraucher nach Vertragsabschluss seinen Wohnsitz in einen anderen Mitgliedstaat, so kann der Verbraucher vor den Gerichten am Ort seines neuen Wohnsitzes Klage erheben (Schlosser-Bericht Rz 161; Czernich/Tiefenthaler/Kodek, Kurzkommentar[2] Art 16 Rz 2; Geimer/Schütze, Urteilsanerkennung I/1, 430; dies, Zivilverfahrensrecht[2] Art 16 EuGVVO Rz 5; Gottwald, MünchKommZPO[3] III Art 16 EuGVO Rz 5; Hüßtege in Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung[28] Art 16 EuGVVO Rz 4; Kropholler, Zivilprozeßrecht[8] Art 16 EuGVO Rz 2; Schaltinat, Verbraucherstreitigkeiten 80; Staudinger in Rauscher, EuZPR[2] I Art 16 Brüssel I-VO Rz 5; LG Feldkirch 2 R 18/08 z;)"*

116. In Hinblick auf ihre (mit Ausnahme von Kanada und den USA) weltweite Ausrichtung kann die beklagte Partei nicht auf einen bestimmten Gerichtsstand „vertrauen", sondern muss eben in der gesamten Union mit einer Klage rechnen. Die Beklagte nützt die Vorteile des Binnenmarkts, will

sich den Verbraucherschutzregeln genau dieses Binnenmarkts aber entziehen. Nach der Rsp des EuGH muss ein Unternehmen weder wissen, dass der Verbraucher aus einem anderen Land stammt; die „Ausrichtung" muss auch nicht kausal sein (EuGH vom 17.10.2013, Rs C-218/12). Grenze ist nur das Gebiet der Ausrichtung. Nur darauf kann das Unternehmen vertrauen.

117. Dem österreichischen und europäischen Recht ist es auch fremd, zwingend eine Verbindung einer Rechtssache zum Gerichtsstand zu verlangen. So kann generell jeder Mensch weltweit zB nach § 104 JN eine Sache vor die österreichischen Gerichte bringen und damit den von der Beklagten kritisierten „globalen Gerichtsstand" begründen, ohne dass – außer der zwischen den Streitteilen getroffenen Gerichtsstandsvereinbarung – irgendeine Nahebeziehung zu Österreich bestehen würde. Da der Gesetzgeber schon eine Klage zB eines Chilenen gegen einen Chinesen vor österreichischen Gerichten zulässt, ist auch hier bezüglich der gegenständlichen Klage für die Beklagte nichts zu gewinnen.

118. Im Hinblick auf das Vorgesagte hätte das Erstgericht zusammengefasst erkennen müssen, dass es auch hinsichtlich aller Ansprüche, die von Verbrauchern und Nutzern bzw. Vertragspartner der beklagten Partei im Wege einer Zession nach §§ 1392 ff ABGB an den Kläger abgetreten wurden und die allenfalls noch in das Verfahren im Wege einer Klageerweiterung einbezogen werden, grundsätzlich zuständig ist.

119. Selbst eine unzulässige objektive Klagenhäufung stellt im Übrigen bloß einen verbesserungsfähigen Formmangel dar, wenn das Prozessgericht für alle Ansprüche zuständig ist (RIS-Justiz RS0080955).

j. Unzulässigkeit einer „Vorratszurückweisung"

120. In jedem Fall hätte sich das Erstgericht mit den bislang einbezogenen Ansprüchen im Einzelnen befassen müssen. Der Umstand, dass der Kläger festgestellter Maßen bereits ca 25.000 Ansprüche von Facebook-Nutzern und Verbrauchern aus der ganzen Welt abgetreten erhalten hat, kann für die Beurteilung der Zulässigkeit der vorliegenden Klage nicht von Relevanz sein. Wann und ob der Kläger überhaupt weitere abgetretene Ansprüche etwa im Wege einer Klageerweiterung iSd § 235 ZPO geltend macht, ist völlig offen.

121. Soweit das Erstgericht etwa im Hinblick auf die zukünftige Einbeziehung weiterer abgetretener Ansprüche befürchtet, dass eine „vernünftige Verfahrensdauer" nicht einzuhalten wäre, ist auf § 235 Abs 3 ZPO zu verweisen. Das Gericht hat im Fall einer späteren Klageerweiterung – soweit die beklagte Partei einer solchen dann nicht zustimmt - ohnedies über die Zulassung der

Erweiterung zu entscheiden. Dem Gericht ist es jedenfalls verwehrt, über Ansprüche abzusprechen, die noch gar nicht geltend gemacht sind bzw. die Klage „auf Vorrat zurückzuweisen“.

122. Abgesehen davon könnte man mit dem Argument, dass eine Vielzahl von Zeugen zu laden bzw. eine Vielzahl von Beweisen aufzunehmen sein wird, jede Sammelklage und jedes Großverfahren „ersticken“. Die Verbrauchereigenschaft der Nutzer lässt sich – auch bei ausländischen Nutzern – hervorragend durch Urkunden beweisen und macht eine Einvernahme nicht zwingend erforderlich. Ungeachtet dessen wäre etwa die Einvernahme zB der österr. Zedenten deutlich schneller zu bewerkstelligen als die Bearbeitung von tausenden – wenn auch im Kern gleichlautenden - Klagen.

123. Die Entscheidung des Erstgerichts, wonach eine „Sammelklage“ im vorliegenden Fall nicht zulässig und das Gericht für die geltend gemachten zedierten Ansprüche nicht zuständig wäre, ist daher rechtlich verfehlt.

E. Zu den Einwänden der vermeintlichen Unzulässigkeit des Rechtswegs, der Streitanhängigkeit bzw der entschiedenen Rechtssache

124. Aus prozessualer Vorsicht wird auch kurz noch einmal die Zulässigkeit des Rechtsweges, auf die das Erstgericht im angefochtenen Beschlusses nicht näher eingegangen ist, bekräftigt und auch noch einmal kurz dargelegt, dass keine Streitanhängigkeit oder *res iudicata* vorliegt:

125. Die Beklagte wendet generell die Unzulässigkeit des Rechtswegs ein. Ein konkretes Vorbringen ist dabei jedoch nicht zu erkennen. Die RL 95/46/EG erlaubt explizit eine duale Durchsetzung bzw. eben auch die Anrufung von Gerichten (Art 22) und (im weit geringeren Ausmaß) Beschwerden bei Datenschutzbehörden. Die Richtlinie schränkt die Durchsetzung vor den ordentlichen Gerichten in Art 22 in keiner Weise ein und ist klar direkt anwendbar.

126. Die Beklagte hat die Frage der Durchsetzungsoptionen für das „Recht auf Auskunft“ iSd § 26 DSG (Punkt K der Klage) besonders betont. Die Beklagte vertritt die Auffassung, dass hier eine alleinige Zuständigkeit der Datenschutzbehörden bestehe. Dabei scheint die Beklagte den ehemaligen § 1 Abs 5 des österreichischen DSG 2000 im Blick zu haben, welcher (unionsrechtswidrig) eine alleinige Durchsetzung des Rechts auf Auskunft vor der Datenschutzkommission (nun Datenschutzbehörde) vorsah. Dieser Absatz ist jedoch schon seit

2013 aufgehoben – und wäre wie gesagt ohnehin durch direkte Anwendbarkeit des Art 22 der RL 95/46/EG nicht anzuwenden.

127. Die Beklagte brachte vor, die irische Datenschutzbehörde – eine nach Art 28 der RL 95/46/EG eingerichtete Verwaltungsbehörde – sei ein „Gericht in Zivil- und Handelssachen" iSd EuGVVO und daher bestünde nach den Regeln der EuGVVO „Streitanhängigkeit" bzw. bei Zurückziehung der Beschwerden oder Entscheidung über diese Beschwerde eine „res iudicata".

128. Der Erstgericht stellte dazu korrekt fest, dass die relevanten Beschwerden vom Kläger zurückgezogen wurden: *„Die ersten 22 Beschwerden wurden vom Kläger mit E-Mail an die irischen Datenschutzkommission vom 31.7.2014 zurückgezogen (PV des Klägers)."* (vgl Beschluss S 18, 4. Absatz). Das Erstgericht stellte zutreffend nicht fest, dass die irische Datenschutzbehörde überhaupt eine Entscheidung zu den 22 Beschwerden gefällt hat.

129. Ohne weiter auf die Fakten einzugehen, ist das Vorbringen der Beklagten schon auf rechtlicher Ebene nicht haltbar: Eine „Datenschutzbehörde" ist eben nur das – eine Verwaltungsbehörde und kein „Gericht" (schon gar nicht ein „Gericht in Zivil- und Handelssachen"). Die irische Datenschutzbehörde kann weder Schadenersatz zusprechen, noch kann diese ein „Urteil" aussprechen, sondern agiert lediglich mit unverbindlichen Empfehlungen oder „Entscheidungen", die jedoch für den betroffenen Beschwerdeführer nicht exequierbar sind.

130. Ein Verfahren bei einer Datenschutzbehörde nach Art 28 der RL 95/46/EG kann daher schon abstrakt keine Streitanhängigkeit oder gar *res iudicata* nach dem 9. Abschnitt der EuGVVO begründen.

F. Antrag auf Einholung einer Vorabentscheidung des EuGH

131. Für den Fall, dass das Rekursgericht die Rechtsansichten des Klägers und Rekurswerbers zur Frage der internationalen Zuständigkeit des angerufenen Gerichts und zur Zulässigkeit der Klage wider Erwarten nicht teilen oder Zweifel an der Auslegung der der EuGVVO haben sollte, wird aus prozessualer Vorsicht auch **beantragt**, folgende Fragen dem hohen Europäischen Gerichtshof gem. Art 267 AEUV (ex-Art 234 EGV) zur Vorabentscheidung vorzulegen:

a. Schließt ein mittelbarer „Nutzen" eines Verbrauchervertrags oder der Klagsführung (hier: Steigerung der Bekanntheit des Klägers durch Medienberichterstattung zum Ver-

fahren) die Verbrauchereigenschaft iSd Art 15 Abs 1 EuGVVO nachträglich aus, oder ist lediglich auf den Zweck des Verbrauchervertrags abzustellen?

132. Diese Frage ist jedoch nach Dafürhalten des Klägers ein „acte-clair", da der EuGH in stRsp eine „Negativabgrenzung" des Verbraucherbegriffs durch eine „berufliche und gewerbliche Tätigkeit" vornimmt. Der EuGH judiziert in stRsp, dass sich der Verbraucher nach der Stellung dieser Person innerhalb des konkreten Vertrages bestimmt.

b. Geht der Verbrauchergerichtsstand nach Art 15 und 16 EuGVVO durch eine Zession zwischen nicht beruflich oder gewerblich handelnden Verbrauchern unter?

133. Auch diese Frage ist nach Ansicht des Klägers ein „acte-clair", da die hL und Rsp diese Frage bereits geklärt hat und Rs C-89/91 zum EuGVÜ nicht einschlägig ist bzw. zu dieser Frage keine Aussage trifft. In der herrschenden Lehre und Literatur wird hingegen die - systemimmanente - Auffassung vertreten, dass sich ein „privater" Rechtsnachfolger wegen des Schutzzwecks der Art 15 ff EuGVVO natürlich auf den Verbrauchergerichtsstand berufen kann (in der österreichischen Literatur zB: *Simotta* in *Fasching/Konecny*, KommZPO[2] V/1 (2008) Art 15 EuGVVO Rz 109; *Nemeth* in *Burgstaller/Neumayr/Geroldinger/Schmaranzer*, Internationales Zivilverfahrensrecht, Art 15, Rz 19; *Schlosser*, EU-ZPR[3] Art 15 EuGVVO Rz 3; *Mayr* in *Czernich/Kodek/Mayr*, Art 15, Rz 21; *Schoibl*, JBl 1998, 700 (709 bei FN 85); *Klausner*, Europäisches ZPR, Art 15, E19; Ebenso in der deutschen Literatur zB: *Steiner* in *Zöller*, ZPO[31], Art 15 EuGVVO, Rz 20; *Geimer* in *Zöller*, ZPO[27], Art 15 EuGVVO, Rz 15; *Baumbach,* ZPO[73], Art 15 EuGVVO, Rz 2; *Gottwald* in Münchner Kommentar zur ZPO[4], Art 15 EuGVVO, Rz 3; *Wagner* in *Stein/Jonas*, KommZPO[22], Band 10, Art 15, Rz 15; *Geimer* in *Geimer/Schütze*, EuZVR[2], Art 15 EuGVVO, Rz 19; *Kropholler,* Europäisches ZPR[9], Art 15, Rz 11; *Adolphsen*, Europäisches ZVR, Rn 165; *Schlosser*, EU-Zivilprozessrecht[4], Art 15, Rz 3; *Pfeiffer* in Prütting/Gehrlein, ZPO[7], Art 17, Rz 2; *Stadler* in *Musielak,* ZPO[11], Art 15, FN 7; *Auer* in *Geimer/Schütze*, IRV, Art 15 EuGVVO, Rz 27; *Kleinknecht*, Verbraucherschützende Gerichtsstände 87; *Sachse*, Verbrauchervertrag 132 ff)

c. Schließt die EuGVVO eine prozessrechtliche Verknüpfung von Ansprüchen nach nationalem Prozessrecht aus?

134. Auch diese Frage ist schlussendlich ein „acte-clair", da die Verknüpfung von Ansprüchen europarechtlich in keiner Weise vorgegeben ist, sondern allein Sache des nationalen Prozessrechts ist (hier § 227 ZPO).

II. <u>Unrichtige Tatsachenfeststellungen aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung</u>

135. Ungeachtet der dargestellten unrichtigen rechtlichen Beurteilung sind auch zahlreiche der vom Erstgericht getroffenen Feststellungen unrichtig und nur auf eine unrichtige Beweiswürdigung zurückzuführen.

a. Zum Bestehen des privaten Nutzerkontos des Klägers seit 2008

136. Angefochten wird die Feststellung auf S 26, 2. Absatz des Beschlusses:

> *„Seit <u>2010</u> nutzt er ein Facebook- Konto"www.facebook.com/[redacted] das er nur für seine privaten Aktivitäten wie Fotos tauschen, chatten, posten mit ca. 250 Freunden verwendet."*

137. Bei richtiger Beweiswürdigung hätte das Erstgericht erkennen müssen, dass der Kläger das Konto durchgehend seit 2008 nutzt (so auch die Feststellung zuvor: „Der Kläger verwendet Facebock seit 2008", vlg S 26, 2. Absatz des Beschlusses).

138. Das Erstgericht bezieht sich bei dieser Feststellung auf die Angaben des Klägers, missachtet aber dessen – unbedenkliche – Aussage (vgl S 7 des Protokolls der Verhandlung, ON 22):

> *„Ich habe seit <u>2008</u> ein Facebook-Profil. Das genaue Datum weiß ich nicht auswendig. Es war Sommer <u>2008</u>, es war so wie in diesem Verfahren vorgebracht."*

139. Begehrt wird daher die Ersatzfeststellung, dass der Kläger sein privates Konto seit 2008 benützt. Diese Feststellung wäre auf Basis der glaubwürdigen Aussage des Klägers zu treffen gewesen – gegenteilige Beweisergebnisse hat das Beweisverfahren nicht zu Tage gefördert. Vielmehr ist die Jahreszahl „2010" in Bezug auf die Erstellung des Nutzerkontos des Klägers in keinem Teil der Akten aufzufinden.

140. Diese Feststellung wäre für die richtige Beurteilung des Vertrages als Verbrauchergeschäft im (Hinblick auf den relevanten Zeitpunkt des Vertragsschlusses) wesentlich gewesen.

b. Zur vermeintlich beruflichen Nutzung der öffentlichen Facebook-Seite „EVF"

141. Angefochten wird die Feststellung auf S 26, 2. Absatz des Beschlusses:

„Darüber hinaus nutzt er Facebook seit 2011 auch über die von ihm registrierte und aufgesetzte (PV des Klägers) Facebock-Seite „EVF" ("Europe v. Facebook") um über sein Vorgehen gegen Facebook, seine Vorträge, Teilnahmen an Podiumsdiskussionen und seine Medienauftritte zu berichten, für Spendenaufrufe und um für sein Buch "Kämpf um deine Daten" zu werben (. /28)."

142. Bei richtiger Beweiswürdigung hätte das Erstgericht erkennen müssen, dass der Kläger die öffentliche Facebook-Seite „EVF" nur im folgenden Ausmaß nutzte:

- Ein Posting zu einem Spiegel-Artikel zum Buch „Kämpf um deine Daten" (10. Juni 2014).
- Drei Postings (zwei vom 4. Juni 2014 und eines vom 7. Juni 2014) für eine Spendenaktion in der Höhe von € 2 pro verkauftem Buch „Kämpf um deine Daten" (vgl S 10 und 11, Text und Bilder, der Beilage ./28)
- Neun Postings zu nicht kommerziellen Veranstaltungen (24. 10. 2011: Kulturfestival „Elevate", Graz; 2. 12. 2011: Diskussion, Europarat, Diplomatische Akademie, Wien; 27. 3. 2012: „Allein unter allen" im WUK, Wien; 18. 6. 2012: Mitschnitt eines Vortrags an der Uni Linz; 31. 1. 2013: Anhörung im EU-Parlament; 7. 2. 2013: Schüler-Vortrag bei den Salzburger Nachrichten; 8. und 9. 5. 2013: Netz-Kongress „Republica", Berlin; 28. 10. 2013: Diskussion an der Uni Wien; vgl jeweils Beilage ./28)
- Die Seite besteht seit vier Jahren (seit 2011) und hat über 350 Postings.

143. Das Erstgericht bezieht sich bei diesen Angaben auch nicht auf die Aussage des Klägers (vgl S 15 des Protokolls der Verhandlung, ON 22), welche die genaue Nutzung der Seite nicht thematisiert:

„Es gibt eine Facebook-Seite, die heißt europe-v-facebook, die ich aufgesetzt habe. Ich habe diese Facebock-Seite ungefähr Ende 2011 registriert. Auch die Seite europe-v-facebook wurde errichtet für Updates über laufende Verfahren."

144. Begehrt wird daher die Ersatzfeststellung, dass der Kläger die Facebook-Seite „EVF" bei über 350 Postings in vier Jahren nur für ein Posting zu einem Zeitungsbericht über sein Buch „Kämpf um deine Daten" , für drei Postings zu einer Spendenaktion in Zusammenhang mit dem Buch „Kämpf um deine Daten" und neun Postings zu nicht kommerziellen Veranstaltungen benützt hat.

145. Diese Feststellung wäre auf Basis der Beilage ./28 zu treffen gewesen.

146. Diese Feststellung wäre für die Bestimmung des Ausmaßes einer allfälligen beruflichen Nutzung und damit wieder für die Beurteilung der Frage, ob ein Verbrauchervertrag vorliegt, wesentlich gewesen.

c. Zu den Einkommen aus Veranstaltungen

147. Angefochten wird die Feststellung auf S 26 unten bzw. 27 oben des Beschlusses:

> *„Daneben erzielt er ein Einkommen in nicht feststellbarer Höhe aus dem Verkauf der genannten Bücher und aus Veranstaltungen, zu denen er, aufgrund seines Vorgehens gegen Facebook, nunmehr der gegenständlichen Klage, eingeladen wurde."*

148. Bei richtiger Beweiswürdigung hätte das Erstgericht erkennen müssen, dass der Kläger für die Teilnahme an Veranstaltungen, Vorträge oder Interviews zum Thema Facebook nie Geld erhalten hat, sondern solches – selbst wenn es ihm angeboten wurde – für sich selbst kategorisch abgelehnt bzw. nur als Spende an den Verein akzeptiert hat.

149. Das Erstgericht bezieht sich bei dieser Feststellung ausschließlich auf die Angaben des Klägers, missachtet aber dessen – unbedenkliche – Aussage (vgl S 11 des Protokolls der Verhandlung, ON 22):

> *„Mir wurde immer wieder angeboten für Interviews bzw. Vorträge betreffend Facebook, dass es Zahlungen gibt. Ich habe das immer abgelehnt. Ich mache das aus Überzeugung und nicht um Geld zu verdienen und habe aber gesagt, wenn man etwas zahlen will, so soll man es dem Verein geben."*

150. Die Angaben des Klägers zu Vortragshonoraren betrafen klar nur solche Vorträge, die in keinem Zusammenhang mit der beklagten Partei bzw facebook.com stehen. Dies wäre zumindest in Form einer entsprechenden Negativfeststellung auf Basis der glaubwürdigen Aussage des Klägers auch festzuhalten gewesen – gegenteilige Beweisergebnisse hat das Beweisverfahren nicht zu Tage gefördert.

151. Wie schon im Rahmen der unrichtigen rechtlichen Beurteilung aufgezeigt, konnte vom Kläger auch nicht verlangt werden, „Belege" dafür vorzulegen, dass er keine Zahlungen erhalten hat (vgl Beschluss, S 29 oben). Es gilt der Grundsatz negativa non sunt probanda. Des Weiteren ist die Beklagte bezüglich der Einrede von vermeintlichen beruflichen Tätigkeiten des Klägers beweispflichtig.

152. Begehrt wird daher die Ersatzfeststellung, dass der Kläger für die Teilnahme an Veranstaltungen, für Vorträge oder Interviews im Zusammenhang mit der beklagten Partei bzw facebook.com nie Geld erhalten hat.

153. Die begehrte Ersatzfeststellung bzw. Negativfeststellung wäre ebenfalls für die Beurteilung der Verbrauchereigenschaft des Klägers wesentlich gewesen.

d. Zur beruflichen Nutzung des „Medieninteresses"

154. Angefochten wird die Feststellung auf S 27, oben des Beschlusses:

> *„Der Kläger nutzt das enorme, weltweite Medieninteresse an seinem Vorgehen gegen die Beklagte mittlerweile auch beruflich."*

155. Die Schlussfolgerung des Erstgerichts ist aus der Luft gegriffen. Vorträge zum Thema Facebook sind nicht kommerziell (siehe oben) – Bücher hat der Kläger schon vorher verkauft (siehe „Videoüberwachung"), das zweite Buch „Kämpf um deine Daten" betrifft nicht das Vorgehen gegen die Beklagte. Der vermeintliche Konnex und Kausalzusammenhang zwischen Medieninteresse bzw. Aufmerksamkeit, Konto und dem Verkauf von Büchern wurde vom Erstgericht nicht dargestellt.

156. Das Erstgericht missachtet auch die – unbedenkliche – Aussage des Klägers (vgl S 11 des Protokolls der Verhandlung, ON 22):

> *„Mir wurde immer wieder angeboten für <u>Interviews</u> bzw. Vorträge betreffend Facebook, dass es Zahlungen gibt. Ich habe das immer abgelehnt. Ich mache das aus Überzeugung und nicht um Geld zu verdienen und habe aber gesagt, wenn man etwas zahlen will, so soll man es dem Verein geben."*

157. Wie schon im Rahmen der unrichtigen rechtlichen Beurteilung aufgezeigt konnte vom Kläger auch nicht verlangt werden, „Belege" dafür vorzulegen, dass er keine Zahlungen erhalten hat (vgl Beschluss, S 29 oben). Es gilt der Grundsatz *negativa non sunt probanda*. Des Weiteren wäre die Beklagte bezüglich der Einrede von vermeintlichen beruflichen Tätigkeiten des Klägers beweispflichtig gewesen.

e. Zu den „Aktivitäten“ des Klägers

158. Als aktenwidrig und jedenfalls unrichtig wird auch die Feststellung auf Seite 18 unten bekämpft, wonach der Kläger die auf Seite 19 bis S 23 vorletzter Absatz aufgelisteten „Aktivitäten“ im Zusammenhang mit seinem Vorgehen gegen behauptete Datenschutzrechtsverletzungen gesetzt habe.

159. Der Kläger hat diese „Aktivitäten“ – weil sie für die Beurteilung seiner Eigenschaft als Verbraucher und der geltend gemachten Ansprüche in Wahrheit völlig irrelevant sind – in der Verhandlung vom 9.4.2015 außer Streit gestellt. Er hat aber ausdrücklich vorgebracht, dass sich daraus keine mit den geltend gemachten Ansprüchen oder der Beklagten in Zusammenhang stehende berufliche oder gewerbliche Tätigkeit ergibt. Zu keinem Zeitpunkt hat der Kläger zugestanden oder erklärt, dass diese „Aktivitäten“ (die das Erstgericht 1:1 bzw „copy-paste“ aus der Beilage ./21 übernimmt) allesamt *„im Zusammenhang mit seinem Vorgehen gegen behauptete Datenschutzverletzungen“* gesetzt wurden.

160. Das Erstgericht verkennt bei der Beweiswürdigung der „Liste“, dass sich die meisten der darin genannten „Aktivitäten“ nicht einmal abstrakt dazu eignen, „im Zusammenhang mit dem Vorgehen“ gegen die Beklagte zu stehen, insbesondere etwa
    - die Verleihung von Preisen oder Auszeichnung durch Dritte,
    - die akademische Veröffentlichung zum Thema „Videoüberwachung“ im Jahr 2011
    - Tätigkeiten im Bereich der Datenschutzreform
    - Vorträge, die mit der Beklagten bzw. den geführten Verfahren überhaupt nichts zu tun hatten

161. Bei genauerer Betrachtung und richtiger Beweiswürdigung hätte das Erstgericht ersatzweise feststellen müssen, dass die folgenden Punkte gar keine „Aktivitäten“ des Klägers sind, sondern schlicht Auszeichnungen, die er erhalten hat:

    - 25. Oktober 2011: "europe-v-facebook.org" gewinnt für den Kampf gegen Facebook den "Big Brother Award" in der Kategorie "Defensor Libertatis", verliehen von der Österreichischen Datenschutzorganisation Quintessenz. (S 19, 4. Absatz des Beschlusses)
    - Dezember 2012: Der Kläger wird von einer lokalen Zeitung zum "Salzburger des Jahres" ernannt. (S 19, 9. Absatz des Beschlusses)
    - 28. Jänner 2013: Der Kläger erhält den 2013 International Privacy Champion Award von Electronic Privacy Information Center (EPIC) verliehen. (S 20, 2. Absatz des Beschlusses)

- 19. Juni 2014: Der Kläger wird zum "Mutmacher" des Monats durch die Stiftung Warentest ernannt. (S 21, 4. Absatz des Beschlusses)
- 25. September 2014: Der Public Relations Verband Austria ernennt den Kläger zum Kandidaten für den "Kommunikator des Jahres" Preis, welcher am 20. November 2014 bekannt gegeben (und nicht an den Kläger vergeben) wurde. (S 21, 6. Absatz des Beschlusses)
- 9. Dezember 2014: Der Kläger gewinnt den "Preis für Menschenrechtspraktiker 2014 von der Rechtsanwaltskanzlei Lansky, Ganzger + Partner. (S 22, 8. Absatz des Beschlusses)

162. Wenn das Erstgericht die von der Beklagten vorgelegte „Liste" nicht einfach ungeprüft übernommen hätte, hätte es auch erkannt, dass <u>die nachstehenden Aktivitäten in keinerlei Zusammenhang mit dem „Vorgehen des Klägers gegen behauptete Datenschutzverletzungen" stehen</u>:

- 22. Juni 2011: Der Kläger veröffentlicht das Buch "Private Videoüberwachung".
(S 19, 1. Absatz des Beschlusses)
- 22. November 2012: Die Website "http://schre.ms/" wird registriert (der Kläger erscheint im Impressum der Website). Die Website ist ein Blog mit dem offensichtlichen Zweck, Information zum Thema Datenschutz zu teilen. (S 19, 7. Absatz des Beschlusses)
- April 2014: Der Kläger veröffentlicht das Buch "Kämpf um deine Daten"; er registriert weiters folgende Websites zur Bewerbung seines Buches: "http://kaempfumdeinedaten.com/, http://kämpfumdeinedaten.com/, http://kudd.co/".
(S 21, 2. Absatz des Beschlusses)

163. Außerdem hätte das Erstgericht bei richtiger Beweiswürdigung der Beilage ./21 und der Angaben des Klägers zwingend festgestellt, dass auch die nachstehenden Tätigkeiten <u>in keinem Zusammenhang</u> mit dem „Vorgehen des Klägers gegen behauptete Datenschutzverletzungen" stehen, sondern schlicht politische Aktivitäten des Klägers in Brüssel waren:

- 27. Jänner 2013: Der Kläger registriert die Website „http://eudatap.info/", eine Website mit Kontaktinformation zu Mitgliedern des Europäischen Parlaments und nationalen Regierungen, mit dem Aufruf für ein stärkeres europäisches Datenschutzrecht zu plädieren. (S 20, 1. Absatz des Beschlusses)
- 11. Februar 2013: Auf der registrierten Website http://lobbyplag.eu/" wird der Kläger als ''counselor'' (Berater) genannt. (S 20, 4. Absatz des Beschlusses)
- 4. Juni 2013: Der Kläger registriert die Website „http://mepmail.org/", ein Online-Formular zum Kontaktieren von Mitgliedern des Europäischen Parlaments in Datenschutzangelegenheiten. (S 20, 6. Absatz des Beschlusses)

164. Schlussendlich hätte das Erstgericht auch erkannt, dass auch die nachstehenden „Aktivitäten“ in keinerlei Zusammenhang mit dem „Vorgehen des Klägers gegen behauptete Datenschutzverletzungen“ stehen:

- 26. September 2014: Der Kläger ist Sprecher in der Podiumsdiskussion "Widerstand ist zwecklos" bei der "Denk ich an Deutschland" Konferenz in Berlin. (S 21, 7. Absatz des Beschlusses)
- 11. November 2014: Der Kläger ist Sprecher bei einem Online-Workshop organisiert von ARD-ZDF-Medienakademie zum Thema "All you need is data!". Der Titel seines Beitrags lautet "Ist der Kampf um die eigenen Daten noch zu gewinnen?". Zielgruppe des Workshops sind Mitarbeiterinnen von TV-Sendern (Teilnahmepreis EUR 980,-- pro Person). (S 22, 2. Absatz des Beschlusses)
- 8. Dezember 2014: Der Kläger nimmt am European Data Governance Forum in Paris teil. Er gibt ein Interview zu datenschutzrechtlichen Themen. (S 22, 6. Absatz des Beschlusses)
- 15. März 2015: Der Kläger ist Sprecher bei einer Diskussion im Burgtheater zum Thema "How much transparency does Democracy need?", organisiert von Der Standard. (S 23, 1. Absatz des Beschlusses)
- 18. März 2015: Der Kläger ist einer der Sprecher in der Diskussion "Datenschutz - expansives Berufsfeld für Juristinnen?" auf der Jus Success Karrieremesse 2015 an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien. (S 23, 3. Absatz des Beschlusses)
- 15. April 2015: Der Kläger soll als Sprecher am Handelskolloquium zum Thema "Big Data - Flut und Segen" im Schloss Schönbrunn, organisiert vom Handelsverband, teilnehmen (Teilnahmegebühr EUR 500,-- ; für ausgewählte Personen EUR 250,--). (S 23, 5. Absatz des Beschlusses)
- 18./19. Juni 2015: der Kläger soll als Sprecher an der Jugendkonferenz "Your Net - DIVSI Convention 2015" in Hamburg (Teilnahmegebühr EUR 19,-- pro Person) teilnehmen. (S 23, 6. Absatz des Beschlusses)

165. Infolge unrichtigen Beweiswürdigung des Erstgerichts, die zu zahlreichen unrichtigen Tatsachenfeststellungen auch in entscheidungswesentlichen Punkten führte, ist das Verfahren daher auch grob mangelhaft geblieben.

III. Anträge

166. Aus den genannten Gründen und gestützt auf jeden erdenklichen Rechtsgrund stellt der Kläger die nachstehenden

Anträge

Das Oberlandesgericht Wien als Rekursgericht wolle dem Rekurs Folge geben und

1) den angefochtenen Beschluss aufheben und
2) dahingehend abändern, dass die internationale Zuständigkeit des Erstgerichts sowohl bezüglich der originären Ansprüche des Klägers, als auch hinsichtlich aller sieben zedierten Ansprüche gegeben ist und die Einbeziehung der zedierten Ansprüche im Sinne einer „Sammelklage österr Prägung" im vorliegenden Fall auch zulässig ist, *in eventu*
3) dahingehend abändern, dass die internationale Zuständigkeit des Erstgerichts bezüglich der originären Ansprüche des Klägers, als auch hinsichtlich der sechs zedierten Ansprüche aus Österreich und Deutschland gegeben ist und die Einbeziehung dieser zedierten Ansprüche im Sinne einer „Sammelklage österr Prägung" im vorliegenden Fall auch zulässig ist, *in eventu*
4) dahingehend abändern, dass die internationale Zuständigkeit des Erstgerichts bezüglich der originären Ansprüche des Klägers, als auch hinsichtlich der fünf zedierten Ansprüche aus Österreich gegeben ist und die Einbeziehung dieser zedierten Ansprüche im Sinne einer „Sammelklage österr Prägung" im vorliegenden Fall auch zulässig ist, *in eventu*
5) dahingehend abändern, dass die internationale Zuständigkeit des Erstgerichts zumindest bezüglich der originären Ansprüche des Klägers gegeben und die Klage auch zulässig ist, *in eventu*
6) die Rechtssache zur Verfahrensergänzung, neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurückverweisen und
7) die beklagte Partei in jedem Fall zur Zahlung der Kosten des Verfahrens 1. und 2. Instanz gem § 19a RAO zu Handen der Klagevertretung binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution verpflichten.

Mag. Maximilian Schrems

An Kosten werden verzeichnet:

Rekurs, TP3B	911,90
Einheitssatz 50 %	455,95
ERV-Kosten	1,80
Zwischensumme	1.369,65
20 % Umsatzsteuer	273,93
Zwischensumme	1.643,58
Gerichtliche Pauschalgebühr	2.043,00
Gesamtsumme	3.686,58