A 12384.45

Beglaubigte Abschrift (Telekopie gemäß § 169 Abs. 3 ZPO)

12 0 311/15





Verkündet am 14,12,2016

, Justizbeschäftigte als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Landgericht Düsseldorf

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

verbraucherzentrale

Bundaverband

1 5 Dez. 2016

EINGEGANGEN

In dem Rechtsstreit

des Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., vertreten durch den Vorstand Herrn Klaus Müller, Markgrafenstraße 66, 10969 Berlin,

Klägers,

Prozessbevollmächtigte:

gegen

die Vodafone GmbH, vertreten durch die Geschäftsführer Dr. Johannes Ametsreiter, Dirk Barnard, Dr. Manuel Cubero del Castillo-Olivares, Dr. Robert Hackl, Dr. Eric Kuisch, Philip Lacor, Marcello Maggioni, Dr. Andreas Siemen, Dr. Peter Walz, Ferdinand-Braun-Platz 1, 40549 Düsseldorf,

Beklagte,

Prozessbevollmächtigte:

hat die 12. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 19.10.2016 durch die Vorsitzende Richterin am Landgericht Landgericht und den Richter

a den Richter am

für Recht erkannt:

Die Beklagte wird verurteilt.

- l. es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 EUR, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, Ordnungshaft zu vollstrecken an der Geschäftsführung, zu unterlassen, bei mit Verbrauchern geschlossenen Mobilfunkverträgen die nachfolgende oder eine inhaltsgleiche Geschäftsbedingung einzubeziehen sowie sich auf die Bestimmung bei der Abwicklung derartiger Verträge zu berufen:
 - "Wir prüfen während ihrer Vertragslaufzeit, ob eine Datenoption für Sie günstiger wäre, richten diese gegebenenfalls mit einer monatlichen Laufzeit für Sie ein und informieren Sie darüber per SMS."
 - 2. "Wir prüfen während Ihrer Vertragslaufzeit, ob eine Datenoption für Sie besser wäre, behalten uns vor, diese mit einer monatlichen Laufzeit für Sie einzurichten oder Ihre Bandbreite auf 32 kbit/s zu beschränken, wenn Sie Ihr Inklusiv-Volumen verbraucht haben. Darüber informieren wir Sie per SMS."
 - 3. "[Haben Sie 90% Ihres Datenvolumens erreicht, informieren wir Sie per SMS darüber, wie Sie die Bandbreitenbeschränkung auf 32 kbit/s vermeiden:] Abhängig von Ihrem zusätzlichen Datenverbrauch schalten wir für Sie maximal 3-mal hintereinander Datenvolumen-Pakte mit jeweils 250 MB innerhalb des Abrechnungsmonats frei. Das Ganze kostet Sie jeweils 3 Euro pro Datenvolumen-Paket. [So stellen wir für Sie das bestmögliche Surferlebnis mit 100 Mbit/s sicher.] Sie können die kostenpflichtige Zubuchung von Datenpaketen per SMS jeder Zeit ablehnen."

II. an den Kläger 214,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 30.10.2015 zu zahlen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar gegen Sicherheitsleistung in Höne von 9.000,00 EUR.

Tatbestand:

Der klagende Verbraucherverband nimmt das beklagte Telekommunikationsunternehmen auf Unterlassung der Verwendung dreier Bestimmungen seiner Preisliste für Mobilfunkdienstleistungen in Anspruch.

Der Kläger ist der Dachverband der Verbraucherzentralen in den Ländern und 25 weiterer Verbraucherorganisationen. Er ist in die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 UKlaG eingetragen. Ausweislich seiner Satzung bezweckt er die Wahrnehmung von Verbraucherinteressen, u.a. durch Unterbindung von Verstößen gegen das UWG, das UKlaG und andere Verbraucherschutzgesetze. Für die Eigenerstellung einer Abmahnung entstehen dem Kläger durchschnittlich Kosten in Höhe von 213,65 EUR.

Die Beklagte ist u.a. Mobilfunkanbieterin und erbringt ihre Dienstleistungen (Telefonie, Versand von Kurznachrichten, mobiles Internet) auch gegenüber Endverbrauchern. Den Vertragsbeziehungen der Beklagten zu endverbrauchenden Kunden liegen, wovon die Parteien übereinstimmend ausgehen, jeweils drei Klauselwerke zugrunde, nämlich die "Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Vodafone-Dienstleistungen", Stand 01.09.2015 (Anl. B1, Bl. 104 GA; im Internet abrufbar unter der Bezeichnung "203 Vodafone InfoDok"; nachfolgend: AGB), eine "Leistungs- und Produktbeschreibung" (für den Tarif "Vodafone Red 3 GB" vorgelegt mit Anl. B4, Bl. 111 GA) und die "Preisliste Mobilfunk Oktober 2015" (Anl. K1, Bl. 25

GA; im Internet abrufbar unter der Bezeichnung "100 Vodafone Infodok"; nachfolgend: Preisliste). In Ziff. 1.1. AGB ist diesbezüglich bestimmt:

"Die Vodafone GmbH (...) erbringt Dienstleistungen an Endkunden aufgrund der nachfolgenden AGB, der Leistungs- und Produktbeschreibung und der Preisliste (Vertragsbedingungen). Ein aktuelles Preisverzeichnis ist auch unter www.vodafone.de abrufbar."

Mobilfunkverträge bietet die Beklagte u.a. in den Tarifen "Vodafone Basic", "Vodafone Red" bzw. "Vodafone Red Family" und "Vodafone Black" an, wobei die Tarife Basic und Red in jeweils nach Umfang und Qualität enthaltener Dienste (Datenvolumen und Geschwindigkeit) abweichenden Varianten erhältlich sind.

Verträge der Tarife "Vodafone Basic 50" und "Basic 100" beinhalten zum Grundpreis von 9,99 EUR bzw. 19,99 EUR pro Monat Telefonie, die Nutzung des Kurznachrichtendiensts SMS und einen mobilen Internetzugang. Die Internet-Datennutzung wird verbrauchsabhängig zum Preis von 0,19 EUR pro MB abgerechnet, wobei bei dem Tarif Vodafone Basic 100 ein Highspeed-Datenvolumen von 100 MB inkludiert ist und nur eine darüber hinausgehende Datennutzung verbrauchsabhängig abgerechnet wird. Daneben besteht für Kunden der genannten Tarife die Möglichkeit zum Vorauserwerb weiteren Datenvolumens im Rahmen einer sog. "DatenOption", die wiederum in mehreren Varianten angeboten wird. Die "DatenOption S" beinhaltet 50 MB Highspeed-Datenvolumen zum Preis von monatlich 5 EUR, die "DatenOption M" kostet monatlich 10 EUR und beinhaltet ein Highspeed-Datenvolumen von 100 MB. Wegen der weiteren Einzelheiten der Tarife wird auf S. 14 ff. der Preisliste (Anl. K1, Bl. 25 GA) Bezug genommen.

Der "Vodafone Black"-Tarif richtet sich an die Nutzer sog. "BlackBerrries" und beinhaltet neben den Telefonie- und Nachrichtenleistungen und dem mobilen Internetzugang eine Highspeed-Datenflat mit 30 GB pro Monat. Bei Überschreitung dieses Volumens tritt die eine Drosselung der Geschwindigkeit ein. Wegen der weiteren Einzelheiten des Tarifs wird auf S. 11 der Preisliste (Anl. K1, Bl. 22 GA) Bezug genommen.

Bei den "Vodafone Red"- und "Vodafone Red Family"-Tarifen erwerben die Kunden der Beklagten neben Telefonie und Nachrichtendienst und dem mobilen Internetzugang ein monatlich im Voraus ein tarifabhängig vorausbestimmtes Highspeed-Datenvolumen. Nach Erreichen des inkludierten Datenvolumens wird der Internetzugang auf höchstens 32 kbit/s geschwindigkeitsgedrosselt. Bei den "Vodafone Red"-Tarifen unterscheidet die Preisliste zwischen solchen "bis 5. Oktober 2014" und "ab 6. Oktober 2014". Wegen der weiteren Einzelheiten der Tarife wird auf S. 3 ff. der Preisliste (Anl. K1, Bl. 14 GA) Bezug genommen, Beim Abschluss eines Vertrags mit dem Tarif "Vodafone Red 3 GB" (ab 6. Oktober 2014) ist vom Kunden unterschreiben, eine Auftragsformular zu das Leistungs-Produktbeschreibung mit bestimmten Tarifdetail, z.B. des inkludierten Volumens von 3 GB mit einer Geschwindigkeit von bis zu 100 MBit/s, nach Art einer Tabelle enthält (Anl. B4, Bl. 111). Der vierte Tabellenpunkt lautet:

> "Haben Sie 90 % Ihrer 3 GB verbraucht, informieren wir Sie per SMS. Bei 100 % schalten wir weitere 250 MB frei. Maximal 3 Mal in Folge für je 3 Euro. Sie können immer per SMS ablehnen – dann surfen Sie nach 100 % ihrer 3 GB langsamer mit bis zu 32 kbit/s."

Hinter der Tarifbezeichnung findet sich in dem Formular die Fußnote 3, die am Ende des Dokuments erläutert wird unter Verwendung folgender Formulierung:

"Für Ihr bestes Surferlebnis informieren wir Sie per SMS bei Verbrauch von 90 % Ihrer Inklusiv-Daten und schalten bei 100 % weitere 250 MB frei. Maximal 3 Mal in Folge für je 3 Euro. Sie können immer per SMS ablehnen – dann surfen Sie ab Verbrach von 100 % langsamer mit bis zu 32 kbit/s."

Ähnlich lautende Formulierungen werden in den Auftragsformularen zu anderen Varianten des Tariftyps "Vodafone Red" sowie bei Abschluss eines Red-Vertrags im Internet erteilt.

Bei Erreichen von 90 % des Datenvolumens in den "Vodafone Red"-Tarifen erhalten die Kunden durch die Beklagte jeweils eine SMS, in der es heißt:

"Lieber Vodafone-Kunde, Sie haben jetzt 90 % Ihrer Highspeed-MB verbraucht. Haben Sie 100 % verbraucht, surfen Sie trotzdem mit Highspeed weiter. Denn wir buchen Ihnen automatisch 250 MB für 3 Euro. Bis zu 3-mal in Folge. Sie können die zusätzlichen MB bis zum [...] nutzen. Sie können der automatischen Aufbuchung von zusätzlichen MB widersprechen. Dann surfen Sie mit geringer Geschwindigkeit weiter. Antworten Sie dafür auf diese SMS mit "Langsam". Weitere Infos finde Sie auf www.vodafone.de/speedgo. Freundliche Grüße, Ihr Vodafone Team".

Kunden können, auch schon vor Verbrauch von 90 % des Inklusivdatenvolumens, durch Absendung einer SMS mit dem aus der Informations-SMS ersichtlichen Text oder durch Anruf bei der Hotline die Zubuchung eines Datenpakets verhindern. Senden sie eine SMS mit dem Text "Langsam", erhalten Sie von der Beklagten eine Kurznachricht mit folgendem Inhalt:

"Lieber Vodafone-Kunde, Sie haben der automatischen Freischaltung von zusätzlichem Datenvolumen im aktuellen Abrechnungszeitraum widersprochen. Bei Erreichen von 100 % werden wir Ihre Surfgeschwindigkeit auf 32 kbit/s begrenzen und Ihnen MobileInternet-Upgrades zur einmaligen Buchung anbieten. Freundliche Grüße, Ihr Vodafone-Team".

Mit seiner Unterlassungsklage wendet sich der Kläger gegen drei die Zubuchung von Internet-Highspeed-Datenvolumenpaketen betreffende Bestimmungen in der Preisliste der Beklagten:

(1) Auf der die Vertragstypen "Vodafone Basic 50" und "Vodafone Basic 100" betreffenden Seite 14 der Preisliste (Bl. 25 GA) befindet sich in den Tabellenzeilen der Tarifdarstellung über das inkludierte Highspeed-Internet und den Folgepreis für die Internetnutzung jeweils ein Sternchen-Verweis, der

am Seitenende in zwei Fußnoten erläutert wird. In beiden Fußnoten findet sich nach Darstellung des verbrauchsabhängigen Datenpreises (0,19 EUR/MB) sowie des vorausinkludierten Datenvolumens (bei der auf den Tarif "Vodafone Basic 100") die Formulierung:

"Wir prüfen während ihrer Vertragslaufzeit, ob eine Datenoption für Sie günstiger wäre, richten diese gegebenenfalls mit einer monatlichen Laufzeit für Sie ein und informieren Sie darüber per SMS."

(2) Auf den die Einzelheiten der Angebote der Tarife "Vodafone Red" (bis 5. Oktober 2014), "Vodafone Red Family" und "Vodafone Black" betreffenden Seiten der Preisliste findet sich hinter der Tarifbezeichnung jeweils eine der Fußnotenziffern 64, 66, 67, 72-74 oder 76. Der Fußnoteninhalt ist jeweils nicht auf der Produktseite, sondern für alle Fußnoten der Preisliste in einem Erläuterungsteil auf den hinteren Seiten der Broschüre abgedruckt (S. 46 der Preisliste, Bl. 57 GA). Die Fußnotentexte enthalten neben dem Hinweis auf das inkludierte Datenvolumen die Formulierung:

"Wir prüfen während Ihrer Vertragslaufzeit, ob eine Datenoption für Sie besser wäre, behalten uns vor, diese mit einer monatlichen Laufzeit für Sie einzurichten oder Ihre Bandbreite auf 32 kbit/s zu beschränken, wenn Sie Ihr Inklusiv-Volumen verbraucht haben. Darüber informieren wir Sie per SMS."

(3) Auf der die "Vodafone Red"-Tarife ab 6. Oktober 2014 betreffenden Seite der Preisliste findet sich hinter der Überschrift "Vodafone Red ab 6. Oktober 2014" die Fußnote 85, deren Inhalt ebenfalls nur in dem Erläuterungsteil auf S. 48 der Preisliste (BI. 59 GA) abgedruckt ist. Dort ist nach Darstellung des inkludierten Datenvolumens die Formulierung enthalten:

"Haben Sie 90% Ihres Datenvolumens erreicht, informieren wir Sie per SMS darüber, wie Sie die Bandbreitenbeschränkung auf 32 kbit/s vermeiden: Abhängig von Ihrem zusätzlichen Datenverbrauch schalten wir für Sie maximal 3-mal hintereinander Datenvolumen-Pakte mit

jeweils 250 MB innerhalb des Abrechnungsmonats frei. Das Ganze kostet Sie jeweils 3 Euro pro Datenvolumen-Paket. So stellen wir für Sie das bestmögliche Surferlebnis mit 100 Mbit/s sicher. Sie können die kostenpflichtige Zubuchung von Datenpaketen per SMS jeder Zeit ablehnen."

Mit Schreiben vom 10.08.2015 mahnte der Kläger die Beklagte wegen der angegriffenen Klauseln in der Preisliste ab und forderte sie erfolglos zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung und Erstattung von Abmahnkosten auf. Die Beklagte erklärte lediglich, sie werde die beiden erstgenannten Klauselformulierungen künftig nicht mehr verwenden. Für das Abmahnschreiben verlangt der Kläger pauschalierten Kostenersatz in Höhe von 200,00 EUR nebst 7 % Mehrwertsteuer.

Der Kläger ist der Auffassung, es handele sich bei den Fußnoten in der Preisliste um Allgemeine Geschäftsbedingungen, durch die der Verbraucher unangemessen benachteiligt werde. Der Beklagten werde jeweils ein Recht zur einseitigen Änderung des Vertrags eingeräumt und ihre Kunden würden ohne ausdrückliche Vereinbarung zu einer zusätzlichen Zahlung verpflichtet. Es werde unzulässigerweise eine Zustimmung der Verbraucher ohne Hinweis auf die Rechtsfolgen und ohne Einräumung einer angemessenen Frist fingiert. Die in den Fußnoten verwendeten Begriffe "günstiger" bzw. "besser" seien unbestimmt und unklar; insoweit werde der Beklagte weitgehender ein Entscheidungsspielraum über Vertragserweiterung eröffnet. Ihre Kunden wüssten zudem nicht, ob sie nach einer über das vorinkludierte Datenvolumen hinausgehenden Datennutzung der Zubuchung noch widersprechen könnten. Ohnehin sei die Möglichkeit zum Widerspruch unzureichend. Bei den mit den Anträgen zu 1.1 und 1.2 angegriffenen Klausein sei für den Verbraucher zudem unklar, welche der "DatenOptionen" der Beklagten jeweils zugebucht werde.

Der Kläger beantragt, die Beklagte zu verurteilen,

l. es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 Euro, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, diese zu vollstrecken an der Geschäftsführung, es zu unterlassen,

bei mit Verbrauchern geschlossenen Mobilfunkverträgen,

die nachfolgende oder eine inhaltsgleiche Geschäftsbedingung einzubeziehen, sowie sich auf die Bestimmung bei der Abwicklung derartiger Verträge zu berufen:

- "Wir prüfen während ihrer Vertragslaufzeit, ob eine Datenoption für Sie günstiger wäre, richten diese gegebenenfalls mit einer monatlichen Laufzeit für Sie ein und informieren Sie darüber per SMS."
- "Wir prüfen während Ihrer Vertragslaufzeit, ob eine Datenoption für Sie besser wäre, behalten uns vor, diese mit einer monatlichen Laufzeit für Sie einzurichten oder Ihre Bandbreite auf 32 kbit/s zu beschränken, wenn Sie Ihr Inklusiv-Volumen verbraucht haben. Darüber informieren wir Sie per SMS."
- 3. "[Haben Sie 90% Ihres Datenvolumens erreicht, informieren wir Sie per SMS darüber, wie. Sie Bandbreitenbeschränkung auf 32 kbit/s vermeiden:] Abhängig von Ihrem zusätzlichen Datenverbrauch schalten wir für Sie maximal 3-mai hintereinander Datenvolumen-Pakte mit jeweils 250 MB innerhalb des Abrechnungsmonats frei. Das Ganze kostet Sie jeweils 3 Euro pro Datenvolumen-Paket. [So stellen wir für Sie das bestmögliche Surferlebnis mit 100 Mbit/s sicher.] Sie können die kostenpflichtige Zubuchung von Datenpaketen per SMS jeder Zeit ablehnen."

II. an ihn 214,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Klageerhebung zu zahlen.

Die Beklagte beantragt.

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte behauptet, sie nehme keine "einseitige Einrichtung von Datenoptionen" bei ihren Kunden vor.

Sie ist der Auffassung, die zwei erstgenannten Bestimmungen stellten auch nach dem Verbraucherverständnis bloß tatsächliche Hinweise und Informationen dar, denen kein rechtlicher Regelungsgehalt zukomme. Durch die Begriffe "prüfen" und "gegebenenfalls" sei klargestellt, dass sie sich nicht zur Einrichtung einer Datenoption berechtigt sehe, sondern lediglich die tatsächliche Möglichkeit der Einrichtung der Datenoption darstelle und eine Prüfung ankündige, ob eine Datenoption für den Kunden günstiger bzw. besser sei. Die Einrichtung der Datenoption stelle keinen Vertragsschluss oder auch keine Vertragsänderung dar, sondern erfolge jeweils im Rahmen der unter Einbeziehung der Bedingungen der Preisliste abgeschlossenen Verträge.

Verstehe man die Bestimmungen als Vertragsanpassungsklauseln, so sei jedenfalls eine auf ihrer Grundlage vorgenommene Vertragsanpassung für die Verbraucher zumutbar, da die Buchung einer DatenOption nur erfolge; wenn dies in deren finanziellen Interesse liege. Die klaren und verständlichen Bestimmungen seien bei Mobilfunkdienstleistern in dieser Art üblich und Verbrauchern im Mobilfunkbereich auch bekannt.

Die mit dem Antrag zu I.3. angegriffene Bestimmung, jedenfalls der Passus "Das Ganze kostet Sie jeweils 3 Euro pro Datenvolumen-Paket", sei als Preisabrede betreffend das Entgelt für die Hauptleistung bzw. als Leistungsbeschreibung mit

einer Beschreibung des Entgelts für eine rechtliche geregelten Dienstleistung der Beklagten für ihre Kunden kontrollfrei. Der Kunde erwarte wegen der Formulierung des Auftragsformulars auch eine entsprechende Klausel. Es handele sich um die im Mobilfunkbereich übliche Vereinbarung eines Einzelentgelts, die zudem ausdrücklich getroffen werde. Der Klauselinhalt sei genauso zu beurteilen wie etwa die Bestimmung von Gebühren für den Versand von MMS oder - bei bestimmten Verträgen – für Gesprächsminuten außerhalb der Inklusivleistung/Freiminuten, den Versand von SMS (ggf. über ein Freikontingent hinaus) oder Anrufe zu Sonderrufnummern. Sie informiere ihre Kunden offen und transparent über das Entgelt für das Datenvolumenpaket. Einer gesondert erklärten Zustimmung der Kunden zu dem Entgelt bedürfe es von Gesetzes wegen nicht. Ein Maximalzubuchungsbetrag von 9 EUR verschaffe den jeweiligen Kunden Planungssicherheit. Ihre Wettbewerber o2 und E-plus (Base) böten, was von dem Kläger nicht bestritten wird, teilweise seit Jahren ähnlich zu "Vodafone Red" konzipierte Verträge an. Die Klausel im Übrigen stelle lediglich eine Wiederholung der Leistungsbeschreibung dar, wie sie sich bereits in dem Auftragsformular finde. Die Klausel verändere das Leistungsversprechen nicht; die Freischaltung weiterer Datenpakete nach Überschreitung des Inklusivvolumens sei von vorneherein Vertragsinhalt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und das Protokoll der Sitzung vom 19.10.2016 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Klage ist begründet. Dem Kläger stehen der geltend gemachte Unterlassungsanspruch aus § 1 UKlaG i.V.m. § 307 Abs. 1 S. 1, S. 2, Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 311 Ab. 1, 312 a Abs. 3 BGB und der Abmahnkostenersatzanspruch aus §§ 12 Abs. 1 S. 2 UWG, 5 UKlaG zu.

Der Kläger ist als qualifizierte Einrichtung im Sinne von § 4 UKlaG auf der Liste des Bundesamtes für Justiz eingetragen. Gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 UKlaG ist er hinsichtlich der geltend gemachten Unterlassungsansprüche und des Aufwendungsersatzanspruchs aktivlegitimiert.

A. I.

Bei den angegriffenen Bestimmungen in der Preisliste handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen, die am Maßstab des § 307 Abs. 3 S. 2 i.V.m. Abs. 1 BGB zu messen sind und nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB der Inhaltskontrolle nach den §§ 307 Abs. 2, 308 f. BGB unterliegen.

1.

Entgegen der Auffassung der Beklagten handelt es sich bei den Bestimmungen ihrer Preisliste nicht um eine bloße "Informationen" oder Hinweise darauf, die Beklagte werde in den Vertragsverhältnissen "etwas prüfen". Die Beklagte selbst stellt unstreitig, dass die Preisliste jeweils mitsamt der darin enthaltenen Fußnoten Vertragsbestandteil der zwischen ihr und Verbrauchern abgeschlossenen Verträge wird, was zudem ausdrücklich in Ziff. 1.1 ihrer AGB bestimmt ist. Ebenfalls beruft sie sich darauf, dass sich der Inhalt ihres eigenen Leistungsversprechens (auch) nach den Bestimmungen, insbesondere der Klausel wie im Klageantrag zu 3. wiedergegeben, richtet. In den Klauseln ist jeweils nicht bloß eine tatsächliche Prüfung etwa der Notwendigkeit oder Sinnhaftigkeit der Buchung eines Datenpakets angekündigt sondern sind das Prozedere der Datenvolumenpaketen sowie deren Merkmale (Geschwindigkeit und Volumen) und Preis dargestellt, einschließlich einer Berechtigung der Beklagten, die Zubuchung auch tatsächlich bzw. automatisiert vorzunehmen.

Die Bestimmungen der Preisliste einschließlich der dort enthaltenen Fußnoten stellen für eine Vielzahl von Fällen vorformulierte Bedingungen dar, die die Beklagte verwendet. Unbeschadet der Bezeichnung des Klauselwerks als "Preisliste" sind die Bestimmungen als allgemeine Geschäftsbedingungen anzusehen (so zu "Preislisten" von Mobilfunkanbietern auch bereits: BGH MMR 2015, 240; OLG Hamburg MMR 2011, 170; LG Düsseldorf, Urteil vom 19.02.2014, Az. 12 O 223/12).

Dass die im Antrag zu I.2. angegriffene Klausel nicht mehr auf Neuverträge Anwendung findet, steht ihrer Überprüfung nicht entgegen. Denn unstreitig gibt es bei der Beklagten noch Vertragsverhältnisse, die sich nach den Bestimmungen für einen Abschluss bis zum 05.10.2014 richten.

3.

Anders, als die Beklagte meint, ist die mit dem Antrag zu I.3. angegriffene Bestimmung in der Fußnote 85 ihrer Preisliste weder insgesamt, noch in einem einzelnen Satz als sog. "Preishauptabrede" bzw. Regelung der Hauptleistung der Inhaltskontorolle entzogen.

Während Bedingungen, die von Rechtsvorschriften abweichen oder diese ergänzen, kontrollfähig sind, gilt dies nicht für reine Preisvereinbarungen Preisnebenabreden in Form von Sondervereinbarungen. Nicht kontrollfähig sind in erster Linie Leistungsbeschreibungen, die Art, Güte und Umfang der Hauptleistung unmittelbar festlegen (vgl. LG München I K&R 2016, 370; n.rk.) sowie Klauseln, die das Entgelt für die Hauptleistung oder eine zusätzliche Sonderleistung festlegen, wenn hierfür keine rechtlichen Regelungen bzw. keine rechtlichen Maßstäbe bestehen, an denen diese zu messen sind (vgl. OLG Hamburg a.a.O. zu Prepaid-Mobilfunkverträgen). Hingegen unterliegen Klausein. die das Hauptleistungsversprechen verändern oder ausgestalten. sowie Sonderleistungsklauseln, für die ein gesetzliches Leitbild besteht, der Inhaltskontrolle (LG München I a.a.O.). Maßgebliches Kriterium ist, ob die Bestimmung Art, Umfang und Güte der geschuldeten Leistung betrifft, ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden kann (vgl. BGH NJW 2001, 2635 f.)

Ausgehend von diesen Grundsätzen ist die angegriffene Bestimmung kontrollfähig. Dabei verkennt die Kammer nicht, dass die Bereitstellung eines Volumendatenpakets keine Leistung der Beklagten betrifft, die diese in Erfüllung gesetzlicher Pflichten oder allein im eigenen Interesse vornimmt, es sich bei der Klausel daher nicht um eine ohne Weiteres kontrollfähige Preisnebenabrede handelt, sondern die Beklagte die bepreiste Telekommunikationsdienstleistung (Zurverfügungstellung weiteren Highspeed-Internet-Datenvolumens) gegenüber ihren Kunden erbringt. Die Klausel ist gleichwohl kontrollfähig, und zwar unabhängig davon, ob sie – der Auffassung der Beklagten folgend – als Regelung der Hauptleistung bzw. des Preises für die

Hauptleistung oder – wie die Beklagte meint – als Regelung einer Sonderleistung bzw. eines Zusatzentgeltes für eine solche betrachtet wird (ohne eindeutige Festlegung für eine ähnlich lautende Klausel auch: LG München I a.a.O. "Extrazahlung für eine optionale Zusatzleistung, die die Hauptleistung ergänzt und das Leistungsspektrum erweitert"):

- a) Die angegriffene Regelung beschreibt nicht allein den Inhalt und Preis der Leistung eines zubuchbaren Datenpakets, sondern auch den Vorgang und die Voraussetzungen von dessen Aktivierung bzw. Buchung. Die drei Regelungsgegenstände (Leistung, Preis, Aktivierung) sind in der Klausel durch den textlichen Zusammenhang in einer eine isolierten Betrachtung ausschließenden Weise verwoben. Schon aus diesem Grund geht die Klausel über eine bloße Leistungsbestimmung hinaus, und die Klausel kann insgesamt anhand der §§ 307 ff. BGB überprüft werden.
- Folgt man der Beklagten und ordnet die Klausel dem Hauptleistungsversprechen zu, das u.a. in der Bereitstellung einer Zugangsmöglichkeit zum Internet besteht, so wird dieses durch die bepreiste Zubuchung eines Highspeed-Datenvolumens jedenfalls modifiziert. Das nach dem Vertrag ohne erfolgte Zubuchung bereitgestellte Hochgeschwindigkeitsdatenvolumen und der zu zahlende Monatspreis werden durch den Anfall eines Zusatzentgelts erhöht. Diese Modifikation eröffnet, auch da sie an einem gesetzlichen Maßstab zu messen ist (hierzu sogleich unter II.) die Inhaltskontrolle.

Fasst man die Klausel dagegen – und dies erscheint der Kammer näherliegend – als Entgelt für eine Zusatzleistung auf, so folgt eine Kontrollfähigkeit möglicherweise schon daraus, dass sich die Kontrollfreiheit von Preisbestimmungen, wie sie aus Art. 4 Abs. 2 RL 93/13/EWG folgt, lediglich auf die Hauptleistung bzw. die Dienstleistung, die den "eigentlichen" Gegenstand des Vertrags bildet, erstreckt (vgl. Wurmnest, Müko-BGB, 7. Aufl., § 307, Rn. 18, unter kritischer Bezugnahme auf BGH NJW 1996, 2032), jedenfalls aber daraus, dass eine gesetzliche Regelung besteht, an der die Klausel zu überprüfen ist (BGH, a.a.O.; hierzu sogleich unter II.).

S. 18/55

Dass die Beklagte anders als im Prozess vertreten von einer Entgeltbestimmung für eine Zusatzleistung ausgeht, macht sie im Übrigen schon dadurch deutlich, dass sie in ihrem Klauselwerk das Datenpaket, dessen Inhalt und den Preis nicht gemeinsam mit den Leistungsmerkmalen "Telefonieren", "SMS", "MMS" und "Surfen mit LTE-Highspeed" auf der die Tarifmerkmale und Preise von "Vodafone Red" betreffenden Seite aufführt, sondern lediglich im Fließtext einer hochzahligen Fußnote ("85") im Erläuterungsteil der Preisbroschüre und unter Darstellung des zur Buchung führenden Verfahrens nennt, und sie in der Klausel Begrifflichkeiten verwendet, die auf das Vorliegen einer Zusatzleistung hindeuten ("zusätzlichen Datenverbrauch nach Erreichen Ihres Datenvolumens"; "kostenpflichtige Zubuchung von Datenpaketen"; Hervorhebung diesseits). Den Charakter als Zusatzleistung verdeutlicht auch der - wenn auch deutlicher als in dem vom LG München zu entscheidenden Fall gehaltene – Hinweis auf dem von den Kunden der Beklagten zu unterzeichnenden Vertragsformular (Anl. B4, Bl. 111): Der die Zubuchung erläuternde Punkt findet sich auch auf dem Formular nicht in engem räumlichen Zusammenhang mit den sog. "bullet points", die den Haupt-Vertragsinhalt bestimmen bzw. beschreiben. In den ersten zwei Punkten der Auftragsdetails heißt es stichpunktartig und unter Hervorhebung der wesentlichen Vertragsbestandteile im Fettdruck: "• Telefonieren, SMS und MMS in alle dt. Netze" sowie "• 3 GB surfen mit bis zu 100 Mbit/s" (Hervorhebung im Original). Erst unter einem weiteren Punkt, der sich auf den Abschluss von mehr als einem RED-Tarif bezieht und die diesbezüglich eingeräumten Rabatte darstellt, findet sich ein Hinweis auf die Zubuchung, der als vollständiger, mehrzeiliger Satz formuliert ist und in dem nichts durch Fettdruck hervorgehoben ist. Der Preis für die Zubuchung ist nicht wie der Preis der wesentlichen Vertragsleistungen in den Spalten "Monatlicher Basispreis", "Einmalpreis" oder "Preis", aufgeführt, sondern findet sich inmitten des fortlaufenden Texts; auch auf dem Auftragsformular verweisen die Formulierungen "Ihrer 3 GB" und "weitere 250 MB" auf das Vorliegen einer Sonderleistung, zu deren Bereitstellung es während der Vertragsdurchführung nicht stets kommen muss.

11.

Für alle drei angegriffenen Klauseln besteht mit der Norm des § 312 a Abs. 3 BGB ein rechtlicher Maßstab, an dem sie zu messen sind.

Die Norm des § 312 a Abs. 3 BGB betrifft Vereinbarungen über entgeltliche Leistungen, die in einem wirtschaftlichen Zusammenhang mit der Hauptleistung

stehen, ohne nach dem konkreten Vertragszweck ein Teil derselben zu sein, ebenso wie Zusatzentgelte in Bezug auf die Hauptleistung (vgl. Wendehorst, in Müko-BGB, 7. Aufl., § 312a, Rn. 50, 52). Die Zubuchung von Datenvolumenpaketen stellt eine solche Zusatzentgeltklausel dar, was den Kontrollmaßstab der Norm eröffnet (so auch: LG München I, a.a.O; Hofmann/Kulbach, a.a.O.; enger wohl: OLG Hamburg, a.a.O., wonach es bei einer Entgeltklausel darauf ankommen soll, ob für den konkreten Vertragstyp (dort: Mobilfunk-Prepaid-Vertrag) ein ganz bestimmtes, den Vertragstyp regelndes gesetzliches Leitbild besteht; die Natur einer zur Kontrollfähigkeit führenden gesetzlichen Regelung offenlassend: BGH NJW 1996, 2032).

III. 1.

Die mit dem Antrag zu I.1. angegriffenen Klausel zu den Tarifen "Vodafone Basic 50" und "Vodafone Basic 100" (Bl. 25 GA, */**-Fußnote) benachteiligt Kunden der Beklagten entgegen Treu und Glauben; sie ist mit den Grundgedanken der §§ 312 a Abs. 3, 311 Abs. 1 BGB nicht zu vereinbaren und daher im angegriffenen Umfang unwirksam nach § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 BGB.

§ 312 a Abs. 3 BGB soll der missbräuchlichen Praxis Einhalt gebieten, dass dem Verbraucher die Vereinbarung von Nebenleistungen oder sonstiger Zusatzentgelte durch Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen "untergeschoben" wird. Der Verbraucher soll nicht mit vertraglichen Bindungen konfrontiert werden, die er letztlich nicht wollte (vgl. ausführlich LG München I). Die Regelung verstärkt das in § 311 BGB ausgedrückte Prinzip, dass für den Eintritt einer Rechtsbindung der Abschluss eines Vertrages erforderlich ist. Bezogen auf die Buchung von Zusatzleistungen folgt hieraus eine Pflicht, Verbraucher auf anfallende Zusatzentgelte nicht nur hinzuweisen, sondern vor Eintritt der Bindung deren Zustimmung einzuholen (LG München I, a.a.O.).

In der angegriffenen Klausel ist dem entgegen bestimmt, dass die Beklagte auch ohne, dass es einer Zustimmung ihrer Kunden bedarf, eine "Datenoption" für diese einrichten kann. Erfolgt die allein durch die Beklagten zu entscheidende Einrichtung der Datenoption, resultiert aus dieser für den betroffenen Kunden im Tarif "Vodafone Basic 50" bzw. "Vodafone Basic 100" die Pflicht zur Zahlung einer zusätzlichen Vergütung im Rahmen einer (weiteren) Laufzeitbindung.

a)

Dabei kann die Formulierung "wir richten diese [Datenoption] gegebenenfalls mit einer Laufzeit für Sie ein und informieren Sie darüber per SMS" - wie eingangs ausgeführt - nicht bloß als information über das Procedere der Buchung der Datenoption, oder, wie die Beklagte sogar meint, darüber, dass die Beklagte im Bedarfsfall die Einrichtung der Datenoption prüfen werde, verstanden werde. Nach dem Gebot der kundenfeindlichsten Auslegung, an dem die Klauselprüfung zu orientieren ist (vgl. BGH NJW 2013, 2502) ist die Klausel vielmehr so auszulegen, dass bereits aus ihr selbst heraus die Berechtigung der Beklagten herrührt, die Datenoption einzurichten und den Kunden zu einer Zahlung im Rahmen einer Laufzeitbindung zu verpflichten. Hierfür spricht neben dem Wortlaut "wir richten(...) ein" und "monatliche Laufzeit" insbesondere, dass in der Klausel niedergelegt ist, dass über die Einrichtung eine "Information" durch die Beklagte ("darüber", d.h. über die Einrichtung) vorgesehen ist, was eine Befugnis der Beklagten impliziert, die Buchung des Pakets, über deren Vornahme sie informiert, auch tatsächlich selbst vorzunehmen. Im Klauselwerk der Beklagten gibt es anderenorts keine Regelung, die mit der Einrichtung einer Datenoption bei den genannten Tarifen beschäftigt. Dass der Klauselinhalt mit etwas abweichendem Wortlaut auch in Auftragsformulare aufgenommen ist, ist ohne Relevanz, da jedenfalls auch die Bestimmungen der Preisliste unstreitig Vertragsbestandteil werden und die Regelungen inhaltlich übereinstimmen.

b)

Die erforderliche "Zustimmung" zu der Buchung einer Datenoption kann nicht schon im Abschluss eines Vertrags mit dem Tarif "Vodafone Basic 50" bzw. "Vodafone Basic 100" als solchem und, bei dem Tarif "Vodafone Basic 100", dem Verbrauch des Inklusivvolumens, das die Möglichkeit der Aktivierung der Datenoption eröffnet, gesehen werden. Es bleibt nach der Formulierung der Klausel vielmehr einer Kontrolle und Willensbetätigung des Kunden entzogen, ob die Beklagte die Datenoption einrichtet. Jedenfalls im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist zumindest einer der Parteien das Ob einer Zubuchung (noch) unbekannt.

Im Tarif "Vodafone Basic 100", der ein Inklusivdatenvolumen enthält, ist zudem auch nicht vor Ausschöpfung des inkludierten Datenvolumens klar, ob und wann der Verbrauch des vorab erworbenen Datenvolumen eintritt. Ebenso wie im Tarif "Vodafone Basic 50" bleibt der Kunde während der Vertragsdurchführung bzw. den

0211 87565 1260

Vertragsmonaten jeweils bis zu er erfolgten Buchung durch die Beklagte im Unklaren, ob diese die DatenOption einrichtet. Eine Zahlungspflicht des Kunden und damit eine Bindung im Rechtssinne entsteht jedoch jeweils erst mit der Einrichtung der DatenOption durch die Beklagte.

C) Dass die Kunden ausweislich des Klauselinhalts nach Einrichtung der Datenoption eine SMS erhalten, führt nicht dazu, dass ein bloßes Weitersurfen als (nachträgliche) Zustimmung bzw. Billigung der Buchung der Datenoption angesehen werden kann. Nach dem Inhalt der Klausel muss sich aus dieser nach Zubuchung versendeter SMS nicht ergeben, ob die Einrichtung der Option noch zu diesem Zeitpunkt abgelehnt werden kann und wie der Kunde ggf. hierfür zu verfahren hat. Der angegriffenen Klausel selbst ist eine "Opt-Out"-Möglichkeit mit der Konsequenz einer volumenbasierten Abrechnung weiterer und ggf. bereits erfolgter Datennutzung nicht zu entnehmen. Schon deshalb kann dem bloße Weitersurfen keine Billigung der Buchung entnommen werden, da der Kunde im Zweifel nicht weiß, ob er insofern überhaupt noch eine Entscheidungsmöglichkeit hat.

d) Die Klausel liegt auch nicht im mutmaßlichen Interesse der Kunden und ist diesem auch nicht etwa deshalb zumutbar, weil in ihr vorgesehen ist, die Beklagte prüfe, ob die Datenoption "günstiger wäre".

In der Klausel ist schon nicht beschrieben, dass die Einrichtung der Option an dieses Erfordernis gebunden ist. Der Halbsatz, wonach die Beklagte prüft, ob die Einrichtung "günstiger wäre", und der weitere Halbsatz, wonach die Beklagte die DatenOption ggf. mit Laufzeit für den Kunden einrichtet, sind nicht konditional in einer Weise verknüpft, dass die Buchung ein positives Prüfergebnis hinsichtlich des "günstiger" voraussetzte oder etwa immer zu erfolgen habe, wenn die "günstiger wäre"-Prüfung positiv ausgeht.

Zudem ist völlig unbestimmt, was "günstiger wäre" meint. Aus dem Regelungsgefüge lässt sich zwar noch entnehmen, dass es wohl um eine Vergleichsbetrachtung zur verbrauchsabhängigen Abrechnung der Datennutzung zum Preis von 0,19 EUR pro MB geht. Ob aber das "günstiger wäre" Bezug auf dar bereits erfolgte Nutzungsverhalten nimmt oder damit nicht vielmehr das Ergebnis eines

prognostischen Vergleichs im Hinblick auf das im Vertragsmonat noch zu erwartende Nutzungsverhalten umschrieben ist ("wäre"), kann nicht sicher bestimmt werden. Da eine Prüfung "während der Vertragslaufzeit" erfolgt, bleibt auch unklar, ob der Vergleich jeden Monat einzeln betrifft oder die gesamte bereits abgelaufene oder noch folgende Dauer der Vertragsbeziehung. Jedenfalls sofern die Klausel ausgehend von der kundenfeindlichsten Auslegung so zu verstehen ist, dass sie auch künftiges Nutzungsverhalten meint, ließe sie die Buchung der Datenoption mit einer monatlichen Bindung (und, bei fehlendem Opt-Out, einer Bindung für den gesamten weiteren Vertragszeitraum) auch dann zu, wenn allein das erwartete, nicht aber das tatsächliche Nutzungsverhalten dazu führte, dass die Buchung für den Kunden kostengünstiger wäre als die Abrechnung nach tatsächlichem Verbrauch. Die Klausel ermöglicht hiernach die Buchung der Datenoption auch dann, wenn sich diese im Ergebnis für den Kunden objektiv nicht als günstiger darstellt.

2.

Die Kammer braucht nicht zu entscheiden, ob bezüglich der genannten Klausel neben dem Verstoß gegen §§ 312 a Abs.3, 311 Abs. 1 BGB auch ein Verstoß gegen § 308 Nr. 4, Nr. 5 BGB vorliegt.

3.

Daneben ist die Klausel intransparent, was auch, sollte man von einer kontrollfreien Preishauptabrede ausgehen, gemäß § 307 Abs. 2 S.2 BGB i.V.m. § 307 Abs. 1 S. 1, S. 2 BGB zu deren Unwirksamkeit führt (vgl. LG München I a.a.O.).

Wie ausgeführt, ist weder der Bestimmung selbst, noch sonst zu entnehmen, was "günstiger wäre" meint.

Auch die Formulierung, die Beklagte richte "gegebenenfalls" die Datenoption ein, lässt nicht erkennen, an welche Voraussetzungen die Einrichtung geknüpft ist. Der Preis der Datenoption ist nicht genannt und kann auch aus der sonstigen Preisliste nicht oder nicht leichterdings entnommen werden; in dem Inhaltsverzeichnis auf Seite 2 der Preisliste (Bl. 13 GA) taucht eine "DatenOption" nicht auf. Es bleibt für den Verbraucher unklar, welche Datenoption, die die Beklagte unstreitig in mehreren Varianten zu unterschiedlichen Preisen anbietet, eingerichtet wird. Auch, ob der Verbraucher die Einrichtung ablehnen kann, was die Einrichtung für die Folgemonate bedeutet, d.h. ob sie ohne weiteres Zutun monatlich eingerichtet bzw. freigeschaltet

wird, sowie die genaue Bindung (aus dem Passus "monatliche Laufzeit" folgt nicht deren Beginn; unklar ist, ob das Buchungsdatum maßgeblich ist und ob ein Abrechnungs- oder Kalendermonat gemeint ist) bleiben für den Kunden offen.

IV.

Aus den vorgenannten Gründen ist auch die mit dem Antrag zu 1.2. angegriffene Klausel zu den Tarifen "Vodafone Red" (alt), "Vodafone Red Family" und "Vodafone Black" (Bl. 57 GA, Fußnoten 64, 66, 67, 72, 73, 74, 76) unwirksam.

Allein dass es in der Fußnote heißt "Wir (...) behalten uns vor, diese [Datenoption] mit einer monatlichen Laufzeit für sie einzurichten", führt nicht zu einer anderen Beurteilung, da auch insoweit das Ob der Einrichtung allein in der Entscheidungsgewalt der Beklagten liegt und die genannten Unklarheiten bestehen bleiben.

Ebenfalls ohne Auswirkung auf das Ergebnis der Klauselprüfung bleibt der Passus "... oder Ihre Bandbreite auf 32 kbit/s zu beschränken, wenn Sie Ihr Inklusiv-Volumen verbraucht haben", der durch Beschreibung eines Negativszenarios zudem noch einen Abschlussdruck erzeugt.

Dass die Formulierung "besser wäre" statt "günstiger wäre" verwendet ist, macht die Klausel erst recht unbestimmt und schließt eine im Interesse der Kunden liegende Regelung erst recht aus. Es ist völlig unklar, wann die Einrichtung für den Kunden "besser" ist, und die Bestimmung lässt der Beklagten gegenüber der erstgenannten Klausel mehr Spielraum zur Verknüpfung und Bewertung von Faktoren unter Hintanstellung der Kostenhöhe für den Kunden bei der von ihr anzustellenden (und ohnehin die Einrichtung nicht notwendig beeinflussenden) Prüfung.

Die Intransparenz der Klausel wird zudem dadurch verstärkt, dass sich deren Inhalt in der Preisliste nicht bei dem jeweiligen Tarif, sondern nur in einem Erläuterungsteil am Ende der Preisliste und dort jeweils unter einer hohen Ordnungsziffer vor und hinter zahlreichen weiteren Erläuterungen auffinden lässt.

V.

Auch die mit dem Antrag I.3 angegriffene Klausel zu den ("Neu"-)Verträgen "Vodafone Red" (BI. 59 GA, Fußnote 85) benachteiligt Kunden der Beklagten

entgegen dem Gebot von Treu und Glauben; sie ist mit den Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen der §§ 312 a Abs. 3, 311 Abs. 1 BGB nicht zu vereinbaren und daher im angegriffenen Umfang unwirksam nach § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 BGB. Daneben ist die Klausel intransparent und auch aus diesem Grund unwirksam, § 307 Abs. 1 S. 2 BGB.

1.

Die Klausel hält einer Inhaltskontrolle nicht stand; sie widerspricht dem bereits ausgeführten gesetzlichen Leitbild der §§ 312 a Abs. 3, 311 Abs. 1 BGB. Auch die Klausel zu dem Verträgen "Vodafone Red" führt dazu, dass ohne erklärte Zustimmung des Verbrauchers ein oder mehrere sog. Datenvolumen-Pakete eingerichtet werden können und der Verbraucher zu einer oder mehreren (weiteren) Zahlung(en) verpflichtet wird.

a)

Eine nach dem gesetzlichen Leitbild erforderliche Zustimmung der Kunden kann auch bezüglich der aktuellen Verträge des Typs "Vodafone Red" nicht schon im Abschluss eines Vertrags als solchem und auch nicht in dem Verbrauch des Inklusivvolumens, das zur Aktivierung des Datenvolumenpakets führt, gesehen werden.

Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist den Parteien, jedenfalls der Beklagten und zumeist auch deren Vertragspartner, der konkrete Umfang der Datennutzung und damit das "Ob" einer Zubuchung unbekannt. Eine Zahlungspflicht des Kunden und damit eine Bindung im Rechtssinn entsteht jeweils erst mit einer Überschreitung des inkludierten Datenvolumens.

Dass bei den aktuell abgeschlossenen Verträgen der Kunde über diese Folge des Überschreitens des Inklusivdatenvolumens bereits auf dem zu unterschreibenden Auftragsformular hingewiesen wird, besagt über den konkreten Bindungswillen nichts. Die Unterzeichnung des Auftragsformulars stellt zwar eine Erklärung in Worten oder durch gleichwertige Zeichen dar (zu diesem Erfordernis: Wendehorst, a.a.O. Rn. 44), auch mag der Kunde der Beklagten durch die Unterzeichnung den Leistungsinhalt und das Entgelt der Zusatzleistung grundsätzlich billigen. Die Entscheidung, ob der Kunde die Leistung der Beklagten entgeltpflichtig beauftragt

bzw. in Anspruch nimmt, trifft er jedoch regelmäßig nicht schon im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Vertrags.

Soweit die Beklagte zutreffend darauf hinweist, dass im Gesetzgebungsverfahren zu § 312a BGB eine Initiative des Bundesrats verworfen wurde, nach der lediglich eine "gesonderte" Zustimmungserklärung eine zuzulassende "Vereinbarung" darstellen würde, bezog sich diese ausweislich der vorgelegten Materialien nur darauf, dass es aus Sicht des Bundesrats notwendig erschien, einen Verbraucher nicht lediglich der Gesamtheit einbezogener AGB zustimmen zu lassen, sondern von ihm auch eine gesonderte Zustimmung zu dem Zusatzentgelten nach Art eines "Opt-In" zu verlangen. Gemeint war damit der Fall, dass eine Vereinbarung einer entgeltlichen Zusatzleistung von vorneherein getroffen wurde. Hingegen erfasst die Regelung des § 312a Abs. 3 BGB so, wie sie in Gesetzeskraft erwachsen ist, die Anforderungen, die sich an die Äußerung des auf Erhalt der (Neben)leistung gerichteten Willens des Verbrauchers stellen (Wendehorst, a.a.O., Rn. 57, unter Hinweis auf die Materialien). Einen Willen, die Nebenleistung auch zu erhalten, fasst der Verbraucher aber nicht schon bei dem eigentlichen Vertragsschluss, sondern allenfalls im Zeitpunkt der Überschreitung des monatlichen Inklusivdatenvolumens. Erst in diesem Zeitpunkt kann es zu einer Vereinbarung im Sinne der Norm kommen, für die dann aber nicht das Unterlassen eines "Opt Out" genügt.

Auch dass der Kunde nach dem Verbrauch von 90 % des Datenvolumens eine SMS über die beabsichtigte Freischaltung des Datenpakets erhält macht ein Weitersurfen nach Erhalt der SMS oder nach Ausschöpfung des Inklusivdatenvolumens nicht in jedem Fall zur Zustimmung zur Auslösung der (weiteren) Paketbuchung angesehen. Sofern die Beklagte auf den Text der SMS ("Sie können der automatischen Aufbuchung von zusätzlichen MB widersprechen. Dann surfen Sie mit geringerer Geschwindigkeit weiter. Antworten Sie dafür auf diese SMS mit "Langsam") verweist, ist dieser Text weder in der angegriffenen Klausel der Preisliste, noch sonst in dem Vertragswerk niedergelegt. Ohnehin bleibt, wie auch im Fall der zuvor erörterten Vertragstypen, für den Verbraucher auch nach dem Erhalt der SMS unklar, wann genau das vertragsgemäße Inklusivvolumen ausgeschöpft wird.

Den Vertragskunden muss es nach der gesetzgeberischen Grundkonzeption ohne weitere Veranlassungsnotwendigkeit möglich sein, die erworbene Leistung vollständig in Anspruch zu nehmen, d.h., das Inklusivvolumen vollständig

auszunutzen, ohne Gefahr zu laufen, bereits eine Zusatzleistung zu beauftragen. Allein das Weitersurfen nach Erhalt der SMS kann daher nicht für jeden Fall als Willensbetätigung angesehen werden, die entgeltpflichte Buchung solle vorgenommen werden. Gleiches gilt bei Überschreitung des Inklusivdatenvolumens, die der Kunde ohnehin nicht feststellen wird. Dass ihm etwa auch bei dem gegenständlichen Vertragstyp eine Information über die Aufbuchung zugesandt wird, ist nicht vorgetragen.

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass in den Red-Tarifen nach Erreichen des Inklusivvolumens auch ohne Datenpaket weiteres Internetsurfen ohne Zahlung einer Gebühr bzw. eines Extrapreises möglich ist, wenn auch mit einer niedrigerer Geschwindigkeit. Auch unter diesem Gesichtspunkt kann allein dem Weitersurfen nach SMS-Erhalt kein eindeutiger Erklärungsgehalt entnommen werden, der Kunde wolle weiter "highspeed"-surfen und dafür zusätzlich Geld bezahlen.

Jedenfalls fehlt es, auch sofern dies anders zu sehen werde, bei dem bloßen Weitersurfen an der von § 312a Abs. 3 BGB vorausgesetzten Ausdrücklichkeit einer Erklärung des Kunden.

Das Vorgenannte unterscheidet die Sonderleistung des Datenvolumenpakets in der Weise, wie nach den AGB deren Aktivierung erfolgt, im Übrigen von dem Versand einer entgeltlichen SMS/MMS oder dem Tätigen eines Anrufs zu einer Sonderrufnummer: In den genannten Fällen weiß der Kunde unmissverständlich und vor Anfall der Vergütungspflicht, dass er durch Tätigen des Anrufs oder Absenden der Nachricht die Sonderleistung auslöst und dass diese mit dem exakt im Preisverzeichnis angegebenen Preis zu vergüten ist. Eine solche Klarheit, wann genau die Sonderleistung des zusätzlichen Datenvolumenpakets in Anspruch genommen wird, besteht bezüglich der automatisierten Aktivierung entgeltpflichtigen Datenvolumens, wie sie in der Klausel vorgesehen ist, nicht.

b)

Keine andere Beurteilung erfährt die Klausel, soweit nach der sprachlich missglückten Formulierung ("sie können...abzulehnen") die Buchung durch Absendung einer SMS abgelehnt werden kann. Das Nichtabsenden einer SMS an die Beklagte kann aus den dargestellten Gründen als bloßes Schweigen nicht als ausreichende Willensbetätigung im Sinne der gesetzlichen Regelung angesehen

werden. Aus dem Preisverzeichnis lässt sich ebenso wie aus dem sonstigen Vertragswerk und auch der von der Beklagten dargestellten tatsächlich versandten Informations-SMS nicht entnehmen, ob die ablehnende SMS kostenlos an die Beklagte versandt werden kann, da die SMS-Flatrate der Red-Tarifen ausdrücklich nur SMS in "deutsche Mobilfunknetze" beinhaltet. Eine etwaige Kostenpflichtigkeit der SMS steht ebenfalls der Annahme entgegen, die bloße Nichtabsendung einer SMS erfolge stets im Interesse einer Buchung weiteren Datenvolumens.

Zudem wird eine Informations-SMS des Betreibers nach dem Vortrag der Beklagten auch nur vor bzw. bei Aktivierung des ersten, nicht aber bei Buchung eines zweiten und dritten Datenpakets gesendet, so dass ein Weitersurfen und Unterlassen einer Abbestellungs-SMS nach Buchung des ersten Pakets schon nicht als Zustimmung zur Buchung eines zweiten oder dritten Datenpakets gesehen werden kann.

- Die Klausel liegt nicht im mutmaßlichen Interesse des Kunden und ist diesem nicht etwa deshalb zumutbar im Sinne des § 308 Nr. 4 BGB, weil in ihr bestimmt ist, dass durch die dort geregelte Buchung eines Datenpakets "das bestmögliche Surferlebnis mit 100 MBit/s sichergestellt wird". Hiermit ist lediglich die mit dem Preis des Datenpakets im Synalagma stehende Leistung (250 MB in einer Geschwindigkeit von 100 MBit/s) beschrieben; ob der Kunde tatsächlich stets Interesse hat, gegen Entgelt schneller zu surfen, kann nicht verallgemeinernd festgestellt werden, zumal, wenn der Kunde im Kosteninteresse einen "Vodafone Red"-Tarif mit einem geringeren Inklusiv-Highspeed-Datenvolumen als dem maximal möglichen gewählt hat und zudem die Zubuchung von kostenpflichten Volumenpaketen in Summe teuer wäre, als wenn der Kunde von vorneherein einen höherwertigen Vertrag abgeschlossen hätte.
- 2. Die Klausel ist intransparent. Sie ist in den Fußnoten der Preisliste "versteckt", lässt den Inhalt der von der Beklagten "warnend" versendeten SMS offen. Auch ist nicht dargestellt, welchen Inhalt eine SMS haben muss, mit der eine Zubuchung abgelehnt werden kann, an wen diese zu schicken ist und welche Kosten für die Absendung anfallen.

Die Angabe, die Zubuchung könne "jeder Zeit" abgelehnt werden, ist unklar, da nicht präzisiert wird, ob dies auch noch nach Erreichen des Inklusiv-Highspeed-Datenvolumens und sogar noch nach Ablauf des Abrechnungsmonats der Fall ist und welche Konsequenzen eine spät erklärte Abbestellung für ein bereits über das Inklusivvolumen hinausgehend verbrauchtes Datenvolumen hat. Die Intransparenz wird dadurch verstärkt, dass sich der Passus "jeder Zeit" in der tatsächlich versendeten Informations-SMS über die Zubuchung nicht wiederfindet (vgl. Bl. 98 GA).

Auch die Angabe "Ihres Datenvolumens" ist intransparent und erzeugt treuwidrigen Abschlussdruck, denn sie impliziert, dass sich das inkludierte Datenvolumen auf das vorausbestimmte Highspeed-Datenvolumen beschränkt. Tatsächlich bleibt jedoch auch ohne Erwerb eines Datenpakets eine Internet-Datennutzung (zu einer dann niedrigeren Geschwindigkeit) unbegrenzt möglich.

Die Klausel ist schließlich auch nicht etwa deswegen transparent, weil sie in ähnlicher Weise von anderen Mobilfunkanbietern verwendet wird und Kunden der Beklagten die Konzeption einer Zubuchung von Datenvolumen möglicherweise bekannt ist.

VI.

Die Unwirksamkeitsfolge betrifft die Klauseln im gesamten angegriffenen (und durch eckige Klammern im Unterlassungstenor dargestellten) Umfang. Allein der Satz "Das Ganze kostet sie jeweils 3 Euro pro Datenvolumen-Paket" in der dritten Klausel bliebe isoliert wegen der enthaltenen Bezugnahme ohne Anwendungsbereich, so dass der Satz für sich besehen keinen Bestand haben kann.

VII.

Dass die Beklagte nicht-strafbewehrt angekündigt hat, sie werde die Klauseln zu I.1. und I.2. künftig nicht mehr verwenden, lässt die durch den Erstverstoß begründete Wiederholungsgefahr nicht entfallen.

B.

Der Abmahnkostenersatzanspruch in Höhe von 200,00 EUR nebst 7 % Mehrwertsteuer (14,00 EUR) ergibt sich aus §§ 12 Abs. 1 S. 2 UWG, 5 UKlaG. Der Kläger kann die Abmahnkosten pauschaliert geltend machen (vgl. Köhler/Bornkamm,

UWG, 34. Aufl., § 12, Rn. 1.98). Der Höhe nach ist der Beklagte der Forderung nicht entgegengetreten. Die geltend gemachte Pauschale liegt in etwa auf Höhe der dem Kläger durchschnittlich für eine Abmahnung entstehenden Kosten und sie erreicht den Betrag nicht, der nach Sätzen des RVG ausgehend von einem Streitwert von 7.500,00 EUR unter Ansatz einer 1,3-Geschäftsgebühr verlangt werden könnte.

C.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91 Abs. 1, 709 S. 1 ZPO.

D.

Das Vorbringen im nachgelassenen Schriftsatz vom 16.11.2016 rechtfertigt eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nicht. Es enthält keinen neuen, entscheidungserheblichen Sachverhalt.

Ę.

Streitwert: 7.500,00 EUR (vgl. BGH MMR 2016, 179).

Beglaubigt



Justizbeschäftigte