



Kammergericht

Beschluss

Geschäftsnummer: 23 U 277/13
15 O 395/12 Landgericht Berlin

17.10.2016

In dem Rechtsstreit

des Bundesverbands der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.,

vertreten d. d. Vorstand Gerd Billen,
Markgrafenstraße 66, 10969 Berlin,

Klägers und Berufungsklägers,

- Prozessbevollmächtigter:

g e g e n

die iTunes S.à.r.l.,
vertreten d. d. Geschäftsführer Eduardo Cue, Gary Joseph Wipfler und Gene Daniel Levoff,
8, rue Heinrich Heine, 1720 Luxemburg,
Luxemburg,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigte:

hat der 23. Zivilsenat des Kammergerichts durch den Vorsitzenden Richter am Kammergericht
den Richter am Kammergericht und den Richter am Landgericht
beschlossen:

Die Berufung des Klägers gegen das am 29.11.2013 verkündete Urteil der Zivilkammer 15 des Landgerichts Berlin – 15 O 395/12 – wird zurückgewiesen.

Das angefochtene Urteil ist fortan ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger hat die Kosten der Berufung zu tragen.

Der Berufungsstreitwert beträgt 50.000,- Euro.

Gründe

I.

Die Beklagte betreibt unter der Internetadresse www.apple.com verschiedene „Stores“, für die sie Allgemeine Geschäftsbedingungen vorhält. Der Kläger, bei dem es sich um eine qualifizierte Einrichtung nach § 4 UKlaG handelt, begehrt von der Beklagten in der Berufungsinstanz nur noch, es zu unterlassen, sich auf die in Anlage K1 enthaltenen Bedingungen zu berufen oder deren Einbeziehung zu behaupten, wenn die Bedingungen bei Abgabe der für den Vertragsschluss maßgeblichen Willenserklärung des Verbrauchers „wie aus der Anlage K1 ersichtlich auf dem Telemediendienst dargestellt“ sind (Klageantrag zu I.).

Der Kläger meint, dass das Bedingungswerk – so wie es gestaltet sei – nicht wirksam gemäß § 305 Abs. 2 BGB in das Vertragsverhältnis einbezogen werde. Die Regelungen seien 21 Druckseiten lang, beträfen mehrere Arten von Vertragsschlüssen (iTunes-Store, Mac App Store, App Store und iBook Store), seien nur mäßig mit Überschriften ohne drucktechnisch hervorgehobene Gliederung versehen und in einer geringen Druckgröße gestaltet. Damit seien sie nicht geeignet, dem Verbraucher die Rahmenbedingungen des Vertrages so vor Augen zu führen, dass er in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis erlangen könne.

Der Kläger ist der Ansicht, dass er die fehlende Einbeziehung gemäß § 1 UKlaG (direkt oder jedenfalls analog) bzw. hilfsweise nach § 2 UKlaG oder § 8 UWG im Verbandsklageverfahren geltend machen könne.

Das Landgericht hat den Klageantrag zu I. abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, dass der Kläger im Verbandsklageverfahren eine fehlende Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht geltend machen könne. § 1 UKlaG schütze nur gegen den Inhalt von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, nicht gegen die Art ihrer Einbeziehung. Auch eine analoge Anwendung von § 1 UKlaG komme nicht in Betracht. Eine solche habe der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 12.12.2007 (IV ZR 130/06) lediglich für einen nicht verallgemeinerbaren Sonderfall der auto-

matischen Einbeziehung nach § 178g Abs. 3 VVG alter Fassung bejaht. § 2 UKlaG sei im Falle einer Verwendung oder Empfehlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht anwendbar und insofern subsidiär zu § 1 UKlaG. Auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil wird Bezug genommen.

Gegen das ihm am 11.12.2013 zugestellte Urteil hat der Kläger am 23.12.2013 Berufung eingelegt und diese am 07.02.2014 begründet.

Er verfolgt den abgewiesenen Klageantrag zu I. weiter und rügt, dass das Landgericht die Reichweite der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 12.12.2007 nicht vollständig erfasst habe. Der Bundesgerichtshof habe klargestellt, dass es ein essenzielles Anliegen des Verbandsklageverfahrens sei zu verhindern, dass Verbraucher durch Verweis auf unzulässige Bedingungen davon abgehalten würden, von tatsächlich ihnen zustehenden Rechten Gebrauch zu machen. Bei der Frage nach einer wirksamen Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen sei zu unterscheiden, ob eine konkrete, d.h. jeweils individuelle Einbeziehungsvereinbarung beanstandet werde oder ob ein generalisierender Maßstab aufgrund der Struktur eines Bedingungswerks angelegt werden müsse. Im letzteren Falle – also insbesondere bei Massengeschäften über das Internet – spielten individuelle Gestaltungen oder persönliche Kontakte, die sich auf die Einbeziehungsvereinbarung auswirken könnten, keine Rolle. In der genannten Entscheidung habe der Bundesgerichtshof eine Tür geöffnet für die Beurteilung einer solchen Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Verbandsklageverfahren.

Der Kläger beantragt,

die Beklagte unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Berlin vom 29.11.2013 – 15 O 395/12 – zu verurteilen, es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000 Euro, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu unterlassen, sich gegenüber Verbrauchern, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben und Verträge mit der Beklagten über den Telemediendienst mit der Internetadresse „<http://www.apple.com/de/itunes/>“ geschlossen haben, auf die Bedingungen, die in dem als Anlage K1 beigefügten Bedingungswerk enthalten sind, zu berufen und zu behaupten, die Bedingungen seien wirksam in das Vertragsverhältnis einbezogen worden, wenn das Bedingungswerk bei Abgabe der für den Vertragsschluss maßgeblichen Willenserklärung des Verbrauchers wie aus der Anlage K1 ersichtlich auf dem Telemediendienst dargestellt wird.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

II.

Die zulässige Berufung ist gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen. Zur Begründung nimmt der Senat auf seinen Hinweisbeschluss vom 29.02.2016 Bezug. Das weitere Vorbringen des Klägers in seinen Schriftsätzen vom 21.03.2016 und 10.05.2016 gibt keinen Anlass zu abweichender Beurteilung.

Der Kläger kann sein Begehren nicht auf die beiden Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 12.12.2007 stützen. Auch dort bestätigt der Bundesgerichtshof ausdrücklich, dass die in den §§ 305 bis 305c BGB geregelte Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Bestimmung wirksam in den Vertrag einbezogen ist, nicht Gegenstand eines Verbandsklageverfahrens nach § 1 UKlaG sei. Denn Fragen der Einbeziehung einschließlich der Frage, ob eine Klausel für den Vertragspartner des Verwenders überraschend ist, ließen sich in aller Regel nur anhand der *Einzelumstände* beurteilen; sie seien daher für die abstrakte Klauselkontrolle im Verbandsklageverfahren ungeeignet (BGH, Urt. v. 12.12.2007 – IV ZR 130/06, Rn. 7; IV ZR 144/06, Rn. 9; ebenso *Witt*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Auflage 2016, § 1 UKlaG Rn. 13 f. [ausdrücklich am Beispiel der *Lesbarkeit von AGB*]; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 34. Auflage 2016, § 1 UKlaG Rn. 5; *Walker*, in: UKlaG, 1. Auflage 2016, § 1 Rn. 6; a. A. *Lindacher*, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Auflage 2013, § 1 UKlaG Rn. 20 [ebenfalls am Beispiel der *Lesbarkeit*]).

Zwar kommt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine analoge Anwendung des § 1 UKlaG in Betracht, wenn die vorgenannte *ratio legis* für die Einschränkung des Anwendungsbereiches von § 1 UKlaG nicht berührt ist. Das sei der Fall, wenn es um die Prüfung einer (aufgrund eines Spezialgesetzes vorgesehenen) *generellen* Einbeziehung veränderter Klauseln geht. Denn mit einer analogen Anwendung von § 1 UKlaG werde dem Normzweck Rechnung getragen, den Rechtsverkehr von sachlich unangemessenen und unzulässigen Klauseln und den durch sie tatsächlich oft erzeugten Scheinbindungen freizuhalten. Der Kunde solle durch das Verbandsklageverfahren gerade davor geschützt werden, dass er durch den Hinweis auf neue Bedingungen missbräuchlich davon abgehalten wird, seine sich aus den ursprünglich vereinbarten Bedingungen ergebenden Rechte geltend zu machen (BGH, Urt. v. 12.12.2007 – IV ZR 130/06, Rn. 9; IV ZR 144/06, Rn. 11).

Konkret bejahte der Bundesgerichtshof die Zulässigkeit einer Einbeziehungskontrolle im Wege einer Verbandsklage im Falle des § 203 Abs. 3 VVG (damals: § 178g Abs. 3 VVG a. F.; ebenso nun OLG Stuttgart, Urt. v. 07.08.2015 – 2 U 107/14, für den in Folge der vorgenannten BGH-Entscheidungen neu eingeführten § 164 VVG). Unter den dort genannten Voraussetzungen darf ein Versicherer seine – bereits mit seinen Kunden vereinbarten – Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit Wirkung für sämtliche Einzelverträge modifizieren, ohne dass es einer Zustimmung der betroffenen Versicherungsnehmer bedürfte. Der damals klagende Verbraucherverband rügte nicht den Inhalt der modifizierten Regelungen, sondern vertrat ausschließlich die Auffassung, dass die Voraussetzungen des § 178g Abs. 3 VVG a. F. nicht gegeben und die modifizierten Allgemeinen Geschäftsbedingungen deshalb nicht in die Verträge mit den Versicherten einbezogen worden seien. Das Vorgehen über eine Verbandsklage analog § 1 UKlaG hielt der BGH mit der vorgenannten Begründung – Freihaltung des Rechtsverkehrs von Scheinbindungen – für zulässig. Denn Besonderheiten im Zusammenhang mit einem bestimmten Einzelvertrag könnten aufgrund der gesetzlich normierten Einbeziehung der modifizierten Allgemeinen Geschäftsbedingungen denknotwendig keine Rolle spielen (BGH, Urt. v. 12.12.2007 – IV ZR 130/06, Rn. 8).

Diese Überlegungen sind nicht übertragbar auf die Einbeziehungskontrolle bezüglich einer Vielzahl von Einzelverträgen, selbst wenn argumentiert wird, dass sich die Prüfung – bezogen auf alle Einzelverträge – ausschließlich nach generellen Kriterien richte. Ein solches Vorgehen würde dem eindeutig erkennbaren Willen des Gesetzgebers widersprechen, der ausdrücklich nur die Inhaltskontrolle dem Verbandsklageverfahren zugänglich gemacht hat, weil Fragen der Einbeziehung jedenfalls häufig nur anhand des konkreten Einzelfalles beurteilt werden können (vgl. *Schlosser*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2013, § 1 UKlaG Rn. 17: Der gesetzliche Ausdruck sei in diesem Punkt unmissverständlich). Die von dem Kläger für richtig gehaltene Vorgehensweise würde dazu führen, dass zunächst zu klären wäre, ob die Einbeziehungskontrolle ausschließlich anhand abstrakter Kriterien erfolgen kann, um diese sodann contra legem einer Verbandskontrolle zu öffnen. Eine solche Rechtsfortbildung überschritte die verfassungsmäßige Rolle der Gerichte (vgl. insoweit auch *Klocke*, VuR 2013, 203, 204: es hätte nahe gelegen, wegen der strukturellen *Ausnahmestellung* der Verbandsklage im Gesamtsystem eines auf Individualrechtsschutz ausgerichteten Rechtsschutzes Erweiterungen in die Hand des Gesetzgebers zu legen). Überdies könnte der Klageantrag auch nicht gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 1 UKlaG formuliert und der Tenor nicht gemäß § 9 Nr. 1 UKlaG gefasst werden (vgl. den Wortlaut des Klageantrages in hiesigem Verfahren). Denn im Falle einer Einbeziehungskontrolle könnten Klageantrag und Tenor nicht auf Unterlassung der Verwendung *bestimmter* Allgemeiner Geschäftsbedingungen gerichtet werden (so explizit *Witt*, a. a. O., § 1 UKlaG Rn. 14); auch insoweit wäre also ein vom Gesetz abweichendes Vorgehen vonnöten.

Ein anderes Ergebnis folgt auch nicht aus der Richtlinie 93/13/EWG vom 05.04.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen. Die besonderen Probleme der Einbeziehung vorformulierter Klauseln in einen Vertrag sind von dieser Richtlinie im Wesentlichen unberührt belassen und dem nationalen Recht überlassen worden; lediglich Art. 5 S. 1 der Richtlinie begründet eine Obliegenheit, schriftlich abgefasste Vertragsklauseln klar und verständlich zu formulieren (Pfeiffer, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O., vor Art. 1 Rn. 22). Zwar bezieht sich dieses Kriterium auf die Verständlichkeit der sprachlichen und inhaltlichen Formulierung nicht nur einzelner Klauseln, sondern auch des gesamten Klauselwerks, so dass eine hinreichend durchschaubare Systematik des Klauselwerks Voraussetzung seiner Verständlichkeit ist (ders., Art. 5 Rn. 7, 15). Daneben meint das Verständlichkeitsgebot auch, dass die Klauseln ihrer optischen und drucktechnischen Gestaltung nach lesbar sein müssen, weil von der Richtlinie eine vorherige Kenntnismöglichkeit bzgl. der Vertragsklauseln vorausgesetzt wird, die ihrerseits nur unter der Voraussetzung der Lesbarkeit besteht (ders., Art. 5 Rn. 14, 27). Es steht aber den Mitgliedsstaaten frei, ob sie das Transparenzgebot im Rahmen einer Einbeziehungskontrolle oder im Rahmen einer Missbrauchskontrolle umsetzen (ders., Art. 5 Rn. 16, 22; Art. 6 Rn. 4). In diesem Zusammenhang mag auch ein Verbot im Unterlassungsklageverfahren in Betracht kommen (ders., Art. 5 Rn. 23), zwingend ist dies aber nicht, solange die nach nationalem Recht vorgesehene Rechtsfolge (hier insbesondere die Unverbindlichkeit wegen Missbräuchlichkeit) hinreichend effektiv im Sinne der Richtlinie ist (ders., Art. 5 Rn. 22-25). Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie begründet wiederum lediglich die Pflicht der Mitgliedsstaaten, durch Schaffung von effektiven Instrumenten zur Reinigung des Rechtsverkehrs von unseriösen Klauselwerken geeignete Mittel bereitzustellen, dass die Verwendung einer missbräuchlichen Klausel über den Einzelfall hinaus beendet wird; die Wahl des Mittels bleibt dem Ermessen der Mitgliedsstaaten überlassen und ist nur zu überdenken, wenn sich die Unwirksamkeit eines Instruments im nationalen Recht definitiv erwiesen hat (ders., Art. 7 Rn. 1, 3). Dass die nach deutschem Recht vorgesehene unterschiedliche Behandlung von Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle zu einer solchen definitiven Unwirksamkeit der Klauselkontrolle führt, kann nicht festgestellt werden. Es besteht ein sachlicher Grund für die unterschiedliche Behandlung, weil auch aus Sicht der Richtlinie für die Beurteilung der Klarheit und Verständlichkeit des Klauselwerk nicht allein auf den rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden, sondern im Rahmen des Gebotes der Berücksichtigung der *Individualumstände* ebenfalls auf den *konkreten* Verbraucher abzustellen ist (ders., Art. 5 Rn. 19). Auch aus der Richtlinie 2009/22/EG vom 24.4.2009 über Unterlassungsklagen zum Schutze der Verbraucherinteressen folgt schließlich nichts anderes, weil diese – anders als ihr Titel vermuten lässt – kein geschlossenes System zur Regelung von Unterlassungsklagen vorgibt, sondern lediglich ein grenzüberschreitendes Vorgehen von Verbraucherschutzverbänden bei innergemeinschaftlichen Verstößen ermöglichen will (Witt, a. a. O., Vorbemerkungen Rn. 6).

Schließlich folgt der Unterlassungsanspruch des Klägers auch nicht aus §§ 8, 3 Abs. 1, 5 Abs. 1 Nr. 7 UWG. Die vorstehend nochmals erörterte Gesetzessystematik kann nicht dadurch unterlaufen werden, dass ein nicht nach § 1 UKlaG klagebefugter Verband *behauptet*, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen seien nicht wirksam einbezogen, und aus der entgegen gesetzten Verlautbarung der Beklagten eine Irreführung der Verbraucher herleitet. Die Frage der Wirksamkeit der Einbeziehung ist nach dem Willen des Gesetzgebers nur im Einzelfall zu prüfen.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf § 97 Abs. 1, 708 Nr. 10 S. 2 ZPO.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 47 Abs. 1, 48 Abs. 1 S. 1 GKG in Verbindung mit § 3 ZPO. Es stand die wirksame Einbeziehung eines gesamten Regelwerks allgemeiner Geschäftsbedingungen im Raum.